

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PATRÍCIA DE OLIVEIRA AREAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE
SOFTWARE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO E A
POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA INOVAÇÃO**

**Florianópolis
2010**

PATRÍCIA DE OLIVEIRA AREAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE
SOFTWARE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO
E A POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA INOVAÇÃO**

Tese submetida a Universidade Federal
de Santa Catarina para obtenção do título
de Doutora em Direito

Orientador: Professor Doutor Luiz Otávio
Pimentel

Florianópolis
2010

PATRÍCIA DE OLIVEIRA AREAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE
SOFTWARE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO
E A POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA INOVAÇÃO**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Relações Internacionais.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Luiz Otávio Pimentel – UFSC

Membro: Professora Doutora Adriana Dreyzin de Klor – UNC

Membro: Professor Doutor Dirceu Yoshikazu Teruya – INPI

Membro: Professor Doutor Carlos Eduardo Negrão Bizzotto – FURB

Membro: Professora Doutora Ana Paula Martins Amaral – UFMS

Coordenador do Curso: Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer

Florianópolis, 04 de outubro de 2010

DEDICATÓRIA

*Dedico esta tese à minha família,
Luiz Carlos, Maria Inez, Luciano e Márcio,
a meu namorado Alexandre.*

A aprovação da presente tese não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou às idéias nela expostas.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por todas as oportunidades que me proporcionou e por permitir que eu me transforme em alguém melhor a cada experiência que vivo;

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo apoio financeiro durante todo o doutorado e também no doutorado sanduíche;

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel, por todos estes anos de aprendizado, discussões, por todo ensinamento acadêmico e de vida;

Agradeço a meus pais, Luiz Carlos dos Santos Areas e Maria Inez de Oliveira Areas, pelas maiores lições que tive na minha vida. Agradeço aos meus irmãos Luciano de Oliveira Areas e Márcio de Oliveira Areas, por todo amor e cuidado que sempre tiveram comigo. Também agradeço às minhas cunhadas Taciana e Raquel, pelo carinho e apoio. Enfim, agradeço à toda minha família, que sempre me apoiou em cada passo, em cada obstáculo, em cada decisão e angústia – tudo o que sou, ou o que venha a ser, é por ela, para ela e graças a ela.

Agradeço ao meu namorado Alexandre Brandão Pereira pelo apoio, amor e carinho que foram fundamentais para o desfecho desta fase. Também devo muito a meus sogros Noelci e Armenio Pereira.

Agradeço à toda equipe do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, nas pessoas da Telma, Scheila, Carlos, Juan. À equipe do CCJ: Marcos, Prof^ª. Olga Maria Boschi de Oliveira, Pedrinho e Douglas. À equipe do Linjur: Marilda, Marcos, Moisés e Israel.

Agradeço aos professores do CPGD: Dr. Ricardo Stersi, Dr. José Isaac Pilati, Dr. Marcos Wachowicz, Dr. Orides Mezzaroba, Dr. Welber Barral, Dr. Aires José Rover, Dr. Antônio Carlos Wolkmer, Dr. Airton Lisle C. L. Seelaender, Dra. Odete Maria de Oliveira, Dr. Sérgio Cadermatori, Dra. Cecília Caballero Lois, Dr. Arno Dal Ri Junior, Dra. Vera Regina Pereira de Andrade, Dra. Jeanine N. Philippi, Dr. Rogério Portanova, Dr. Christian Caubet. Todos eles e cada um foram essenciais para minha formação como docente, pesquisadora e humana. Obrigada pelo apoio e amizade;

Agradeço a todos meus amigos Armanda C. Rufino, José Antônio Vilela, Matheus Felipe de Castro, Adriana Rodrigues, Renato Balancieri, Adriana Balancieri, Wagner Watanabe, Luiz Magno, Michele Wangham, Viviane Lenzi, Alessandro Bovo, Alessandra Bovo, Renato Oro, Larissa Oro, Érica Lourenço de Lima Ferreira, Vanessa Lenhard, Juliana Rocha, Carolina Bohrer, Renata Vargas Amaral, Giovani, Kayoko, por todo apoio, força e coragem que me deram no decorrer destes anos.

Agradeço ainda a Daniela Menengoti, Elizangela Pruencio, Paulo Potiara de Alcantara Veloso, Diana Zerbini de Carvalho Martins, Daniel Lena Marchiori Neto, Vera Lúcia da Silva, Letícia Canut, Fernanda Cadermatori, Michele Copetti, Fabíola Zibetti, Aluizia Cadori, Luciano da Silva, Caroline Ferri, que com a alegria e o companheirismo fizeram destes anos uma grande fonte de lembranças e carinho.

RESUMO

A presente tese tem como escopo a análise dos contratos internacionais de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) de software no Direito Internacional Privado brasileiro. O foco é verificar se as regras de DIPr nacionais que regulamentam os contratos internacionais são condizentes com o propósito da política nacional de desenvolvimento a partir da inovação e do investimento de P&D, conforme preceituam tanto a Política de Desenvolvimento Produtivo como a criação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI). Para tanto parte-se do pressuposto teórico de que o direito pode ser uma importante ferramenta para o desenvolvimento, mas não necessariamente o será, podendo até mesmo representar um obstáculo. Para que seja esta ferramenta, ele deve cumprir seu papel sistêmico na política nacional de desenvolvimento, por meio de regras claras e previsíveis, tratando de forma igualitária os cidadãos e sendo formado de maneira democrática. O método utilizado é o dedutivo. Assim, faz-se primeiramente uma análise do contexto nacional de fomento à inovação e à P&D por meio de políticas públicas de incentivos. Em seguida conceitua-se P&D e sua caracterização dentro do processo de desenvolvimento de software. Posteriormente relacionam-se alguns elementos importantes para o contrato de P&D de software, propondo-se um conceito conforme recomendação do Manual de Frascati e do marco legal brasileiro de P&D. A seguir analisam-se as normas de DIPr relacionadas à competência internacional, lei aplicável e resolução de controvérsias por meio da arbitragem como marco regulador dos contratos internacionais de P&D de software e seu enquadramento no propósito de inovação da política nacional de desenvolvimento do Governo Federal. Por fim, conclui-se que a normativa de DIPr brasileiro não condiz com a proposta de desenvolvimento nacional por meio de inovação e propõe-se algumas mudanças pontuais na normativa nacional.

PALAVRAS-CHAVES: INOVAÇÃO; PESQUISA E DESENVOLVIMENTO (P&D); SOFTWARE; CONTRATOS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO (P&D); CONTRATOS INTERNACIONAIS; DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ABSTRACT

This thesis's scope is the examination of software's Research and Development (R&D) international contracts in the Brazilian Private International Law. The focus is to verify if the national rules of Private International Law which regulate international contracts are consistent with the purpose of the national development plan through innovation and investment in R&D, such as provided both by the Productive Development Policy and by the Science, Technology and Innovation National System (SNCTI). Thus, the analysis has a theoretical assumption that law can be an important tool for development, but not necessarily it will be. Moreover, it can be an obstacle. For the law to be a tool it must fulfill its role in systemic national development plan, through clear and predictable rules, treating citizens equally and being formed in a democratic manner. The method used is the deductive. So, first is done an analysis of the national context of innovation and R&D promotion through public policy incentives. Then it is made an analyzes of the concept of R&D and its characterization in software development. Later on some important elements for the software's R&D contract are related proposing a concept recommended by the Frascati Manual and the Brazilian R&D legal system. Then it is made an analyzes of Private International Law rules concerning international jurisdiction, applicable law and disputes resolution through arbitration as a regulatory framework of international software's R&D contracts and its framework in the purpose of innovation as expected by the national development plan of the Federal Government. Finally, the conclusion is that the Brazilian rules of Private International Law are not consistent with the national development proposal through innovation and proposes for some specific changes in the national law are made.

KEYWORDS: INNOVATION; RESEARCH AND DEVELOPMENT (R&D); SOFTWARE; INTERNATIONAL CONTRACTS; PRIVATE INTERNATIONAL LAW

RESUMEN

El objetivo de esa tesis es analizar los contratos internacionales de Investigación y Desarrollo (I+D) de software en el Derecho Internacional Privado brasileño. La finalidad es verificar si la normativa nacional de Derecho Internacional Privado que regula los contratos internacionales es coherente con el propósito del plan nacional de desarrollo a través de la innovación y la inversión en I+D, según lo dispuesto tanto en la Política de Desarrollo Productivo como con la creación del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI). Para ello, se parte del supuesto teórico de que la ley puede ser una herramienta importante para el desarrollo, pero no necesariamente lo será, e incluso puede ser un obstáculo. Para que sea una herramienta ella debe cumplir su papel en el plan sistemático de desarrollo nacional, a través de reglas claras y previsibles, el tratamiento de los ciudadanos por igual y ser formada de una manera democrática. El poder judicial también debe ser eficaz. El método utilizado es el deductivo. Primeiramente se parte de un análisis del contexto nacional de promoción de la innovación y la I+D a través de incentivos de política pública. A continuación se analiza el concepto de I+D y su caracterización en el desarrollo de software. Más adelante se refiere a algunos elementos importantes para el contrato de I+D de software, proponiendo un concepto conforme los preceptos del Manual de Frascati y del ordenamiento jurídico brasileño de I+D. A continuación se analizan las normas de Derecho Internacional Privado relativos a la jurisdicción internacional, la ley aplicable y solución de controversias mediante el arbitraje como marco normativo de los contratos internacionales de I+D de software y su relación con el plan de desarrollo nacional del Gobierno Federal a través de la innovación. Por último, se concluye que las normas de derecho internacional privado brasileñas no son coherentes con la propuesta de desarrollo nacional a través de la innovación y propone algunos cambios específicos en la legislación nacional.

PALABRAS-CLAVES: INNOVACIÓN; INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO (I+D); SOFTWARE; CONTRATOS INTERNACIONALES; DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Impactos das inovações apontados pelas empresas, por atividades da indústria, dos serviços selecionados e de P&D – Brasil – período 2006-2008.....	52
Gráfico 2 – Taxa de inovação de produtos e processo, por atividades da indústria, dos serviços selecionados e de P&D, segundo o referencial da inovação – Brasil – período 2006-2008	53
Gráfico 3 – Brasil: percentual dos investimentos nacionais em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) por setores, 2000-2008	54
Gráfico 4 – Indicadores de Mercado e Evolução (US\$ bilhões)	64
Gráfico 5 – Distribuição do Mercado de TI no Mundo (2008).....	66
Gráfico 6 – Investimentos em TI – 2009.....	68

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Processo de Destruição Criativa	44
Figura 2 – Parceria universidade-empresa.....	49
Figura 3 – O Campo das Políticas de Inovação – Um Mapa das Questões.....	50
Figura 4 – O Mercado Mundial de TI – 2008 – US\$ 1.470 bilhões	65
Figura 5 – Mercado Latino-Americano de TI – 2008 – US\$ 61 bilhões	66

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Desempenho das firmas brasileiras conforme estratégias	51
Tabela 2 – Principais Indicadores do Mercado Brasileiro – 2008 (US\$ milhões)	64
Tabela 3 – Colocação dos países no mercado mundial de software e serviços, 2008	67
Tabela 4 – Tipologia dos acordos na Lei de Incentivo à Inovação	77
Tabela 5 – Limites entre a P&D e o ensino e formação no nível 6 da ISCED	98
Tabela 6 – Alguns casos ilustrativos da fronteira entre P&D e outras atividades industriais	102
Tabela 7 – Tabela comparativa entre os conceitos de P&D do Manual de Frascati e do Decreto nº 5.786/2006	115

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABES	Associação Brasileira de Empresas de Software
AC	Apelação Cível
ADPIC	Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio
AI	Agravo de Instrumento
APL	A Programming Language
Art. / arts.	Artigo / artigos
ASCII	American Standar Code for Information Interchange
ASSESPRO	Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação
BIT	Binary Digit
BNDES	Banco de Desenvolvimento Econômico e Social
BRIC	Brasil, Rússia, Índia e China
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
C&T	Ciência e Tecnologia
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CATI	Comitê da Área de Tecnologia da Informação
CC	Código Civil
CCI	Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Comunidade Européia
CF	Constituição Federal
CIDIP	Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado
CINE	Clasificación Internacional Normalizada de la Educación
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CMM	Capability Maturity Model for Software
CMMi	Capability Maturity Model Integration
CNAE	Classificação Nacional de Atividades Econômicas
CNCTI	Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação
COBOL	Common Business Oriented Language
CODASYL	Committee on Data Systems and Languages
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
COMPAGÁS	Companhia Paranaense de Gás
CONCLA	Comissão Nacional de Classificação
CONIN	Conselho Nacional de Informática e Automação
CONTU	National Commission on New Technological Uses of Copyrights Works
COPEL	Companhia Paranaense de Energia Elétrica
COTS	Commercial Off-The-Shelf
CPC	Código de Processo Civil
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CUB	Convenção da União de Berna

CUP	Convenção da União de Paris
D.O.U.	Diário Oficial da União
Dec.	Decreto
DIPr	Direito Internacional Privado
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
EUA	Estados Unidos da América
FGP	Fundo Garantidor de Parcerias Públicas
FORTRAN	Formula Translation Language
I&D	Investigação e Desenvolvimento
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBM	International Business Machines
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
ICTs	Institutos de Ciência e Tecnologia
IED	Investimento Estrangeiro Direto
IEL-SC	Instituto Euvaldo Loidi, Santa Catarina
Inc.	Inciso
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IRPF	Imposto de Renda da Pessoa Física
IRPJ	Imposto de Renda da Pessoa Jurídica
ISCED	International Standart Classification of Education
ISIC	International Standard Industrial Classification of All Economic Activities
ISS	Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza
LDA	Lei de Direitos Autorais
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LPC	Lei de Programa de Computador
MCT	Ministério da Ciência e Tecnologia
MDIC	Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MPEs	Micros e Pequenas Empresas
Mps.Br	Melhoria de processo de software
NSF	National Science Foundation (Fundação Americana de Ciência)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
P,D&I	Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PACTI	Plano de Ação de Ciência, Tecnologia e Inovação
PBPQ	Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade em Software
Software	
PDP	Política de Desenvolvimento Produtivo

PDTA	Programas de Desenvolvimento Tecnológico Agropecuário
PDTI	Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial
PINTEC	Pesquisa de Inovação Tecnológica
PIS/PASEP	Programa de Integração Social
PITCE	Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior
PLATIC	Plataforma de Tecnologia da Informação e Comunicação de Santa Catarina
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPA	Plano Plurianual
PPP	Parceria Público-Privada
PROSOFT	Programa para o Desenvolvimento na Indústria Nacional de Software e Serviços de Tecnologia da Informação
PSI-SW	Projeto Setorial Integrado de Software e Serviços
RE	Recurso Extraordinário
REPES	Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação
RICYT	Red Iberoamericana de Indicadores de Ciencia y Tecnología
SAs	Sociedades por Ações
SEI	Secretaria Especial de Informática
SEPIN	Secretaria de Política de Informática
SIBSS	Sistema de Informação da Indústria Brasileira de Software e Serviços
SIMPLES	Sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte
SLA	Service Level Agreement
SNCTI	Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação
SOFTEX	Excellence in Software (Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro)
SPE	Sociedade de Propósito Específico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
SUDAM	Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia
SUDENE	Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste
TAC-SP	Tribunal de Alçada Cível de São Paulo
TAPR	Tribunal de Alçada do Paraná
TCE	Tratado da Comunidade Européia
TCU	Tribunal de Contas da União
TI	Tecnologia da Informação

TIC	Tecnologia da Informação e Comunicação
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TPP	Tecnológica de Produto e Processo
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UE	União Européia
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UnB	Universidade de Brasília
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
www	World Wide Web

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
2 DESENVOLVIMENTO, SISTEMA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO BRASILEIRO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO E SOFTWARE: CONTEXTUALIZAÇÃO	23
2.1 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO NO SISTEMA NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA & INOVAÇÃO E NA POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO	33
2.1.1 Conceito de Inovação.....	42
2.1.2 Pesquisa e Desenvolvimento no Sistema Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação.....	47
2.2 O SETOR DE SOFTWARE NO BRASIL E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO ..	55
2.3 O PAPEL DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA INOVAÇÃO	78
3 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE.....	87
3.1 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO	87
3.1.1 Conceito de Pesquisa e Desenvolvimento	90
3.1.2 Atividades de Pesquisa e Desenvolvimento.....	92
3.1.3 Diferenciação entre Pesquisa e Desenvolvimento e atividades afins.....	93
3.1.4 Marco legal brasileiro da Pesquisa e Desenvolvimento	105
3.2 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE	118
3.2.1 Conceito de Pesquisa e Desenvolvimento de software.....	119
3.2.3 Marco legal da Pesquisa e Desenvolvimento de software	122
4 CONTRATOS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE	128
4.1 Conceito, natureza jurídica e classificação	132
4.1.1 Conceito	134
4.1.2 Natureza jurídica: prestação de serviços	136
4.1.3 Classificação	140
4.2 Objeto	148

4.3 Sujeitos	152
4.4 Forma e modelos contratuais	157
4.4.1 Contratos cooperativos e obrigacionais	159
4.4.2 Contratos civis e comerciais.....	164
4.4.3 Acordos administrativos	172
4.5 Fase pré-contratual.....	193
4.6 Contrato: principais cláusulas	199
5. CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE: ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO.....	227
5.1 COMPETÊNCIA INTERNACIONAL.....	230
5.1.1 Regra geral: competência concorrente e exclusiva.....	230
5.1.2 Lacunas legais	233
5.1.3 Relação entre competência internacional e lei aplicável.....	239
5.2 LEI APLICÁVEL.....	240
5.2.1 Autonomia da vontade e normas de conflito	241
5.2.2 Regulamentação pela LICC	246
5.2.3 Regulamentação pela Lei de Arbitragem	249
5.2.4 Fracionamento da lei aplicável.....	252
5.3 LIMITES À AUTONOMIA DA VONTADE, À ELEIÇÃO DO FORO E À APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO	253
5.3.1 Soberania, ordem pública, bons costumes e leis imperativas.....	254
5.3.2 Acordos administrativos	257
5.3.3 Questões envolvendo propriedade intelectual	261
5.3.4 Normas concorrenciais.....	278
5.4 RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DE ARBITRAGEM.....	289
6. CONCLUSÃO.....	296
REFERÊNCIAS.....	308
APÊNDICE A - O software e o programa de computador: conceitos e diferenças..	343
APÊNDICE B - Proteção jurídica do software por meio da propriedade intelectual	348
APÊNDICE C - Etapas de desenvolvimento do software.....	384

1 INTRODUÇÃO

Marcada pela revolução da tecnologia da informação, a sociedade vive nas últimas décadas um novo paradigma histórico: o da era da informação. As novas tecnologias envolvendo as telecomunicações, a Internet, o computador, o próprio fenômeno da globalização, são alguns dos fatores que determinam a emergência de tal paradigma.

O maior capital intelectual é a própria mente humana, a informação é fonte de riqueza e a concorrência entre empresas, baseada na capacidade inovativa de cada uma, passa do âmbito local para um contexto global.

Inovação, portanto, é a palavra-de-ordem no setor produtivo – e o desenvolvimento, nesse ambiente, o objetivo último de qualquer Estado.

A nova era da informação não conduziu a uma ruptura com o capitalismo. O sistema produtivo continua o mesmo, com a diferença de que agora é informacional – ou seja, baseia-se na geração e detenção da informação, do conhecimento, da tecnologia. Isto torna a inovação não apenas elemento-chave do setor produtivo, mas o instrumento para atingir-se o tão almejado desenvolvimento da nação no âmbito mundial.

O Brasil insere-se nesta corrida, onde ser desenvolvido não se liga apenas ao crescimento econômico, mas também à capacidade do país de distribuir riquezas e diminuir desigualdades, gerando desenvolvimento social e humano de forma sustentável, respaldado por um protagonismo tecnológico inovativo.

Outra constatação da era da informação é de que o enfoque científico tradicional – onde cada qual deve cuidar da sua parte de forma excelente para que o todo possa beneficiar-se (compartimentalização do conhecimento) – já não é suficiente para explicar as mudanças atuais e gerar o desenvolvimento. Não se pode

mais tratar de forma simplificada uma realidade complexa, nem esquecer o caráter subjetivo do entendimento de determinado objeto. Constatase, outrossim, que todo objeto faz parte de um todo, de um sistema, exercendo nele influência e sendo por ele modificado. É justamente essa capacidade de adaptação aos novos desafios e mudanças que torna um organismo, empresa ou sociedade, capaz de sobreviver e evoluir no novo meio – conforme Maturana e Varela, é o acoplamento estrutural que garante a sobrevivência de uma unidade.

Verifica-se esta realidade na própria análise das políticas públicas adotadas pelo Brasil na última década. O foco é o crescimento econômico, a diminuição das diferenças sociais, a redistribuição das riquezas, a inserção eficiente no mercado mundial e o aumento das exportações, dentre outros – todos ferramentas em prol da passagem do *status* de país em desenvolvimento para o de país desenvolvido.

Atualmente, o elemento central da política industrial é o investimento para proporcionar a inovação e, com ela, o crescimento econômico e o desenvolvimento. Cria-se um sistema nacional de inovação onde cada elemento faz parte de um todo e nele tem uma função. Assim acontece com o direito. O marco legal faz parte desse sistema de nacional de inovação e está sendo modificado tendo em vista a nova realidade da era da informação, da sociedade em rede e de um setor produtivo inovador capaz de gerar crescimento econômico e, por meio dele, possibilitar o investimento correto nos outros elementos necessários ao desenvolvimento nacional.

No âmbito da Política Nacional de Desenvolvimento brasileiro a inovação é uma oportunidade de tornar o Brasil uma potência mundial não apenas economicamente, mas em termos de qualidade de vida.

No viés desenvolvimentista a partir da inovação, o investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) é um dos instrumentos da política pública. Como destaca a própria Política de Desenvolvimento Produtivo, “inovar e investir para crescer”.

Dentre os instrumentos para aumentar o investimento em P&D está o incentivo a parcerias em P&D entre empresas e entre empresas e Instituições de Ciência e Tecnologia, proporcionando maior participação do setor privado nos projetos de P&D e, conseqüentemente, no próprio processo de inovação. Tais parcerias não se restringem ao território nacional, abarcando também o Investimento Estrangeiro Direto (IED).

Ademais, também se almeja fomentar áreas estratégicas da indústria para atingir este protagonismo inovador no país, dentre elas a do setor de software e serviços. Este setor tem evidenciado a cada ano forte potencial, não só pela qualidade das empresas, mas pela criatividade de seus produtos e a possibilidade de proporcionar um desenvolvimento sustentável, já que se trata de uma indústria “limpa”.

É neste contexto que se insere a presente tese: verificar se o marco legal que rege os contratos internacionais de P&D de software, que deve proporcionar a segurança jurídica de tais parcerias, é adequado ao propósito do desenvolvimento nacional.

Para tanto parte-se do pressuposto de que o direito e, conseqüentemente, o próprio ordenamento jurídico, devem constituir um instrumento em prol do desenvolvimento. Se um e outro, contudo, não se adequam aos objetivos estratégicos para atingir-se a inovação, acabam por representar um obstáculo. Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro – e o próprio Direito Internacional Privado (DIPr) – desempenha um papel sistêmico neste projeto maior do Estado brasileiro: o desenvolvimento do país.

É nesta realidade e com tal recorte temático que situa-se a problemática a ser trabalhada pela presente tese: se o marco legal brasileiro dos contratos internacionais envolvendo P&D de software está cumprindo seu papel sistêmico na Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação.

O fulcro, portanto, é analisar se o DIPr está adequado ao objetivo nacional de desenvolvimento por meio da inovação e, se não, identificar as adaptações que podem ser realizadas.

Considerando, entretanto, os diversos temas que ainda poderiam ser abordados nesta delimitação da tese ao DIPr, o foco direciona-se principalmente a três elementos básicos para os contratos internacionais: competência internacional, lei aplicável e possibilidade de solução de controvérsias por meio da arbitragem.

A hipótese levantada e comprovada na Conclusão é a de que o atual marco legal do DIPr brasileiro não está adequado à política de desenvolvimento nacional a partir da inovação, carecendo de reformas e, principalmente, de adequações ao contexto internacional. Também verificou-se que, aplicada a legislação brasileira ao contrato, a mesma deve ser suficiente para servir de instrumento de segurança

jurídica, que é imprescindível ao desenvolvimento, principalmente no que tange à matéria de propriedade intelectual, acordos administrativos e relações envolvendo consumidor. Ademais, partindo da referida Conclusão almeja-se, ao final, sugerir algumas reformas legislativas passíveis de ser levadas a cabo.

Adotou-se como método de pesquisa para a realização da presente tese o dedutivo. Contudo, complementa-se tal método com algumas análises comparativas, interdisciplinares e principalmente sistêmica. Destarte, contextualizou-se a presente tese dentro da Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação, passando-se daí aos conceitos necessários e à análise proposta.

A metodologia empregada foi a da pesquisa documental, principalmente no que se refere às políticas nacionais e aos manuais – em especial da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Também utilizou-se a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e estatística, de modo especial no que tange ao material já existente sobre o tema junto a organismos internacionais e governamentais. De igual modo se analisam alguns dados econômicos e sociais para ajudar na contextualização do tema.

Afora esta Introdução, a estrutura utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi dividida em cinco seções. A primeira é destinada à contextualização teórica, política, econômica, social e jurídica da tese. Nela se analisa a base teórica da era da informação, bem como o pensamento sistêmico presente nesta realidade e na própria política nacional. Também se verifica o papel da P&D dentro do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) e da Política Nacional de Desenvolvimento, a partir da inovação, bem como sua base constitucional. Retrata-se a realidade do setor de software no Brasil e seu papel no mercado mundial. Por fim, enquadra-se a temática da tese no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando o importante papel sistêmico do marco legal para a Política Nacional de Desenvolvimento – principalmente no que diz respeito ao DIPr.

Na seção seguinte, o foco é o conceito de P&D, seja de forma generalizada, seja no sentido da criação do próprio software. Vislumbra-se que o principal diferencial da P&D em relação às demais atividades e processos é justamente sua estreita vinculação com o processo de inovação. No que tange à P&D de software em si, além de seu conceito, descreve-se o conceito do software, diferenciando-o do de programa de computador, além da proteção jurídica dos mesmos e do processo

de desenvolvimento do software. Ademais, analisa-se o marco legal brasileiro do processo de P&D, tanto o geral como o que envolve Tecnologia da Informação (TI).

Na próxima seção, o foco é o contrato de P&D de software, para o qual se propõe um conceito. Analisa-se a natureza jurídica deste contrato, bem como sua classificação, objeto e sujeitos. Também são relacionadas formas contratuais e modelos que podem ser utilizados para este instrumento negocial, além de sugestões de cláusulas.

Na penúltima seção, o mote é a análise específica do DIPr brasileiro usado para regular os contratos internacionais de P&D de software. Listam-se as regras relacionadas com a competência internacional, lei aplicável e resolução de controvérsias por meio da arbitragem, com destaque para os problemas legislativos.

Na última seção, conclui-se relacionando os problemas jurídicos identificados no decorrer das seções anteriores e propondo algumas reformas com a finalidade de tornar o marco legal dos contratos internacionais de P&D de software mais adequado ao propósito sistêmico da Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação.

2 DESENVOLVIMENTO, SISTEMA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO BRASILEIRO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO E SOFTWARE: CONTEXTUALIZAÇÃO

“Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo”.

Manuel Castells, *Sociedade em Rede*, 2007

A sociedade encontra-se num novo momento histórico, chamado por Manuel Castells de “Era da Informação” e marcada por transformações importantes ocasionadas pela revolução da Tecnologia da Informação (TI). Conforme o autor, a TI engloba todo o conjunto de tecnologias em “microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/rádiodifusão e optoeletrônica”, além da “engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimentos e aplicações”.¹

¹ Segundo Castells, “o exagero profético e a manipulação ideológica que caracteriza a maior parte dos discursos sobre a revolução da tecnologia da informação não deveria levar-nos a cometer o erro de subestimar sua importância verdadeiramente fundamental. Esse é [...] no mínimo, um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura. O registro histórico das revoluções tecnológicas, conforme foi compilado por Melvin Kranzberg e Carrol Pursell, mostra que todas são caracterizadas por sua *penetrabilidade*, ou seja, por sua penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida. Em outras palavras, são voltadas para o processo, além de induzir novos produtos. Por outro lado, diferentemente de qualquer outra revolução, o *cerne* da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às *tecnologias da informação, processamento e comunicação*. A tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo à energia nuclear, visto que a geração e distribuição de energia foi o elemento principal na base da sociedade industrial. [...] A primeira Revolução Industrial, apesar de não se basear em ciência, apoiava-se em um amplo uso de informações, aplicando e desenvolvendo os conhecimentos preexistentes. E a segunda Revolução Industrial, depois de 1850, foi caracterizada pelo papel decisivo da ciência ao promover a inovação. [...] O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da

Tal revolução tecnológica, tendo a mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, caracteriza-se não pela centralidade de conhecimentos e informações, mas por sua aplicação na geração de “conhecimentos e dispositivos de processamento/comunicação da informação”. Ou seja, é um ciclo envolvendo a inovação e seu uso – conforme Castells, um ciclo de realimentação cumulativo –, no qual a inovação é usada, sendo adaptada e gerando outra inovação. Outra característica interessante é que as novas tecnologias se difundiram pelo mundo numa velocidade impressionante, entre meados dos anos 1970 e 1990, diferenciando também esta revolução das anteriores.²

Castells destaca algumas características neste novo paradigma da TI: a) a matéria-prima é a informação (“são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como foi o caso das revoluções anteriores”); b) todos os processos da existência humana, individual ou coletiva, são moldados por este novo meio tecnológico, já que a informação é parte integrante da atividade do homem; c) em qualquer sistema ou conjunto de relações existe a lógica de redes usando essas novas tecnologias da informação e promovendo a interação; d) é baseado na flexibilidade, já que não só os processos, mas organizações e instituições podem ser modificados, alterados, adaptados pela “reorganização de seus componentes”; e) há uma “crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado”.³

Assim, a tecnologia é o fator dominante, sendo a informação o direcionador do valor e da criação de riqueza.⁴ O conhecimento é peça fundamental não só no setor econômico, mas também no âmbito social e humano. Conforme ressaltado em *Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde*, promovido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) em 2000, o conhecimento é um dos “principais fatores

informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 67-69.

² Cf. CASTELLS, 2007, p. 69-70.

³ Segundo este autor, “o paradigma da tecnologia da informação não evolui para seu fechamento como um sistema, mas rumo à abertura como uma rede de acessos múltiplos. É forte e impositivo em sua materialidade, mas adaptável e aberto em seu desenvolvimento histórico. Abrangência, complexidade e disposição em forma de rede são seus principais atributos”. CASTELLS, 2007. p. 108-110.

⁴ ALDRICH, Douglas F. *Dominando o mercado digital*. Trad. Maria Withaker Ribeiro Nolf e Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 05.

de superação de desigualdades”, além de agregar valor, criar empregos qualificados e propagar o bem-estar.⁵

A economia neste novo período histórico é informacional, global e com funcionamento em rede. A produtividade e competitividade dependem basicamente da capacidade dos agentes gerarem, processarem e aplicarem a informação baseada em conhecimentos – daí sua característica informacional. As principais atividades produtivas, assim como o consumo, a circulação e os componentes da economia, estão organizadas em escala global, e esta interação global se dá por meio de redes.⁶ A tecnologia influi diretamente na economia pelo aumento da produtividade.⁷

Importa destacar que nesta fase informacional não há ruptura com o sistema capitalista, mas adaptações – razão por que Castell classifica a economia atual como capitalismo informacional. Assim, a economia busca a tecnologia, a inovação e, conseqüentemente, o aumento da produtividade, visando, no fim, a lucratividade. Segundo o autor, “a lucratividade e a competitividade são os verdadeiros determinantes da inovação tecnológica e do crescimento da produtividade”.⁸

⁵ Conforme o *Livro Verde*, “o conhecimento tornou-se, hoje mais do que no passado, um dos principais fatores de superação de desigualdades, de agregação de valor, criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar. A nova situação tem reflexos no sistema econômico e político. A soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção – que é essencial – depende nitidamente do conhecimento, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico”. TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil*. Livro Verde, Brasília: Ministério da Ciência e da Tecnologia, 2000.

⁶ É interessante observar que a visão de Castells da sociedade em rede é corroborada por Thomas Friedman em *O mundo é plano*. Friedman assevera que a sociedade está na terceira fase da Globalização, a denominada Globalização 3.0, iniciada no ano 2000 (a Globalização 1.0, que deu início ao processo, começou em 1492, com a descoberta da América por Colombo, e terminou em 1800). Da mesma forma que as demais, ela diminuiu o mundo e agora o está achatando. Para ele, “esse achatamento quer dizer que estamos interligando todos os centros de conhecimento do planeta e costurando uma única rede global, o que (se a política e o terrorismo não atrapalharem) pode precipitar uma era notável de prosperidade, inovação e colaboração entre empresas, comunidades e indivíduos. No entanto, [...] não são só os programadores e aficionados por computadores que são brindados com a possibilidade de trabalharem juntos, mas também a Al-Qaeda e outras redes terroristas”. FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Trad. Cristina Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 19.

⁷ Para Castells, “informação e conhecimentos sempre foram elementos cruciais no crescimento da economia, e a evolução da tecnologia determinou em grande parte a capacidade produtiva da sociedade e os padrões de vida, bem como formas sociais de organização econômica. [...] Portanto, o crescimento extraordinário de produtividade na indústria dos computadores pode, e deve, ser interpretado como formato do que está por vir, e não como um acidente anormal na paisagem plana da rotina econômica”. CASTELLS, 2007, p. 119; 122.

⁸ Segundo este autor, “embora a economia informacional/global seja distinta da economia industrial, ela não se opõe à lógica desta última. A primeira abrange a segunda mediante o aprofundamento tecnológico, incorporando conhecimentos e informação em todos os processos de produção material e distribuição, com base em um avanço gigantesco em alcance e escopo da esfera da circulação. Em

Uma destas adaptações foi justamente a internacionalização da produção, que é realizada por empresas conectadas em redes (alianças), nas quais o “processo produtivo incorpora componentes produzidos em vários locais diferentes, por diferentes empresas, e montados para atingir finalidades e mercados específicos em uma nova forma de produção e comercialização”.⁹

Conforme a teoria schumpeteriana, neste ambiente informacional a inovação é tratada como mola propulsora do desenvolvimento econômico. Partindo da inovação, o crescimento econômico ocorre por meio da produtividade e, conseqüentemente, da lucratividade – razão por que o objetivo de inovação deve estar atrelado à toda atividade empresarial, sob pena desta não suportar as conseqüências do processo de “destruição criativa”.¹⁰

A partir deste papel fundamental para o crescimento econômico, a inovação também é vista como importante ferramenta para o desenvolvimento como um todo, tanto que é uma das forças-tarefas do Projeto do Milênio (“ciência, tecnologia e inovação”), promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU) desde 2002, com o objetivo primordial de promover o desenvolvimento.¹¹

outras palavras: à economia industrial restava tornar-se informacional e global ou, então, sucumbir”. CASTELLS, 2007, p. 136.

⁹ CASTELLS, 2007, p. 163-164.

¹⁰ Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1942. Ainda que não seja o foco primordial da presente tese, esta teoria será melhor abordada na próxima subseção, quando se conceituar inovação. Castells exemplifica o efeito da “destruição criativa” ao afirmar que “o novo paradigma tecnológico mudou o escopo e a dinâmica da economia industrial, criando uma economia global e promovendo uma nova onda de concorrência entre os próprios agentes econômicos já existentes e também entre eles e uma legião de recém-chegados. Essa nova concorrência praticada pelas empresas, mas condicionada pelo Estado, conduziu a transformações tecnológicas substanciais de processos e produtos que tornaram algumas empresas, setores e áreas mais produtivos. Contudo, houve ao mesmo tempo uma destruição criativa em grandes segmentos da economia, afetando empresas, setores, regiões e países de forma desproporcional”. CASTELLS, 2007, p. 141.

¹¹ O *Millenium Project* foi constituído pela Secretaria Geral das Nações Unidas em 2002. Liderado pelo Prof. Jeffrey Sachs, tem o objetivo de “desenvolver um plano de ação concreta para que o mundo reverta o quadro de pobreza, fome e doenças opressivas que afetam bilhões de pessoas”. São 13 as forças-tarefas para se atingir os objetivos do Projeto do Milênio: fome; educação; igualdade de gênero; saúde infantil e saúde materna; AIDS; acesso a medicamentos essenciais; malária; tuberculose; meio ambiente; água; moradores de assentamentos precários; comércio; ciência, tecnologia e inovação. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/PNUD Brasil. Projeto do Milênio. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/milenio/>>. Acesso: 28 jul. 2010. Sobre o assunto, ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/PNUD Brasil. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/home/>>. Acesso: 28 jul. 2010. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Development Programme*. Disponível em: <<http://www.undp.org/>>. Acesso: 28 jul. 2010.

Responsável pelo Projeto do Milênio, Jeffrey Sachs afirma que para eliminar a pobreza em escala global tem-se que pensar globalmente – o que é a parte mais difícil. Ele rejeita as profecias que afirmam ser impossível acabar com a pobreza. Para Sachs, a geração atual é herdeira de dois séculos e meio de progresso econômico, o que permite imaginar de forma realística um mundo sem miséria em 2025. É o progresso tecnológico que possibilita satisfazer as necessidades humanas básicas em escala global e alcançar uma margem sem precedente na história acima de tais necessidades. Esse progresso foi alimentado pelas revoluções em andamento da ciência básica e difundido pelo poder dos mercados globais e de investimentos públicos em saúde, educação e infra-estrutura.¹²

A questão do desenvolvimento é um dos temas atuais mais polêmicos, representando inclusive o critério de separação dos países: países desenvolvidos, países em desenvolvimento e países menos avançados. Várias são as iniciativas e autores que tratam do tema. Como o foco da presente tese não é discutir o conceito de desenvolvimento em si, adota-se como base a visão ampla de desenvolvimento, abarcando não só o crescimento econômico, mas também o social, o humano, o institucional, o sustentável.¹³

Um dos autores que aborda este conceito amplo é Amartya Sen, para quem desenvolvimento equivale à liberdade. Considera-se que um país só será desenvolvido se possibilitar que seus cidadãos tenham a liberdade de participar da sociedade, fomentando suas capacidades e melhorando, de forma abrangente, os vários aspectos que os envolvem.¹⁴

Para atingir-se tal objetivo é preciso ter em vista as liberdades instrumentais tratadas por Sen e exercidas pelos sujeitos: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora. Partindo de tais premissas, o desenvolvimento só acontecerá se as principais fontes de privação de liberdade forem removidas, quais sejam: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática,

¹² SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 393.

¹³ Aspectos destacados por Welber Barral nos encontros do Seminário de Pesquisa Direito e Desenvolvimento, no Programa de Doutorado CPGD/UFSC, ministrado pelo Prof. Dr. Welber Barral e Viviane Ventura (setembro a dezembro de 2006).

¹⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.¹⁵

A remoção de tais empecilhos permite que os indivíduos desenvolvam suas capacidades¹⁶, que “podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo”. Para Sen, “essas questões relacionam-se estreitamente à necessidade de equilibrar o papel do governo – e de outras instituições políticas e sociais – com o funcionamento dos mercados”.¹⁷

Pode-se citar ainda Joseph Stiglitz, que também destaca a importância da visão ampla do desenvolvimento. Este autor tem o grande mérito de questionar a “receita” passada pelo Consenso de Washington para chegar-se ao desenvolvimento. Stiglitz afirma que o Consenso de Washington falhou ao propor uma visão muito estreita do desenvolvimento, focado principalmente no crescimento econômico baseado em privatizações, liberalização do comércio e controle da inflação.¹⁸

Ressaltando que o desenvolvimento é possível, mas não é o destino de todos os países, Stiglitz o identifica com a transformação da sociedade, com uma visão científica do que se sabe e do que não se sabe – ou seja, deve-se identificar as barreiras para a transformação da sociedade como um todo. Para tanto é preciso ter em mente as seguintes premissas: a) o desenvolvimento não é baseado só na economia, apesar de sua importância; b) ele deve adaptar-se às circunstâncias do país; c) deve ter uma infra-estrutura institucional correta; d) deve-se almejar a

¹⁵ SEN, 2000. p. 55, 18. É interessante observar que esta visão também está presente em Hegel, para o qual, conforme Castro, “o desenvolvimento representa a expansão concreta da liberdade, mas a liberdade nada mais é que um desdobramento da igualdade no tempo, a partir do desdobramento histórico e lógico da igualdade a partir das sociedades pré-capitalistas. A política econômica de um Estado social/intervencionista é uma política que deve ter por meta primeira a expansão da igualdade, desenvolvendo-a em igualdade relativamente material, impulsionando, enfim, a liberdade, ao criar condições para que os homens se libertem do reino das necessidades”. CASTRO, 2009, p. 565-566.

¹⁶ Capacidade, na concepção de Sen, é aquilo que o indivíduo possui que lhe permite fazer algo, como educação, saúde, emprego. Tais capacidades – ou, mais precisamente, a privação ou não destas capacidades – servirão como sistema de avaliação do desenvolvimento. Portanto, esta abordagem múltipla do desenvolvimento está respaldada pela noção de liberdade e capacidade. Cf. SEN, 2000, p. 33.

¹⁷ Cf. SEN, 2000, p. 151.

¹⁸ STIGLITZ, Joseph E. *Towards a New Paradigm for Development: Strategies, Policies, and Processes*. Genebra: UNCTAD, 1998. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/prebisch98.pdf>>. Acesso: 25 set. 2006.

redução da pobreza, o aumento do padrão de vida e o processo de democratização; e e) também deve haver transparência.¹⁹

A estratégia de desenvolvimento deve servir como catalisador de toda a sociedade para o aprendizado social. A mudança, no entanto, precisa ser realizada internamente, não imposta de fora para dentro. Lembrando a posição de Sen quando este trata de capacidades, de liberdade, Stiglitz refere tal transformação interna como uma mudança de mentalidade de hierarquia. Cada um deve sentir-se participante da sociedade e responsável por ela, formando o capital social do país e ajudando a construir um consenso.²⁰

Para tanto, ele analisa os componentes do desenvolvimento, ressaltando os seguintes pontos: o setor privado tem que fazer parte dessa transformação juntamente com o setor público; participação da comunidade como um todo; desenvolvimento familiar e desenvolvimento individual. O conhecimento também deve ser administrado, aumentando a capacidade de cada cidadão de gerá-lo. Devem-se respeitar as capacidades de cada região e cidade, bem como permitir o desenvolvimento do capital social/organizacional, fortalecendo as instituições. Essas estratégias de desenvolvimento devem ser vistas como objetivos a ser alcançados em longo prazo, determinando prioridades de forma coerente.²¹

O comércio internacional representa uma oportunidade de aprimorar-se o desenvolvimento do país com o acesso às novas tecnologias. Contudo, não se pode criar uma economia dual, onde parte da sociedade tem acesso ao desenvolvimento e parte está excluída. Deve-se primar por uma economia desenvolvida. Da mesma forma, o IED pode representar uma ótima oportunidade de aprendizado para os países menos desenvolvidos. É preciso cuidado, contudo, com o capital de curto prazo, que é muito volátil e não permite uma transformação da sociedade. Os países desenvolvidos têm responsabilidade no desenvolvimento dos demais.²²

¹⁹ STIGLITZ, 1998.

²⁰ Id. Ibid, 1998.

²¹ Id. Ibid, 1998.

²² Para tanto, Stiglitz traça alguns pontos que devem ser observados e modificados por esses países: dar mais acesso aos produtos dos países menos desenvolvidos, criar menos barreiras ao mercado internacional e flexibilizar as normas de propriedade intelectual, que podem ser barreiras ao desenvolvimento, já que o acesso ao conhecimento é de vital importância para que ocorra a referida transformação. Desta forma, as políticas destes países devem ser mais justas e abertas. STIGLITZ, 1998.

Como se vê, o novo paradigma da revolução tecnológica está presente em várias premissas teóricas. A informação, o conhecimento e a tecnologia são, mais do que antes, instrumentos importantes para alcançar o desenvolvimento almejado pelas nações. A partir de tal enfoque, inovação e investimento em P&D são elementos primordiais.²³

Um ponto comum interessante nas teorias referidas acima é a visão sistêmica sobre a nova realidade. Em outras palavras, tem-se a noção de que cada elemento da sociedade, cada ação ou procedimento no processo de desenvolvimento, deve estar inserido dentro de um contexto e, neste, cumprir seu papel, sua função. Tudo está interligado. Não se tem mais a visão compartimentalizada da ciência tradicional.²⁴

Segundo Maria José Esteves de Vasconcellos, a ciência tradicional reflete três pressupostos epistemológicos fundamentais, representados pelas seguintes crenças: a) simplicidade, por meio da qual se crê que “analisando ou separando em partes o objeto complexo, encontrar-se-á o elemento simples, a substância constituinte, a partícula essencial, mais facilmente compreensível do que o todo complexo”; b) estabilidade, por meio da qual o mundo é visto como estável, permitindo que possamos “conhecer os fenômenos determinados e reversíveis que o constituem, para poder prevê-los e controlá-los”; e c) objetividade, demonstrando que é “possível e indispensável sermos objetivos na constituição do conhecimento verdadeiro do mundo, da realidade”.²⁵

No novo paradigma do pensamento sistêmico, os pressupostos são outros. Da simplicidade, passa-se a crer na “complexidade”, demonstrando que a simplificação “obscurece as inter-relações de fato existentes entre todos os fenômenos do universo”, sendo necessária uma atitude de “contextualização dos fenômenos e o reconhecimento da causalidade recursiva”. A estabilidade é trocada pela crença na “instabilidade” do mundo, o qual está em “processo de tornar-se,

²³ Cf. SACHS, 2005.

²⁴ Segundo Maria José Esteves de Vasconcellos, “a ciência tradicional é inadequada para lidarmos com situações complexas instáveis, que exigem que reconheçamos nossa própria participação no curso dos acontecimentos. Mas já não é preciso abandonar o domínio da ciência, pois temos um ‘novo paradigma sistêmico’ que, mantendo-se científico, oferece a possibilidade de lidarmos com essas situações. E ainda mais, que permite superar-se aquela disjunção entre conhecimento científico e ética”. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 7. ed. Campinas: Papyrus, 2008. p. 22.

²⁵ VASCONCELLOS, 2008, p. 65-66.

sendo necessária a “consideração da indeterminação”, da “imprevisibilidade” e da “incontrolabilidade” dos fenômenos. Por fim, do pressuposto da objetividade passe-se ao da “intersubjetividade na constituição do conhecimento do mundo”, reconhecendo-se que “não existe uma realidade independente de um observador” e que “o conhecimento científico do mundo é uma construção social, em espaços consensuais”.²⁶

Portanto, o paradigma atual é sistêmico, cada elemento faz parte de um todo, influenciando nele e modificando-o. Ao mesmo tempo, cada elemento também adapta-se ao todo. Segundo Humberto Maturana e Francisco Varela, “a adaptação de uma unidade a um meio é uma consequência necessária do acoplamento estrutural dessa unidade nesse meio [...]”.²⁷

Tal visão sistêmica do processo é necessária para que se possa efetivamente alcançar o tão almejado primeiro degrau do desenvolvimento. Os diversos elementos que envolvem o processo devem estar concatenados em prol do objetivo da promoção do desenvolvimento de forma ampla. Uma destas variáveis é o próprio desenvolvimento tecnológico a partir da inovação.²⁸

²⁶ VASCONCELLOS, 2008, p. 101-102.

²⁷ Conforme Maturana e Varela, “o acoplamento estrutural é sempre mútuo; organismo e meio sofrem transformações”. MATURANA, Humberto J.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Discin. 6. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2007, p. 115. Esta teoria, chamada de biologia da cognição, considera a vida um processo de conhecimento. Nela, “os seres vivos constroem esse conhecimento não a partir de uma atitude passiva e sim pela interação”. MARIOTTI, Humberto. Prefácio. In: MATURANA; VARELA, 2007. p. 12. O interessante desta teoria para a presente tese é a forma de abordagem do objeto estudado. Ele não é mais individualizado, separado da realidade. Cada elemento, cada objeto de estudo, está dentro de um contexto, de uma realidade, de um meio. Nele influi e é por ele influenciado. Daí a expressão “pensamento sistêmico”. Cada coisa faz parte de um sistema, de um meio, de um todo. Da mesma forma, o direito e o marco legal dos contratos internacionais de P&D de software também fazem parte de um sistema, devendo adequar-se a ele.

²⁸ Conforme o *Livro Branco*, “a inovação é um fenômeno complexo, multidimensional, que pressupõe a presença e articulação de número elevado de agentes e instituições de natureza diversa, com lógicas e procedimentos distintos; objetivos de curto e de longo prazos diferenciados; potencialidades e restrições específicas e motivações variadas. [...] O processo de inovação tem características sistêmicas e é condicionado por políticas, por um conjunto de instituições, públicas e privadas, e pela qualidade e intensidade de suas inter-relações”. BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco: Ciência, Tecnologia e Inovação*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4744.pdf>. Acesso: 25 out. 2009. p. 26-27. Segundo Vasconcellos, “para pensar complexamente, precisamos mudar crenças muito básicas: em vez de acreditar que vamos ter como objeto de estudo o elemento, ou o indivíduo, e que teremos de delimitá-lo muito bem, precisamos passar a acreditar que estudaremos ou trabalharemos o *objeto em contexto*. Para proceder à *contextualização* do objeto ou do problema, deveremos fazer um exercício de ampliação de foco, o que nos leva a ver *sistemas amplos*. [...] Assim, estaremos tirando o foco exclusivo no elemento e incluindo o *foco nas relações*”. Cf. VASCONCELLOS, 2008, p. 111-113.

O objetivo primordial desta seção 2, portanto, é o de contextualizar²⁹ o tema da presente tese – contratos internacionais de P&D de software – dentro de um sistema maior: a Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação. Ele é formado, dentre outros elementos, pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia & Inovação (SNCTI) e o Plano de Ação de Ciência, Tecnologia e Inovação (PACTI).³⁰

Considerando que o presente estudo centra-se na análise jurídica, vale destacar que o foco não é uma abordagem aprofundada da política pública adotada pelo governo brasileiro ou do modelo de desenvolvimento proposto. O que se pretende é uma contextualização da realidade na qual o processo de P&D³¹ e o setor de software estão inseridos.

Esta abordagem permitirá que nos demais capítulos seja possível verificar se o marco legal de DIPr dos contratos internacionais de P&D de software está adequado ao objetivo de desenvolvimento a partir da inovação proposto pelo governo federal.

²⁹ Esta contextualização será importante para o decorrer da presente tese, pois justificará a escolha de determinadas abordagens e recortes.

³⁰ Conforme o Manual de Oslo, “a maior conscientização da importância da inovação fez que ela fosse incluída na agenda política da maioria dos países desenvolvidos. As políticas de inovação decorrem primordialmente das políticas de ciência e tecnologia, mas absorveram também aspectos significativos das políticas industriais. À medida que melhorava o entendimento da inovação, houve mudanças substanciais no desenvolvimento de políticas ligadas à inovação. [...] O novo pensamento sobre inovação fez surgir a importância dos sistemas e levou a uma abordagem mais integrada da formulação e implantação de políticas ligadas à inovação”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Manual de Oslo: proposta de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica*. Trad. FINEP, 2004. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/imprensa/sala_imprensa/manual_de_oslo.pdf>. Acesso: 02 jul. 2007, p. 32.

³¹ No decorrer do trabalho se utilizará a sigla P&D para referir Pesquisa e Desenvolvimento. Além de ser o termo notadamente utilizado, será de grande utilidade para que não ocorra confusão com o desenvolvimento como processo e como objetivo central da política brasileira.

2.1 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO NO SISTEMA NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA & INOVAÇÃO E NA POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento nacional está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 3º da CF, que merece ser reproduzido integralmente:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Observa-se que, para além do art. 3º, a CF de 1988 traçou todo um projeto de desenvolvimento nacional com base no bem-estar social – é a possibilidade de intervencionismo estatal com a finalidade de promover o desenvolvimento de forma ampla, e não só com base no crescimento econômico.³² Com isto, a própria

³² Neste sentido alinha-se a tese de Matheus Felipe de Castro, ao analisar os princípios do projeto de desenvolvimento nacional traçados na Constituição Federal de 1988. Segundo ele, “admitindo-se que a Constituição de 1988 traçou as linhas gerais de um projeto político de desenvolvimento nacional com vistas à eliminação das vulnerabilidades externas da nação brasileira – com construção de uma nação livre, soberana e desenvolvida, que ocupe um papel de destaque perante a comunidade internacional – e eliminação das suas graves e históricas disparidades internas – com construção de uma nação desenvolvida, – ‘livre, justa e solidária’ que atinja a meta de erradicar – a ‘pobreza e a marginalização’ e reduzir – ‘as desigualdades sociais e regionais’ – dever-se-á interpretar a Constituição tendo por ponto de partida esse projeto de poder-ser, concebendo um poder/aparelho de Estado capaz de efetivar essa meta. [...] O controle político do desenvolvimento por parte do Estado tem potenciais racionalizadores da anarquia da produção social que vem sendo, com raras exceções, autogerida pela própria livre concorrência através do fomento ao irracional, vale dizer, do fomento à produção não planejada, inclusive financeira e que aprofunda as desigualdades sociais e nacionais [...]. Enfim, a transformação que produz contradições na estrutura do Estado burguês é o surgimento de componentes socializantes da produção e do controle do mercado na estrutura desse Estado. O Estado intervencionista segue sendo um Estado burguês, mas, à diferença do Estado liberal, promotor da propriedade privada, é um promotor da propriedade social”. Interessante destacar a observação feita de que o viés social encontrado na CF de 1988 não descaracteriza o capitalismo e tampouco é o primeiro passo para a passagem desse sistema ao socialismo. Isto somente seria possível por meio de uma ruptura. Segundo Castro, “não se sustenta que o Estado desenvolvimentista, economicamente intervencionista e socialmente redistribuidor seja responsável por uma transição ao socialismo. Não. Essa transição somente seria possível mediante uma ruptura político-social que fundasse um novo poder de Estado dirigido pelos representantes da classe explorada fundamental”. Contudo, pode-se afirmar que a CF de 1988 é uma Constituição Capitalista Social: “[...] trata-se de uma típica constituição capitalista social, adaptada a realidade brasileira e aos seus dilemas, problemas e soluções. Nela, na Constituição de 1988, o caráter programático de um poder-ser fica evidenciado com toda força nos fins que ela determina ao Estado”. CASTRO, Matheus

Constituição brasileira se mostra inserida no novo paradigma sistêmico de desenvolvimento na era da informação, no qual o Estado tem e deve ter forte influência no fomento do processo desenvolvimentista nacional, baseado nos valores sociais (bem-estar social).

Além disso, ela também defende a livre concorrência e a livre iniciativa, ressalvados os ditames da justiça social (art. 170, CF³³). Contudo, dentre os ditames programáticos desenvolvimentistas da CF, é imprescindível ressaltar o disposto nos arts. 218 e 219.

O art. 218³⁴ determina a obrigação estatal de promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica”. Aqui está um dos elementos primordiais da Política Nacional de Desenvolvimento: sua execução a partir da inovação.

O art. 219³⁵, por sua vez, complementa esta disposição, asseverando que o mercado interno é patrimônio nacional e deverá ser incentivado pelo governo, de modo a viabilizar o “desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”.

Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o estado e o projeto político de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 13; 19; 46; 433.

³³ Art. 170, CF. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. É dever do Estado fortalecer a ordem econômica e o mercado interno, que é considerado patrimônio nacional (art. 219, CF). Neste sentido, ver: CASTRO, 2009, p. 443 et seq.

³⁴ Art. 218, CF. “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica”.

³⁵ Art. 219, CF. “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Vê-se que o desenvolvimento nacional não passa apenas pelo crescimento econômico, mas vai além. Abarca um viés amplo, no qual o desenvolvimento tecnológico por meio da inovação é uma ferramenta primordial na Política Nacional de Desenvolvimento, o que inclui também o âmbito social.³⁶

Neste projeto constitucional, o Estado assume papel primordial – ele será o “regente” dos vários elementos que fazem parte do processo de desenvolvimento nacional. Dentre outros, tem o papel sistêmico de fomentar o desenvolvimento tecnológico e sua conexão com as relações sociais, fazendo com que resulte em externalidades positivas para o processo de desenvolvimento. Castells destaca este papel do Estado:

O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados. Em grande parte, a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade para impulsionar seu domínio tecnológico por intermédio das instituições sociais, inclusive o Estado. O processo histórico em que esse desenvolvimento de forças produtivas ocorre assinala as características da tecnologia e seus entrelaçamentos com as relações sociais.³⁷

Frise-se mais uma vez que esta revolução tecnológica, assim como o projeto nacional de desenvolvimento, são capitalistas – não há uma ruptura com o sistema

³⁶ Segundo Castro, a inovação deve ser assumida como finalidade estatal. Para ele, “setores como os de pesquisa científica e tecnológica, que envolvem altos custos de investimento e longos prazos de retorno, tornando a sua realização inviável pelas empresas nacionais, deve ser tomado pelo Estado, via universidades públicas, que devem ser direcionadas para a produção de tecnologias que sejam do interesse do desenvolvimento e da defesa nacionais. A própria Constituição afirmou que ‘a pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências’ (§ 1º do artigo 218) e que ‘a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional’ (§ 2º do artigo 218). Dessarte, também as universidades públicas devem estar a serviço dos interesses da nação, formando pessoal qualificado e dispondo de planos de carreira que tornem atraente aos chamados ‘cérebros’ a permanência no Brasil: ‘O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho’ (§ 3º do artigo 218). O Estado brasileiro precisa desenvolver uma estratégia deliberada de desenvolvimento e inovação tecnológica do Brasil que desenvolva a informática, a tecnologia da informação, a biotecnologia, a nanotecnologia, as tecnologias de segurança nacional, a tecnologia de química fina e farmacêutica, a tecnologia energética e de produção de combustíveis fósseis (petróleo, biodiesel, etc.) e não fósseis (energias eólica, hidrelétrica, nuclear, etc.)”. Sobre o assunto, ver: CASTRO, 2009, p. 573 et seq.

³⁷ Cf. CASTELLS, 2007, p. 49-50. O mesmo autor, analisando a história do desenvolvimento americano, que originou a revolução tecnológica da informação, destaca o papel principal do Estado no novo paradigma. Segundo ele, “foi o Estado, e não o empreendedor de inovações em garagens, que iniciou a revolução da tecnologia da informação tanto nos Estados Unidos como em todo o mundo”.

de produção existente. O que ocorre é sua reestruturação para um capitalismo informacional, onde cada país terá uma nuance própria, conforme sua “história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional”.³⁸ No caso brasileiro, o foco está no bem-estar social, conforme projeto constitucional.

Com base nestes preceitos constitucionais, em 2004 o Brasil lançou o Plano Plurianual (PPA) para 2004/2007, por meio da Lei nº 10.933, de 11 de agosto de 2004, onde propôs como ponto de partida a “Estratégia de Desenvolvimento de Longo Prazo” (Anexo I à Lei nº 10.933/2004).³⁹

Utiliza-se como parâmetro da presente tese o termo “Plano de Desenvolvimento Nacional”, sendo *plano* o termo utilizado pelo PPA 2002/2007⁴⁰ e *desenvolvimento nacional*, o objetivo constante do art. 3º da CF. Assim, a base da análise será o Plano instituído a partir de 2004 e respaldado pelos objetivos constitucionais de desenvolvimento.

O PPA 2004/2007 compunha-se de três megaobjetivos: 1) “inclusão social e redução das desigualdades sociais”⁴¹; 2) “crescimento com geração de emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades regionais”⁴²; e 3)

³⁸ Para Castells, o papel do Estado “não é diferente no caso da revolução tecnológica atual. Ela originou-se e difundiu-se, não por acaso, em um período histórico da reestruturação global do capitalismo, para o qual foi uma ferramenta básica. Portanto, a nova sociedade emergente desse processo de transformação é capitalista e também informacional, embora apresente variação histórica considerável nos diferentes países, conforme sua história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional”. CASTELLS, 2007, p. 50.

³⁹ Interessante destacar que é relativamente recente a atuação do Estado como agente do projeto de inovação e não apenas como fiscalizador. Conforme observa Ruy de Araújo Caldas, em 2001 “a prática da ação do Estado persiste ainda muito fortemente focalizada no papel fiscalizador e apenas recentemente a ação estratégica começa a se delinear, a exemplo da constituição dos Planos Plurianuais (PPAs) e da visão recente do MCT de construção de um plano estratégico para a ciência, tecnologia e inovação”. CALDAS, Ruy de Araújo. A construção de um modelo de arcabouço legal para ciência, tecnologia e inovação. *Parcerias estratégicas*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, v. 6, n. 11, jun. 2001, p. 8. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/arquivos/pe_11.pdf>. Acesso: 19 jul. 2010.

⁴⁰ O termo “plano” é utilizado como sinônimo de “projeto”, mas com uma nuance mais prática. Ou seja, este plano expresso a partir da PPA 2004/2007 implica a execução do projeto constitucional de desenvolvimento nacional. Assim, “plano” traduz um “conjunto integrado de medidas projetadas para realizar alguma coisa ou alcançar um objetivo; PROGRAMA; PROJETO [...]”; conjunto integrado de métodos e medidas estratégicas para a solução de problemas sociais, econômicos, de urbanização etc., ou que visam atingir metas de governo (plano econômico/urbanístico) [...]. AULETE, 2010.

⁴¹ Veja-se a base constitucional: Art. 3º, CF: “[...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁴² Base constitucional: Art. 3º, CF: “[...] II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]”. Art. 225, CF: “Art.

“promoção e expansão da cidadania e fortalecimento da democracia”.⁴³ O Estado assumiu uma função primordial – a de “utilizar todos os instrumentos e recursos disponíveis para dar o impulso indispensável à retomada do desenvolvimento”. Para tanto foram identificados 30 desafios, com 374 programas e 4.300 ações.⁴⁴

O segundo megaobjetivo é um dos que mais interessa ao presente estudo: “crescimento com geração de emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades regionais”. Aqui explicita-se o fomento da indústria nacional baseada na inovação, com a apresentação de alguns desafios: a) “coordenar e promover o investimento produtivo e a elevação da produtividade, com ênfase na redução da vulnerabilidade externa”, que tem como uma de suas diretrizes o “desenvolvimento de política industrial ampla, planejada, de corte vertical e voltada para a concepção de metas quantificáveis de exportação”; b) “ampliar, desconcentrar regionalmente e fortalecer as bases culturais, científicas e tecnológicas de sustentação do desenvolvimento, democratizando o seu acesso”, cujas diretrizes envolvem a promoção da inovação, do conhecimento, da ciência e tecnologia e da P&D.⁴⁵

225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁴³ Base constitucional: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁴⁴ Lei n. 10.933/2004. Anexo I, p. 4-6; 10.

⁴⁵ Lei n. 10.933/2004. Anexo I, p. 32; 42-46. É interessante descrever as diretrizes deste desafio: “1. Proteção da propriedade intelectual, preservando os interesses nacionais, ampliando e aperfeiçoando os mecanismos de proteção como forma de incentivo a geração de conhecimento; 2. Garantia da proteção e disseminação do conhecimento, assegurando amplos direitos aos seus detentores; 3. Promoção da formação e gestão de recursos humanos qualificados para ciência, tecnologia e informação; 4. Incentivo à implementação de redes de pesquisa científica e tecnológica de excelência; 5. Direcionamento dos esforços de inovação para as novas estratégias de desenvolvimento econômico do País; 6. Ampliação e modernização da infra-estrutura tecnológica voltada para a competitividade do setor produtivo por meio de uma política integrada de inovação; 7. Aumento da capacidade de inovação tecnológica, pelo setor produtivo, promovendo a atração seletiva de investimentos em tecnologia e o incentivo a alianças empresariais estratégicas; 8. Redução das disparidades regionais de geração de ciência, tecnologia e inovação; 9. Apoio ao desenvolvimento da base de pesquisa e desenvolvimento (recursos humanos, infra-estrutura e financiamento) na indústria nacional e nas micro, pequena e média empresas; 10. Expansão e consolidação do desenvolvimento de pesquisa básica no País; 11. Utilização do poder de compra do governo para apoiar empresas nacionais inovadoras; 12. Priorização do desenvolvimento tecnológico que agregue valor à utilização recursos naturais (aumentando a renda e o emprego nas regiões produtoras desses recursos); 13. Fortalecimento do sistema de normalização, controle de qualidade e metrologia dos produtos brasileiros; 14. Combate à biopirataria; 15. Desenvolvimento de pesquisas

É no último desafio que está a necessidade de ampliação e consolidação do “Sistema Nacional de Inovação”. São três as prioridades para tanto: 1) “utilização/difusão da ciência e da tecnologia para a melhoria da qualidade de vida da população”; 2) “desenvolvimento das potencialidades regionais”; e 3) “intensificação da pesquisa e da inovação no setor privado”.⁴⁶

Observa-se a visão sistêmica do plano. Promover a inovação, ciência e tecnologia também integra as diretrizes de outros desafios, como o do desenvolvimento sustentável dos recursos naturais ou o do empreendedorismo de pequenas e médias empresas. Desta forma, programas e ações realizados em um megaobjetivo também influenciarão os demais, o que visa gerar um círculo virtuoso de desenvolvimento (objetivo traçado no Anexo I do PPA 2004/2007).

O próprio processo de desenvolvimento é responsabilidade de todos, e não só do governo. Segundo Pimentel, “a equação do desenvolvimento, cuja solução é responsabilidade de todos, do governo e dos governados, inclui a ciência e a tecnologia, nas quais a inovação é uma variável determinante do crescimento econômico”. E complementa:

O Brasil é um país grande, seu povo é o resultado da miscigenação de muitos povos, e o desafio da sua sociedade plural, na atualidade, é consolidar o crescimento econômico, alcançar o equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, a riqueza dos agentes econômicos e a inclusão social dos seus habitantes.⁴⁷

Esta abordagem sistêmica também é destacada no Manual de Oslo⁴⁸, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), reforçando a idéia de que a inovação exige uma interação maior entre as diversas instituições, retirando o foco somente da política.

para o aproveitamento da biodiversidade dos biomas existentes no País; 16. Garantia da sustentabilidade econômica e social, por meio de pesquisas de novas tecnologias; 17. Fomento ao desenvolvimento e à disseminação de tecnologias alternativas; 18. Revisão da Lei de Patentes com relação a fármacos e medicamentos; 19. Socialização dos resultados e aplicações das pesquisas realizadas em todo o País; 20. Promoção de intercâmbio entre o setor produtivo e instituições de ensino, pesquisa e extensão”.

⁴⁶ BRASIL, Lei n. 10.933/2004. Anexo I, p. 44-45.

⁴⁷ PIMENTEL, Luiz Otávio. Introdução à propriedade intelectual e inovação no agronegócio. In: BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Desenvolvimento. *Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio*. Florianópolis: SEAD/UFSC, 2009b, p. 43.

⁴⁸ O Manual de Oslo é uma fonte internacional de diretrizes para coleta e uso de dados relacionados a atividades inovadoras da indústria. Ele faz parte de uma série de manuais metodológicos da OCDE chamada de “Família Frascati”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 14.

Apenas recentemente surgiram políticas de inovação como um amálgama de políticas de ciência e tecnologia e política industrial. Seu surgimento sinaliza um crescente reconhecimento de que o conhecimento, em todas as suas formas, desempenha um papel crucial no progresso econômico, que a inovação está no âmago dessa 'economia baseada no conhecimento', que a inovação é um fenômeno muito mais complexo e sistêmico do que se imaginava anteriormente. As abordagens sistêmicas à inovação deslocam o foco das políticas, dando ênfase à interação das instituições, observando processos interativos, tanto na criação do conhecimento, como em sua difusão e aplicação. Cunhou-se o termo 'Sistema Nacional de Inovações' para este conjunto de instituições e fluxos de conhecimento.⁴⁹ (*grifos inexistentes no original*)

Visando tal desenvolvimento, vários organismos governamentais foram acionados e programas políticos lançados para atingir-se o segundo megaobjetivo da PPA 2004/2007. Dentre eles está o da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), de 2004. Ela reuniu "ações focadas na inovação tecnológica e no aumento das exportações, além de estratégias para garantir o ingresso do maior número de empresas dos setores de microeletrônica, software, fármacos e bens de capital (máquinas) no mercado internacional".⁵⁰ O foco está na inovação e nas indústrias estratégicas nacionais, dentre as quais a de software.

O atual PPA 2008/2011 – Lei nº 11.653, de 07 de abril de 2008 – dá prosseguimento aa Política Nacional de Desenvolvimento proposto pelo PPA anterior. Focaliza os investimentos no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), que contarão com tratamento diferenciado no período proposto (art. 11 da Lei nº 11.653/2008). O PAC tem como um de seus pilares "a desoneração de tributos para incentivar mais investimentos no Brasil", aproveitando a atual conjuntura favorável ao crescimento.⁵¹

Nesta nova fase, a PITCE passa por uma segunda etapa, mais ampla, chamada de Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) e que coloca na inovação

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 17.

⁵⁰ Conforme consta no site da Presidência da República, "a identificação dos entraves econômicos e a redução dos riscos externos lançaram as bases de uma política industrial sólida e direcionada para a geração de emprego e renda. Paralelamente, passaram a ser intensificadas medidas de inclusão social, sem as quais é impensável o desenvolvimento a longo prazo". Eis outros objetivos do governo, nos quais também são desenvolvidos programas: Cidadania e inclusão; Democracia e diálogo; Desenvolvimento regional; Política externa; Gestão transparente; Justiça e segurança pública. BRASIL. Presidência da República. *Um novo modelo de desenvolvimento*, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/principais_programas/>. Acesso: 04 nov. 2009.

⁵¹ BRASIL. Programa de Aceleração do Crescimento. *Medidas institucionais para o crescimento do país*, 2009. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/pac/conheca/economicas/>>. Acesso: 04 nov. 2009.

e no investimento o foco do processo de desenvolvimento nacional: “inovar e investir para o crescimento”.⁵²

O objetivo central da PDP é dar sustentabilidade ao ciclo de expansão atual, baseando-se em quatro desafios: 1) “ampliar a capacidade de oferta”; 2) “preservar robustez do balanço de pagamentos”; 3) “elevar a capacidade de inovação”; e 4) “fortalecer as micro e pequena empresas (MPEs)”. Faz-se necessária uma maior articulação entre setor público e privado, definindo macrometas e metas específicas para tal fim. Dentre as macrometas está a “elevação do dispêndio privado em P&D”.⁵³

A abrangência da PDP está focada em uma política de três níveis:

a) nível sistêmico: iniciativas que possam gerar externalidades positivas⁵⁴, as quais poderão ser aproveitadas por toda a estrutura produtiva do país, “especialmente nos planos fiscal-tributário, do financiamento ao investimento e à inovação, e da segurança jurídica”;

b) destaques estratégicos: políticas públicas importantes para o desenvolvimento produtivo do país em longo prazo. São cinco: fortalecimento das MPEs; expansão das exportações; integração produtiva com América Latina e África; regionalização ou descentralização espacial da produção; e produção ambientalmente sustentável;

c) programas estruturais para sistemas produtivos: objetivos estratégicos que tenham por referência a diversidade produtiva nacional. São de três tipos: “programas mobilizadores em áreas estratégicas”; “programas para fortalecer a competitividade”; e “programas para consolidar e expandir a liderança”.⁵⁵

⁵² BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*, 2008. BRASIL. Presidência da República. Mensagem ao Congresso Nacional 2009: 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 53ª legislatura. Brasília: Presidência da República, Secretaria-Geral da Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/noticias/publicacoes/menscongresso2009/integra_view/>. Acesso: 03 nov. 2009.

⁵³ BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*, 2008, p. 10-14.

⁵⁴ Por externalidades entendem-se os efeitos que o ato de uma pessoa provoca no bem-estar de um terceiro que não participa da ação. Estas externalidades podem ser positivas (quando o efeito traz benefícios ao terceiro) ou negativas (quando o efeito causa prejuízos). Uma dessas externalidades são as próprias falhas de mercado. Cf. MANKIN, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 204.

⁵⁵ BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*, 2008, p. 15-17.

O foco em tais pontos da PDP está justamente na importância do processo de P&D⁵⁶ para esta política com vistas à inovação⁵⁷, fomentando-a por meio de medidas enquadradas nas ações de nível sistêmico.⁵⁸

Para melhor compreensão do papel da P&D e, principalmente, da inovação para o desenvolvimento nacional⁵⁹, é importante analisar o próprio conceito de inovação.

⁵⁶ Freeman e Soete destacam o importante papel da P&D para as políticas científicas nacionais. Segundo eles, “a política adotada para a P&D de qualquer país, ainda que implícita no sentido de uma *laissez-faire, laissez-innover*, ou explícita em termos de objetivos nacionais e estratégicos, constitui o principal elemento das políticas para a ciência e tecnologia, ou, mais brevemente, de uma política científica nacional”. FREEMAN; SOETE, 2008, p. 25.

⁵⁷ Veja-se, por exemplo, a Portaria Interministerial MCT/MDIC n. 32, de 15 de janeiro de 2009, que “estabelece as prioridades da política industrial e tecnológica nacional, para promover e incentivar o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infra-estrutura destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento”. Ressalta ainda que tais prioridades “compreendem as ações sistêmicas, os destaques estratégicos e os programas estruturantes definidos na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP” (art. 1º, parágrafo único).

⁵⁸ “Para fomentar a inovação, soma-se aos instrumentos e programas já existentes o lançamento de novas linhas de financiamento pelo BNDES, para as quais se prevê, até 2010, R\$ 6 bilhões em apoio a esforços inovativos das empresas (Linha Capital Inovador) e apoio a projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (Linha Inovação Tecnológica). No âmbito fiscal tributário, estão a permissão à depreciação imediata de máquinas e equipamentos utilizados em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação Tecnológica (P,D&I) e o aperfeiçoamento da legislação, revogando-se a vedação de que empresas beneficiárias da Lei 10.176/2001 (Lei de Informática) e Lei 8.387/1991 (Zona Franca) possam utilizar incentivos à inovação tecnológica previstos na Lei 11.196/2005 (Lei do Bem)”. BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*, 2008, p. 24-45.

⁵⁹ Jeffrey Sachs destaca a ausência de inovação como um dos fatores que impedem os países de crescer economicamente. Para Sachs, “existe [...] uma enorme diferença entre países ricos e pobres no que tange à tendência a inovar. Os ricos possuem um mercado grande, que aumenta os incentivos para a inovação, traz novas tecnologias, faz crescer mais a produtividade, expande o tamanho do mercado e cria incentivos à inovação. Esse impulso cria, com efeito, uma reação em cadeia, que os economistas chamam de crescimento endógeno. A inovação aumenta o tamanho do mercado; um mercado maior aumenta os incentivos à inovação. Portanto, crescimento econômico e inovação avançam num processo de reforço mútuo. [...] Na maioria dos países pobres, especialmente os menores, o processo de inovação jamais se inicia. Os inventores não criam porque sabem que não conseguirão recuperar os altos custos fixos do desenvolvimento de um produto novo. Governos empobrecidos não podem sustentar as ciências básicas em laboratórios estatais e universidades. E os cientistas vão embora. O resultado é uma desigualdade de atividade inovadora que aumenta a desigualdade das rendas globais”. Cf. SACHS, 2005, p. 90-91.

2.1.1 Conceito de Inovação

Inovação, conforme o Manual de Oslo, é a implantação de “produtos e processos tecnologicamente novos e substanciais melhorias tecnológicas em produtos e processos”. Dentro do conceito de produto estão bens e serviços. Desta forma, uma inovação só ocorre quando um produto ou processo novo ou com substancial melhoria tecnológica é implantado no mercado, seja na forma de bens ou serviços, seja na produção dos mesmos.⁶⁰ Contudo, o conceito tratado pelo Manual de Oslo refere-se tão somente à Inovação Tecnológica de Produto ou Processo (TPP), e com foco no empresariado do setor privado. Este fato não exclui a possibilidade de inovação em outros setores e que não sejam tecnológicos.⁶¹

O que importa ressaltar no processo da inovação é seu caráter de novidade, seja ela radical (trazendo algo totalmente novo), seja incremental (um melhoramento ou aperfeiçoamento substancial em algum produto ou processo já existente). Observa-se que o Manual de Oslo tem como respaldo para trabalhar com estes dois tipos de inovação – a radical e a incremental – a teoria de Joseph Schumpeter.⁶²

Schumpeter considera a inovação a mola propulsora do desenvolvimento econômico, que ocorre a partir do momento em que novas combinações (inovações) surgem no processo de produção, de forma descontínua.⁶³ Este conceito de inovação envolve cinco possibilidades: a) introdução de um novo bem ou de uma nova qualidade de um bem; b) introdução de um novo método de produção; c) abertura de um novo mercado; d) conquista de uma nova fonte de fornecimento de

⁶⁰ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1942, p. 111.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 54.

⁶² Id. *Ibid.*, p. 19; 55.

⁶³ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Trad. Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 48. Interessante observar que o foco na importância da inovação para o sistema produtivo é reforçado por outras teorias. Uma delas é a de Celso Furtado, segundo o qual “a pressão no sentido de reduzir a importância relativa do excedente opera como acicate do progresso da técnica ao mesmo tempo que orienta a tecnologia para poupar mão-de-obra. Dessa forma, a manipulação da criatividade técnica tende a ser o mais importante instrumento dos agentes que controlam o sistema produtivo em sua luta pela preservação das estruturas sociais”. FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 62.

matéria-prima; e e) criação de uma nova organização em qualquer atividade industrial.⁶⁴

Um dos conceitos mais importantes tratados por Schumpeter envolve a “destruição criativa”.⁶⁵ Ele explica o ciclo da inovação, que resumidamente começa com a demanda por uma solução. Depois se faz o investimento em P&D para suprir tal demanda, o que pode gerar uma invenção ou uma solução. Contudo, a eventual invenção ou solução em si – que é a nova combinação dada a um produto ou processo – não é ainda uma inovação. Ela só torna-se inovação a partir do momento em que, posta no mercado, provoca um diferencial entre a concorrência. Uma vez no mercado, a inovação torna-se um fator importante, aumentando os lucros da empresa inovadora.⁶⁶

Para melhor visualizar este ciclo, a Figura 1 demonstra de forma simplificada o Processo de Destruição Criativa abordado por Schumpeter.⁶⁷

⁶⁴ SCHUMPETER, Joseph. *Teoría del desenvolvimiento económico: una investigación sobre ganancias, capital, crédito, interes y ciclo económico*. 2. ed. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 77.

⁶⁵ Freeman e Soete destacam a importância da teoria de desenvolvimento econômico de Schumpeter para a inovação. Segundo eles, “devemos a Schumpeter a distinção de extrema importância entre invenções e inovações que, a partir dele, foi amplamente aceita e incorporada pela teoria econômica. Uma invenção é uma idéia, um esboço ou um modelo para um novo ou melhorado artefato, produto, processo ou sistema. As invenções podem ser com frequência (embora nem sempre) patenteadas, mas elas não levam necessariamente a inovações técnicas. Na verdade, a maioria delas não leva. Uma inovação no sentido econômico somente é completada quando há uma primeira transação comercial envolvendo o novo produto, sistema de processo ou artefato, apesar de a palavra ser também usada frequentemente para descrever todo o processo”. FREEMAN: SOETE, 2008, p. 26.

⁶⁶ Sobre assunto veja-se: DOSI, Giovanni. Technological paradigms and technological trajectories. In: DOSI, Giovanni. *Innovation, organization and economic dynamics: an autobiographical introduction*. Pisa: LEM, 1999, p. 51-54; BAPTISTA, Margarida Afonso Costa. *Política industrial: uma interpretação heterodoxa*. Campinas: Unicamp, 2000, p. 38-39.

⁶⁷ Figura já utilizada em artigo publicado em 2007. Ver: AREAS, Patrícia de Oliveira. Instituições e inovação: fatores para o desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; BACELAR FILHO, Romeu Felipe (orgs.). *Integração regional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 97-123.

Figura 1 – Processo de Destruição Criativa



Fonte: elaborado com base na obra de SCHUMPETER, 1942.

Este processo faz surgir um novo conceito de concorrência, diverso do princípio de maximização de lucros e das teorias clássicas. Segundo Schumpeter, “a concorrência do tipo que agora temos em mente age não apenas quando existe de fato, mas também quando é meramente uma ameaça onipresente”.⁶⁸ Portanto, para sobreviver no mercado deve-se sempre almejar a inovação, tendo em vista que a qualquer momento alguém a fará.⁶⁹

A legislação nacional sobre o tema enquadra-se nos preceitos desta teoria, como se depreende do conceito de inovação presente no art. 2º, IV, da Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004 (Lei de Inovação)⁷⁰, e repetido no instrumento

⁶⁸ SCHUMPETER, 1942, p. 115.

⁶⁹ Castells exemplifica a aplicação do conceito de destruição criativa com a própria corrida tecnológica travada em 1990 nos Estados Unidos para a criação do computador. Assim, o UNIVAC1 criado em 1951 por Remington Rand foi substituído pela máquina da IBM com 701 válvulas em 1953. Em 1958 surge o computador de grande porte de segunda geração de Sperry Rand, seguido pelo modelo da IBM 7090. Em 1964 surge o *mainframe* 360/370 da IBM, e assim por diante. Segundo Castells, “a maior parte dessas empresas estava decadente ou desaparecera na década de 1990: esta é a velocidade da ‘destruição criativa’ schumpeteriana na indústria eletrônica [...]. A microeletrônica mudou tudo isso, causando uma ‘revolução dentro da revolução’. O advento do microprocessador em 1971, com a capacidade de incluir um computador em um *chip*, pôs o mundo da eletrônica e, sem dúvida, o próprio mundo, de pernas para o ar”. Cf. CASTELLS, 2007, p. 79.

⁷⁰ A Lei de Inovação foi um importante marco na execução do papel do Estado no fomento do desenvolvimento do país. Conforme o então deputado Roberto Freire, em evento realizado em 2004, “a Lei de Inovação é uma das leis importantes nessa nova definição do papel do Estado na nova economia. Uma economia que não pode retroceder para imaginar autarquia, que não pode ter o

regulamentador desta lei – Dec. nº 5.563, de 11 de outubro de 2005 –, conforme segue: “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”. Este conceito é mais amplo do que o constante no Manual de Oslo, já que abarca qualquer tipo de inovação (não só tecnológica) introduzida no ambiente produtivo ou social, seja no setor privado, seja no público. Também se inserem neste conceito a inovação radical e a incremental.

O art. 17, § 1º, da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 (Lei do Bem), também contempla o conceito de inovação seguindo o mesmo viés:

Considera-se inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado.⁷¹

A teoria de Schumpeter é reinterpretada frente às mudanças sociais por Giovanni Dosi e Richard R. Nelson, representantes da teoria evolucionista.⁷²

A contribuição de Dosi para os conceitos de Schumpeter está justamente no fato de apresentar outra conotação. Ele divide a economia em duas fases. A primeira é baseada na tentativa-e-erro, sendo a importância primária atribuída a dois aspectos: 1) instituições que produzem e dirigem a acumulação do conhecimento, experiência, entre outros; e 2) a existência de uma multiplicidade de atores assumindo os riscos, prontos para tentar uma técnica diferente e soluções

interesse nacional confundido com o nacionalismo xenófobo, que tem que entender o processo de globalização e como neste processo os nossos interesses podem ser afirmados”. FREIRE, Roberto. *Motivação e Evolução do Projeto de Lei de Inovação*. In: VII ENCONTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA e II WORKSHOP DE PROPRIEDADE INTELECTUAL ANPROTEC, 2004. Rio de Janeiro: REPICT, 2004, p. 94. Disponível em: <<http://www.redetec.org.br/redeseprogramas/redestematicas/repict/encontros.aspx#javascript>>. Acesso: 19 out. 2009. Destacando esta função primordial da Lei de Inovação, Denis Barbosa assevera que ela é a lei que regulamenta os proceitos dos arts. 218 e 219 da CF, sobre a questão do desenvolvimento científico e tecnológico do país. Em suas palavras, a “Lei de Inovação implementa o artigo 218 da Constituição e cria um dever de proteção genérico para a produção de conhecimentos no Brasil. É algo inteiramente novo, é algo que, do ponto de vista da estrutura dos direitos, reverte o procedimento costumeiro anterior”. BARBOSA, Denis Borges. *A Lei da Inovação na prática*. In: ENCONTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA, 2006. Rio de Janeiro: REPICT, 2006, p. 235. Disponível em: <http://www.redetec.org.br/publique/media/anais_ixrepict.pdf>. Acesso: 16 out. 2009.

⁷¹ Este conceito é repetido no art. 2º, I, do Dec. n. 5.798, de 07 de junho de 2006, que “regulamenta os incentivos fiscais às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, de que tratam os arts. 17 a 26 da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005”.

⁷² DOSI, Giovanni; NELSON, Richard R. An introduction to evolutionary theories in economics. In: DOSI, Giovanni. *Innovation, organization and economic dynamics: an autobiographical introduction*. Pisa: LEM, 1999. p. 337-346.

comerciais. Conforme Dosi, Schumpeter, ao tratar do capitalismo e explicá-lo por meio do Processo de Destruição Criativa, o faz com base neste segundo aspecto desta primeira fase da economia.

Ao contrário do que ocorreu na primeira fase – quando o avanço tecnológico ligava-se à inventividade individual –, na atual fase econômica a produção de maior tecnologia está ligada a esforços organizados de P&D.⁷³ Nesta segunda fase, que Dosi chama de “maturidade oligopolística”, a produção, exploração e difusão comercial da inovação estão muito menos divorciadas, fazendo parte de uma estrutura de “competição oligopolística”. A inovação se tornou endógena à atividade empresarial. O objetivo maior de uma empresa, na nova fase, é sair na frente, conseguir exclusividade enquanto for possível, ser a líder, a primeira a comercializar determinada tecnologia.⁷⁴

Desse modo, a inovação, como pensada por Schumpeter, assume nova roupagem a partir da interpretação de Dosi, fazendo parte do dia-a-dia empresarial e do mercado concorrencial, com destaque para o processo de P&D.

É neste ponto que a P&D desempenha seu papel no processo de inovação. Ela é o foco de fomento e investimento para gerar inovação, conforme se observa da atual PDP, respaldada pelo SNCTI. Vê-se que o investimento em P&D está alicerçado em teorias econômicas que têm como objetivo a própria atividade produtiva do país (empresas), setor no qual a inovação será o principal instrumento de geração de riquezas.

Para melhor visualizar o papel central da P&D, segue sua contextualização no SNCTI.

⁷³ DOSI, Giovanni. Technological paradigms and technological trajectories. In: DOSI, Giovanni. *Innovation, organization and economic dynamics: an autobiographical introduction*. Pisa: LEM, 1999, p. 57.

⁷⁴ DOSI, 1999, p. 58.

2.1.2 Pesquisa e Desenvolvimento no Sistema Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação

Conforme especificado no *Livro Verde da Ciência, Tecnologia e Inovação*, publicado pelo MCT⁷⁵, adota-se como conceito de Sistema Nacional de Inovação o utilizado pelo Manual de Oslo, que o considera um conjunto de instituições e organizações responsáveis pela criação e adoção de inovações em determinado território nacional.⁷⁶

Sistema de inovação, portanto, tem uma abordagem complexa, baseada nas relações existentes entre instituições e organizações.⁷⁷ O sistema nacional de inovação brasileiro – chamado de Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia & Inovação (SNCTI) – foi institucionalizado a partir de 1970. Contudo, só recentemente passou a incorporar os fundamentos de uma política de inovação.⁷⁸

O sistema está inserido no Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação para os anos de 2007 a 2010 (PACTI 2007-2010), visando “aperfeiçoar a governança e intensificar as ações necessárias ao desenvolvimento e ao fortalecimento da ciência, da tecnologia e da inovação (C,T&I) no País”. As prioridades estratégicas do plano são: a) expansão e consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação; b) promoção da inovação tecnológica

⁷⁵ O livro *Ciência, Tecnologia e Inovação: desafio para a sociedade brasileira – Livro Verde* – foi resultado de um debate coordenado pelo MCT sobre o papel do conhecimento e da inovação na aceleração do desenvolvimento do país. Apresentado na II Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (CNCTI), realizada em 2001, suas recomendações e definições foram sintetizadas em um Livro Branco. Cf. BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco*, 2002.

⁷⁶ Nos termos deste documento, “a origem do conceito remete aos trabalhos de Lundvall (1988), Freeman (1987) e Nelson (1992). Tomando como ponto de partida a visão do processo de inovação como um fenômeno complexo e sistêmico, o Sistema Nacional de Inovação pode ser definido como o conjunto de instituições e organizações responsáveis pela criação e adoção de inovações em um determinado país. Nessa abordagem, as políticas nacionais passam a enfatizar as interações entre as instituições que participam do amplo processo de criação do conhecimento e da sua difusão e aplicação”. SILVA, Culon Gonçalves da; MELO, Lúcia Carvalho Pinto de. *Ciência, Tecnologia e Inovação: desafio para a sociedade brasileira – Livro Verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia; Academia Brasileira de Ciências, 2001. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/18811.html>>. Acesso: 25 out. 2009, p. 16.

⁷⁷ Freeman e Soete destacam a necessidade de uma visão complexa dos sistemas de inovação, afirmando que “as políticas nacionais e internacionais confrontam-se, dessa maneira, com a necessidade de uma sofisticada abordagem dual a um grupo de problemas complexos. Políticas para a difusão de tecnologias genéricas e padronizadas são, certamente, importantes, e elas podem, algumas vezes, acarretar o encorajamento de investimentos dentro do país e de transferências tecnológicas por parte das empresas multinacionais, mas são igualmente importantes as políticas para se favorecer a originalidade e a diversidade locais”. FREEMAN; SOETE, 2008, p. 534.

⁷⁸ BRASIL. Presidência da República. Mensagem ao Congresso Nacional, 2009, p. 91.

nas empresas; c) pesquisa, desenvolvimento e inovação em áreas estratégicas; e d) ciência, tecnologia e inovação para o desenvolvimento social.⁷⁹

Em cada prioridade ficam nítidas a necessidade de investimento em P&D e a importância do aporte legal na promoção da inovação. Como exemplo pode-se citar a consolidação institucional do SNCTI, dentro da primeira prioridade, cujo objetivo é “concluir a construção do marco legal-regulatório do Sistema Nacional de C,T&I”.

A atividade de P&D também está inserida no apoio à inovação tecnológica nas empresas, visando construir um “ambiente favorável à dinamização das atividades relacionadas ao processo de inovação no segmento empresarial”, incluindo o apoio financeiro às atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (P,D&I).

O apoio à cooperação entre empresas e instituições de ciência e tecnologia (ICTs), por exemplo, é importante ferramenta no fomento à P&D para gerar inovação. Ressalta Pimentel:

A ciência, tecnologia e inovação brasileira vêm ganhando espaço entre os formuladores de políticas públicas, governo, empresários e comunidade acadêmica, graças aos resultados positivos proporcionados às economias que a aplicaram. Por outro lado o resultado da ação política é a formação de várias espirais de inovação a partir da parceria entre os atores do sistema.⁸⁰

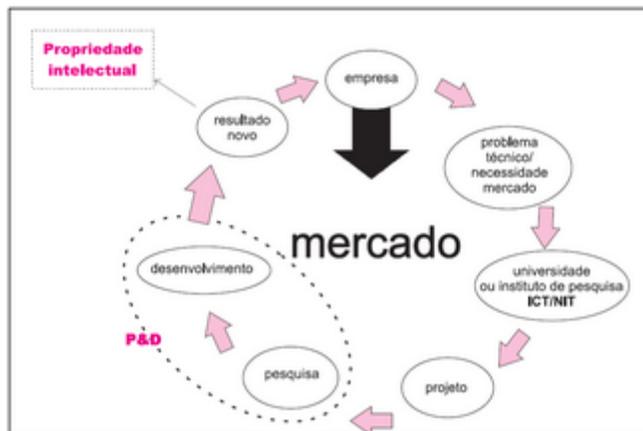
Tomando como exemplo o âmbito da universidade, Pimentel explana sobre como seria a relação entre empresa e universidade para a geração de inovação por meio de projetos de P&D⁸¹, conforme a Figura 2:

⁷⁹ BRASIL. Presidência da República. Mensagem ao Congresso Nacional, 2009, p. 9 et seq.

⁸⁰ PIMENTEL, 2009b, p. 41.

⁸¹ Id., Ibid., p. 74.

Figura 2 – Parceria universidade-empresa



Fonte: PIMENTEL, 2009.

Contudo, P&D não pode ficar a cargo somente de universidades ou ICTs. Cada empresa deve implantar seu próprio centro de P,D&I, o qual articulará com os demais centros de outros atores (empresas, universidades, ICTs).

A própria prioridade de pesquisa, desenvolvimento e inovação (P,D&I) em áreas estratégicas demonstra sua importância. Merecem destaque, dentre as áreas estratégicas, a de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e o programa de estímulo ao setor de softwares e serviços, ambos abordados na seção 2.2.⁸²

O papel da P&D na inovação também é destacado pelo Manual de Oslo. Ela se inclui entre os principais instrumentos para o processo de inovação – quais sejam: P&D; outras aquisições de conhecimento (patentes, licenças, serviços técnicos etc.); aquisição de máquinas e equipamentos (sejam aqueles que tenham incorporada nova tecnologia, sejam os que se destinam à produção de um novo produto); diversas outras preparações para produção/entrega; e, por fim, marketing.⁸³ Destes, apenas P&D e aquisição de maquinária que tenha incorporada

⁸² BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Ações de Ciências, Tecnologia e Inovação*, 2009. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/73410.html>>. Acesso: 03 nov. 2009.

⁸³ Conforme destaca o próprio PINTEC 2008: “As atividades que as empresas empreendem para inovar são de dois tipos: Pesquisa e Desenvolvimento - P&D (pesquisa básica, aplicada ou desenvolvimento experimental); e outras atividades não relacionadas com P&D, envolvendo a aquisição de bens, serviços e conhecimentos externos.” BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Pesquisa de inovação tecnológica 2008*. Rio de Janeiro: IBGE, 2001. Disponível em: <<http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/Publicacao%20PINTEC%202008.pdf>>. Acesso: 10 dez. 2010.

nova tecnologia podem ser consideradas, automaticamente, atividades de inovação do tipo TPP.⁸⁴

Complementando, o Manual de Oslo enumera quatro categorias de fatores relacionados diretamente com a inovação: as empresas comerciais; as instituições dedicadas à ciência e tecnologia; as questões de transferência e absorção de tecnologia, conhecimento e habilidades; e o “ambiente que cerca as instituições, sistemas jurídicos, o contexto macroeconômico e outras condições que independem de quaisquer considerações sobre inovação”. Tais categorias podem ser nominadas da seguinte forma: dínamo da inovação (empresa); base de ciência e engenharia (instituições de Ciência e Tecnologia – C&T); fatores de transferência (questões de transferência e absorção de tecnologia); e condições estruturais (onde estão os sistemas jurídicos). Extraída do Manual de Oslo, a Figura 3 apresenta esta relação entre as categorias de fatores:⁸⁵

Figura 3 – O Campo das Políticas de Inovação – Um Mapa das Questões



Fonte: *Manual de Oslo*, p. 37.

O processo de P&D, especificamente, aparece como elemento importante nas seguintes categorias: a) base de ciência e tecnologia: “boas atividades públicas de P&D”; “atividades estratégicas de P&D”; b) fatores de transferência: “a facilidade que a indústria tenha de acesso à P&D pública”; e c) dínamo da inovação: está entre

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Manual de Oslo*, 2004, p. 23.

⁸⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 36.

as opções para a empresa inovar, juntamente com opções estratégicas e de atividades não consideradas P&D.⁸⁶

O foco na inovação justifica-se quando se analisam alguns dados econômicos.

Conforme pesquisa do IPEA, a participação das empresas que inovam no faturamento total brasileiro foi de 25%, apesar de representarem apenas 1,7% do total de empresas. Elas são responsáveis por 13% da oferta de empregos, gastando 3,6% de seu faturamento em P&D. Em contrapartida, apenas 11,5% do faturamento brasileiro provêm da maior parte de empresas não-inovadoras (77%), que têm baixa produtividade. Elas são responsáveis por 38% dos empregos. Já a maior parte do faturamento está nas empresas que não são inovadoras mas exportam, trabalhando com produtos padronizados (63%). Elas totalizam 21% das empresas e são responsáveis por 49% dos empregos oferecidos. A inovação, portanto, é o diferencial das poucas empresas existentes, possibilitando que elas tenham importante participação no faturamento total por meio de sua produtividade.⁸⁷

No mesmo sentido estão os dados da Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizada no ano de 2005, e analisada por Glauco Arbix⁸⁸ conforme Tabela 1 a seguir:

Tabela 1 – Desempenho das firmas brasileiras conforme estratégias

Tabela 1 – Desempenho das firmas brasileiras conforme estratégias.

Categoria de firmas	Número de empresas	Média de pessoal ocupado	% no faturamento (%)	Produtividade (R\$ 1.000)
Inovam e diferenciam produtos	1.199 (1,7%)	545,9	25,9	74,1
Especializadas em produtos padronizados	15.311 (21,3%)	158,1	62,6	44,3
Não diferenciam e têm produtividade menor	55.495 (77,1%)	34,2	11,5	10,0
Total	72.005		100,0	

Fonte: ARBIX, 2010, p. 40.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 36-42.

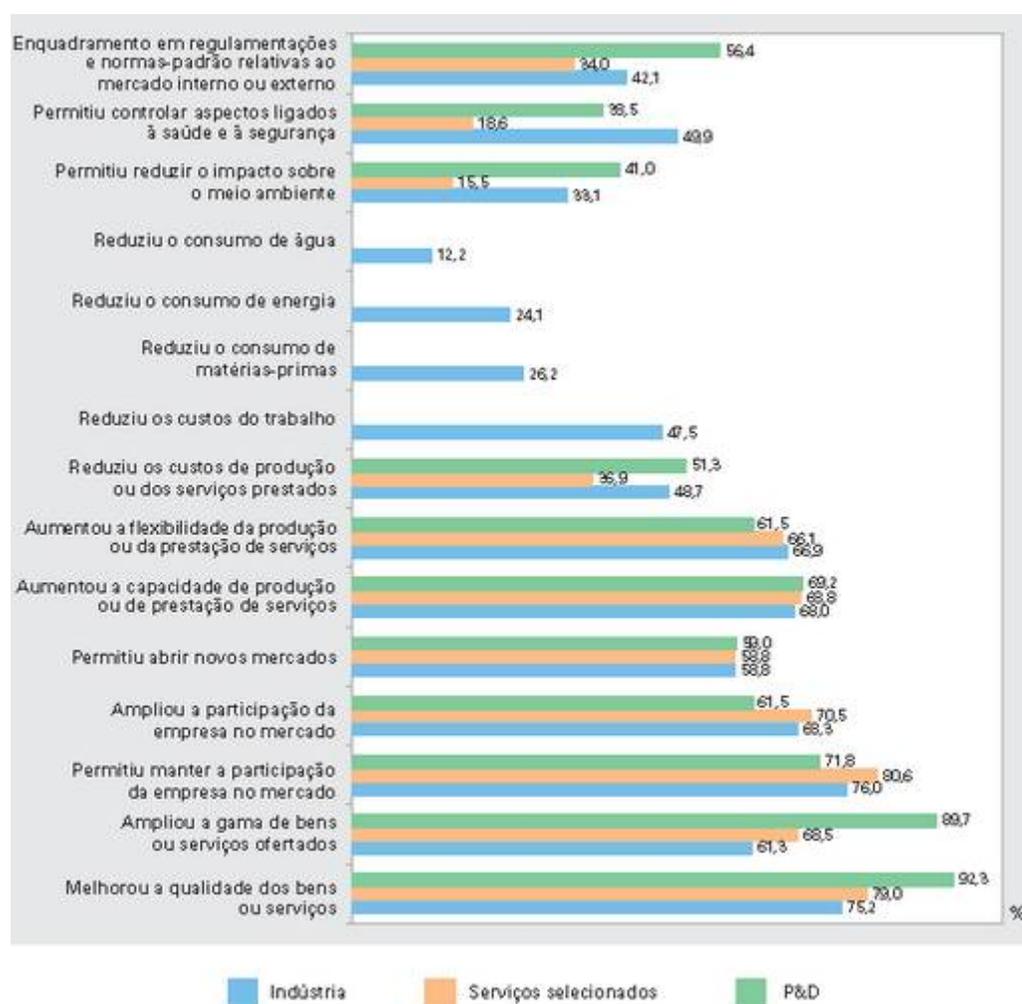
⁸⁷ Fonte: IPEA. Elaboração: Assessoria Econômica (MDIC). Informações disponibilizadas por NEGRI, Fernanda. Inovar e investir para sustentar o crescimento. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Curitiba: OMPI, INPI, BNDES e TECPAR, 2008. Disponível em: <<http://www.tecpar.br/appi/SeminarioTI/Fernanda%20PDP%20TICS.pdf>>. Acesso: 19 jul. 2008.

⁸⁸ ARBIX, Glauco et al (orgs.) *Inovação: estratégia de sete países*. Brasília, DF: ABDI, 2010, p. 40.

Segundo Arbix, “as conclusões são claras: as empresas que inovam e diferenciam produtos faturam mais, geram mais e melhores empregos (salários mais elevados e maior tempo de permanência no emprego), crescem mais, exportam mais e são mais produtivas”.

A PINTEC 2008 destacou os impactos da inovação conforme a percepção das empresas, sendo que os relacionados à participação da empresa no mercado, bem como a ampliação da gama de bens e serviços ofertados e melhora da qualidade destes foram os mais destacados, conforme se verifica no Gráfico 1 abaixo:

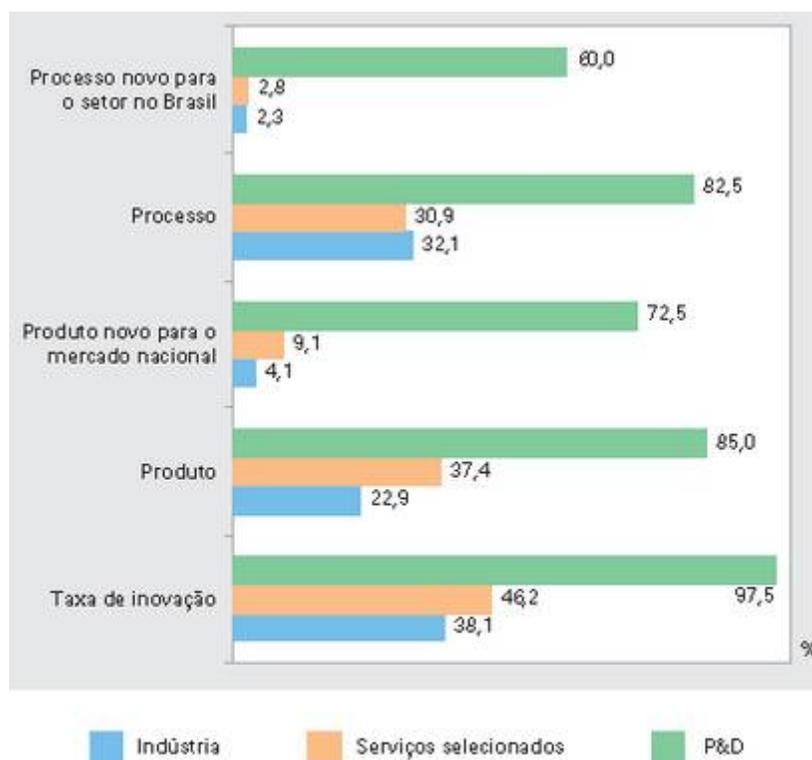
Gráfico 1 – Impactos das inovações apontados pelas empresas, por atividades da indústria, dos serviços selecionados e de P&D – Brasil – período 2006-2008



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Indústria, Pesquisa de Inovação Tecnológica 2008.

Constata-se, assim, que o investimento em P&D é um importante instrumento para a inovação e o desenvolvimento.⁸⁹ O PINTEC 2008 também representa esta importância nas taxas de inovação do país, as quais são maiores no setor de P&D, conforme se vê do Gráfico 2 abaixo:

Gráfico 2 – Taxa de inovação de produtos e processo, por atividades da indústria, dos serviços selecionados e de P&D, segundo o referencial da inovação – Brasil – período 2006-2008



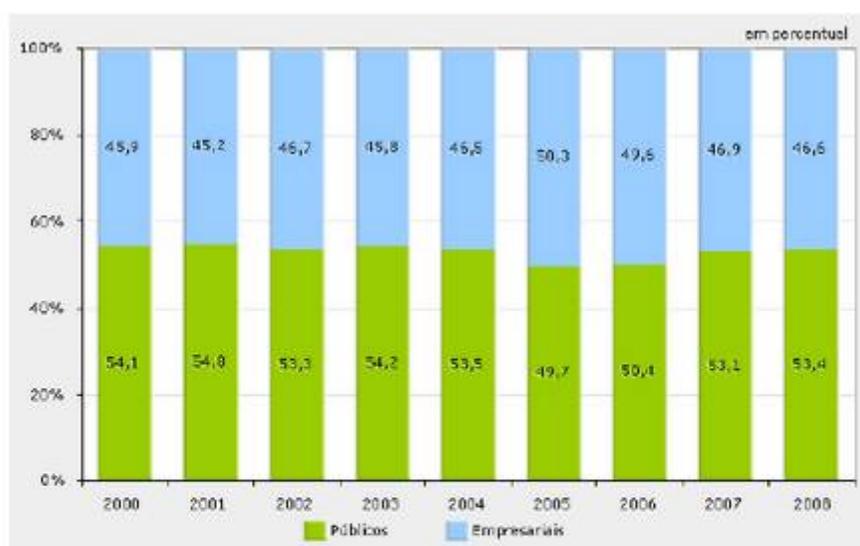
Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Indústria, Pesquisa de Inovação Tecnológica 2008.

⁸⁹ Freeman e Soete destacam que na economia da inovação surgem setores especializados e profissionais de P&D, com autonomia e força no sistema produtivo. Segundo eles, “as entidades de P&D passaram a ter seus próprios interesses chegando a assumir o caráter de grupos de pressão tanto nas áreas industriais como nas militares”. Asseveram que não se pode exagerar este grau de especialização, já que “importantes invenções continuam a ser feitas por engenheiros de produção ou inventores individuais, e em todos os novos processos muitas melhorias são feitas por aqueles que realmente manejam os processos em questão”. Contudo, “este equilíbrio sem dúvida tem mudado, com a especialização das funções da P&D passando a justificar expressões como a ‘revolução de pesquisa’, para descrever o que ocorreu na indústria durante o século XX, quando as grandes firmas dos países industrializados instalaram seus próprios departamentos ou divisões de P&D especializada em regime de tempo integral”. Assim, “a ‘análise de sistemas’ tornou-se importante em si mesma. E tudo isso tem acentuado a importância relativa dos grupos de P&D especializados ou dos departamentos de engenharia e de serviços técnicos, diminuindo a importância relativa dos ‘mecânicos engenhosos’”. FREEMAN; SOETE, 2008, p. 32; 42.

Um dos pontos destacados constantemente pelas políticas já citadas, contudo, é o de que não só o setor público deve ser responsável por este investimento, mas também o privado.

No Brasil, a maior parte do investimento em P&D é realizado pelo setor público, como se pode observar no Gráfico 3. Destaca-se que no setor empresarial estão contabilizadas tanto as empresas privadas como as estatais.

Gráfico 3 – Brasil: percentual dos investimentos nacionais em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) por setores, 2000-2008



Fonte(s): investimentos federais: Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). Extração especial realizada pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro; investimentos estaduais: Balanços Gerais dos Estados e levantamentos realizados pelas Secretarias Estaduais de Ciência e Tecnologia ou instituições afins; e investimentos empresariais: Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2000, 2003 e 2005 - Pinteor/BGE e levantamento realizado pelas empresas estatais federais, a pedido do MCT.

Elaboração: Coordenação-Geral de Indicadores - ASCAV/SEXEC - Ministério da Ciência e Tecnologia.
Atualizada em: 17/09/2009

Fonte: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2009.

Logo, esta realidade justifica que um dos objetivos da política seja o de fomentar o investimento privado em P&D. Este se dará, por exemplo, por meio de contratos de P&D, seja com universidades, seja por meio de alianças estratégicas entre empresas ou entre empresas e universidades. Tanto que outros elementos importantes das categorias de fatores do processo de inovação, destacados pelo

Manual de Oslo, são a cooperação internacional⁹⁰ envolvendo redes de inovação, e o contexto legal⁹¹.

Estão justificados e contextualizados, portanto, dois elementos fundamentais de análise desta tese: a regulamentação dos contratos (contexto legal) e a inserção destas relações no âmbito internacional (cooperação internacional).

Feita a contextualização da P&D na Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação e do SNCTI, é importante analisar o setor de software neste ambiente, bem como a importância do ordenamento jurídico para tal contexto.

2.2 O SETOR DE SOFTWARE NO BRASIL E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

Como já observado, a sociedade atual encontra-se na era da informação, fruto da revolução ocorrida nos EUA, desde o início da década de 1970, envolvendo a inovação tecnológica.⁹² Foi justamente com o paradigma tecnológico e sua trajetória – criados a partir do computador, do software e da Internet, dentre outros elementos – que se vislumbra esta nova realidade.⁹³

Para delimitar o que se entende por setor de software, utiliza-se a classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)⁹⁴ da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), o setor de software estaria enquadrado na seção J da relação de grandes categorias de atividade econômica, chamada de “Informação e Comunicação”. Esta seção tem seis divisões, dentre as quais está a dos serviços de Tecnologia da Informação (TI) – divisão 62. Seu único grupo é o 62.0, que recebe o mesmo nome da divisão e onde se encontram as principais atividades do setor de software, quais sejam: desenvolvimento de programas de computador sob

⁹⁰ No que tange à cooperação internacional, o Manual declara que “elos internacionais são visto como um componente-chave das redes através das quais são canalizadas as informações – as redes (‘colégios invisíveis’) de especialistas são meios-chave de transmissão de conhecimento científico atualizado e desenvolvimentos tecnológicos de ponta”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 40.

⁹¹ Sobre o papel do direito e das leis, o Manual assevera que “o contexto legal e macroeconômico, como legislação sobre patentes, taxação, regras que regem as empresas – e as políticas referentes a juros e taxas de câmbio, tarifas e concorrência”, integram a categoria das condições estruturais do processo de inovação. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 38.

encomenda (62.01-5)⁹⁵; desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis (62.02-3)⁹⁶; desenvolvimento e licenciamento de programas de computador não-customizáveis (62.03-1)⁹⁷; consultoria em tecnologia

⁹² Sobre o assunto, ver: AREAS, Patrícia de Oliveira. Instituições e inovação: fatores para o desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; BACELAR FILHO, Romeu Felipe (orgs.). *Integração regional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 97-123.

⁹³ Castells demonstra o papel do software como elemento do “sistema tecnológico” responsável pela revolução informacional que dá espaço ao novo paradigma da era da informação. “Parece que o surgimento de um novo sistema tecnológico na década de 1970 deve ser atribuído à dinâmica autônoma da descoberta e difusão tecnológica, inclusive aos efeitos sinérgicos entre todas as várias principais tecnologias. Assim, o microprocessador possibilitou o microcomputador; os avanços em telecomunicações, mencionados anteriormente, possibilitaram que os microcomputadores funcionassem em rede, aumentando assim seu poder e flexibilidade. As aplicações dessas tecnologias na indústria eletrônica ampliaram o potencial das novas tecnologias de fabricação e *design* na produção de semicondutores. Novos softwares foram estimulados pelo crescente mercado de microcomputadores que, por sua vez, explodiu com base nas novas aplicações e tecnologias de fácil utilização, nascidas da mente dos inventores de software. A ligação de computadores em rede expandiu-se com o uso de programas que viabilizaram uma teia mundial voltada para o usuário. E assim por diante”. CASTELLS, 2007, p. 97-98.

⁹⁴ Segundo o CNAE 2.0, “a atividade econômica das unidades de produção deve ser entendida como um processo, isto é, uma combinação de ações que resulta em certos tipos de produtos ou, ainda, uma combinação de recursos que gera bens e serviços específicos. Logo, uma atividade é caracterizada pela entrada de recursos, um processo de produção e uma saída de produtos (bens e serviços)”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, versão 2.0, 2007. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/classificacoes/cnae2.0/cnae2.0.pdf>>. Acesso: 20 abr. 2010. Ressalte-se que a classificação do CNAE 2.0 é conforme à classificação internacional estabelecida pela Divisão de Estatísticas do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da Organização das Nações Unidas (ONU): *International Standard Industrial Classification of All Economic Activities – ISIC*, revisão 4, de 2008. Segundo esta classificação, o setor de software também está enquadrado na seção J (“*information and communication*”), nas seguintes divisões: divisão 58 (“*publishing activities*”), grupo 582, classe 5820 (“*publishing software*”); divisão 62 (“*computer programming, consultancy and related activities*”), classes 6201 (“*computer programming activities*”), 6202 (“*computer consultancy and computer facilities management activities*”), 6209 (“*other information technology and computer service activities*”). Também se faz diferenciação do comércio varejista do programa de computador (classe 4741: “*retail sale of computers, peripheral units, software and telecommunications equipment in specialized stores*”). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Standard Industrial Classification of All Economic Activities*, revisão 4, 2008. Nova York: ONU, 2008. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regdntransfer.asp?f=135>>. Acesso: 20 abr. 2010.

⁹⁵ Que compreende as atividades de: a) “desenvolvimento de sistemas para atender às necessidades do cliente, ou seja, as atividades voltadas para a definição dos módulos, especificações funcionais internas, tipos de relatórios e testes de avaliação do desempenho”; b) “programação com o uso de ferramentas e de linguagens de programação”; c) “fornecimento de documentação de programas de informática desenvolvidos sob encomenda”; d) “desenho de páginas para a internet (web design)”; e) “desenvolvimento de projetos e modelagem de banco de dados sob encomenda”. BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

⁹⁶ Compreendendo as seguintes atividades: a) “desenvolvimento de sistemas ou programas de computador (software) que permitem a realização de customizações (adaptações às necessidades específicas de um cliente ou mercado particular)”; b) “licenciamento ou a outorga de autorização de uso dos programas de informática (software) customizáveis, este licenciamento é freqüentemente obtido através da própria empresa que os desenvolveu ou de seus representantes”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

⁹⁷ Compreende as seguintes atividades: a) “desenvolvimento de sistemas ou programas de computador (software) que não permitem customizações [...]. Esses programas são, em geral, adquiridos no comércio, embora possam ser também obtidos diretamente da empresa que os

da informação (62.04-0)⁹⁸; e suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação (62.09-1)⁹⁹.

Ainda que incluídas no setor de software, algumas atividades não se encontram na classificação do IBGE: “comércio varejista de programas de computador não-customizáveis (47.51-2)” e “reprodução de programas de computador em qualquer suporte (18.30-0)”.¹⁰⁰ A primeira foi enquadrada como “comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática”, classificado no grupo 47.5 (“comércio varejista de equipamentos de informática e comunicação; equipamentos e artigos de uso doméstico”), dentro da divisão 47 (“comércio varejista”), na seção G (“comércio; reparação de veículos automotores e motocicletas”). Juridicamente, o comércio varejista de programas de computador

desenvolveu ou através de seus distribuidores e representantes, como, por exemplo: sistemas operacionais, aplicativos para empresas e para outras finalidades, jogos de computador para todas as plataformas”; b) “licenciamento ou a outorga de autorização de uso dos programas de informática (software) não-customizáveis”; c) “distribuidores autorizados de programas de computador não-customizáveis, que são responsáveis pela concessão e regularização de licenças para uso, treinamento, etc.” BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

⁹⁸ Esta classe compreende: a) “análise para determinação das necessidades do cliente ou do mercado potencial e a especificação técnica do sistema quanto à definição das funcionalidades e campo de aplicação”; b) “serviços de assessoria para auxiliar o usuário na definição de um sistema quanto aos tipos e configurações de equipamentos de informática (hardware), assim como os programas de informática (software) correspondentes e suas aplicações, redes e comunicação, etc.”; c) “acompanhamento, gerência e fiscalização de projetos de informática, ou seja, a coordenação de atividades envolvidas na definição, implantação e operacionalização de projetos destinados à informatização de um determinado segmento”; d) “consultoria para integração de sistemas e soluções, ou seja, atividades de estruturação e operacionalização de uma solução final funcional, a partir da união de diferentes sistemas, mantendo suas características essenciais”; e) “atividades de atualização de websites, isto é, atividades de inserção e retirada de informações, atualização de arquivos, banco de dados, inserção de banners e links, etc.”; f) “serviços de customização de programas de informática (software) customizáveis, ou seja, atividades que consistem em adaptar as necessidades do usuário às telas, terminologias, tabelas e a outras características inerentes ao sistema”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

⁹⁹ Que compreende: a) “atividades de assessoramento ao usuário na utilização de sistemas, remotamente ou em suas instalações, de modo a superar qualquer perda de performance ou dificuldade de utilização (help-desk)”; b) “atividades voltadas para solucionar os problemas que dificultem a navegabilidade entre as páginas ou impeçam o usuário da plena utilização do website”; c) “recuperação de panes informáticas”; d) “serviço de instalação de equipamentos de informática e programas de computador; a manutenção em tecnologias da informação, ou seja, a disponibilização para o usuário final, de modificações necessárias ao sistema para atender a alterações técnicas, aprimorar os recursos, funções e características técnicas dos programas e para corrigir falhas no sistema”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

¹⁰⁰ Além das atividades excluídas expressamente pelo CNAE 2.0, as seguintes atividades não envolvem o software especificamente: “assessoria em informática associada à venda de computadores e periféricos (47.51-2)”; “reparação e manutenção de computadores e equipamentos periféricos (95.11-8)”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

não-customizáveis poderia enquadrar-se como licenciamento de programas de computador não-customizáveis (62.03-1).

A segunda atividade está incluída na seção C (“indústrias de transformação”), divisão 18 (“impressão e reprodução de gravações”), grupo 18.3 (“reprodução de materiais gravados em qualquer suporte”).¹⁰¹

Engloba-se, portanto, no chamado setor de software, tanto o software em si como os serviços a ele relacionados. Os softwares assumiram papel fundamental na economia, tanto nacional quanto internacionalmente, constituindo um dos principais elementos da TI, tão valorizada e com um papel fundamental na sociedade da informação e do conhecimento.

A respeito da importância do software para a TI, o próprio Comitê da Área de Tecnologia da Informação (CATI)¹⁰², no Termo de Referência do Programa SOFTEX, o considera a maior fonte de inovação do setor, nos seguintes termos:

Com a consolidação e amadurecimento do setor de hardware, e conseqüente diminuição do custo de produção de equipamentos, o diferencial competitivo de diversas empresas de telecomunicações e de equipamentos de Tecnologia da Informação – TI passou a ser o software, considerado uma das principais fontes de inovação do setor.¹⁰³

Este setor é pauta de discussões políticas no Brasil desde meados da década de 1970, com a decisão de não proteger o software por meio da propriedade intelectual no território nacional. A finalidade era possibilitar a engenharia reversa para o desenvolvimento da indústria brasileira. Também se controlou a importação de software no país, com a Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984 (Lei de Informática)¹⁰⁴, que visava criar reserva de mercado.¹⁰⁵ Políticas, leis e órgãos foram

¹⁰¹ Inclui-se nesta classe (18.30-0) “a reprodução, para difusão comercial, de softwares, a partir de matrizes”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007.

¹⁰² Vinculado ao MCT, o comitê foi criado pelo art. 21 do Dec. n. 3.800, de 20 de abril de 2001, revogado pela Lei n. 5.906/2006.

¹⁰³ Termo de Referência do Programa para Promoção da Excelência do Software Brasileiro, aprovado pela Resolução CATI n. 28, de 11 de dezembro de 2006.

¹⁰⁴ Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática e dá outras providências. Redação do antigo art. 9º: “Para assegurar adequados níveis de proteção às empresas nacionais, enquanto não estiverem consolidadas e aptas a competir no mercado internacional, observados critérios diferenciados segundo as peculiaridades de cada segmento específico de mercado, periodicamente reavaliados, o Poder Executivo adotará restrições de natureza transitória à produção, operação, comercialização, e importação de bens e serviços técnicos de informática. [...]” (Revogado pela Lei n. 8.248, de 1991).

¹⁰⁵ Sobre o assunto, ver: ROSELINO, 2009; SOFTEX. *A indústria de software no Brasil 2002: fortalecendo a economia do conhecimento*. Campinas: SOFTEX, 2002.

criados para fomentar o desenvolvimento tecnológico. Dentre os instrumentos pode-se citar o Decreto nº 70.370, de 05 de abril de 1972¹⁰⁶; o Decreto nº 75.225, de 15 de janeiro de 1975¹⁰⁷; a criação da Secretaria Especial de Informática (SEI), em 1979¹⁰⁸; e a instituição da Política Nacional de Informática¹⁰⁹, além de outras providências.¹¹⁰

Atualmente, tanto na PDP (2008) como na PITCE (2004-2008), este setor é tratado como área estratégica do desenvolvimento da indústria nacional. Na PITCE justifica-se o enquadramento do software como setor estratégico porque o mesmo atende aos seguintes requisitos: “apresentam dinamismo crescente e sustentável”; “são responsáveis por parcelas expressivas dos investimentos internacionais”; “abrem novas oportunidades de negócios”; “relacionam-se diretamente com a inovação de processos, produtos e formas”; “promovem o adensamento do tecido produtivo”; “são importantes para o futuro do país e apresentam potencial para o desenvolvimento de vantagens comparativas dinâmicas”.¹¹¹

Na PDP, que visa ampliar a PITCE com apoio à inovação e à formação de capital, o software está no âmbito dos programas mobilizadores em áreas estratégicas, na área de TIC.¹¹² O foco desses programas é identificar e fomentar as áreas cuja competitividade está fortemente relacionada com a superação de desafios científico-tecnológicos para a inovação. Nestas áreas também se

¹⁰⁶ Sobre a implantação da “Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrônico”.

¹⁰⁷ Concebendo o “Sistema Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico”.

¹⁰⁸ Vinculada ao Conselho Nacional de Segurança, ela foi criada pelo Decreto n. 84.067, de 08 de outubro de 1979, e tinha como finalidade, dentre outras, a de “assessorar na formulação da Política Nacional de Informática (PNI)”.

¹⁰⁹ Promulgada pela Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1983, vigente até hoje.

¹¹⁰ Sobre o assunto, ver: BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007; WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004.

¹¹¹ Segundo as diretrizes da PITCE, “apesar dos avanços obtidos na última década, o país não tem uma estratégia competitiva para esta indústria que concorra para a sua maior inserção internacional. Este é o ponto relevante a ser considerado pelo governo daqui para frente. A ausência de uma estratégia industrial focada, a falta de uma imagem do software brasileiro reconhecida no mercado internacional e dificuldades de financiamento são algumas das barreiras à aquisição de competitividade da indústria no plano internacional, conforme estudo recente comparativo entre os mercados brasileiro, indiano e chinês”. BRASIL. Diretrizes da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior. Brasília: MDIC, 2003, p. 16. Disponível em: <<http://www2.desenvolvimento.gov.br/arquivo/ascom/apresentacoes/Diretrizes.pdf>>. Acesso: 04 nov. 2009, p. 16-18.

¹¹² Juntamente com as áreas de TIC estão o complexo industrial da saúde; energia nuclear; complexo industrial de defesa; nanotecnologia e biotecnologia. Cf. BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Política de Desenvolvimento Produtivo, p. 30.

reconhece a necessidade de compartilhamento de metas entre o setor privado, institutos tecnológicos e comunidade científica, redundando em competitividade.¹¹³

A coordenação dos programas mobilizadores ficou a cargo do MCT, por meio do PACTI. Uma destas ações é na área de TIC¹¹⁴, onde está o “Programa de Estímulo ao setor de Software e Serviços”, cujo objetivo é “elevar a competitividade e a capacidade produtiva do setor de software e serviços correlatos”, ampliando a participação de empresas nacionais tanto nos mercados internos como externos. A finalidade é tornar o Brasil uma das referências no cenário internacional do setor. Os instrumentos utilizados para esse fim incluem incentivos e benefícios fiscais¹¹⁵, fundos setoriais, BNDES – Fundo Tecnológico – FUNTEC (“recursos reembolsáveis e não-reembolsáveis, financiamento e capitalização de empresas”).¹¹⁶

Nesta atuação política merecem destaque outros programas, dentre eles o Programa da Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro (SOFTEX)¹¹⁷, o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade em Software (PBPQ Software)¹¹⁸ e o projeto Forsoft^{119, 120}.

¹¹³ BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Política de Desenvolvimento Produtivo, 2008, p. 10; 30.

¹¹⁴ “Promover e apoiar atividades de formação e capacitação de recursos humanos em tecnologias da informação e comunicação (TICs), incentivar as atividades de P,D&I e de produção, por meio da cooperação entre ICTs e empresas e da instalação e ampliação de empresas de manufatura e de serviços no País”. Informações disponíveis em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/73431.html>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹¹⁵ Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991 (Lei de Informática); Lei n. 11.077, de 30 de dezembro de 2004 (que altera a Lei de Informática de 1991); Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Programa de Computador); Lei n. 10.973, de 02 de dezembro de 2004 (Lei de inovação); e Lei n. 11.774, de 17 de setembro de 2008.

¹¹⁶ Informações disponíveis em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/77611.html#tt>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹¹⁷ “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que tem como objetivo executar, promover, fomentar e apoiar atividades de inovação, desenvolvimento científico e tecnológico, de geração e transferência de tecnologias e de promoção do capital humano, com foco no setor de software e serviços de TI”. Informações disponíveis em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/77611.html#tt>>. Acesso: 09 nov. 2009. Página eletrônica do programa: http://www.softex.br/_home/default.asp.

¹¹⁸ “O PBQP Software procura estimular a adoção de normas, métodos, técnicas e ferramentas da qualidade e da Engenharia de Software, promovendo a melhoria da qualidade dos processos, produtos e serviços de software brasileiros, de modo a tornar as empresas mais capacitadas a competir em um mercado globalizado”. Informações disponíveis em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/77611.html#tt>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹¹⁹ “Desenvolvido como experiência piloto desde 2006, com a participação da Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom), o projeto visa a formação de jovens, recrutados em comunidades carentes, como programadores de computador em nível médio”. Informações disponíveis em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/77611.html#tt>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹²⁰ Informações disponíveis em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/77611.html#tt>>. Acesso: 09 nov. 2009.

Dentre as ações de fomento ao setor do software administrados pela sociedade SOFTEX ainda merecem menção: a) melhoria de processo de software (Mps.Br), visando incrementar os processos de software da indústria nacional. Este programa tem como um de seus instrumentos as parcerias entre empresas, universidades e centros de pesquisas¹²¹; b) projeto setorial integrado de software e serviços (PSI-SW), cuja meta é estimular competências para fomentar a exportação de software, produtos e serviços¹²²; c) observatório digital SOFTEX, que busca formar um repositório de informações sobre o setor¹²³; e d) linhas de financiamento (PROSOFT), tendo como meta disponibilizar linhas de financiamento do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).¹²⁴

Na abertura do I Painel de Compromisso do Sistema de Informação da Indústria Brasileira de Software e Serviços (SIBSS), realizado nos dias 08 e 09 de novembro de 2007, o coordenador-geral de Software e Serviços da Secretaria de Política de Informática (SEPIN), Antenor Corrêa, destacou as ações que a SEPIN deve realizar nos anos de 2007-2010 para atingir o objetivo do PACTI: “Formar e capacitar recursos humanos; incrementar a competitividade do setor; fortalecer o mercado nacional; promover melhores práticas; incentivar segmentos emergentes; fomentar pesquisa e desenvolvimento” (*grifo inexistente no original*).¹²⁵

Seguem alguns dos objetivos específicos destas ações, importantes para contextualizar a presente tese:

[...]

- Aperfeiçoar o marco legal, particularmente a desoneração tributária, com a finalidade de fomentar no País empresas de software e serviços que exerçam as atividades;

[...]

- Incentivar o desenvolvimento de software e serviços através de parcerias empresas-universidades em segmentos emergentes e de alto potencial de crescimento, tais como comunicação sem fio, TV

¹²¹ NEITZKE, Ephrain G. Aplicação de recursos da lei de informática no PPI SOFTEX. São Paulo, 13 de março de 2008. Disponível em: <http://www.softex.br/portal/softexweb/uploadDocuments/Apresentação%20SOFTEX%20-%20Leis%20de%20Informática%20final%20-%20Evento%20c%20ABINEE_13MAR2008.pdf>.

Acesso: 08 nov. 2009. Mais informações sobre programa Mps.Br: <http://www.softex.br/mpsbr/_home/default.asp>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹²² Mais informações: <<http://golden.softex.br/portal/desenvolvimento/>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹²³ Mais informações: <<http://golden.softex.br/portal/observatorio/>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹²⁴ Mais informações: <<http://golden.softex.br/portal/linhas>>. Acesso: 09 nov. 2009.

¹²⁵ CORRÊA, Antenor. Política de Software e Serviços: ações MCT 2007-2010. In: PAINEL DE COMPROMISSO DO SIBSS, I, 2007, São Paulo. Disponível em: <http://www.softex.br/portal/softexweb/uploadDocuments/ABERTURA%20MCT_ANTENOR%20CORREA%20VER%20RES.pdf>. Acesso: 08 nov. 2009.

digital, visualização, entretenimento, software como serviço e aplicações para clusters e grids de computadores;

[...]

- Apoiar o desenvolvimento de projetos de P&D em computação em áreas consideradas de alta complexidade e grande desafio que sejam sintonizados com as necessidades nacionais;

[...]

- Implantar um Sistema de Informação da Indústria Brasileira de Software e Serviços Correlatos em parceria com entidades públicas e privadas com interesse no setor até 2008.

[...] ¹²⁶

Ante o exposto, o que se pode destacar desta contextualização política do setor de software no Brasil são esforços para: a) incentivar investimentos públicos e privados em P&D de software; b) fomentar parcerias entre empresas e empresas-universidades e/ou centros de pesquisa para colaboração em P&D de software; c) aumentar a inserção no mercado internacional, por meio do aumento da competitividade da indústria nacional, principalmente no que se refere às MPEs; e d) aperfeiçoar o marco legal.

Dados econômicos justificam esta postura política do governo.

“De 1995 a 2001, o setor de software cresceu a uma taxa média anual de 11% – cinco vezes mais do que a do Produto Interno Bruto (PIB)”. ¹²⁷ Em 2007, subiu para a 12ª posição do ranking mundial de softwares e serviços, movimentando US\$ 11,12 bilhões, um crescimento de 22,3% sobre o ano anterior. Só no setor de software, o faturamento brasileiro de 2006 chegou a US\$ 4,19 bilhões, aumentando 28,5% em 2007. Deste total, contudo, 66,4% correspondem a softwares desenvolvidos no exterior e somente 33,6% a programas nacionais. ¹²⁸

No ano de 2008, o mercado brasileiro de software manteve-se na 12ª posição, apesar da crise financeira. Movimentou US\$ 15 bilhões, o equivalente a 0,96% do PIB de 2008. Deste montante, US\$ 5 bilhões são referentes ao movimento de software, equivalendo a 1,68% do mercado mundial. Os US\$ 10 bilhões restantes foram movimentados por serviços correlatos. A participação de programas nacionais

¹²⁶ CORRÊA, 2009.

¹²⁷ COMPUTERWORLD. *Para onde vai a indústria nacional de software?*, 10 julho 2003. Disponível em: <<http://www.softex.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2494&sid=125>>. Acesso: 14 jul. 2006.

¹²⁸ BRAUM, 2008.

caiu em relação ao ano anterior, atingindo 32,5% da movimentação. Contudo, manteve-se mais alta do que a efetivada em 2004, que foi de 27%.¹²⁹

Atualmente esse mercado nacional conta com “8.500 empresas, dedicadas ao desenvolvimento, produção e distribuição de software”. Deste total, 94% são consideradas micro e pequenas empresas (MPEs). Frente à crise vivenciada no ano anterior, a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES) prevê a redução pela metade do crescimento do setor de TI. O mercado brasileiro em si deverá crescer acima da média, mas o reflexo da crise imporá ajustes, principalmente com a redução dos investimentos no setor.¹³⁰

Na Tabela 2 estão os principais indicadores do mercado brasileiro; no Gráfico 4, os indicadores da evolução de software e serviços relacionados no mesmo mercado. Observa-se o destaque em serviços.¹³¹

¹²⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE. Mercado brasileiro de software: panorama e tendências, 2009. São Paulo: ABES, 2009. Disponível em: <http://www.abes.org.br/UserFiles/Image/PDFs/Mercado_BR2009.pdf>. Acesso: 09 nov. 2009. p. 6.

¹³⁰ Conforme análise da ABES, “devido aos eventos que ocorreram em todo o mundo, a recessão global deve pressionar o setor de TI em 2009, quando o crescimento deve ser reduzido à metade. O reflexo da crise deve imprimir uma nova dinâmica no mercado brasileiro, que mesmo crescendo acima da média dos demais setores da economia, deverá observar ajustes, principalmente em função da redução de custos que as organizações vão promover, com sensível redução nos investimentos em TI”. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE, 2009, p. 6.

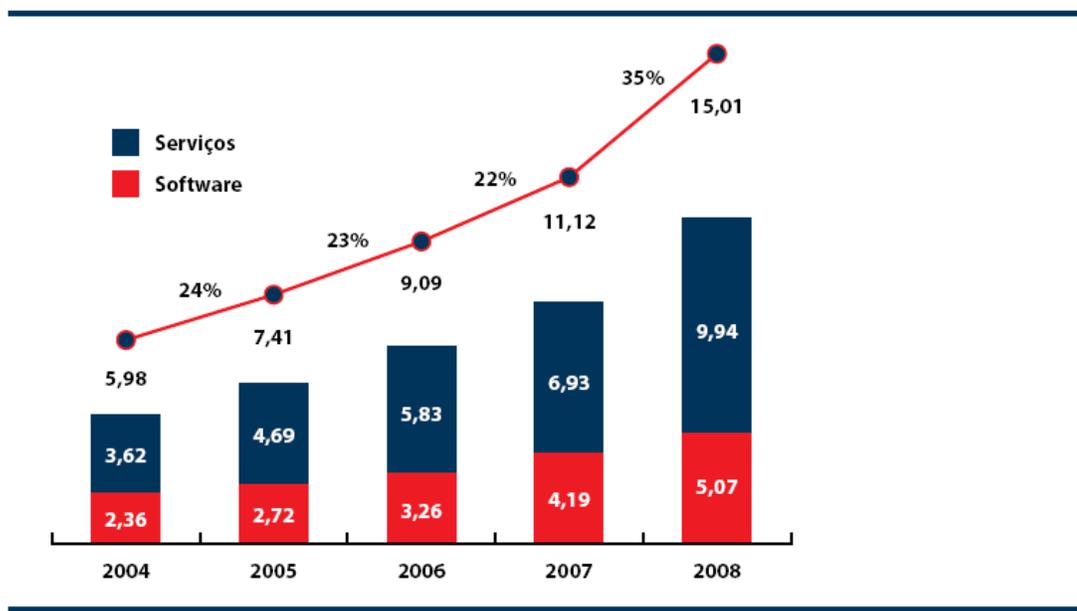
¹³¹ A própria CATI, no Termo de Referência da SOFTEX, no ano de 2006, destaca o crescimento do setor de serviços, ultrapassando o software produto e justificando, dentre os motivos, o do aumento dos serviços de *outsourcing*. “Na indústria de software, houve uma mudança nos modelos de negócio. Observa-se a tendência de crescimento da prestação de serviços em software, desde os de menor valor agregado (codificação) até os de maior valor (customização, etc.). A importância da comercialização do software pacote frente à prestação de serviços de TI diminuiu (em 2003 a parcela correspondente a serviços de TI respondia por 19% do mercado de TICs, enquanto software respondia por 10%; em 2005 essas parcelas foram respectivamente 23% e 10%). Os modelos de negócio baseados em serviços foram potencializados pelo advento da Internet e pelo grande crescimento dos serviços de outsourcing decorrente da adoção de políticas de forte racionalização dos custos e foco no núcleo das atividades (*core business*) das empresas usuárias de TI para melhoria de sua competitividade global”. Termo de Referência do Programa para Promoção da Excelência do Software Brasileiro, aprovado pela Resolução CATI n. 28, de 11 de dezembro de 2006.

Tabela 2 – Principais Indicadores do Mercado Brasileiro – 2008 (US\$ milhões)

Software				Total	Mercado Total Software Serviços US\$ 15.010 Total Market Software Services
Desenvolvimento no Exterior <i>Foreign Development</i>	Desenvolvimento no País <i>Domestic Development</i>			US\$ 5.070 33,8%	
	Standard <i>Standard</i>	Sob Encomenda <i>Custom</i>	Exportação <i>Export</i>		
US\$ 3.419 67,5%	US\$ 421 25,5%	US\$ 1.148 69,5%	US\$ 82 5,0%		
Serviços				Total	
Mercado Nacional <i>Domestic Market</i>		Mercado Externo <i>Export Market</i>		US\$ 9.940 66,2%	
US\$ 9.682 97,5%		US\$ 258 2,5%			

Fonte: ABES, 2009.

Gráfico 4 – Indicadores de Mercado e Evolução (US\$ bilhões)



Fonte: ABES, 2009.

Para estabelecer uma comparação, o mercado global de TI movimentou US\$ 1,3 trilhão no ano de 2006, participando a América Latina com US\$ 47,7 bilhões

e o Brasil com US\$ 20,7 bilhões – quase 50% do total da região. Os EUA lideram o ranking global de software e serviços (41,5%, movimentando US\$ 315 bilhões), seguidos pelo Japão (8,43%, com receita de US\$ 63,8 bilhões).¹³² O mercado global de TI em 2008 movimentou US\$ 1.470 bilhões, sendo o Brasil responsável por US\$ 29,3 bilhões, os EUA por US\$ 490,2 bilhões e o Japão por US\$ 121,8 bilhões. Na América Latina – responsável por US\$ 61 bilhões no mercado global de TI, em 2008 –, o Brasil deteve 48% da participação. No mercado mundial de TI, ainda em 2008, o software representou 21%; serviços, 39%; hardware, 40%.

A Figura 4 mostra a participação dos países no mercado mundial de TI; a Figura 5 revela a participação dos países na América Latina; o Gráfico 5 apresenta a participação do software, dos serviços e do hardware no mesmo mercado.

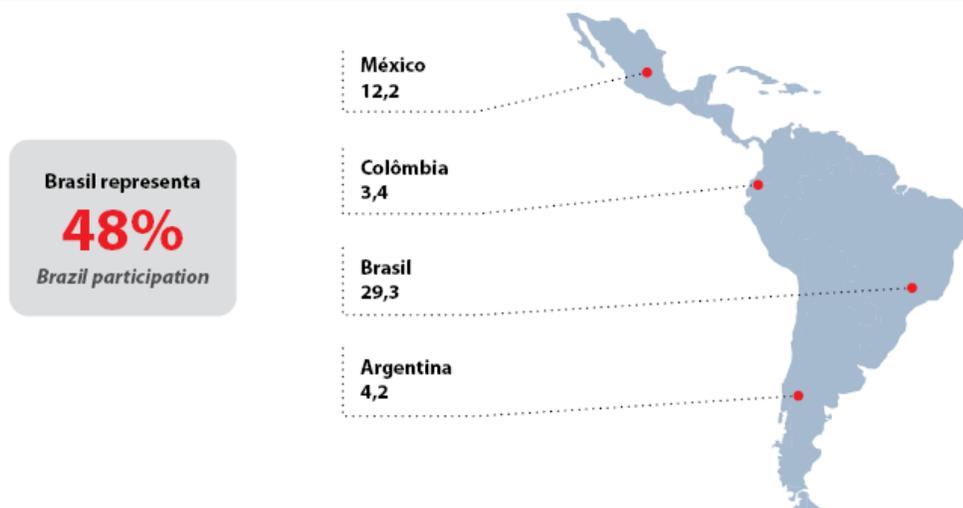
Figura 4 – O Mercado Mundial de TI – 2008 – US\$ 1.470 bilhões



Fonte: ABES, 2009.

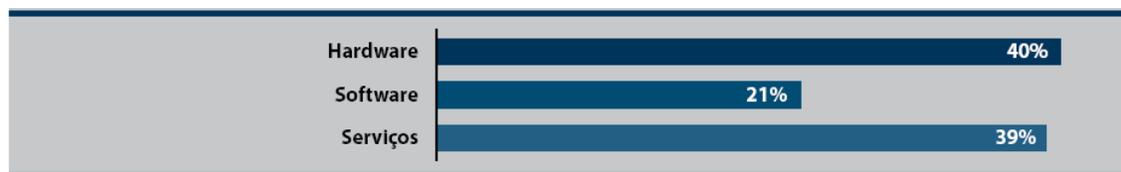
¹³² BRAUM, 2008.

Figura 5 – Mercado Latino-Americano de TI – 2008 – US\$ 61 bilhões



Fonte: ABES, 2009.

Gráfico 5 – Distribuição do Mercado de TI no Mundo (2008)



Fonte: ABES, 2009.

Em 2008, o mercado global de software e serviços movimentou 873 bilhões de dólares. A Tabela 3 demonstra a relação de países no mercado mundial.

Tabela 3 – Colocação dos países no mercado mundial de software e serviços, 2008

País <i>Country</i>	Volume <i>Market</i>	Participação <i>Share</i>	08 / 07
USA (<i>USA</i>)	339,6	38,9%	▼
Japão (<i>Japan</i>)	71,7	8,21%	▼
UK (<i>UK</i>)	67,1	7,69%	▼
Alemanha (<i>Germany</i>)	62,6	7,17%	▲
França (<i>France</i>)	49,8	5,71%	▲
Canadá (<i>Canada</i>)	24,8	2,84%	▼
Itália (<i>Italy</i>)	24,1	2,76%	▲
Espanha (<i>Spain</i>)	19,8	2,27%	▲
Holanda (<i>Netherlands</i>)	18,2	2,08%	▲
Austrália (<i>Australia</i>)	15,6	1,79%	▲
China (<i>China</i>)	15,2	1,74%	▲
Brasil (<i>Brazil</i>)	14,67	1,68%	▲
Suécia (<i>Sweden</i>)	11,6	1,33%	▲
Suíça (<i>Switzerland</i>)	11,25	1,29%	▲
Coréia (<i>Korea</i>)	8,10	0,93%	▼
ROW (<i>Rest of World</i>)	118,7	13,6%	▲
Total (<i>Total</i>)	872,8	100%	+15%

Nota: Os valores referem-se aos mercados internos de cada país, não sendo considerados os montantes de exportação
Note: The figures refer to domestic markets of each country, not considered the export amount

Fonte: ABES, 2009.

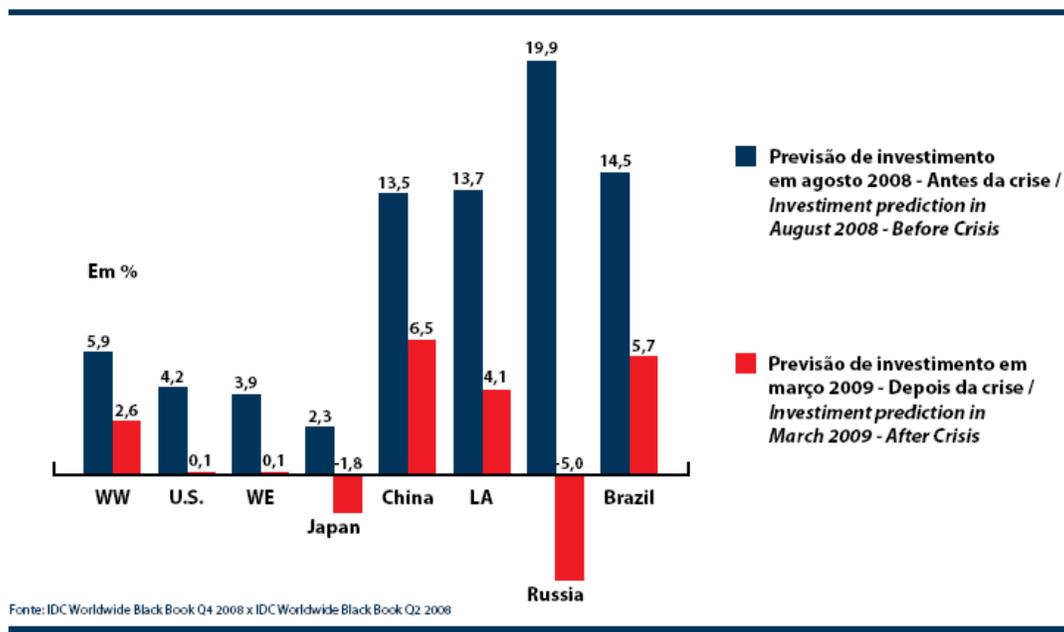
Com tais números fica clara, portanto, a importante participação do Brasil neste setor do mercado mundial, principalmente no que se refere aos serviços de software. Mais além se demonstrará o potencial da indústria brasileira de software.

Como já observado, a crise financeira do ano passado prejudicou vários setores no mercado internacional – e a TI não escapou, nem o setor de software e de serviços relacionados. Foram reduzidos os recursos para investimentos e alternativas estão sendo buscadas. Conforme a ABES, em curto prazo uma destas alternativas é a da terceirização. Além disso, o próprio contexto econômico está em mudança, o que determinará importantes transformações na indústria de TI: “crescimento global será reduzido à metade”; “transformação da indústria de TI irá aumentar”; “foco em mercados emergentes”; “soluções empacotadas”; “foco em redução de custos”; “aumento da produtividade do trabalho”; “projetos de curto prazo”; “renegociação de contratos”.¹³³

O Gráfico 6 indica a redução da previsão de investimentos no setor de TI para o ano de 2009.

¹³³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE, 2009, p. 11.

Gráfico 6 – Investimentos em TI – 2009



Fonte: ABES, 2009.

Com esta redução nos investimentos, as empresas vão procurar alternativas – e, como afirmado, uma delas é a terceirização^{134, 135}. Para tornar menos custoso o

¹³⁴ Também conhecido como *outsourcing*, que é o acordo onde o empregador contrata uma terceira pessoa para realizar um trabalho que poderia ser realizado pela própria companhia. *Encyclopædia Britannica*, 2008. *Encyclopædia Britannica Online*. Disponível em: <<http://www.search.eb.com/eb/article-9343827>>. Acesso: 14 set. 2008. (work arrangement made by an employer who hires an outside contractor to perform work that could be done by company personnel. Outsourcing has been a frequent point of dispute for organized labour. If, for example, an employer has a labour contract with a union, and the outsourced work could be performed by union members, then the union will typically object to such a practice because it takes work away from the union's members. Management favours outsourcing, or subcontracting, often to nonunion providers, because these activities can often reduce costs. Outsourcing can also reduce the number of employees in a collective bargaining unit.). Ou ainda, conforme o IBGE, o “termo ‘terceirização’ é usado quando uma unidade de produção (unidade contratante) contrata outra unidade (unidade contratada) para realizar tarefas específicas, tais como o fornecimento de mão-de-obra, a execução de funções de apoio ou de partes do processo de produção, ou ainda o processo completo de sua atividade produtiva na produção de bens e serviços”. Pode ocorrer nos seguintes setores da atividade econômica: “terceirização da mão-de-obra”; “terceirização de funções de apoio”; “terceirização de partes do processo produtivo”; “terceirização do processo produtivo completo”. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, 2007. Ver também: BLASCO PEDRO, Carlos. El outsourcing informático. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 293-310.

¹³⁵ A prática da terceirização, principalmente no setor de TI nacional, é encontrada na maior parte das empresas. Segundo Fernandes e Teixeira, “atualmente, no Brasil, praticamente todas as empresas de manufatura e serviços utilizam, com maior ou menor intensidade, a terceirização de serviços de

desenvolvimento, a produção ou mesmo a distribuição do software¹³⁶, busca-se mercados emergentes como Brasil, Índia, China e Rússia (BRIC)¹³⁷, seja por causa da mão-de-obra barata, seja pelos incentivos governamentais e a estrutura institucional, entre outros elementos.¹³⁸

Para exemplificar, dentre os contratos internacionais envolvendo software, os que mais têm se destacado em países como Brasil e Índia são os que envolvem

tecnologia da informação (TI)". TEIXEIRA, Descartes de Souza. *Fábrica de software: implantação e gestão de operações*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26. Em 2003, a revista *Computerworld* já previa que, no ano de 2004, "80% dos CIOs [Chief Information Officer, equivalente ao diretor de informática] terão ordens de marcha para tomar algumas *offshore* de TI". ("Globalization will hit virtually all large corporate IT departments within the next year. By 2004, eight out of 10 CIOs will have direct marching orders to move offshore at least part of the technology services they provide to their businesses. Four out of 10 companies will already have done so, according to research from Gartner Inc. in Stamford, Conn"). KING, Julia. IT's global itinerary: offshore outsourcing is inevitable. *Computerworld*, 25 set. 2003, Management and careers. Disponível em: <http://www.computerworld.com/s/article/84861/IT_s_Global_Itinerary_Offshore_Outsourcing_Is_Inevitable>. Acesso: 20 abr. 2010. No mesmo sentido alinha-se Célia Joseli do Nascimento, chefe da Divisão de Informação e Análise da Sepin/MCT no ano de 2007, quando afirma que "a tercerização nesse setor [TI] é forte e a tendência se mantém desde o início de nossa pesquisa, há doze anos [pesquisa Qualidade e Produtividade no Setor de Software Brasileiro]". NASCIMENTO, Célia Joseli. O software brasileiro, a gestão pela qualidade e o mercado externo. In: GADELHA, Marcondes (rel.); LINS, Bernardo Felipe Estellita; LOPES, Cristiano Aguiar; NAZARENO, Cláudio. *O mercado de software no Brasil: problemas institucionais e fiscais*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007, p. 45.

¹³⁶ Conforme Blasco Pedro, as empresas buscam o outsourcing com vários objetivos. Dentre eles, "conseguir que a empresa se centre em suas atividades principais (core business)"; "conseguir uma maior flexibilidade"; "possibilidade de que o cliente possa dedicar seu pessoal interno a tarefas de maior valor agregado"; "reduzir custos". BLASCO PEDRO, 2006, p. 295-301.

¹³⁷ BRIC é o termo utilizado para designar os países em desenvolvimento emergentes: Brasil, Rússia, Índia e China. Foi cunhado em 2003 pelo pesquisador Jim O'Neill, da Goldman Sachs. Sobre o tema, ver: WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. Dreaming With BRICs: The Path to 2050. *Global economics*. Goldman Sachs, paper n. 99. out. 2003. Disponível em: <<http://www2.goldmansachs.com/ideas/brics/book/99-dreaming.pdf>>. Acesso: 20 abr. 2010; BRICs helped by Western finance crisis: Goldman. *Reuters*, São Petersburgo, 8 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/idUSL071126420080608?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>>. Acesso: 20 abr. 2010. Há ainda os que reúnem a África do Sul ao grupo, chamando-o BRICS (*South Africa*), como é o caso do estudo realizado dentro do Projeto BRICS e coordenado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Segundo o estudo, "as possibilidades de crescimento da economia mundial para as próximas décadas são vistas como residindo principalmente em alguns poucos países menos desenvolvidos. Países como Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (Brics) possuem tal potencial. Mais do que possibilidades de crescimento alude-se aos Brics um potencial para 'mudar o mundo' tanto pelas ameaças quanto oportunidades que estes cinco países representam, do ponto de vista econômico, social e político". LASTRES, Helena M. M. *Estudo comparativo dos sistemas nacionais de inovação no Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS)*. Rio de Janeiro: RedeSist, 2007. Disponível em: <<http://brics.redesist.ie.ufrj.br/Projeto%20BRICS.pdf>>. Acesso: 20 out. 2009.

¹³⁸ Esta prática é denominada *offshore*, que ocorre quando empresas estrangeiras montam companhias em países que oferecem melhores condições de produção, tais como mão-de-obra mais barata, menores taxas etc. Cf. OXFORD, 2005. Não obstante sejam conceitos diversos, serão abordados na pesquisa apenas os contratos de *outsourcing*.

a terceirização de serviços de TI provenientes de multinacionais (como *call centers*, suporte, treinamento e criação de componentes, entre outros).¹³⁹

Tais contratos foram em grande parte responsáveis pelo crescimento de 13,8% do faturamento do setor de serviços de TI no mercado brasileiro em 2007 (com base no ano de 2006) – o que representou uma receita de R\$ 19 bilhões. À época estimou-se que em 2008 o crescimento chegasse a 13,5%, inteirando R\$ 21,5 bilhões. Mais uma vez “os serviços de *outsourcing*, que incluem gerenciamento de aplicações, hospedagem e terceirização de impressão, de áreas funcionais completas e de *desktops*, devem ser os grandes responsáveis pelo crescimento”.¹⁴⁰ O destaque mundial do Brasil neste tipo de contrato foi demonstrado em pesquisa realizada no ano de 2007, onde o país aparece entre os 30 principais destinos de *offshore* de TI no mundo. Os gastos com terceirização de serviços de TI para outros países vão crescer cerca de 30% nos EUA e 60% na Europa.¹⁴¹ A pesquisa estima que até 2015 o mercado brasileiro se tornará o quarto do mundo.¹⁴²

Segundo Fernanda Negri, assessora econômica do MDIC, o governo brasileiro vê nestes contratos de *outsourcing* e empresas *offshore* uma janela de oportunidade.¹⁴³ A demanda para este tipo de contrato cresceu cerca de 40% de 2004 a 2008, conforme destaca Marcos Vinicius de Souza, assessor do Secretário de Tecnologia Industrial do MDIC.¹⁴⁴

¹³⁹ Entre os serviços de software oferecidos na Índia, por exemplo, estão o desenvolvimento de software customizado; programação ASP; análises de processos; análises de negócios; análises técnicas; manutenção de serviços em website; desenvolvimento de ferramentas; desenvolvimento de processos. Ver: WEB APPLICATION and Software Development Services from Outsource2india. Outsourcing 2 India, 2008. Disponível em: <<http://www.outsource2india.com/services/software.asp>>. Acesso: 14 set. 2008. O exemplo da Índia chamou a atenção do governo brasileiro, que identificou a importância de políticas públicas para esta realidade: “O outsourcing de serviços em software foi consolidado pelo sucesso obtido pela Índia, Irlanda e China. Contribuiu para esse sucesso a construção de projetos nacionais para a indústria de software nesses países envolvendo ações de governo e do setor privado”. Termo de Referência do Programa para Promoção da Excelência do Software Brasileiro, aprovado pela Resolução CATI n. 28, de 11 de dezembro de 2006.

¹⁴⁰ MOREIRA, Daniela. Mercado brasileiro de serviços deve crescer 13,5% em 2008, diz IT Data. *IDGNow*. 26 março 2008. Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/computacao_corporativa/2008/03/26/mercado-brasileiro-de-servicos-deve-crescer-13-5-em-2008-diz-it-data/>. Acesso: 08 set. 2008.

¹⁴¹ OVERBY, Stephanie. Brasil é um dos 30 principais destinos de offshore de TI, diz Gartner. *IDGNow*. 12 dez. 2007. Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/computacao_corporativa/2007/12/12/idgnoticia.2007-12-12.6243410393/>. Acesso: 06 set. 2008.

¹⁴² FRANCO, Roni de Oliveira. Reconhecimento do outsourcing. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 12 de setembro de 2008.

¹⁴³ NEGRI, 2008.

¹⁴⁴ SOUZA, Marcos Vinicius de. Política de Desenvolvimento Produtivo, Programas de Computador e Serviços de Tecnologia da Informação. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DA

Não obstante tais tipos de contrato implicarem a possibilidade de crescimento econômico substancial para o Brasil, há que se questionar se eles são realmente adequados para o processo de desenvolvimento visto de forma mais ampla.¹⁴⁵ E mais: se o ordenamento jurídico nacional oferece segurança jurídica suficiente para atraí-los sem que se veja prejudicado o desenvolvimento da indústria brasileira e sua competitividade no mercado internacional por meio de atos de abuso de poder econômico por parte de grandes multinacionais.

Na Índia, por exemplo, já se observam problemas oriundos desta dicotomia. Um deles é o enfraquecimento da indústria nacional indiana frente à avalanche de indústrias estrangeiras que ali se instalam:

Na verdade, as empresas nacionais, como a Infosys Technologies, também estão sofrendo pressão por parte dos gigantes globais, como a Accenture, que está estabelecendo suas próprias fábricas na Índia. Uma avalanche de companhias está surgindo no setor, que tem 3.000 empresas, mas apenas cinco que apresentam

INOVAÇÃO E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Curitiba: OMPI, INPI, BNDES e TECPAR, 2008. Disponível em: <http://www.tecpar.br/appi/SeminarioTI/Marcos%20Vinicius%20_Semin%E1rio_Curitiba.pdf>. Acesso: 19 jul. 2008.

¹⁴⁵ Conforme conceito tratado no item 2.1. Observam-se também os próprios princípios norteadores da Política Nacional de Informática instituída pela Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984, no seu art. 2º: “A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na orientação, coordenação e estímulo das atividades de informática; II - participação do Estado nos setores produtivos de forma supletiva, quando ditada pelo interesse nacional, e nos casos em que a iniciativa privada nacional não tiver condições de atuar ou por eles não se interessar; III - intervenção do Estado de modo a assegurar equilibrada proteção à produção nacional de determinadas classes e espécies de bens e serviços bem assim crescente capacitação tecnológica; IV - proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato; V - ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira; VI - orientação de cunho político das atividades de informática, que leve em conta a necessidade de preservar e aprimorar a identidade cultural do País, a natureza estratégica da informática e a influência desta no esforço desenvolvido pela Nação, para alcançar melhores estágios de bem-estar social; VII - direcionamento de todo o esforço nacional no setor, visando ao atendimento dos programas prioritários do desenvolvimento econômico e social e ao fortalecimento do Poder Nacional, em seus diversos campos de expressão; VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas; IX - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicos ou privados; X - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos; XI - fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional”.

rendimentos anuais de mais de US\$ 200 milhões. Há dois anos, a indústria tinha menos de mil firmas.¹⁴⁶

Outros riscos podem ser citados, como o barateamento da mão-de-obra, a diminuição do valor agregado a ser exportado e o déficit no atendimento do consumidor nacional.¹⁴⁷ Estudo publicado em 2005 analisou as cinco maiores empresas de TI dos EUA e da Índia: Microsoft e Oracle (EUA); Infosys, Wipro e Satyam (Índia). Verificou-se que, com o mesmo grau de especialidade, os trabalhadores indianos custam, para a indústria, de 40% a 50% do custo normal de um trabalhador nos EUA.¹⁴⁸ Além disso, demonstrou-se que os avanços da Índia em TI não atingiram toda a sociedade, mantendo e aumentando as diferenças existentes entre a população urbana e a rural.¹⁴⁹ Problemas do século, como analfabetismo, pobreza e desemprego, não foram resolvidos por tais avanços.¹⁵⁰

Desta forma, ao atrair contratos como estes, deve-se verificar se os mesmos beneficiarão o Brasil dentro das metas almejadas pelo governo: redução das desigualdades sociais; maior difusão e acesso à ciência e tecnologia; aumento do valor agregado da tecnologia nacional; criação de uma imagem do software brasileiro; e fortalecimento da indústria nacional, principalmente das MPEs, entre outros.¹⁵¹

Contudo, não há como negar que tal tipo de negociação pode trazer benefícios não só financeiros, mas sociais – ainda mais considerando a crise

¹⁴⁶ ITWeb. *Indústria indiana de software sofre problemas de crescimento*. 08 maio 2006. Disponível em: <<http://www.softex.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2270&sid=121>>. Acesso: 14 jul. 2006.

¹⁴⁷ Sobre o assunto, ver: THE ADVANTAGES and Disadvantages of Outsourcing. *Outsourcing 2 India*, 2008. Disponível em: <http://www.outsource2india.com/why_outsource/articles/advantages-disadvantages-outsourcing.asp>. Acesso: 14 set. 2008.

¹⁴⁸ KUMAR Sameer. A comparative analysis of key information technology players. *Technovation*, Volume 26, Number 7, Elsevier, Julio de 2006, ps. 836–846. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=PdfDownloadURL&_uokey=B6V8B-4GDK9GW-1&_tokey=%23toc%235866%232006%23999739992%23621168%23FLA%23&_orig=search&_acct=C000053935&_version=1&_userid=1647180&md5=f5bc5753fb4590c7b1a385d6d9711f8d>. Acesso: 14 set. 2008.

¹⁴⁹ Contrário ao propósito do megaobjetivo da PPA 2004-2007: “crescimento com geração de emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades regionais”, já abordado no item 2.2.

¹⁵⁰ RAO, Siriginidi Subba. Bridging digital divide: Efforts in India. *Telematics and Informatics*, Volume 22, Tema 4, novembro de 2005, ps. 361-375. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=MIimg&_imagekey=B6V1H-4FN5JRB-4-1&_cdi=5675&_user=1647180&_orig=mlkt&_coverDate=11%2F30%2F2005&_sk=999779995&view=c&wchp=dGLbVzz-zSkWz&md5=cf7e90d8d71aa2134706477941aa0f02&ie=/sdarticle.pdf>. Acesso: 13 set. 2008.

¹⁵¹ Veja-se a seção 2.1.

financeira mundial. Com tais contratos é possível aumentar o investimento no país e o número de empregos diretos e indiretos. Também possibilita-se maior capacitação da mão-de-obra nacional, permitindo acesso a informações de grandes empresas do setor, por exemplo, ou fomentando a criação de programas de formação de mão-de-obra especializada. Mas é preciso saber que tipo de serviço se quer terceirizar no Brasil.

Os contratos envolvendo P&D de software são alternativas muito promissoras porque podem gerar inovação, fortalecimento da indústria nacional, reconhecimento de sua competitividade no mercado internacional e desenvolvimento. Assim se evitaria transformar a indústria do país em mero reproduzidor da inovação estrangeira, valorizando a criatividade e a capacidade de inovar das empresas brasileiras.¹⁵² Como já observado, podem ser terceirizados (*outsourcing*) desde serviços de menor valor agregado (codificação) até os de maior valor (customização).¹⁵³ Vê-se, pois, que é justamente na inovação, na criação, que está a força da indústria nacional. Daí afirmar-se que nos contratos envolvendo projetos de P&D de software encontra-se a alternativa para a indústria brasileira enquanto destino de contratos *offshore outsourcing*. Há que se ressaltar, porém, que, uma vez inserida no mercado internacional, a indústria nacional sofre riscos – daí o papel do ordenamento jurídico e da política nacional para fomentar o desenvolvimento conjunto da indústria brasileira e seu relacionamento no mercado mundial.

¹⁵² Exemplo da capacidade criativa dos desenvolvedores brasileiros é a linguagem de programação LUA, desenvolvida pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em 1993, e que foi relacionada entre as 12 mais importantes linguagens criadas no mundo, na III History of Programming Languages Conference, realizada nos dias 9 e 10 de junho de 2007 na cidade de San Diego, Califórnia (EUA). Esta linguagem atualmente é utilizada pela maior parte dos desenvolvedores de jogos, por empresas como Adobe e Olivetti, entre outras. LUA foi a única linguagem criada num país não-desenvolvido apresentada na referida Conferência. (HISTORY OF PROGRAMMING LANGUAGES CONFERENCE. HOPL III. 2007. San Diego, Califórnia. Disponível em: <<http://portal.acm.org/toc.cfm?id=1238844>>. Acesso: 02 mar 2009. IERUSALIMSCHY, Roberto; FIGUEIREDO, Luiz Henrique de; CELES, Waldemar. The Evolution of LUA. In: HISTORY OF PROGRAMMING LANGUAGES CONFERENCE. HOPL III. 2007. San Diego, Califórnia. Disponível em: <<http://delivery.acm.org/10.1145/1240000/1238846/supp/Lua.pdf?key1=1238846&key2=7882406321&coll=GUIDE&dl=GUIDE&CFID=24345969&CFTOKEN=62299368>>. Acesso: 02 mar. 2009). Para maiores informações sobre esta linguagem, ver o website da LUA, disponível em: <<http://www.lua.org/portugues.html>>. Acesso: 02 mar. 2009.

¹⁵³ “Observa-se a tendência de crescimento da prestação de serviços em software, desde os de menor valor agregado (codificação) até os de maior valor (customização, etc.)”. Termo de Referência do Programa para Promoção da Excelência do Software Brasileiro, aprovado pela Resolução CATI n. 28, de 11 de dezembro de 2006.

Esta terceirização, conforme Blasco Pedro, não pode ser considerada um “novo paradigma” em si. A novidade é que se está utilizando a terceirização em áreas que até então não a utilizavam, em particular nos sistemas de informação.¹⁵⁴ Em outras palavras, por meio de alianças estratégicas as empresas de software visam aumentar a produtividade e o lucro, aproveitando as vantagens comparativas, terceirizando parte de sua própria atividade a empresas parceiras.¹⁵⁵ Daí falar-se em “fábrica de software”.¹⁵⁶

O ponto central do conceito para a presente tese é o de que cada uma das etapas de desenvolvimento do software pode ser realizada por uma única empresa ou ser terceirizada a empresas parceiras. Toda a gestão e negociação serão feitas

¹⁵⁴ Conforme palavras do autor: “Lo más novedoso del Outsourcing no es que resulte un nuevo paradigma. Lo novedoso es la extensión de la solución ‘comprar’, en ámbitos donde hasta ahora nunca lo habíamos visto, y en particular en el ámbito de los Sistemas de Información”. BLASCO PEDRO, 2006, p. 294.

¹⁵⁵ Já em 2006 foi identificado pela SOFTEX o novo paradigma da indústria de software, apoiada no princípio da reusabilidade – que, segundo estudos, foi um dos fatores que incentivaram a prestação de serviços. Nas palavras do Termo de Referência: “Outro fator que incentivou a prestação de serviços foi a adoção de novas metodologias ou plataformas de desenvolvimento de software como as que potencializam o reuso de software (componentes, Arquitetura Orientada a Serviços – OAS) ou o desenvolvimento compartilhado (software livre e código aberto)”. Termo de Referência do Programa para Promoção da Excelência do Software Brasileiro, aprovado pela Resolução CATI n. 28, de 11 de dezembro de 2006.

¹⁵⁶ O termo foi utilizado pela primeira vez na década de 1960, nos EUA, e na de 1970, no Japão, para designar a utilização no processo de produção do software de preceitos de engenharia aplicados à manufatura. Simplificando tal conceito, é ter uma linha de produção industrial baseada no ciclo de vida do desenvolvimento do software. Aguinaldo Aragon Fernandes e Descartes de Souza Teixeira explicam esse paradigma aplicado à realidade brasileira, relacionando-o à demanda por terceirização de etapas do processo de desenvolvimento do software. Segundo os autores, o conceito de fábrica de software é o de “um processo estruturado, controlado e melhorado de forma contínua, considerando abordagens de engenharia industrial, orientado para o atendimento a múltiplas demandas de natureza e escopo distintas, visando a geração de produtos de software, conforme os requerimentos documentados dos usuários e/ou clientes, da forma mais produtiva e econômica possível”. FERNANDES; TEIXEIRA, 2007, p. 117. Corrobora tal descrição uma reportagem de 2003 da revista *Computerworld*: “É fato que a atividade conhecida como ‘fábrica de software’ cresce a olhos vistos no País e é alvo de investimentos de centenas de consultorias, integradores e software houses. Nenhum outro setor do mercado nacional de Tecnologia da Informação tem recebido tantos recursos nos últimos meses. [...] Uma série de fatores explica essa febre, mas antes é preciso deixar claro o conceito de fábrica de software, que é motivo de confusão no mercado. O desenvolvimento de sistemas pode ser dividido em cinco fases: análise de negócios, fábrica lógica (análise de sistemas), fábrica física (que é a programação propriamente dita), testes e certificação/homologação. Tradicionalmente considera-se a terceira etapa como sendo a fábrica de software. O termo, aliás, surgiu exatamente em analogia com as linhas de produção fabris que montam produtos em série, todos iguais e com a mesma qualidade. A fábrica faz algo parecido com software. Ocorre que a parte de análise de sistemas tem ganhado peso crescente. E isso muda tudo. ‘O movimento de terceirização de desenvolvimento de aplicações nasceu focado na programação em si’”. CESAR, Ricardo. Fábrica de software: uma vocação nacional? *Computerworld*, 28 abr. 2003, Negócios. Disponível em: <<http://computerworld.uol.com.br/negocios/2003/04/28/idgnoticia.2006-05-15.3220032523/>>. Acesso: 20 abr. 2010. Ver também: KING, Julia. IT's global itinerary: offshore outsourcing is inevitable. *Computerworld*, 25 set. 2003, Management and careers. Disponível em: <http://www.computerworld.com/s/article/84861/IT_s_Global_Itinerary_Offshore_Outsourcing_Is_Inevitable>. Acesso: 20 abr. 2010.

por meio de contratos, e dentre eles pode listar-se o contrato específico de P&D de software.¹⁵⁷

Para atrair tal tipo de investimento a determinado país não basta o baixo custo da mão-de-obra ou dos insumos. São necessários um sistema de solução de controvérsias rápido e eficiente; proteção de direitos de propriedade intelectual; um sistema legal que permita maior acessibilidade de empresas multinacionais ao mercado; infraestrutura empresarial e governamental adequada e mão-de-obra especializada, dentre outros fatores.¹⁵⁸ Acrescente-se à lista um direito concorrencial efetivo, que estimule parcerias em P&D e evite atos de concorrência desleal, com isso protegendo a própria indústria nacional – que, como registrado, é formada por 95% de MPEs.

Em outras palavras, dentre as várias reformas já realizadas e que estão por vir, é necessária a readequação do próprio ordenamento jurídico ao contexto de globalização, desenvolvimento e inovação.¹⁵⁹

Com as mudanças provocadas pela crise financeira, o cenário do mercado mundial de TI, assim como o de todo o comércio internacional e o ambiente de desenvolvimento, sofrerá grandes transformações – que podem ser aproveitadas para que o Brasil ganhe destaque no setor de software. Tudo dependerá da maturidade do atual sistema de inovação e do processo de desenvolvimento como um todo.

¹⁵⁷ A própria realização de P&D está passando por mudanças, verificando-se maior colaboração entre empresas, institutos de pesquisa e governo para realizar tal processo de forma conjunta. Ademais, estas parcerias são realizadas entre empresas de países diversos. Sobre o tema, ver: PEARCE, Robert. *The growth and evolution of multinational enterprise: patterns of geographical and industrial diversification*. Aldershot: Edward Elgar, 1993; PEARCE, Robert; SINGH, Satwinder. *Globalizing research and development*. Londres: Macmillan Press, 1992.

¹⁵⁸ Exemplo de tais requisitos são as informações disponibilizadas no site de uma empresa indiana especializada em assessoria de contratos de *outsourcing*. “The greatest risks for global outsourcing come from some emerging countries that are early entrants into outsourcing, or those that have limited governmental support, ineffective legal enforcement, immature infrastructure, limited or nonexistent intellectual property protection or lack an understanding of foreign laws. The most important areas to protect through an international outsourcing agreement are security and confidentiality, legal compliance, fees and payment terms, proprietary rights, auditing rights and dispute resolution process. The legal systems in some countries might claim jurisdiction over any agreement regardless of which system the agreement specifies, and that other legal systems might have little respect for intellectual property rights”. Informações disponíveis em: <<http://madaan.com/outsourcing.html>>. Acesso: 14 set. 2008.

¹⁵⁹ Sobre o assunto, ver: POLITEC contract highlights Brazil's offshore potential. CBR Online, 09 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.cbronline.com/article_news.asp?guid=D270DB08-5E4F-4EE1-AC29-26D916F6F894>. Acesso: 14 set. 2008; WEIER Mary Hayes. In Offshore Outsourcing, China's A Different Ball Game. *Information Week*, 03 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.informationweek.com/news/showArticle.jhtml?articleID=202801449>>. Acesso: 14 set. 2008.

Como bem destacou Djalma Petit, diretor de Mercado da SOFTEX no ano de 2008, o Brasil já começa a ser percebido internacionalmente como fornecedor global de software e serviços de TI. Mas ainda não existe uma imagem internacional definida, ou seja, a postura que o país assumirá ante o mercado global. Nas palavras de Petit:

O Brasil, ao contrário, ainda não tem uma imagem internacional definida para sua TI, de forma que devemos iniciar um amplo debate, envolvendo empresas, Governos e entidades setoriais, para definir que imagem queremos ter como provedor global de software e serviços de TI. Queremos ser conhecidos como 'experts' em sistemas de TI para grande número de usuários, como as eleições, o imposto de renda e a automação bancária? Ou queremos ter reconhecida nossa capacidade de resolver, utilizando a TI, os problemas dos nossos clientes, criando soluções e serviços criativos, flexíveis e de custos competitivos (acompanhando o conceito de 'resolutividade', segundo uma consultoria internacional que alguns poucos anos atrás analisou a TI brasileira)? Ou, ainda, queremos ser conhecidos por uma TI onde predomina a capacidade de inovação em grandes ou pequenas empresas? Ou queremos todas as alternativas acima?¹⁶⁰

Analisando tal contexto, com o ambiente criado pela Estratégia de Desenvolvimento a Longo Prazo, pela PDP e pelo SNCTI brasileiros, muitos são os incentivos à atividade de P&D de software, seja para fortalecimento da indústria nacional, seja para aumento da competitividade dessa indústria no mercado internacional. Com o ambiente de crise e corte orçamentário em investimentos em TI, a terceirização e/ou cooperação em atividades de P&D de software é uma grande alternativa.

Conforme Pimentel, a própria Lei de Inovação – um dos mais importantes marcos legais da nova fase do SNCTI – possibilita esse tipo de cooperação.¹⁶¹ Confira-se a Tabela 4:

¹⁶⁰ PETIT, Djalma. *A imagem do Brasil em TI*, 4 set. 2008. Disponível em: <http://www.softex.org.br/portal/_noticias/noticia.asp?id=2221>. Acesso: 09 set. 2008.

¹⁶¹ PIMENTEL, 2009b, p. 73.

Tabela 4 – Tipologia dos acordos na Lei de Incentivo à Inovação

Tipologia dos acordos na Lei de Incentivo à Inovação	
Encomenda de pesquisa	<ul style="list-style-type: none"> ● <u>prestação serviços</u> voltada à inovação e à pesquisa científica e tecnologia no ambiente produtivo
Parceria para P&D	<ul style="list-style-type: none"> ● <u>atividades conjuntas</u> de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia
Transferência de tecnologia	<ul style="list-style-type: none"> ● patenteada: invenção e modelo de utilidade; ● registrada: topografia de circuito integrado, desenho industrial, programa computador, obra científica; ● certificado: cultivares; ● objeto de pedido de patentes, registro e certificado; ● não patenteadas, registradas ou certificadas: segredo industrial, informação tecnológica não divulgada

Fonte: PIMENTEL, 2009.

Frente à tal contextualização, portanto, há que se analisar, além da estrutura política e econômica do país, o marco legal aplicado aos contratos internacionais de P&D de software. Isto é, se ele oferece segurança jurídica suficiente para atrair investimentos externos e fortalecer a indústria nacional, por meio de alianças estratégicas entre empresas e entre empresas e universidade e/ou centros de pesquisa.

A seguir se analisará a importância de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro no projeto nacional de desenvolvimento por meio da inovação em áreas estratégicas da indústria nacional.

2.3 O PAPEL DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA INOVAÇÃO

O objetivo deste item é identificar as características que o ordenamento jurídico deve apresentar para que auxilie (e não seja um empecilho) na Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação.

Ressalte-se que o foco da presente tese não é desenvolver ou analisar um conceito de desenvolvimento. Mas – uma vez identificado o tipo de desenvolvimento traçado na Constituição Federal, nos Planos Nacionais de Desenvolvimento (PPAs 2004/2007, 2008/2011) e nas principais teorias sobre o desenvolvimento considerado de forma ampla, ou seja, além do crescimento econômico¹⁶² – cabe pontuar como o direito nacional, e principalmente o DIPr, podem ser instrumentos para esse desenvolvimento.

Salienta-se mais uma vez que o âmbito jurídico nacional deve estar conectado de forma sistêmica ao propósito maior governamental: o desenvolvimento por meio da inovação. Nesta realidade, o governo, as instituições e, dentre elas, a lei e as políticas adotadas, assumem papel fundamental.

Segundo Douglas North, instituições¹⁶³ são as regras aplicadas à sociedade, sejam elas diretas ou indiretas, tais como leis, políticas, normas morais, ideologias etc. Elas reduzem a incerteza por proporcionar uma estrutura à vida diária.¹⁶⁴ Podem ser formais ou informais, sendo estas as que existem na sociedade, provenientes da própria cultura e do cotidiano das pessoas, enquanto aquelas são “regras políticas (e

¹⁶² As teorias de base de desenvolvimento, bem como as diretrizes constitucionais da Política Nacional de Desenvolvimento, já foram analisadas no início desta seção 2 e na subseção 2.1.

¹⁶³ Elas não podem ser confundidas com os organismos, que são os corpos políticos, econômicos, sociais, órgãos educativos, que criam limitações, regras para a sociedade e influenciam o marco institucional, mas não são instrumentos de desenvolvimento, em si. A função deles, primordialmente, é a de agentes do intercâmbio institucional. Cf. NORTH, 2001, p. 14. Não obstante a delimitação conceitual de North, percebe-se que na própria PDP muitas vezes se inclui entre instituições não apenas regras, mas organismos. Isto se deve inclusive ao senso comum acerca da palavra. No Dicionário Aurélio, por exemplo, um dos conceitos é: “Associação ou organização de caráter social, educacional, religioso, filantrópico, etc. [...]”. Cf. FERREIRA, A. B. H. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Positivo, 2004.

¹⁶⁴ NORTH, 2001, p. 14-15. (“Las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria [...]. [...] el acento en este análisis recae en las instituciones que son las normas subyacentes del juego e el acento en las organizaciones (y en sus empresarios) recae primordialmente en su papel como agentes del cambio institucional; [...]”).

judiciais), regras econômicas e contratos”. Elas podem ser construídas por meio da participação dos organismos representativos. North assevera que quanto menos instituições formais existirem numa sociedade, mais força terão as informais.¹⁶⁵

Tais incertezas são controladas pela força obrigatória que, ante o intercâmbio impessoal existente hoje nas sociedades maiores, deve ser exercida pelo Estado, por meio de uma instituição estruturada, baseada em valores e comprometimento dos agentes.¹⁶⁶ Daí a importância da articulação da sociedade civil no que se refere a seus interesses.

Baptista acrescenta outra diferenciação entre as instituições: elas podem ser macroinstitucionais ou microinstitucionais. As primeiras são criadas em âmbito governamental, hierarquicamente superiores às segundas e vinculantes a todos em geral. Já as microinstitucionais são criadas entre agentes privados, podendo ser formalizadas ou não, e mais passíveis de mudanças e adaptações do que as primeiras.¹⁶⁷

Logo, enquanto instituições, o direito e o ordenamento jurídico também integram o processo de desenvolvimento e, conseqüentemente, o SNCTI.

Welber Barral defende que o direito deve auxiliar no desenvolvimento ao invés de ser um empecilho. Para ele, o que atrapalha a estrutura regulamentar são custos de transação; insegurança jurídica; não comprometimento com o planejamento; falta de transparência e de liberdade. Para adequar o marco legal ao desenvolvimento seriam necessários os seguintes elementos: a) regras claras e previsíveis; b) tratamento equitativo aos cidadãos; c) necessidade de participação democrática; e d) eficiência do Judiciário^{168, 169}.

Esses elementos, necessários ao ordenamento jurídico para o desenvolvimento, também são aplicáveis à inovação. Dentro do conceito de

¹⁶⁵ É interessante observar a ênfase do autor no fato de que tais limitações não representam necessariamente um bem-estar social, mas um bem-estar privado, pela forma como são criadas – articulação política, negociação entre sociedade civil (indústrias, comércio e demais organismos) e governantes. Cf. NORTH, 2001, p. 54-65.

¹⁶⁶ Cf. NORTH, 2001, p. 67.

¹⁶⁷ Cf. BAPTISTA, Margarida Afonso Costa. *Política industrial: uma interpretação heterodoxa*. Campinas: Unicamp, 2000, p. 71 et seq.

¹⁶⁸ Observa-se que ainda que a análise sobre a eficiência do judiciário faça parte dos requisitos para averiguação do direito como instrumento para o desenvolvimento, na presente tese este âmbito não será analisado pormenorizadamente. Justifica-se esta delimitação em virtude da ausência de decisões judiciais no âmbito dos contratos de P&D de software.

¹⁶⁹ Cf. BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 43; 54.

Schumpeter já tratado anteriormente, é interessante observar a explicação que contraria as teorias econômicas neoclássicas, aproximando-o das teorias institucionalistas: todas as decisões tomadas pelos empresários inovadores são cercadas por incertezas. Ou seja, não existe uma condição ótima de gestão, de forma a maximizar o lucro de maneira ideal. Comparando com a teoria de North, é o chamado custo de transação.¹⁷⁰ Assim, na atividade econômica existem riscos que não são atribuídos pela teoria clássica, mas que podem trazer diferentes conseqüências não passíveis de previsão.¹⁷¹

Em outras palavras, ao se optar por inovar não há como ter certeza de que a decisão foi acertada.¹⁷² Ou, conforme os teóricos evolucionistas, existem dois conceitos que contrariam os ensinamentos neoclássicos e são perfeitamente aplicáveis à inovação e à economia como um todo: “busca satisfatória” e “seleção”.¹⁷³ Com base neles, não há como atingir a solução ideal ou alternativa ótima para determinado problema, tendo em vista que o processo de inovação envolve riscos.

Desse modo, o inovador deve sempre buscar a condição satisfatória e selecionar a melhor possibilidade dentre as alternativas. Destaque-se que, com base em tal incerteza (custos de transação), criam-se rotinas dentro da atividade, as quais devem ser respeitadas pelas pessoas envolvidas, padronizando a tomada de decisões pelas empresas.

Neste ambiente de inovação, o principal papel das instituições é o de determinar as “regras do jogo”, atenuando as incertezas próprias da atividade econômica. Com instituições mais fortes e claras (regras do jogo) é possível reduzir o grau de incerteza (custo de transação) que cerca a atividade inovadora, através da

¹⁷⁰ Custos de transação são os recursos necessários para medir os atributos legais e físicos que estejam sendo transacionados, os custos de vigilância e de fazer cumprir uma obrigação, além da incerteza que reflete o grau de imperfeição na medida e cumprimento obrigatório dos termos da transação. Assim, estão envolvidos nestes custos também os relacionados à informação. Cf. NORTH, 2001, p. 86.

¹⁷¹ Ressalta-se aqui o segundo pressuposto do pensamento sistêmico: o da instabilidade. Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papyrus, 2002, ps. 101; 152.

¹⁷² Cf. BAPTISTA, 2000, p. 64-65.

¹⁷³ Cf. CASSIOLATO, José E. *Innovación y cambio tecnológico*. In: MARTINEZ, Eduardo (edit.). *Ciencia, tecnología y desarrollo: interrelaciones teóricas y metodológicas*. CEPAL-ILPES / UNESCO / UNU / CYTEC, 1994. p. 269; VENCE DEZA, Xavier. *Las teorías evolucionistas de la innovación*. Madrid: Siglo XXI, 1995, p. 217.

diminuição dos riscos a ela inerentes. Dito de outro modo, proporciona-se a segurança jurídica adequada.

Pimentel destaca o papel estratégico de instituições como a da propriedade intelectual, para garantir certo grau de segurança jurídica.

Os direitos de propriedade intelectual são estratégicos porque asseguram a exclusividade para os processos, produtos e serviços inovadores no mercado. Os direitos de propriedade garantem certo grau de segurança jurídica para o investimento e até uma posição privilegiada do dono da propriedade intelectual no mercado [...].¹⁷⁴

No mesmo sentido, Baptista afirma que as decisões e atuações das empresas – firmas, segundo a autora – têm como balizamento dois tipos estruturais: a) os paradigmas e trajetórias tecnológicas, com suas oportunidades tecnológicas; e b) o conjunto de instituições.¹⁷⁵

Logo, enquanto instituição, o marco legal exerce forte influência na capacidade inovadora de um país, tendo em vista que é atenuante para as incertezas inerentes à atividade. Não obstante, ele pode atrapalhar essa potencialidade se não adequado à realidade inovadora proposta.¹⁷⁶

O Manual de Oslo retrata tal realidade ao enumerar os fatores que prejudicam a inovação. Dentre os econômicos estão: “riscos excessivos percebidos”; “custo muito alto”; “falta de fontes apropriadas de financiamento” e “prazo muito longo de retorno do investimento na inovação”. Dentre os fatores da empresa destacam-se: “potencial de inovação insuficiente (P&D, desenho, etc)”; “falta de pessoal qualificado”; “falta de informações sobre tecnologia”; “falta de informações sobre mercados”; “gastos com inovação difíceis de controlar”; “resistência a mudanças na empresa”; “deficiências na disponibilidade de serviços externos” e “falta de oportunidades para cooperação”. Outras razões são: “falta de oportunidade tecnológica”; “falta de infraestrutura”; “nenhuma necessidade de inovar devido a inovações anteriores”; “fraca proteção aos direitos de propriedade”; “legislação, normas, regulamentos, padrões, impostos” e “clientes indiferentes a novos produtos

¹⁷⁴ PIMENTEL, 2009b, p. 42.

¹⁷⁵ BAPTISTA, 2000, p. 71.

¹⁷⁶ Importa destacar que, conforme Pimentel, a instituição não é condição do processo de inovação, mas um instrumento dentro do processo que pode – mas não necessariamente vai – fomentá-la. Nas palavras do autor, “o processo de inovação não está vinculado com a propriedade intelectual e nem com a alta tecnologia. A inovação pode ocorrer em todos os setores, geralmente é implementada sem a proteção jurídica pelos direitos de propriedade intelectual”. Cf. PIMENTEL, 2009, p. 41.

e processos”. Portanto, dentre os fatores que podem prejudicar a inovação está o marco legal inadequado.¹⁷⁷

Joseph Stiglitz afirma que a relação de incertezas inerentes à atividade de inovação é determinada pela assim chamada “concorrência imperfeita”. A mudança tecnológica (inovação) tem grande relação com a concorrência, o que justifica a existência de determinados privilégios, como a propriedade intelectual¹⁷⁸ ou mesmo os incentivos fiscais. Isso visa amenizar a concorrência imperfeita que envolve os setores que trabalham com inovação.¹⁷⁹

Na visão do autor, tal concorrência é inevitável, e Stiglitz acrescenta: a) para que seja razoável investir em P&D são necessários mecanismos que garantam o retorno financeiro; b) setores em que a inovação é fator importante normalmente têm custos fixos elevados (medicamentos, por exemplo), gerando uma concorrência imperfeita; c) setores que trabalham com inovação também correm o risco do surgimento de outras inovações, reduzindo o valor do produto; e d) empresas novas e pequenas têm maior dificuldade de obter financiamentos para inovação, o que também gera uma concorrência imperfeita.¹⁸⁰ Portanto, a própria atividade inovadora poderá ser impraticável – principalmente no Brasil, onde a maioria das empresas de software é composta por MPEs – se não houver uma estrutura institucional que diminua o impacto da concorrência imperfeita. A propriedade intelectual pode ser uma das instituições capazes de incentivar a inovação. Sozinha, contudo, ela não é suficiente para alcançar tal objetivo. O Estado ainda pode contar com alternativas, inclusive macroinstitucionais.¹⁸¹

É interessante observar que na CF existia o art. 171¹⁸², revogado em 1995 pela Emenda Constitucional nº 6. Ele previa expressamente a proteção e a

¹⁷⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004, p. 81.

¹⁷⁸ Sobre o assunto, ver: PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

¹⁷⁹ STIGLITZ, Joseph. *Microeconomia*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2002, p. 423.

¹⁸⁰ Id., *Ibid.*, p. 423.

¹⁸¹ STIGLITZ, 2002, p. 433; GUTTERMAN, Alan S. *Innovation and competition policy: a comparative study of the regulation of patent licensing and collaborative research & development in the United States and the European Community*. London: Klumer Law, 1997, p. 1.

¹⁸² Art. 171. “São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º - A lei poderá, em relação à empresa

concessão de benefícios especiais, além de tratamento preferencial no caso de compras públicas às empresas brasileiras de capital nacional. Também delimitava o que seria uma empresa brasileira e de capital nacional. Ainda que o artigo tenha sido revogado¹⁸³, observa-se que alguns dispositivos, principalmente na Lei de Inovação, trazem como diretrizes o privilégio de empresas de pequeno porte, bem como das que invistam em P&D de tecnologia no país (art. 27, Lei de Inovação¹⁸⁴). Ademais, a lei também prevê a possibilidade de projetos de cooperação com empresas, desde que as mesmas sejam nacionais (art. 3º, Lei de Inovação¹⁸⁵).

Contudo, ainda pairam dúvidas a respeito. Tanto que uma das reivindicações de empresas nacionais de base tecnológica, principalmente do setor de software, é este comprometimento do governo. Conforme José Carlos de Luca, presidente da Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação (ASSESPRO) em 2007: “O que queremos mesmo é um maior comprometimento do governo para com as empresas brasileiras de base tecnológica, incentivando-as e privilegiando-as sempre que possível”.¹⁸⁶

brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do 'caput' se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

¹⁸³ Castro defende, inclusive, que ainda que o artigo tenha sido revogado, ainda vigora como princípio, devendo ser observado para o desenvolvimento nacional almejado pela Constituição Federal. CASTRO, 2009, p. 250 et seq.

¹⁸⁴ Art. 27, Lei de Inovação. “Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes: I - priorizar, nas regiões menos desenvolvidas do País e na Amazônia, ações que visem a dotar a pesquisa e o sistema produtivo regional de maiores recursos humanos e capacitação tecnológica; II - atender a programas e projetos de estímulo à inovação na indústria de defesa nacional e que ampliem a exploração e o desenvolvimento da Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e da Plataforma Continental; III - assegurar tratamento favorecido a empresas de pequeno porte; e IV - dar tratamento preferencial, na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”.

¹⁸⁵ Art. 3º, Lei de Inovação. “A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores”.

¹⁸⁶ LUCA, José Carlos de. Software: um setor estratégico para o país. In: GADELHA, Marcondes (rel.); LINS, Bernardo Felipe Estellita; LOPES, Cristiano Aguiar; NAZARENO, Cláudio. *O mercado de software no Brasil: problemas institucionais e fiscais*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007, p. 21.

Não há como falar em inovação para gerar desenvolvimento se não existem políticas e instituições fortes para fomentá-la, diminuindo os custos de transação. Conforme já destacado, a segurança jurídica facilita a geração de incentivos à atividade inovadora, estabelecendo com isso o passo inicial para o desenvolvimento – ou, conforme Sachs afirma em seu livro, pisar no primeiro degrau da escada do desenvolvimento.¹⁸⁷

E é neste contexto que se justifica e realiza a presente tese: verificar se o atual marco legal de DIPr aplicável aos contratos internacionais de P&D de software está adequado ao objetivo inovador e desenvolvimentista da política pública brasileira.

Cabe, então, delimitar o que se considera, para esta tese, o Direito Internacional Privado (DIPr) como marco regulamentador dos contratos internacionais, e seu papel para a Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação.

DIPr é a área do direito que regula as relações de ordem privada que ocorrem na sociedade internacional.¹⁸⁸ Tais relações são originadas, principalmente, pelo comércio internacional, pelas relações que envolvem ordenamentos jurídicos de diferentes países. A especificidade deste ramo do direito, portanto, é justamente o liame existente entre os ordenamentos jurídicos e suas diferenças.¹⁸⁹

Esta é a realidade da contratação internacional ligada à P&D de software e que envolve relações jurídicas regulamentadas por ordenamentos jurídicos diversos e, às vezes, conflitantes.

As concepções sobre o objeto do DIPr são variadas e muitos elementos podem ser estudados. Conforme a teoria francesa, ele inclui nacionalidade, condição

¹⁸⁷ SACHS, 2005.

¹⁸⁸ Segundo Diego P. Fernández Arroyo, “frente al dato (presupuesto, lo llaman los autores), de naturaleza técnica, de la coexistencia en el mundo de una pluralidad de ordenamientos normativos y organizaciones jurisdiccionales, se centra la atención en otro, de carácter fáctico, constituido por las relaciones que no agotan en su vida dentro de uno solo de esos ordenamientos u organizaciones. Dicho de otro modo, no es que los ordenamientos de dos o más estados entren en conflicto respecto de determinadas relaciones jurídicas, sino que éstas se configuran, muchas veces, con elementos ‘pertenecientes’ a distintos sistemas jurídicos”. FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho internacional privado: una mirada actual sobre sus elementos esenciales*. Córdoba: Advocatus, 1998, p. 24.

¹⁸⁹ Conforme Clóvis Bevilacqua, “o comércio internacional, de um lado, e, de outro, a diversidade das leis são o fundamento lógico e social deste ramo do direito, a que se assentou de dar o nome, sem dúvida bem apropriado, de internacional privado e que consiste no conjunto de preceitos reguladores das relações de ordem privada da sociedade internacional”. BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 16.

jurídica do estrangeiro, conflito das leis, conflito de jurisdições e direitos adquiridos na sua dimensão internacional (Antoine Pillet). A Alemanha, por sua vez, limita o objeto ao conflito de leis, enquanto os países anglo-saxões (Estados Unidos e Grã-Bretanha) englobam no termo *conflict of law* tanto o conflito de leis como o conflito de jurisdições. No Brasil não há uma uniformidade doutrinária e, com base na teoria francesa, também se engloba o reconhecimento das sentenças estrangeiras.¹⁹⁰

Não obstante as divergências doutrinárias a respeito do objeto do DIPr e considerando o foco da tese na regulamentação da contratação internacional de P&D de software, se adotará a concepção de Henri Batiffol e Paul Lagarde de que o DIPr estuda os sujeitos (nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro), o exercício (conflito de leis) e a sanção (conflito de jurisdição) dos direitos.¹⁹¹ Com base nesta teoria será delimitada a análise da regulamentação de DIPr para contratos internacionais com foco no exercício e na sanção do direito, além da possibilidade de utilização da arbitragem como meio alternativo para a solução de controvérsias.

Tal delimitação se justifica pela complexidade na determinação da lei aplicável aos contratos internacionais envolvendo P&D de software, bem como sobre o foro competente para dirimir eventuais controvérsias, principalmente no que tange ao ordenamento jurídico nacional sobre a matéria. Ademais, a inclusão da análise da solução de controvérsias por meio de arbitragem advém da busca crescente por este instituto, principalmente nas relações comerciais transfronteiriças.

Assim, a análise do marco legal dos contratos internacionais de P&D de software envolverá três elementos: conflito de jurisdição (competência internacional), conflito de leis (lei aplicável) e resolução de controvérsias por meio de arbitragem. E, na medida em que o DIPr inclui instituições formais que têm como finalidade regulamentar as relações jurídicas internacionais (regras do jogo), também devem cumprir os requisitos anteriormente mencionados para que o direito seja um instrumento e não um empecilho ao desenvolvimento.

Feita esta contextualização política, econômica, jurídica e teórica, é possível destacar algumas premissas que nortearão o desenvolvimento da presente tese:

- 1) que o tema se enquadra numa Política Nacional de Desenvolvimento;

¹⁹⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-5.

¹⁹¹ BATTIFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Droit international prive*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, tomo I., p. 7.

- 2) que a inovação é o instrumento para se atingir este propósito de desenvolvimento, existindo, assim, um Sistema Nacional que a fomente;
- 3) que a maior parte das empresas de software no Brasil é integrada por MPEs, as quais deverão ser fortalecidas para concorrer no mercado internacional¹⁹²;
- 4) que o setor de serviços relacionados a software e sua terceirização têm maior destaque no comércio internacional a cada ano, sendo o Brasil um país-destino de contratos de *outsourcing offshore* relacionados a software;
- 5) que os incentivos em P&D para melhorar a qualidade de serviços e softwares nacionais serão essenciais para o propósito de fortalecimento da competitividade da indústria nacional e sua inserção no comércio internacional;
- 6) que a colaboração em P&D com outras empresas, universidades e centros de pesquisas é um ponto estratégico para este objetivo (alianças estratégicas);
- 7) que a participação no mercado internacional, bem como a relação entre estas empresas e os demais atores na atividade de P&D no setor de software, faz-se por meio de contratos, os quais são regulados por ordenamentos jurídicos;
- 8) que o ordenamento jurídico é apenas uma peça dentro de um sistema maior, podendo auxiliar ou atrapalhar o objetivo do desenvolvimento conforme sua adequação ao mesmo;
- 9) que a positivação das relações envolvendo P&D de software é uma condição da própria sociedade moderna, a fim de garantir a segurança jurídica; e
- 10) que o papel do governo é fundamental na gestão e articulação dos diversos objetivos, atores, instituições e instrumentos que envolvem o SNCTI e, conseqüentemente, o propósito de desenvolvimento.

Desta forma, contextualizado o tema e identificadas as premissas que nortearão a presente tese, passa-se à análise da P&D de software e sua contratação internacional.

¹⁹² Dominado substancialmente por grandes empresas. Cf. ROSELINO, 2009.

3 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE

“Hoje, o software de computadores é a tecnologia única mais importante no palco mundial. É também um importante exemplo da lei das conseqüências não-pretendidas. Ninguém na década de 1950 poderia ter previsto que o software fosse se tornar uma tecnologia indispensável para negócios, ciência e engenharia [...]”.

Roger S. Pressman, 2010, p. 01.

Na seção anterior foi possível demonstrar o contexto no qual os contratos de P&D de software estão inseridos e sua importância no âmbito internacional. A partir deste capítulo passa-se a conceituar o processo de P&D, principalmente sua relação com o software, diferenciando-o de outros serviços.

3.1 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO

Que P&D é uma das principais ferramentas na atual sociedade da informação e do conhecimento, está claro. Contudo, há que se ter nítido o conceito deste processo, diferenciando-o de outras atividades afins.

Como se observa, os termos *pesquisa* e *desenvolvimento* envolvem duas atividades que, individualmente, são diferentes entre si.

Pesquisa é o “ato ou efeito de pesquisar”; “indagação ou busca minuciosa para averiguação da realidade; investigação, inquirição”; “investigação e estudo, minudentes e sistemáticos, com o fim de descobrir ou estabelecer fatos ou princípios relativos a um campo qualquer do conhecimento”. *Pesquisar* é “buscar com

diligência; inquirir, perquirir; investigar”; “informar-se a respeito de; indagar, esquadrihar, devassar”.¹⁹³

Já *desenvolvimento* é o “ato ou efeito de desenvolver(-se); desenvolvimento”. E *desenvolver* é “fazer uso de; pôr em prática; empregar; exercer, aplicar”; “dar origem a; originar, gerar, produzir”.¹⁹⁴

Assim, o binômio Pesquisa e Desenvolvimento, a princípio, é formado por duas atividades elementares: a) buscar, inquerir, investigar sobre um determinado objeto; e b) pôr em prática as conclusões daí extraídas.

Contudo, tais atividades tratadas conjuntamente – ou seja, como P&D – significam mais do que pesquisar e pôr em prática os resultados da pesquisa; estão intimamente relacionadas com a criação de novos produtos, processos ou sistemas. Em outras palavras, envolvem inovação.

Nesse viés, o Dicionário Aurélio conceitua os termos associadamente como o “conjunto de atividades visando à introdução de inovações técnicas no processo produtivo (novos produtos, métodos de produção, materiais, etc.), abrangendo desde a concepção inicial até os testes de sua utilização efetiva”.¹⁹⁵

A Enciclopédia Britânica, da mesma forma, trata P&D como dois processos intimamente relacionados com o surgimento de novos produtos ou novas formas de produtos antigos na indústria, proporcionando uma inovação tecnológica.¹⁹⁶

É justamente a vinculação com a novidade, presente na inovação, que torna esta atividade tão importante para o propósito do desenvolvimento. Em outras palavras, é na finalidade de criar um novo produto, processo, sistema ou serviço que está o elemento primordial do processo de P&D. Portanto, nem toda atividade ou processo que envolva consecutivamente uma ação de pesquisa e outra de desenvolvimento pode ser considerado P&D.¹⁹⁷

¹⁹³ FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Positivo, 2004.

¹⁹⁴ Id. *Ibid.*

¹⁹⁵ Id. *Ibid.*

¹⁹⁶ “Abbreviation R and D, or R & D, in industry, two intimately related processes by which new products and new forms of old products are brought into being through technological innovation”. RESEARCH AND DEVELOPMENT. *Encyclopædia Britannica*, 2008. Encyclopædia Britannica Online. Disponível em: <<http://www.search.eb.com.w10049.dotlib.com.br/eb/article-9106310>>. Acesso: 24 nov. 2009.

¹⁹⁷ Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati 2002: proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental. Trad. More Than Just Words, 2007. Coimbra: F-Iniciativas, 2007. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0023/23423.pdf>. Acesso: 14 jan. 2009. p. 26.

Antes de dar prosseguimento à conceituação em si, cabem alguns esclarecimentos.

Primeiro, não obstante alguns conceitos já relacionados considerarem P&D como duas atividades ou processos, no plural, optou-se por tratá-la no singular. Justifica-se tal postura por se julgar P&D, em conjunto, um processo único vinculado ao objetivo da inovação, ainda que envolva mais de uma atividade.

Segundo, P&D será tratada como processo e não como atividade. Vê-se que processo – “série de ações ou operações visando a um resultado; [...] [uma] maneira de executar qualquer coisa; MÉTODO”¹⁹⁸ – está mais conforme ao elemento que caracteriza P&D e a diferencia de outras atividades ou processos: o objetivo da inovação. Atividade, por sua vez, tem mais o sentido de executar algo, ação independente de um objetivo específico.¹⁹⁹

Feitos os esclarecimentos, parte-se para a definição de P&D. Ante a importância deste processo para a própria inovação, a OCDE criou o Manual de Frascati²⁰⁰, resultado da reunião realizada em 1963 com os peritos em estatísticas de P&D na Villa Falconieri de Frascati, na Itália. A finalidade era apresentar direcionamentos metodológicos para a criação, por parte dos países, de dados estatísticos envolvendo P&D e com isso facilitar a medição dos investimentos realizados em tal atividade. Em 2002 foi publicada a sexta edição, a qual – acompanhando a globalização e “o papel da I&D²⁰¹ [P&D] e da inovação na economia baseada no conhecimento” – recomenda algumas mudanças nas classificações.²⁰²

¹⁹⁸ CALDAS AULETE, Francisco J.; VALENTE, Antonio Lopes dos Santos. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete*. Rio de Janeiro: Lexikon Digital, 2010.

¹⁹⁹ Considerando que P&D envolve um trabalho executado de forma sistemática com uma finalidade específica, o conceito de processo está mais conforme à noção de P&D adotada nesta tese do que o termo atividade. Veja-se o conceito de atividade: “1. Qualquer ação ou função determinada (atividade comercial/produtiva). 2. Qualidade, estado ou condição daquilo ou de quem é ou está ativo, do que ou de quem faz ou está fazendo ou realizando algo. 3. Algo que se faz ou que se pode fazer”. CALDAS AULETE; VALENTE, 2010.

²⁰⁰ Este manual, juntamente com outros – o Manual de Oslo sobre inovação, o Manual de Camberra sobre recursos humanos, o Manual sobre balança tecnológica de pagamentos e o Manual sobre uso de patentes como indicadores de C&T –, integra uma série de manuais metodológicos conhecida como “Família Frascati”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 11.

²⁰¹ Esta é a sigla utilizada pelo tradutor português do Manual de Frascati para referir-se à Investigação e Desenvolvimento (I&D), o equivalente à P&D no Brasil.

²⁰² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 19; 11.

O Manual é a base para a criação de indicadores de P&D em “todos os países do mundo”, além de representar a sustentação conceitual de vários instrumentos legais, políticos, técnicos e científicos. Tal realidade justifica a importância da análise de suas definições e a adoção das mesmas para o presente trabalho.²⁰³ É com apoio nestes conceitos que se desenvolve a análise proposta do marco legal dos contratos internacionais de P&D de software.

3.1.1 Conceito de Pesquisa e Desenvolvimento

Segundo o Manual de Frascati, Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) inclui

o trabalho criativo levado a cabo de forma sistemática para aumentar o campo dos conhecimentos, incluindo o conhecimento do homem, da cultura e da sociedade, e a utilização desses conhecimentos para criar novas aplicações.²⁰⁴

Do conceito acima é possível extrair alguns elementos importantes inerentes ao processo de P&D. O primeiro deles é o de trabalho *criativo*²⁰⁵, que envolve o ato de criação, de fazer algo existir, de trabalho intelectual. O ato criativo deve ser executado de forma *sistemática*²⁰⁶, com utilização de determinada organização intelectual, um método de pesquisa e atuação. A finalidade do trabalho criativo deve ter como efeito o *aumento dos conhecimentos*²⁰⁷ já existentes, seja relacionado com o homem, seja com a cultura, seja com a sociedade. Seria acrescentar algo ao que já existe, aumentar as capacidades já conhecidas. E, por fim, o trabalho de P&D

²⁰³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 12.

²⁰⁴ Este conceito está na tradução portuguesa do manual, a qual refere P&D como “Investigação e Desenvolvimento Experimental (ID)”. Id., Ibid, p. 43.

²⁰⁵ Criativo: “ref. a criatividade (capacidade criativa); INOVADOR”. Criatividade: “1. Capacidade de inventar, criar, conceber na imaginação; 2. Qualidade de quem ou do que é inovador, criativo, original; ORIGINALIDADE; [...]”. CALDAS AULETE; VALENTE, 2010.

²⁰⁶ Sistemático: “1. Ref. a, ou próprio de um sistema; SISTÊMICO; [...] 3. Que revela método, organização intelectual (conhecimento sistemático)”. CALDAS AULETE; VALENTE, 2010.

²⁰⁷ Conhecimento: “1. Ato de conhecer algo pela razão, pela experiência ou pela informação recebida; 2. Compreensão, percepção intelectual dos fatos e relações entre eles (relativos a determinado assunto ou parcela da realidade); 3. Domínio de um assunto, uma técnica, uma arte etc.; 4. O conjunto do que é conhecido, sabido por alguém, ou por um grupo, ou em determinado campo de atividade, determinada época; 5. Instrução, erudição. [Tb. us. no pl.]; 6. Capacidade ou faculdade de conhecer, de formar, reunir e organizar informações a respeito da realidade, dos acontecimentos”. CALDAS AULETE; VALENTE, 2010.

deve criar **novas** aplicações, o que evidencia o elo da P&D com a inovação, que é o de ter o elemento da novidade como fim do processo de P&D.

Nacionalmente, o IBGE adota as diretrizes conceituais do Manual de Frascati, não obstante acrescentar informações, incluindo o desenvolvimento do software como um processo de P&D já em seu próprio conceito e desde que envolva um avanço tecnológico ou científico. Nos termos do glossário da Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC) de 2005, P&D é:

Trabalho criativo, empreendido de forma sistemática, com o objetivo de aumentar o acervo de conhecimentos e o uso destes conhecimentos para desenvolver novas aplicações, tais como produtos ou processos novos ou tecnologicamente aprimorados. O desenho, a construção e o teste de protótipos e de instalações-piloto constituem muitas vezes a fase mais importante da P&D. Inclui, também, o desenvolvimento de software, desde que este envolva um avanço tecnológico ou científico.²⁰⁸

Assim, seja no Manual de Frascati, seja no conceito do IBGE, o elemento da novidade ou a solução nova para um problema tecnológico ou científico deve ser o principal objetivo da P&D. Aplicando o conceito de novidade proveniente do art. 11 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial – LPI), novo é aquilo que não está no estado da técnica. Esta, por sua vez, abrange tudo o que é acessível ao público, por qualquer meio e em qualquer território (nacional ou internacional).

Dessa forma, o trabalho criativo de P&D deve envolver novas aplicações que não estejam no estado da técnica ou que, estando, as melhore ou aperfeiçoe, de forma que, ao ser introduzidas no mercado, promovam uma inovação. Tal novidade também deve estar presente em soluções para problemas tecnológicos ou científicos que, conforme o Manual de Frascati, podem ser consideradas novas aplicações originadas pela P&D. Em outros termos, uma melhoria substancial comparada à existente também possui elemento de novidade, o que justifica a inclusão do projeto em P&D que tenha como objetivo esta melhoria.

Conforme o Manual de Oslo, porém, o elemento de novidade (inerente à inovação) deve limitar-se ao ambiente da empresa, e não ao conceito de novidade absoluta adotado pela legislação brasileira (não-presente no estado da técnica em

²⁰⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Pesquisa de inovação tecnológica*, 2005. IBGE: Rio de Janeiro, 2007, p. 151. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/pintec/2005/pintec2005.pdf>>. Acesso: 18 mar. 2010.

nível mundial).²⁰⁹ Partindo do princípio de que inovação não necessariamente envolve uma invenção ou modelo de utilidade, conforme preceitos de propriedade industrial, adota-se o critério de novidade do Manual de Oslo, adstrito ao ambiente do projeto de P&D desenvolvido. Assim, novo é aquilo que não existe no ambiente em que se insere determinada empresa.

3.1.2 Atividades de Pesquisa e Desenvolvimento

Localizado o elemento principal da P&D – a novidade (radical ou incremental)²¹⁰ – cabe identificar as atividades que fazem parte desse processo, conforme o Manual de Frascati. São três as que envolvem P&D: pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental.

Segundo o Manual, *pesquisa básica* envolve trabalhos teóricos ou experimentais realizados para obter novos conhecimentos sobre fundamentos de fenômenos e fatos observáveis. Nesta atividade não se tem em vista qualquer aplicação ou utilização particular dos conhecimentos adquiridos, mas somente sua obtenção.²¹¹

Já *pesquisa aplicada*, da mesma forma que a básica, consiste em trabalhos originais iniciados para alcançar novos conhecimentos. A diferença está justamente na realização direcionada a um objetivo prático específico.²¹²

Desenvolvimento experimental, por sua vez, é a realização de trabalhos sistemáticos baseados nos conhecimentos existentes adquiridos pelas pesquisas realizadas e/ou experiências práticas, relativos à produção de “novos materiais,

²⁰⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo, 2004.

²¹⁰ Conforme analisado na seção 2.1, sobre inovação.

²¹¹ “A investigação básica consiste em trabalhos experimentais ou teóricos iniciados principalmente para obter novos conhecimentos sobre os fundamentos dos fenômenos e factos observáveis, sem ter em vista qualquer aplicação ou utilização particular”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 43.

²¹² Nos termos do próprio Manual, “a investigação aplicada consiste também em trabalhos originais realizados para adquirir novos conhecimentos; no entanto, está dirigida fundamentalmente para um objectivo prático específico”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 43.

produtos ou dispositivos, à instalação de novos processos, sistemas e serviços, ou à melhoria substancial dos já existentes”.²¹³

Ressalte-se que o elemento novidade, fundamental para a inovação, é recorrente na atividade de P&D como um todo. É ele que vai direcionar a realização das pesquisas básica e aplicada para o desenvolvimento prático da solução almejada. Daí afirmar-se que nem todas as atividades que envolvem elementos de pesquisa e desenvolvimento podem ser consideradas P&D.

3.1.3 Diferenciação entre Pesquisa e Desenvolvimento e atividades afins

Muitas vezes é difícil definir quando uma atividade pode ser considerada P&D devido às similitudes existentes. Mas tal diferenciação é preeminente, considerando-se a importância deste processo para a inovação e o desenvolvimento do país, bem como as diversas políticas de incentivo a P&D.²¹⁴

A diferenciação aqui exposta é estabelecida com base no Manual de Frascati, segundo o qual “essas outras actividades estão muito relacionadas com a ID [P&D], tanto através de fluxos de informação como em termos de funcionamento, instituições e pessoal”.²¹⁵ O critério para diferenciar atividades afins e P&D é justamente o da presença dos elementos da inovação. Em outras palavras, a atividade será considerada P&D se envolver elementos de novidade ou resolução de uma incerteza científica e/ou tecnológica.²¹⁶ Nos termos do Manual:

O critério básico que permite distinguir a ID de actividades afins é a existência no seio da ID de um elemento apreciável de novidade e a resolução de uma incerteza científica e/ou tecnológica; ou seja, a ID

²¹³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 43.

²¹⁴ No capítulo anterior foi possível identificar a importância da P&D para o projeto de desenvolvimento nacional por meio da inovação, constantes nas políticas públicas do governo federal. Vide: PDP, PITCE, PACTI, Planos Plurianuais.

²¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 43.

²¹⁶ Sobre o assunto, ver: PIMENTEL, Luiz Otávio. Curso de atualização: direito da inovação e propriedade intelectual. Apresentação recebida por Luiz Otávio Pimentel. *Revisão conceitos P&D – INOVAÇÃO* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <poareas@hotmail.com> em 29 jun. 2010; PIMENTEL, Luiz Otávio et al. Aspectos conceituais da parceria de PD&I. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Manual básico de acordos de parceria de PD&I*. Porto Alegre: Fortec/EdiPUCRS, 2010. p. 19-49.

aparece quando a resolução de um problema não é evidente para alguém que tenha o conjunto básico de conhecimentos da área e conheça as técnicas habitualmente utilizadas nesse sector.²¹⁷

É importante, portanto, para que seja possível estabelecer tal diferenciação, atentar para este critério em cada uma das atividades que podem ser confundidas com P&D. Conforme o Manual, as atividades incluem: ensino e formação; outras atividades científicas e tecnológicas afins; outras atividades industriais; gestão e outras atividades de apoio.²¹⁸ A seguir relacionam-se os principais critérios de diferenciação entre tais atividades e o processo de P&D.

3.1.3.1 Ensino e formação

Segundo o Manual de Frascati, atividades de ensino e formação de pessoal realizadas em universidades e instituições de ensino superior ou equivalentes devem ser excluídas do âmbito de P&D, com exceção de algumas atividades de doutoramento. Essa confusão deve-se ao fato de que muitos resultados de pesquisas são utilizados para ensino, da mesma forma que a experiência e o conhecimento adquiridos com o ensino são empregados na pesquisa.²¹⁹

A diferença entre uma e outra está justamente na inovação, no elemento de novidade ou na resolução de problemas tratados nos projetos de P&D. Essa dificuldade de identificação pode gerar problemas, que ocorrem normalmente nos seguintes casos: estudantes de pós-graduação e suas atividades; supervisão de estudantes por professores de ensino superior; cuidados médicos especializados; e estudo individual dos professores universitários.

a) Estudantes de doutorado

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) criou, na década de 1970, padrões internacionais de classificação para a

²¹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 48.

²¹⁸ Id., Ibid., p. 43-47.

²¹⁹ Id., Ibid., p. 50.

educação²²⁰ – em inglês, *International Standart Classification of Education* (ISCED)²²¹ ou, em espanhol, *Clasificación Internacional Normalizada de la Educación* (CINE).²²²

O documento foi revisado e, segundo a edição de 1997²²³, a educação pode ser dividida em sete níveis:²²⁴

- a) Nível 0 – Educação pré-primária;
- b) Nível 1 – Educação primária (primeiro estágio da educação básica);
- c) Nível 2 – Educação secundária inferior (segundo estágio da educação básica);
- d) Nível 3 – Educação secundária;
- e) Nível 4 – Educação pós-secundária (não-terciário);
- f) Nível 5 – Primeiro estágio da educação terciária ou ensino superior (não levando diretamente a uma qualificação avançada de pesquisa);
- g) Nível 6 – Segundo estágio da educação terciária (leva a uma qualificação avançada de pesquisa – pós-graduação).²²⁵

²²⁰ É interessante acrescentar o conceito de atividade educacional conforme a UNESCO, que atribui um sentido mais amplo do que os termos “curso ou conjunto de cursos”. Para a UNESCO, a educação inclui não apenas cursos organizados em programas, mas cursos autônomos e atividades que não podem ser consideradas como “cursos”: períodos de experiência em empresas, projetos de pesquisa e elaboração de trabalhos, por exemplo. [“The term ‘educational activity’ implies a broader meaning than the term ‘course or combination of courses’ which is important because education at a given level comprises not only courses organized into programmes but also freestanding courses and a variety of non-course activities as well. Programmes sometimes include major components not normally characterized as courses – for example, interludes of work experience in enterprises, research projects, and preparation of dissertations”]. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. *International Standart Classification of Education*: ISCED 1997, nov. 1997. Disponível em: <http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/doc/isced_1997.htm>. Acesso: 02 dez. 2009, p. 6.

²²¹ Id., *Ibid.*, 1997.

²²² Id., *Ibid.*, 1997.

²²³ A classificação foi aprovada na Conferência Geral da UNESCO de novembro de 1997 e abrange duas variáveis de classificação cruzadas: níveis e grupos amplos, e áreas de educação. Ela serve como instrumento para estatísticas da educação em cada país e também internacionalmente, apresentando conceitos-padrões, definições e classificações. Id., *Ibid.*, 1997, p. 2-3.

²²⁴ Nível, segundo o ISCED, refere-se ao grau de complexidade do conteúdo do programa educacional. Isso significa que os programas educativos podem ser agrupados, tanto nacional como internacionalmente, numa série de categorias que se referem aos conhecimentos, destrezas e capacidades exigidos dos alunos. Somente com estes requisitos os estudantes são considerados aptos para terminar os programas indicados. [“The notion of ‘levels’ of education, therefore, is essentially a construct based on the assumption that educational programmes can be grouped, both nationally and cross-nationally, into an ordered series of categories broadly corresponding to the overall knowledge, skills and capabilities required of participants if they are to have a reasonable expectation of successfully completing the programmes in these categories”.] Id. *Ibid.*, 1997, p. 8-9; 10-26.

No nível 6 está a educação de pós-graduação em nível de doutoramento. Os demais programas – mestrados, especializações, aperfeiçoamentos etc. – são enquadrados no nível 5. Conforme a UNESCO, “este nível [5] inclui todos os programas de pesquisa que não formam parte de um doutorado, como qualquer tipo de mestrado” (*tradução livre*).²²⁶

É justamente no nível 6, também chamado de segundo ciclo da educação terciária, que estão englobadas as situações em que as atividades de doutoramento podem ser consideradas de P&D. Este nível está reservado a programas baseados em estudos avançados e pesquisas originais. O principal critério para tanto é o de que seja apresentado um trabalho que possa ser publicado, fruto de uma pesquisa original, e que inclua uma contribuição significativa ao conhecimento. O critério subsidiário é que os programas devem preparar os alunos para postos universitários em instituições que ofereçam programas de nível 5A²²⁷ e para postos de pesquisa em instituições públicas, indústrias etc.²²⁸

A título de ilustração, no Brasil, segundo o IBGE, a atividade de P&D (Divisão 72) é classificada separadamente das atividades de educação, apesar de eventualmente estarem relacionadas. É destacado, inclusive, que “esta divisão não compreende a educação superior, ainda que contenha atividades de pesquisa e desenvolvimento (grupo 85.3) [...]”. Conforme a CONCLA, a educação no Brasil é classificada em seis níveis:²²⁹

- a) 851 – Educação infantil e ensino fundamental;
- b) 852 – Ensino médio;
- c) 853 – Educação superior;
- d) 854 – Educação profissional de nível técnico e tecnológico;

²²⁵ No anexo I é possível verificar o diagrama de transição entre os sete níveis apresentados pela UNESCO.

²²⁶ [Este nivel incluye todos los programas de investigación que no forman parte de un doctorado, como cualquier tipo de Maestría]. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. Clasificación Internacional Normalizada de la Educación: CINE 1997, reed. UNESCO-UIS, mai. 2006. Disponível em: <http://www.uis.unesco.org/TEMPLATE/pdf/iscled/ISCED_E.pdf>. Acesso: 10 dez. 2009. p. 38.

²²⁷ “Los programas de nivel 5A son programas terciarios, en gran parte teóricos, que están destinados a facilitar una calificación suficiente para ingresar en programas de investigación avanzada y en profesiones que exigen un alto nivel de capacitación”. Id., Ibid., p. 35.

²²⁸ Id., Ibid., p. 39.

²²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Comissão Nacional de Classificação, 2009. Disponível em: <http://www.cnae.ibge.gov.br/divisao.asp?coddivisao=85&CodSecao=P&TabelaBusca=CNAE_200@CNAE%202.0@0@cnae@0>. Acesso: 12 dez. 2009.

- e) 855 – Atividades de apoio à educação; e
- f) 859 – Outras atividades de ensino.

Conforme tal classificação, na educação superior – que inclui as atividades de graduação, pós-graduação e extensão – não estão incluídas as atividades de P&D (classes 8531-7/00 e 8532-5/00). Nas atividades de apoio à educação estão as agências promotoras de integração universidade-empresa que visam incentivar a pesquisa científica e de inovação tecnológica e o ensino, mas que não podem ser consideradas P&D em si (subclasse 8550-2/02).²³⁰

Segundo o Manual Frascati, as atividades obrigatórias dos estudantes de nível 6 normalmente incluem assistir a aulas obrigatórias, leitura de publicações na matéria de pesquisa e aprendizagem de metodologia de pesquisa, entre outras. Tais não podem ser consideradas atividades de P&D. Serão, contudo, assim consideradas as pesquisas realizadas por estudantes que comprovem aptidão para fazer um estudo relativamente independente, contendo elementos de inovação exigidos para os projetos de P&D e apresentando resultados. As atividades de supervisão do professor nestes estudos, bem como as atividades de professores e alunos envolvidos em projetos de P&D fora dos cursos de pós-graduação, também são consideradas P&D.²³¹

Para demonstrar esses limites, segue tabela 5 apresentada pelo Manual Frascati:

²³⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Comissão Nacional de Classificação, 2009.

²³¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 50.

Tabela 5 – Limites entre a P&D e o ensino e formação no nível 6 da ISCED²³²

	Ensino e formação de nível 6	ID	Outras actividades
Professores	1. Docência a alunos de nível 6.		
	2. Formação de alunos de nível 6 em metodologias de ID, práticas de laboratório, etc.		
		3. Supervisão dos projectos de ID necessários para a graduação do estudante de nível 6.	
		4. Supervisão de outros projectos de ID e execução dos seus próprios projectos de ID.	
			5. Docência a níveis inferiores ao 6.
			6. Outras actividades
Estudantes de pós-graduação	1. Trabalhos realizados para obter uma qualificação formal		
		2. Execução e redacção de estudos independentes (projectos de ID) necessários para a qualificação formal.	
		3. Qualquer outra actividade de ID.	
			4. Docência a níveis inferiores ao 6.
			5. Outras actividades.

Fonte: OCDE.

Ainda que o Manual de Frascati (OCDE) e a ISCED (UNESCO) determinem que somente nos programas de doutoramento se encontrem atividades de P&D, é importante frisar que nos demais programas de pós-graduação e graduação tais atividades podem ser identificadas. É o caso, por exemplo, de projetos de P&D que envolvem vários alunos de doutorado, mestrado, especialização ou graduação, nos

²³² Tabela extraída da ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 52.

quais as atividades não são facilmente identificadas e separadas.²³³ Desta forma, ainda que não seja um doutorado, é importante ter-se em conta o critério de novidade (inovação) presente no projeto de P&D.

b) Cuidados médicos especializados

A confusão ocorre principalmente nos hospitais universitários, onde as atividades de ensino, assistência médica e P&D estão freqüentemente relacionadas. Muitas vezes a distinção entre assistência médica e P&D envolve certa dificuldade, já que uma pode influenciar a outra. Nesses casos, o Manual de Frascati recomenda que somente sejam assim consideradas se os cuidados médicos se relacionarem diretamente a um projeto de P&D.²³⁴

c) Estudo individual dos professores universitários

Da mesma forma que nas alíneas anteriores, as atividades realizadas pelos professores, individualmente, com a finalidade de aumentar seus conhecimentos e competências, podem estar relacionadas às atividades de P&D. Contudo, é problemático considerar qualquer estudo individual como P&D, da mesma forma que excluí-los totalmente não é condizente com a conceituação aqui exposta. Para solucionar o dilema, mais uma vez é recomendado que se considerem os estudos individuais como P&D desde que efetuados especificamente para um projeto envolvendo elementos de novidade.²³⁵

²³³ Tanto é verdade que o próprio Dec. n. 5.906, de 26 de setembro de 2006, em seu art. 24, inclui entre as atividades de P&D em TI as realizadas a título de formação e capacitação nos níveis médio e superior.

²³⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 53.

²³⁵ Id. Ibid., p. 53.

3.1.3.2 Pesquisa e Desenvolvimento e outras atividades científicas e tecnológicas

Por si só, as atividades científicas e tecnológicas devem ser excluídas de P&D. Exemplos de tais atividades são os serviços de informação científica e técnica; compilação de dados de interesse geral; ensaios e normalização; estudos de viabilidade; assistência médica especializada; trabalhos de patentes e licenciamentos; estudos relacionados com política ou atividades de rotina no desenvolvimento do software.²³⁶

Portanto, as atividades de coleta, codificação, registro, classificação, difusão, tradução, avaliação ou análise de informações científicas ou tecnológicas, realizadas por pessoal científico e técnico, de serviços de patentes, bibliográficos, difusão de informação ou conferências, devem ser excluídas do âmbito de P&D. A única exceção seriam atividades de informação realizadas exclusiva ou principalmente para apoiar projetos de P&D.²³⁷

Da mesma forma, compilações de dados de interesse geral – mapas topográficos, levantamentos geológicos, observações astronômicas e informações sociais, dentre outras – só poderão ser consideradas P&D se realizadas exclusiva ou principalmente como parte de projetos de P&D.²³⁸

O trabalho administrativo e legal relacionado à proteção da propriedade intelectual ou seu licenciamento não pode ser considerado P&D, a menos que integre um projeto de P&D.²³⁹

Ensaio ou procedimentos para criação ou atualização de normas não são considerados P&D, a menos que se vise criar métodos destes ensaios, enquanto estudos de viabilidade só serão assim considerados se relacionados a algum projeto de P&D. Estudos referentes à política também não são P&D – incluindo-se tanto a política realizada nacionalmente quanto nos níveis regional e local, além da política de empresas.²⁴⁰

²³⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 44.

²³⁷ Id. Ibid., p. 45; 53.

²³⁸ Id., Ibid., p. 45; 53.

²³⁹ Id., Ibid., p. 46.

²⁴⁰ Id., Ibid., p. 46.

As atividades de rotina de desenvolvimento de software serão analisadas na seção 3.2.

3.1.3.3 Outras atividades industriais

Essas atividades industriais são classificadas pelo Manual de Frascati em duas categorias: outras atividades de inovação, e produção e atividades técnicas afins.

Atividades de inovação são aquelas necessárias para pôr em funcionamento produtos ou serviços novos ou aperfeiçoados, mas que não envolvem P&D. Como já observado na seção 2.1, segundo o Manual de Oslo a inovação envolve vários elementos importantes, dentre eles P&D. Dessa forma, atividades como “outras aquisições de conhecimento (patentes, licenças, serviços técnicos, etc.)”; “aquisição de máquinas e equipamentos” (incorporados ou não) e “diversas outras preparações para produção/entrega”²⁴¹ não são consideradas P&D, apesar de fazer parte do processo de inovação.²⁴²

Já as atividades de produção e atividades técnicas afins são as que antecedem à produção industrial; à produção e distribuição de bens e serviços; aos diversos serviços técnicos do setor empresarial; ao todo da economia, bem como pesquisas de mercado, por exemplo. Ou seja, há que diferenciar desenvolvimento experimental de desenvolvimento que antecede a produção. O critério que o Manual de Frascati utiliza é o mesmo da Fundação Americana de Ciência (*National Science Foundation* – NSF): para configurar P&D, o objetivo principal deve ser a introdução de melhorias técnicas no produto ou processo.²⁴³

Abaixo, tabela 6 exemplificando tais diferenças elaborada pelo próprio Manual de Frascati:

²⁴¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 23.

²⁴² Id., Ibid., p. 47.

²⁴³ Na tradução do Manual: “Se o objectivo principal é o de introduzir melhorias técnicas no produto ou no processo, a actividade pode ser definida como sendo ID. Se, pelo contrário, o produto, o processo ou a metodologia já estão substancialmente estabelecidos e o objectivo principal é o de abrir mercados, planear a préprodução ou conseguir que os sistemas de produção ou de controle funcionem suavemente, a actividade já não é de ID”. Cf. Id., Ibid., p. 59.

Tabela 6 – Alguns casos ilustrativos da fronteira entre P&D e outras atividades industriais

Item	Tratamento	Observações
Protótipos	Incluir	Sempre que o objectivo principal seja a realização de melhorias.
Planta piloto	Incluir	Sempre que o objectivo principal seja ID.
Desenhos industrial e técnico	Dividir	Inclui-se o desenho necessário durante o processo de ID. Exclui-se o desenho para os processos de produção.
Engenharia industrial e maquinaria	Dividir	Inclui-se a ID "retroactiva" de maquinaria e ferramentas associada ao desenvolvimento de novos produtos ou novos processos. Exclui-se a que se relaciona com os processos de produção.
Produção a título experimental	Dividir	Inclui-se se a produção requer testes à escala natural e subsequentes estudos de desenho e engenharia. Exclui-se para as restantes actividades associadas.
Serviço pós-venda e detecção de avarias	Excluir	Excepto a ID "retroactiva".
Patentes e licenças	Excluir	Excluem-se todos os trabalhos administrativos e jurídicos relacionados com patentes e licenças (excepto o trabalho de patentes directamente relacionado com projectos de ID).
Ensaio de rotina	Excluir	Excluem-se mesmo quando são realizados por pessoal de ID.
Compilação de dados	Excluir	Excluem-se excepto quando sejam parte integrante da ID
Inspeção e controle públicos, cumprimento de normas e regulamentos	Excluir	

Fonte: OCDE

3.1.3.4 Gestão e outras atividades de apoio

Nestas atividades, o Manual de Frascati distingue dois aspectos: atividades unicamente de financiamento de P&D e atividades de apoio indiretas.

As primeiras são as realizadas por ministérios, organismos sociais, fundações, que visam reunir fundos de P&D e distribuí-los para os executores.²⁴⁴ Já as atividades de apoio indiretas não são atividades de P&D, mas fornecem suporte às mesmas – atividades administrativas, limpeza, secretariado etc. Contudo, serão

²⁴⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 47.

consideradas P&D se tais atividades de gestão, administração, secretariado etc., forem destinadas exclusivamente à P&D.²⁴⁵

3.1.3.5 Pesquisa e Desenvolvimento nas ciências sociais, nas humanidades e no setor de serviços

Além de todas as atividades anteriormente diferenciadas, o Manual destaca três setores em que a identificação de P&D é complexa e importante. São eles: desenvolvimento de software, ciências sociais e humanidades, e setor industrial de serviços. Tais setores são considerados relativamente novos no meio industrial, o que dificulta a utilização das técnicas de identificação de P&D da indústria tradicional.²⁴⁶

Considerando que o foco da presente tese é justamente a identificação da P&D de software, este tema será analisado em seção própria (3.2). Passa-se, então, à identificação de P&D nos outros dois setores.

a) Ciências sociais e humanas

A identificação da P&D nas ciências sociais e humanas tem um caráter importante pela polêmica que suscita. O questionamento principal é sobre se podem existir atividades de P&D em ciências sociais.

Segundo o Manual de Frascati, sim – até porque o próprio conceito de P&D envolve o “conhecimento do homem, da cultura e da sociedade”, elementos fundamentais para as ciências sociais e humanas.²⁴⁷ Desta forma, os estudos de ciências sociais podem ser consideradas P&D quando visem criar novos métodos do próprio estudo. Nas palavras do Manual:

Na prática, apesar dos problemas técnicos e conceptuais, pode ser possível atribuir totalmente à investigação os estudos que incluam um elemento apreciável de novidade, ou então pode-se estimar a

²⁴⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 47; 63.

²⁴⁶ Id., Ibid., p. 64.

²⁴⁷ Id., Ibid., p. 57; 66.

parte de investigação que esses estudos têm e classificá-la como ID.²⁴⁸

Assim, o estudo de ciências sociais será considerado P&D se envolver novidade. Tal elemento pode ligar-se à parte conceitual, metodológica ou empírica. O que é preciso ter em vista é que atividades neste setor, para ser consideradas P&D, não podem enquadrar-se na rotina do trabalho. Nos termos do Manual, não podem ser “projectos de natureza rotineira em que os cientistas das ciências sociais utilizem metodologias estabelecidas, princípios e modelos próprios das ciências sociais para resolver um determinado problema”.²⁴⁹

Seguem alguns exemplos, destacados pelo Manual, de atividades que não devem ser consideradas P&D:

[...] os comentários interpretativos sobre os efeitos económicos prováveis devidos a uma modificação do sistema fiscal, realizados com dados económicos existentes; a utilização em psicologia aplicada de técnicas normalizadas para a selecção e classificação de pessoal industrial e militar, estudantes, etc., e para o exame de crianças disléxicas ou que apresentem qualquer outra incapacidade.²⁵⁰

Mais uma vez ressalta-se o elemento de novidade ou a resolução de um problema específico.

b) Atividades de serviços

Segundo o Manual de Frascati, a dificuldade de identificação de P&D no setor de serviços deve-se ao fato de que ele abarca diversas áreas – ou seja, não há especialização. Assim, a P&D se relaciona com a “tecnologia”, “com ciências sociais e humanidades”, e é “relativa a conhecimento de comportamento e organizações”.²⁵¹

Muitas vezes, os resultados de P&D em prestação de serviços são materializados em softwares, os quais não são inovativos na sua técnica, mas em

²⁴⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 57.

²⁴⁹ Id., Ibid., p. 66.

²⁵⁰ Id., Ibid., p. 66.

²⁵¹ Id., Ibid., p. 67.

sua funcionalidade. Além disso, nesse setor a P&D não necessariamente é formalizada como acontece nas empresas de produção.²⁵²

Os critérios para identificação da atividade de P&D dentro do setor de serviços são:²⁵³ a) vínculos com laboratórios públicos de pesquisa; b) relações com doutores e alunos de doutorado; c) publicação dos resultados em revistas científicas, organização de congressos científicos ou participação em revisões científicas; e d) construção de protótipos ou plantas-piloto.

Tais critérios podem ajudar a identificar P&D dentro das atividades de prestação de serviço, mas o critério básico para a distinção, e que sempre deve estar presente, é o elemento de novidade.²⁵⁴

Esta diferenciação é importante no decorrer da tese, já que, como se verá adiante (seção 4), o próprio contrato de P&D de software envolve uma prestação de serviços. Desta forma, para estar enquadrado como P&D, o elemento novidade é o critério diferenciador.

3.1.4 Marco legal brasileiro da Pesquisa e Desenvolvimento

Como demonstrado na seção 2.1, inovação e P&D são dois elementos estratégicos na Política de desenvolvimento nacional. O investimento em P&D, por sua vez, é uma das principais ferramentas para se alcançar a inovação, seja por

²⁵² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 67-68.

²⁵³ Id., Ibid., p. 68.

²⁵⁴ Exemplos trazidos pelo Manual de P&D no setor de bancos e finanças: “investigação matemática relativa à análise de riscos financeiros; desenvolvimento de modelos de risco para a política de créditos; desenvolvimento experimental de novo software para a banca em casa; desenvolvimento de técnicas para investigar os hábitos dos consumidores com o objectivo de criar novos tipos de contas e serviços bancários; investigação para identificar novos riscos ou novas características de risco que necessariamente se devem levar em conta nos contratos de seguros; investigação sobre os fenómenos sociais que influenciam novos tipos de seguros (saúde, aposentação, etc.), como no caso dos seguros para não-fumadores; ID relativa a seguros e banca electrónica, serviços através da Internet e aplicações do comércio electrónico; ID relativa a serviços financeiros novos ou significativamente melhorados (novos conceitos para contas correntes, empréstimos, instrumentos para seguros e poupança)”. Exemplos em outras atividades de serviços: “Análise dos efeitos das mudanças económicas e sociais sobre o consumo e as actividades de lazer; desenvolvimento de novos métodos de medição das expectativas e preferências do consumidor; desenvolvimento de novos métodos e instrumentos de inquérito; desenvolvimento de procedimentos de acompanhamento e reconhecimento (logística); investigação em novos conceitos de viagens e férias; lançamento de protótipos e lojas piloto”. Id., Ibid., p. 68-69.

iniciativa pública, seja por iniciativa privada. Daí a necessidade, tão ressaltada nos vários planos de política governamental (PDP, PACTI, PITCE), de um aumento da participação privada nos investimentos em P&D.

A estratégia é respaldada por determinados instrumentos legislativos que visam, na maioria, oferecer incentivos fiscais aos entes privados para que invistam em projetos e atividades de P&D, com foco na inovação. Outros envolvem a obrigação de empresas públicas e concessionárias destinarem determinada porcentagem de seu faturamento em P&D para que, com isso, inove-se nas suas áreas de atuação.

Alguns marcos legais são relacionados a seguir com o objetivo de contextualizar o ordenamento jurídico brasileiro no atual processo de desenvolvimento a partir da inovação, tendo o investimento em P&D como principal estratégia (embora não a única). Ademais, visa-se identificar, dentro das leis citadas, o próprio conceito legal de P&D.

3.1.4.1 Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil (CF) trata de Ciência e Tecnologia (C&T) no capítulo IV. Em seus arts. 218 e 219, relaciona as diretrizes nacionais para o fomento da pesquisa, básica e tecnológica, com a finalidade de estimular o progresso das ciências e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Também ressalta a importância da participação das empresas no investimento em pesquisa, criação de tecnologia e formação de recursos humanos. O mercado interno, neste viés, faz parte do patrimônio nacional, com foco no desenvolvimento cultural e sócio-econômico, no bem-estar da população e na autonomia tecnológica do país. Como segue:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Logo, ainda que não constem expressamente os termos *inovação* e *P&D*, os referidos princípios constitucionais relativos à C&T são os mesmos que norteiam a atual política de inovação e investimento em atividades de P&D. O foco está no desenvolvimento tecnológico do país, promovendo o bem-estar nacional por meio da autonomia tecnológica e do progresso das ciências – e as ferramentas para tanto são a inovação e o investimento em P&D.

Barbosa diferencia este princípio constitucional do desenvolvimento tecnológico: “Assim sendo, tanto a regulação específica da Propriedade Industrial quanto os demais dispositivos que, na Carta de 1988, referentes à tecnologia, são acordes ao eleger como princípio constitucional o favorecimento do desenvolvimento tecnológico do País (que o Art. 219 qualifica: desenvolvimento autônomo)”.²⁵⁵

Em outros artigos da Constituição também se ressalta a importância da pesquisa, da tecnologia e da ciência. Um deles é o art. 187, referente à política agrícola nacional, que deverá levar em conta, dentre vários aspectos, o incentivo à pesquisa e tecnologia (inc. III). Esta preocupação também pode ser identificada no art. 207, *caput*, que garante a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades. Estas, contudo, deverão obedecer ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. O art. 208, § 2º,

²⁵⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/4695/4265>>. Acesso: 14 dez. 2009.

permite o apoio financeiro do poder público às atividades de pesquisa e extensão das universidades.

3.1.4.2 Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, e Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005 – Lei de Inovação e decreto regulamentador

Marco legislativo fundamental para o princípio de desenvolvimento tecnológico almejado pelos arts. 218 e 219 da CF foi a Lei de Inovação. O objetivo legal consistia em estabelecer “medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País” (art. 1º). A Lei o faz incentivando três importantes agentes: as Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs)²⁵⁶, as empresas e os inventores independentes. Também foca-se na criação de um ambiente de cooperação e de parcerias estratégicas entre tais agentes, seguindo diretrizes básicas coerentes com as políticas de desenvolvimento e do SNCTI (vide seção 2).

Dentre tais medidas está a da construção de um ambiente de cooperação e alianças estratégicas entre empresas nacionais, ICTs e organizações de direito privado sem fins lucrativos, com a finalidade de desenvolver atividades de P&D. Essas atividades devem almejar a geração de produtos e processos inovadores, com estímulo da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas agências de fomento, podendo contemplar também redes e projetos internacionais de pesquisa tecnológica, ações de empreendedorismo, criação de ambientes de inovação, incubadoras e parques tecnológicos (art. 4º, Lei de Inovação²⁵⁷).

²⁵⁶ Conforme o art. 2º, V, da Lei de Inovação, entende-se por ICT o “órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico”.

²⁵⁷ Art. 4º, Lei de Inovação. “As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite. Parágrafo único. A

Observe-se que o estímulo será concedido apenas às alianças estratégicas envolvendo empresas nacionais ou organizações de direito privado (nacionais ou internacionais) sem fins lucrativos. Em outras palavras, somente haverá esta restrição da outra parte contratante com a ICT diante de estímulo do órgão público (art. 10, Lei de Inovação²⁵⁸).

Para tanto, mediante remuneração e por prazo determinado, são possibilitados o compartilhamento e a utilização da infra-estrutura da ICT por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos, desde que não desviem a ICT de sua atividade-fim (art. 4º, Lei de Inovação). Da mesma forma, é facultada a União e suas entidades autorizadas uma participação mínima no capital de empresa privada com propósito específico, que tenha como objetivo o desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para a criação de produtos e processos inovadores (art. 5º, Lei de Inovação²⁵⁹).

No que tange à nacionalidade da empresa e à não-finalidade de lucro das organizações de direito privado, a limitação está somente no título que prevê a criação de cooperação (alianças estratégicas) para a inovação. O que inclui a possibilidade de utilização e compartilhamento da infra-estrutura das ICTs por essas empresas e organizações.

Se a contratação, contudo, incluir licenciamento de uso ou transferência de tecnologia desenvolvida pela ICT, prestação de serviços ou mesmo parceria para realizar atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento tecnológico, esta poderá envolver instituições públicas ou privadas. Desta forma, quando a contratação admitir a participação da ICT no processo de inovação, pode envolver empresas estrangeiras.

permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas”.

²⁵⁸ Art. 10, Lei de Inovação. “Os acordos e contratos firmados entre as ICT, as instituições de apoio, agências de fomento e as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, cujo objeto seja compatível com a finalidade desta Lei, poderão prever recursos para cobertura de despesas operacionais e administrativas incorridas na execução destes acordos e contratos, observados os critérios do regulamento”.

²⁵⁹ Art. 5º, Lei de Inovação. “Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores. Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação”.

Também no que tange à nacionalidade das empresas e entidades, o desenvolvimento de produtos ou processos inovadores poderá ser promovido e incentivado pela União, ICTs e agências de fomento. Contudo, neste caso, tanto as empresas como as entidades sem fins lucrativos deverão ser nacionais (art. 19, Lei de Inovação²⁶⁰).

Outro ponto importante referente à P&D é que a lei possibilitou que a ICT, bem como seus servidores, militares ou funcionários públicos, prestem serviço a instituições públicas ou privadas “nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo”, podendo a pessoa física subordinada à ICT receber remuneração adicional por esta prestação (art. 8º, Lei de Inovação²⁶¹).

A atividade de P&D também poderá ser realizada por meio de parcerias entre a ICT e instituições públicas e privadas (art. 9º, Lei de Inovação²⁶²).

²⁶⁰ Art. 19, Lei de Inovação. “A União, as ICT e as agências de fomento promoverão e incentivarão o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infra-estrutura, a serem ajustados em convênios ou contratos específicos, destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento, para atender às prioridades da política industrial e tecnológica nacional. § 1º As prioridades da política industrial e tecnológica nacional de que trata o caput deste artigo serão estabelecidas em regulamento. § 2º A concessão de recursos financeiros, sob a forma de subvenção econômica, financiamento ou participação societária, visando ao desenvolvimento de produtos ou processos inovadores, será precedida de aprovação de projeto pelo órgão ou entidade concedente. § 3º A concessão da subvenção econômica prevista no § 1º deste artigo implica, obrigatoriamente, a assunção de contrapartida pela empresa beneficiária, na forma estabelecida nos instrumentos de ajuste específicos. § 4º O Poder Executivo regulamentará a subvenção econômica de que trata este artigo, assegurada a destinação de percentual mínimo dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT. § 5º Os recursos de que trata o § 4º deste artigo serão objeto de programação orçamentária em categoria específica do FNDCT, não sendo obrigatória sua aplicação na destinação setorial originária, sem prejuízo da alocação de outros recursos do FNDCT destinados à subvenção econômica”.

²⁶¹ Art. 8º, Lei de Inovação. “É facultado à ICT prestar a instituições públicas ou privadas serviços compatíveis com os objetivos desta Lei, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. § 1º A prestação de serviços prevista no caput deste artigo dependerá de aprovação pelo órgão ou autoridade máxima da ICT. § 2º O servidor, o militar ou o empregado público envolvido na prestação de serviço prevista no caput deste artigo poderá receber retribuição pecuniária, diretamente da ICT ou de instituição de apoio com que esta tenha firmado acordo, sempre sob a forma de adicional variável e desde que custeado exclusivamente com recursos arrecadados no âmbito da atividade contratada. § 3º O valor do adicional variável de que trata o § 2º deste artigo fica sujeito à incidência dos tributos e contribuições aplicáveis à espécie, vedada a incorporação aos vencimentos, à remuneração ou aos proventos, bem como a referência como base de cálculo para qualquer benefício, adicional ou vantagem coletiva ou pessoal. § 4º O adicional variável de que trata este artigo configura-se, para os fins do art. 28 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, ganho eventual”.

²⁶² Art. 9º, Lei de Inovação. “É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas. § 1º O servidor, o militar ou o empregado público da ICT envolvido na execução das atividades previstas no caput deste artigo poderá receber bolsa de

Foi garantida uma contribuição mínima de 5% e máxima de 1/3 dos *royalties* auferidos pela ICT, aos pesquisadores e membros da equipe de P&D que participaram da criação de produtos ou processos inovadores (art. 13, Lei de Inovação²⁶³). O pesquisador público poderá afastar-se de suas atividades na ICT original e trabalhar em outra ICT, desde que as atividades exercidas sejam compatíveis com o cargo público que detém. O afastamento também é possível no caso de o pesquisador constituir empresa com atividade relacionada à inovação, se cumpridos os requisitos legais (arts. 14 e 15, Lei de Inovação²⁶⁴).

estímulo à inovação diretamente de instituição de apoio ou agência de fomento. § 2º As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 6º desta Lei. § 3º A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no § 2º deste artigo serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes”.

²⁶³ Art. 13, Lei de Inovação. “É assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor, aplicando-se, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 93 da Lei nº 9.279, de 1996. § 1º A participação de que trata o caput deste artigo poderá ser partilhada pela ICT entre os membros da equipe de pesquisa e desenvolvimento tecnológico que tenham contribuído para a criação. § 2º Entende-se por ganhos econômicos toda forma de royalties, remuneração ou quaisquer benefícios financeiros resultantes da exploração direta ou por terceiros, deduzidas as despesas, encargos e obrigações legais decorrentes da proteção da propriedade intelectual. § 3º A participação prevista no caput deste artigo obedecerá ao disposto nos §§ 3º e 4º do art. 8º. § 4º A participação referida no caput deste artigo será paga pela ICT em prazo não superior a 1 (um) ano após a realização da receita que lhe servir de base”.

²⁶⁴ Art. 14, Lei de Inovação. “Para a execução do disposto nesta Lei, ao pesquisador público é facultado o afastamento para prestar colaboração a outra ICT, nos termos do inciso II do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, observada a conveniência da ICT de origem. § 1º As atividades desenvolvidas pelo pesquisador público, na instituição de destino, devem ser compatíveis com a natureza do cargo efetivo, cargo militar ou emprego público por ele exercido na instituição de origem, na forma do regulamento. § 2º Durante o período de afastamento de que trata o caput deste artigo, são assegurados ao pesquisador público o vencimento do cargo efetivo, o soldo do cargo militar ou o salário do emprego público da instituição de origem, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, bem como progressão funcional e os benefícios do plano de seguridade social ao qual estiver vinculado. § 3º As gratificações específicas do exercício do magistério somente serão garantidas, na forma do § 2º deste artigo, caso o pesquisador público se mantenha na atividade docente em instituição científica e tecnológica. § 4º No caso de pesquisador público em instituição militar, seu afastamento estará condicionado à autorização do Comandante da Força à qual se subordina a instituição militar a que estiver vinculado”.

Art. 15, Lei de Inovação. “A critério da administração pública, na forma do regulamento, poderá ser concedida ao pesquisador público, desde que não esteja em estágio probatório, licença sem remuneração para constituir empresa com a finalidade de desenvolver atividade empresarial relativa à inovação. § 1º A licença a que se refere o caput deste artigo dar-se-á pelo prazo de até 3 (três) anos consecutivos, renovável por igual período. § 2º Não se aplica ao pesquisador público que tenha constituído empresa na forma deste artigo, durante o período de vigência da licença, o disposto no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990. § 3º Caso a ausência do servidor licenciado acarrete prejuízo às atividades da ICT integrante da administração direta ou constituída na forma de autarquia ou fundação, poderá ser efetuada contratação temporária nos termos da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, independentemente de autorização específica”.

Tanto as ICTs como empresas, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos poderão ser contratadas por órgãos e entidades da administração pública para realização de P&D para a solução de um problema técnico específico ou a criação de produto ou processo inovador (art. 20, Lei de Inovação²⁶⁵).

O inventor independente também é estimulado pela lei, de forma que poderá entrar em contato com alguma ICT para que esta adote sua criação, desde que comprove o depósito do pedido de patente.

Dentre as diretrizes que devem ser observadas para a aplicação desta lei está a do favorecimento de empresas de pequeno porte²⁶⁶ e a do tratamento preferencial às empresas que invistam em P&D de tecnologia no país (art. 27, III e IV²⁶⁷). Tais diretrizes, conforme se verifica em sua comparação com as políticas públicas adotadas pelo governo (seção 2), estão adequadas à proposta federal de desenvolvimento nacional por meio de inovação e investimento em P&D.

Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 5.563/2005, que especificou de forma mais detalhada alguns de seus aspectos, tais como a contratação de empresas, consórcio de empresas ou entidades de direito privado sem fins

²⁶⁵ Art. 20. “Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador. § 1º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o caput deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término. § 2º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado. § 3º O pagamento decorrente da contratação prevista no caput deste artigo será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas”.

²⁶⁶ Ver, a respeito, os arts. 64 e 65 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n°s 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, da Lei n° 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n° 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n°s 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999”.

²⁶⁷ Art. 27. “Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes: I - priorizar, nas regiões menos desenvolvidas do País e na Amazônia, ações que visem a dotar a pesquisa e o sistema produtivo regional de maiores recursos humanos e capacitação tecnológica; II - atender a programas e projetos de estímulo à inovação na indústria de defesa nacional e que ampliem a exploração e o desenvolvimento da Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e da Plataforma Continental; III - assegurar tratamento favorecido a empresas de pequeno porte; e IV - dar tratamento preferencial, na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”

lucrativos; a licença do pesquisador público; e a dispensa de licitação no caso de licenciamento exclusivo precedido de publicação de edital, dentre outros.

3.1.4.3 Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e Decreto nº 5.798, de 07 de junho de 2006 – Lei do Bem e decreto regulamentador

Outro marco legislativo importante foi a promulgação da chamada Lei do Bem, que consolidou incentivos fiscais e subvenções econômicas para as pessoas jurídicas que realizam P&D. Em outras palavras, é mais um instrumento na consolidação da proposta governamental de aumentar a participação privada nas atividades de P&D e, conseqüentemente, na inovação no setor produtivo (seção 2.1).

A lei regulamenta vários pontos, além de alterar disposições normativas, principalmente tributárias, para adequar o ordenamento jurídico vigente aos incentivos propostos. A título de contextualização, seguem os capítulos abordados por esta lei:

- a) Regime especial de tributação para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação (REPES) – arts. 1º a 11;
- b) Regime especial de aquisição de bens de capital para empresas exportadoras (RECAP) – arts. 12 a 16;
- c) Incentivos à inovação tecnológica – arts. 17 a 26;
- d) Programa de inclusão digital – arts. 28 a 30;
- e) Incentivos às microrregiões nas áreas de atuação das extintas SUDENE e SUDAM – arts. 31 e 32;
- f) Sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte (SIMPLES) – art. 33;
- g) Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – arts. 34 a 37;
- h) Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) – arts. 38 a 40;
- i) Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS – arts. 41 a 65;
- j) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) – arts. 67 a 69;

k) Prazos de recolhimento de impostos e contribuições – arts. 70 a 75;

l) Fundos de investimento constituídos por entidades abertas de previdência complementar e por sociedades seguradoras e dos fundos de investimento para garantia de locação imobiliária – arts. 76 a 90;

m) Tributação de planos de benefício, seguros e fundos de investimento de caráter previdenciário – arts. 91 a 95;

n) Parcelamento de débitos previdenciários dos municípios – arts. 96 a 104.

A parte que mais interessa ao tema proposto é o capítulo III, que trata dos incentivos à inovação tecnologia e apresenta conceitos importantes para a presente tese.²⁶⁸

Um primeiro conceito tratado por esta lei é o da própria inovação tecnológica (art. 17, § 1º, Lei do Bem), já explanada na seção 2.1. Inovação, assim, é:

concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado.

Este capítulo da Lei do Bem sobre incentivos à inovação foi regulamentado pelo Decreto nº 5.798, de 07 de junho de 2006, que detalha conceitos importantes.

Dentre eles está o próprio conceito de P&D, que é relativamente conforme ao disposto no Manual de Frascati da OCDE (vide seções 3.1.1 e 3.1.2). Segundo o art. 2º, II, considera-se “pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica” as atividades de:

a) pesquisa básica dirigida: os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenômenos, com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores;

²⁶⁸ Não obstante a delimitação temática, lista-se alguns dos incentivos fiscais garantidos pela Lei do Bem, conforme relacionado no art. 17 da Lei e disponibilizado pelo MCT: “deduções de Imposto de Renda e da Contribuição sobre o Lucro Líquido - CSLL de dispêndios efetuados em atividades de P&D; a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na compra de máquinas e equipamentos para P&D depreciação acelerada desses bens; amortização acelerada de bens intangíveis; redução do Imposto de Renda retido na fonte incidente sobre remessas ao exterior resultantes de contratos de transferência de tecnologia; isenção do Imposto de Renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares”. As subvenções econômicas, por outro lado, são “concedidas em virtude de contratações de pesquisadores, titulados como mestres ou doutores, empregados em empresas para realizar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica, regulamentada pela Portaria MCT nº 557”. BRASIL. Ministério de Ciência e Tecnologia. Lei do Bem – capítulo III, 2009. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8586.html>>. Acesso: 14 dez. 2009.

- b) pesquisa aplicada: os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas;
- c) desenvolvimento experimental: os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos pré-existentes, visando a comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos;
- d) tecnologia industrial básica: aquelas tais como a aferição e calibração de máquinas e equipamentos, o projeto e a confecção de instrumentos de medida específicos, a certificação de conformidade, inclusive os ensaios correspondentes, a normalização ou a documentação técnica gerada e o patenteamento do produto ou processo desenvolvido; e
- e) serviços de apoio técnico: aqueles que sejam indispensáveis à implantação e à manutenção das instalações ou dos equipamentos destinados, exclusivamente, à execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento ou inovação tecnológica, bem como à capacitação dos recursos humanos a eles dedicados;

Este conceito legal abrange os três elementos destacados pelo Manual de Frascati: pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental. Observa-se, contudo, que na conceituação da lei existe uma diferença. Para melhor visualização, eis tabela comparativa:

Tabela 7 – Tabela comparativa entre os conceitos de P&D do Manual de Frascati e do Decreto nº 5.786/2006

Manual de Frascati	Decreto nº 5.798/2006
<p>Pesquisa básica “consiste em trabalhos experimentais ou teóricos iniciados principalmente para obter novos conhecimentos sobre os fundamentos dos fenómenos e factos observáveis, <u>sem ter em vista qualquer aplicação ou utilização particular</u>” <i>(grifos inexistentes no original)</i></p>	<p>Pesquisa básica dirigida “os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenómenos, <u>com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores</u>” <i>(grifos inexistentes no original)</i></p>
<p>Pesquisa aplicada “consiste também em trabalhos originais realizados para adquirir novos conhecimentos; no entanto, está dirigida fundamentalmente para um objectivo prático específico”</p>	<p>Pesquisa aplicada “os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas”</p>

<p>Desenvolvimento experimental “consiste em trabalhos sistemáticos baseados nos conhecimentos existentes obtidos pela investigação e/ou pela experiência prática, e dirige-se à produção de novos materiais, produtos ou dispositivos, à instalação de novos processos, sistemas e serviços, ou à melhoria substancial dos já existentes”</p>	<p>Desenvolvimento experimental “os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos pré-existentes, visando a comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos”</p>
--	--

Fonte: tabela realizada pela doutoranda.

Em geral os conceitos são basicamente os mesmos (não considerando as diferenças terminológicas entre o português de Portugal e o do Brasil). A exceção está na definição de pesquisa básica. Para o Manual de Frascati, a pesquisa básica é a aquisição de conhecimentos sem finalidade de qualquer aplicação ou utilização particular. Já no Decreto nº 5.798/2006, a pesquisa básica é dirigida com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores. O que se percebe é que a norma nacional restringe as atividades consideradas P&D, abarcando somente pesquisas vinculadas a um objetivo prático final.

Tal diferença pode gerar confusão entre pesquisa básica dirigida e pesquisa aplicada. Ao analisar os dois conceitos apresentados pelo decreto regulamentador da Lei do Bem, nota-se que os elementos de cada atividade se confundem: trabalhos para a aquisição de novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas. A diferença seria a frase “quanto à compreensão de novos fenômenos”, presente na pesquisa básica dirigida e não-presente na aplicada.

Vê-se, com isso, que o legislador teve o objetivo pragmático de delimitar as atividades que poderão ser consideradas P&D para a concessão dos incentivos, abarcando apenas as relacionadas de forma direta com o desenvolvimento de produto, processo ou sistema inovador.

O Decreto nº 5.798/2006 também abrange mais dois elementos que, apesar de não expressamente citados nas atividades que envolvem P&D no Manual de Frascati, são relacionados na parte que diferencia P&D de outras atividades afins. As duas outras atividades relacionadas no conceito legal são tecnologia industrial básica e serviços de apoio técnico.

Cotejadas às conceituações do Manual de Frascati, essas atividades a princípio seriam excluídas da P&D, mas, por encontrarem-se exclusiva ou diretamente vinculadas a um projeto do gênero, são consideradas como tal. Tecnologia industrial básica, portanto, equivaleria às atividades científicas e tecnológicas afins (ensaio e normalização, estudos de viabilidade, trabalhos de patentes e licenciamentos etc.); serviços de apoio, às atividades industriais e de gestão e outras atividades de apoio, conforme relacionado na seção 3.1.3.²⁶⁹

3.1.4.4 Outros dispositivos legais

Além das normas mencionadas acima, existem outros dispositivos legais que também conceituam P&D e a enquadram na área de atuação específica de que trata a legislação.

Um deles é o Decreto nº 949, de 05 de outubro de 1993, que regulamentava a Lei nº 8.661, de 02 de junho de 1993²⁷⁰, revogada pela Lei do Bem. No seu art. 3º está o mesmo conceito de P&D utilizado pelo Decreto nº 5.798/2006, envolvendo as atividades de pesquisa básica dirigida, pesquisa aplicada, desenvolvimento experimental e serviços de apoio (não há menção à tecnologia industrial básica).²⁷¹

²⁶⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 43-69.

²⁷⁰ A lei dispunha sobre “os incentivos fiscais para a capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária e dá outras providências” – Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial (PDTI) e Programas de Desenvolvimento Tecnológico Agropecuário (PDTA).

²⁷¹ Dec. n. 949/1993, Art. 3º: “Para efeito do disposto neste decreto, serão consideradas atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico industrial e agropecuário as realizadas no País, compreendendo a pesquisa básica dirigida, a pesquisa aplicada, o desenvolvimento experimental e os serviços de apoio técnico necessário ao atendimento dos objetivos dos programas. 1º Enquadram-se como pesquisa básica dirigida os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenômenos, com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores. 2º Enquadram-se como pesquisa aplicada os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas. 3º Enquadram-se como desenvolvimento experimental os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos preexistentes, visando à comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos. 4º Enquadram-se como serviços de apoio técnico aqueles que sejam indispensáveis à implantação e à manutenção das instalações e dos equipamentos destinados exclusivamente às linhas de pesquisa e desenvolvimento tecnológico dos Programas, bem como à capacitação dos recursos humanos dedicados aos mesmos”.

Outra definição sobre as atividades abarcadas em P&D são: projetos de pesquisa científica e tecnológica; desenvolvimento tecnológico experimental; desenvolvimento de tecnologia industrial básica; implantação de infra-estrutura para atividades de pesquisa; formação e capacitação de recursos humanos; e difusão do conhecimento científico e tecnológico. Eis as normas que enquadram estas atividades como P&D: Dec. nº 3.866, de 16 de julho de 2001; Dec. nº 3.867, de 16 de julho de 2001; Dec. nº 3.874, de 19 de julho de 2001, Dec. nº 4.143, de 25 de fevereiro de 2002; Dec. nº 4.157, de 12 de março de 2002; Dec. nº 4.179, de 02 de abril de 2002; e Dec. nº 4.324, de 06 de agosto de 2002. Observa-se que não se aborda, especificamente, o elemento de novidade presente em projetos de P&D.

Existem várias outras normas que fazem referência à P&D, mas por não tratarem especificamente de conceitos ou disposições a respeito da atividade em si – mas de incentivos fiscais, comissões de trabalho etc. – não serão analisadas nesta oportunidade.

3.2 PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE

De todo o visto até aqui é possível destacar alguns pontos importantes: que inovação é prioridade na Política nacional de desenvolvimento; que as atividades de P&D são consideradas instrumentos importantes nesta realidade de inovação e desenvolvimento; que o principal diferenciador entre as atividades de P&D e outras afins é o elemento da novidade, característico do processo de inovação; que o setor de TIC é estratégico, incluindo o setor de software e serviços relacionados; e que o Brasil tem grande potencial nesta indústria, seja no que tange à P&D e ao desenvolvimento de software, seja na terceirização de serviços.

Portanto, cabe agora identificar as atividades de P&D de software, diferenciando-as de outras atividades afins e enquadrando-as no marco legal brasileiro.

Ressalta-se, entretanto, que elementos importantes como o próprio conceito de software e programa de computador, bem como sua proteção jurídica por meio da propriedade intelectual e as etapas de seu desenvolvimento são importantes.

Contudo, por não se tratar especificamente do tema da presente tese, estes são analisados nos apêndices A a C²⁷², da presente tese.

3.2.1 Conceito de Pesquisa e Desenvolvimento de software

Como visto, a atividade de P&D está intimamente relacionada com inovação, ou seja, com o critério de novidade ou solução para um problema técnico e/ou científico. Além disso, envolve as atividades de pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental.

Para conceituar o que vem a ser P&D de software, deve-se ter em mente tais elementos. Contudo, ao analisar as etapas de desenvolvimento do software (Apêndice C), não é fácil identificar as atividades características do processo de P&D. É o que afirma o próprio Manual de Frascati: “O desenvolvimento de software, pela sua própria natureza, dificulta a identificação da componente de ID, se é que ela existe”.²⁷³

Comparando as atividades que fazem parte da P&D (pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental – seção 3.1.2) com as fases de desenvolvimento do software, existem alguns elementos que guardam relação. Sua identificação, contudo, é complexa.

Tal complexidade é revelada, por exemplo, nas discussões sobre a inclusão do software entre as áreas passíveis de P&D e a identificação de quais atividades devem ser enquadradas. Destaque-se que o software foi incluído posteriormente, após inúmeras discussões que demonstraram a dificuldade em identificar os elementos de P&D no desenvolvimento do software.²⁷⁴

²⁷² Os temas dos apêndices tratam de conceitos importantes para a análise da referida tese, contudo estes não fazem parte do escopo principal do trabalho. Portanto, sua análise dá-se nos apêndices da seguinte forma: apêndice A trata do conceito de software e programa de computador, destacando suas diferenças; apêndice B vai relacionar as formas de proteção jurídica do software por meio dos vários instrumentos da propriedade intelectual; e o apêndice C explica de forma generalizada como é o processo de desenvolvimento do software e suas fases.

²⁷³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 64.

²⁷⁴ Os grupos de *experts*, na Conferência de *Experts* realizada entre 30 de setembro e 04 de outubro de 1991, produziram material preparatório identificando como possíveis elementos de P&D nas grandes áreas do desenvolvimento de software: ciência da computação teórica (novos teoremas e

Tal fato, entretanto, não significa que no desenvolvimento de software não possam existir atividades de P&D, ainda mais considerando sua crescente importância nas atividades inovadoras. Portanto, para que o desenvolvimento de software seja considerado P&D, deve-se ter em conta o elemento da inovação: a finalidade do projeto de P&D de software deve ser a de produzir um avanço no campo da informática. Em outras palavras, para que o projeto de desenvolvimento de software seja considerado um processo de P&D, deve proporcionar uma novidade ou um progresso técnico ou científico que permita um avanço na área em que se insere. Segundo o Manual de Frascati:

O desenvolvimento de programas informáticos é uma parte integrante de numerosos projectos que, em si mesmos, não têm nenhuma componente de ID. Apesar disso, o desenvolvimento de software em tais projectos pode-se classificar como ID sempre que produza um avanço no campo da informática. Esses avanços são geralmente evolutivos e não revolucionários. Portanto, a actualização a uma versão, a melhoria ou a modificação de um programa ou de um sistema já existente, podem classificar-se como ID quando trazem progressos científicos e/ou tecnológicos que dão lugar a um maior conhecimento.²⁷⁵

Complementando, o Manual esclarece:

Para que um projecto de desenvolvimento de software se possa classificar como ID, a sua realização deve depender de um progresso científico e/ou técnico, e o objectivo do projecto deve ser a resolução de forma sistemática de uma incerteza científica ou técnica.²⁷⁶

O processo de P&D de software deve, necessariamente, promover um avanço evolucionário, de maneira que traga uma resolução, de forma sistemática, a uma incerteza científica ou técnica. Este avanço, segundo o Manual de Frascati, pode ser atingido ainda que o projeto não tenha sido concluído de forma satisfatória. Isso porque “um fracasso pode trazer um maior conhecimento sobre a tecnologia do software ao mostrar, por exemplo, que mediante uma determinada abordagem não se pode conseguir os resultados satisfatórios esperados”.²⁷⁷

algoritmos); sistemas operacionais; linguagens de programação; aplicações; gestão de dados; e engenharia de software. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. DSTI/STII/STP/NESTI (92) 4 /ANN4, de 07 a 09 de abril de 1992.

²⁷⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 64-65.

²⁷⁶ Id., Ibid., p. 64.

²⁷⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 65.

Na legislação nacional, como se observará na próxima seção, o conceito do Manual de Frascati é utilizado como base para definir as “atividades de P&D em TI” (art. 24, Dec. nº 5.906/2006). Tal dispositivo inclui dentre as atividades consideradas P&D em TI: o trabalho teórico ou experimental para adquirir novos conhecimentos a fim de atingir um objetivo específico, descobrir novas aplicações ou obter compreensão ampla e precisa dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados, sem prévia definição do aproveitamento prático; o trabalho sistemático com o conhecimento adquirido para desenvolver novos programas de computador ou melhoramentos incorporando características inovadoras; e serviço científico e tecnológico e formação ou capacitação profissional de níveis médio e superior.

Assim, complementando os elementos do Manual, pode-se afirmar que o conceito de P&D de software é o de um processo de desenvolvimento de software que se caracteriza por promover um progresso evolucionário no campo da informática, proporcionando uma resolução sistemática a uma incerteza científica e/ou técnica, a partir de um trabalho teórico ou experimental que vise atingir a um objetivo específico, descobrir novas aplicações ou obter a compreensão ampla e precisa dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados.

Para melhor entendimento, seguem os exemplos trazidos pelo Manual de Frascati que ilustram atividades de informática que podem ser consideradas P&D:

- A ID que dê lugar a novos teoremas e algoritmos na área da informática teórica.
- O desenvolvimento de tecnologias da informação no nível dos sistemas operativos, linguagens de programação, gestão de dados, programas de comunicações e ferramentas para o desenvolvimento de software.
- O desenvolvimento de tecnologias de Internet.
- A investigação em métodos de desenho, desenvolvimento, adaptação e manutenção de software.
- O desenvolvimento de software que produza avanços nas abordagens genéricas para a recolha, transmissão, armazenamento, recuperação, tratamento ou apresentação de informação.
- O desenvolvimento experimental com fim de resolver lacunas de conhecimentos tecnológicos necessários para desenvolver um sistema ou um programa informático.
- A ID em ferramentas ou tecnologias de software em áreas especializadas da informática (processamento de imagens, apresentação de dados geográficos, reconhecimento de caracteres, inteligência artificial e outras).²⁷⁸

²⁷⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 65.

Nem todas as atividades envolvendo software, no entanto, são consideradas P&D. Atividades de rotina, que não implicam avanços científicos ou técnicos, ou não resolvem problemas tecnológicos, não podem ser assim consideradas. Eis alguns exemplos do próprio Manual, de atividades de software que não são P&D:

- Software de aplicação comercial e desenvolvimento de sistemas de informação que utilizem métodos conhecidos e ferramentas informáticas já existentes.
- A manutenção dos sistemas existentes.
- A conversão ou tradução de linguagens informáticas.
- A adição de funções para o utilizador das aplicações informáticas.
- A depuração de sistemas informáticos.
- A adaptação de software existente.
- A preparação de documentação para o utilizador.²⁷⁹

O critério que realmente diferenciaria uma atividade comum de um processo de P&D, no setor de software, é o da novidade ou solução técnica e/ou científica. Pode-se afirmar, portanto, que a P&D de software está diretamente ligada à inovação.

3.2.3 Marco legal da Pesquisa e Desenvolvimento de software

O marco legal brasileiro não possui uma determinação expressa e específica a respeito de P&D de software, mas sobre TI.

Por ser área prioritária, nas mesmas normas que definem o que vem a ser P&D para fins de incentivo fiscais está a delimitação das atividades classificadas como de “informática e automação”.

Uma destas é a Lei nº 8.248, de 23 de outubro 1991, que “dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências”. Uma das determinações para atingir tal objetivo é a de que órgãos e entidades vinculados a União deverão dar preferência a bens ou serviços de informática e automação desenvolvidos no país²⁸⁰, sendo sua produção conforme o

²⁷⁹ Id., Ibid., p. 66.

²⁸⁰ Segundo o art. 5º do Decreto regulamentador desta lei, entende-se por: § 1º: “a) bens com tecnologia desenvolvida no País, aqueles cujo efetivo desenvolvimento local seja comprovado junto ao MCT ou por organismo especializado, público ou privado, por ele credenciado; b) programas de computador com tecnologia desenvolvida no País, aqueles cujos direitos de propriedade e de comercialização pertençam a pessoa jurídica constituída e com sede no Brasil ou a pessoa física domiciliada e residente no País, cujo efetivo desenvolvimento local seja comprovado junto ao MCT ou

processo produtivo básico.²⁸¹ Ademais, as empresas de desenvolvimento ou produção de bens ou serviços de informática ou automação farão jus a benefícios fiscais²⁸², desde que invistam em atividades de P&D.²⁸³ É interessante observar que no art. 11 da mesma lei é estipulada a forma de investimento, incluindo a obrigatoriedade de convênios “com centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, credenciados pelo comitê”.²⁸⁴ No art.

por organismo especializado, público ou privado, por ele credenciado; c) bens produzidos com significativo valor agregado local, aqueles cuja produção comprovadamente preencha os requisitos especificados em ato próprio do Poder Executivo, conforme comprovado junto ao MCT; d) programas de computador produzidos com significativo valor agregado local, aqueles que, além do uso da língua portuguesa nas telas, manuais e documentação técnica, incorporem módulos, programas ou sistemas com tecnologia desenvolvida no País e cujo efetivo desenvolvimento local seja comprovado junto ao MCT ou por organismo especializado, público ou privado, por ele credenciado; e) serviços produzidos com significativo valor agregado local, os prestados por empresas instaladas no País e executados por técnicos residentes e domiciliados no País, conforme documentação comprobatória que deverá ser exigida pelo licitador no edital da licitação”. Para mais informações sobre caracterização de bens ou produtos desenvolvidos no país, ver: Portaria MCT n. 214, de 09 de dezembro de 1994; Portaria MCT n. 950, de 12 de dezembro de 2006.

²⁸¹ Art. 3º, Lei 8.248/1991. “Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. § 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço. § 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991”. Sobre Processo Produtivo Básico, por exemplo, ver: Portaria Interministerial MCT/MICT n. 101, de 07 de abril de 1993; Portaria Interministerial MCT/MICT/MC n. 273, de 17 de dezembro de 1993.

²⁸² O roteiro para apresentação dos projetos das empresas interessadas nestes incentivos fiscais é regulado pela Portaria Interministerial MCT/MDIC n. 253, de 28 de junho de 2001.

²⁸³ Art. 4º, Lei 8.248/1991. “As empresas de desenvolvimento ou produção de bens e serviços de informática e automação que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação farão jus aos benefícios de que trata a Lei nº 8.191, de 11 de junho de 1991. [...] § 1º C. Os benefícios incidirão somente sobre os bens de informática e automação produzidos de acordo com processo produtivo básico definido pelo Poder Executivo, condicionados à apresentação de proposta de projeto ao Ministério da Ciência e Tecnologia. § 2º Os Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Ciência e Tecnologia estabelecerão os processos produtivos básicos no prazo máximo de cento e vinte dias, contado da data da solicitação fundada da empresa interessada, devendo ser publicados em portaria interministerial os processos aprovados, bem como os motivos determinantes do indeferimento. [...]”.

²⁸⁴ Art. 11. “Para fazer jus aos benefícios previstos no art. 4º desta Lei, as empresas de desenvolvimento ou produção de bens e serviços de informática e automação deverão investir, anualmente, em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação a serem realizadas no País, no mínimo 5% (cinco por cento) do seu faturamento bruto no mercado interno, decorrente da comercialização de bens e serviços de informática, incentivados na forma desta Lei, deduzidos os tributos correspondentes a tais comercializações, bem como o valor das aquisições de produtos incentivados na forma desta Lei ou do art. 2º da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, ou do art. 4º da Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007, conforme projeto elaborado pelas próprias empresas, a partir da apresentação da proposta de projeto de que trata o § 1º do art. 4º desta Lei.

16A, a lei define o que se considera bens e serviços de informática, dentre eles “programas para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (software)” (III), bem como “serviços técnicos associados” (IV).²⁸⁵ Já o art. 2º do Dec. 1.070, de 02 de março de 1994, que regulamenta a lei, especifica os detalhes do software que são considerados bens de informática e automação: os programas de computador; a programação e a análise de sistemas de tratamento digital da informação; o processamento de dados; a assistência e a manutenção técnica em informática e automação. E, no art. 12, esclarece que “não se considera como atividade de pesquisa e desenvolvimento a doação de bens e serviços de informática”.

Além desta norma, várias outras expressam a mesma noção de empresas de informática e automação incluídas nos planos de incentivo para investimento em P&D. Dentre elas pode-se citar: Dec. nº 5.798/2006, que regulamenta a Lei do Bem (art. 16); Lei nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002 (art. 56, § 1º)²⁸⁶; e Dec. nº 5.906, de 26 de setembro de 2006 (art. 2º).²⁸⁷

(Redação dada pela Medida Provisória nº 472, de 2009). I – mediante convênio com centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, credenciados pelo comitê de que trata o § 5º deste artigo, devendo, neste caso, ser aplicado percentual não inferior a um por cento; II – mediante convênio com centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, com sede ou estabelecimento principal situado nas regiões de influência da Sudam, da Sudene e da região Centro-Oeste, excetuada a Zona Franca de Manaus, credenciados pelo comitê de que trata o § 5º deste artigo, devendo, neste caso, ser aplicado percentual não inferior a zero vírgula oito por cento; III – sob a forma de recursos financeiros, depositados trimestralmente no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991, devendo, neste caso, ser aplicado percentual não inferior a zero vírgula cinco por cento [...]”.

²⁸⁵ Lei n. 8.248/1991. “Art. 16A. Para os efeitos desta Lei, consideram-se bens e serviços de informática e automação: I – componentes eletrônicos a semicondutor, optoeletrônicos, bem como os respectivos insumos de natureza eletrônica; II – máquinas, equipamentos e dispositivos baseados em técnica digital, com funções de coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, comutação, transmissão, recuperação ou apresentação da informação, seus respectivos insumos eletrônicos, partes, peças e suporte físico para operação; III – programas para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (software); IV – serviços técnicos associados aos bens e serviços descritos nos incisos I, II e III”.

²⁸⁶ Esta lei também traz um incentivo específico para as empresas que investirem em atividades de P&D em TI. Art. 67: “As empresas que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação farão jus à redução do imposto devido sobre bens de informática e automação, produzidos de acordo com PPB estabelecido em portaria conjunta dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Ciência e Tecnologia, nos seguintes percentuais (Lei nº 8.248, de 1991, art. 4º, § 1ºA, e Lei nº 10.176, de 2001, art. 1º): [...]”.

²⁸⁷ O art. 10 também trata especificamente do fomento à P&D de TI: “Art. 10. O Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Setor de Tecnologias da Informação, de que trata o § 18 do art. 11 da Lei nº 8.248, de 1991, será gerido e coordenado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, com a assessoria do CATI. § 1º O Programa a que se refere o caput objetiva fortalecer as atividades de pesquisa e

Dispositivo muito importante para a matéria, entretanto, é o art. 24 do Dec. nº 5.906/2006, que trata especificamente do conceito de atividades de P&D em TI. Segundo ele, “consideram-se atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação”:

I - trabalho teórico ou experimental realizado de forma sistemática para adquirir novos conhecimentos, visando a atingir objetivo específico, descobrir novas aplicações ou obter ampla e precisa compreensão dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados, sem prévia definição para o aproveitamento prático dos resultados;

II - trabalho sistemático utilizando o conhecimento adquirido na pesquisa ou experiência prática, para desenvolver novos materiais, produtos, dispositivos ou programas de computador, para implementar novos processos, sistemas ou serviços ou, então, para aperfeiçoar os já produzidos ou implantados, incorporando características inovadoras;

III - serviço científico e tecnológico de assessoria, consultoria, estudos, ensaios, metrologia, normalização, gestão tecnológica, fomento à invenção e inovação, gestão e controle da propriedade intelectual gerada dentro das atividades de pesquisa e desenvolvimento, bem como implantação e operação de incubadoras de base tecnológica em tecnologias da informação, desde que associadas a quaisquer das atividades previstas nos incisos I e II deste artigo;

IV - formação ou capacitação profissional de níveis médio e superior:
[...]

Partindo da análise do artigo, observa-se a influência dos preceitos do Manual de Frascati (relatados na seção 3.1) sobre os conceitos de P&D.

O inciso I, que trata de trabalhos sistemáticos para adquirir novos conhecimentos, com um objetivo específico e sem prévia definição de aproveitamento prático dos resultados, pode ser equiparado à pesquisa, tanto básica quanto aplicada. Inclusive é possível ponderar que, ao determinar que tal pesquisa seja realizada “sem prévia definição para o aproveitamento prático dos resultados”, mas “visando a atingir objetivo específico”, “descobrir novas aplicações ou obter ampla e precisa compreensão dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados”, se aproxima mais do conceito de pesquisa básica determinado pelo

desenvolvimento em tecnologias da informação, ampliar a capacidade de formação de recursos humanos e modernizar a infra-estrutura das instituições de pesquisa e desenvolvimento nacionais, bem como apoiar e fomentar projetos de interesse nacional. [...]”. Da mesma forma que há a limitação de não se considerar P&D a doação de bens e serviços de informática (art. 13).

Manual de Frascati que do conceito de pesquisa básica dirigida²⁸⁸ estipulada pelo Dec. nº 5.798/2006 (vide Tabela 6).

Contudo, como observado na seção 3.2, segundo o Manual de Frascati é difícil a identificação das atividades de P&D (enquanto pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental) dentro do processo de desenvolvimento do software. Daí afirmar-se que será P&D quando proporcionar uma evolução no meio informático. Identificar especificamente o que seria cada uma das duas pesquisas em matéria de software, portanto, é tarefa complexa e passível de erro – razão por que se justifica a conceituação do inciso I, abarcando os preceitos principais da P&D conforme o Manual de Frascati.

O inciso II refere-se ao mesmo conceito de desenvolvimento experimental tanto do Manual de Frascati como do Dec. nº 5.798/2006.²⁸⁹ E aqui cabe uma análise interessante a respeito do desenvolvimento experimental comparado às etapas do processo de desenvolvimento do software. Como analisado no Apêndice C, a programação em si (código-fonte e código-objeto) é apenas uma das fases do processo total, na qual é expressa a solução dada pelo material preparatório, por meio de linguagem. Na realidade de fábrica de software, essa parte poderá ser terceirizada para outra empresa – o que, analogicamente falando, equivaleria à construção, pelo pedreiro, da obra projetada pelo arquiteto e/ou engenheiro. Ademais, com os novos modelos de desenvolvimento, a parte de criação (original) na programação em si corre o risco de ficar reduzida em virtude da reusabilidade de componentes e procedimentos. Assim, cabe questionar sobre até onde vai o projeto de P&D: até o momento em que se entrega o material preparatório para a programação ou ele inclui a programação?

²⁸⁸ Cujá redação ressalta a necessidade de ter “vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores”, ou seja, de ter definido o aproveitamento prático dos conhecimentos adquiridos. Inclusive, tanto o conceito do Dec. n. 5.798/2005 como o do Manual de Frascati a respeito de pesquisa aplicada, destacam a necessidade de ter um objetivo prático: “vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas” (Dec. n. 5.798/2005); “está dirigida fundamentalmente para um objetivo prático específico” (Manual de Frascati).

²⁸⁹ Desenvolvimento experimental. Conforme o Manual de Frascati, “consiste em trabalhos sistemáticos baseados nos conhecimentos existentes obtidos pela investigação e/ou pela experiência prática, e dirige-se à produção de novos materiais, produtos ou dispositivos, à instalação de novos processos, sistemas e serviços, ou à melhoria substancial dos já existentes”; segundo o Dec. n. 5.798/2005, “os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos pré-existentes, visando a comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos”.

Analisando o conceito do inciso II – que abrange o desenvolvimento de “programa de computador”, bem como a definição sobre a primeira categoria da produção de software (Apêndice C), que envolve projeto de desenvolvimento de software (“todo seu ciclo de vida até a entrega do produto”) – pode-se dizer que dentro do projeto de P&D de software está também a programação do mesmo. Logo, sendo esta realizada pelas partes ou terceirizada, deve ser previsto em contrato como será a criação do programa de computador baseado no material preparatório desenvolvido.

O inciso III, por sua vez, abarcou os conceitos tratados pelo Manual quando diferencia P&D das demais atividades afins. Eis as atividades referidas pelo Manual de Frascati: atividades de gestão e outras atividades de apoio; estudo individual dos professores universitários; e atividades científicas e tecnológicas. Estas, apesar de não se constituir, a princípio, em atividades dentro do processo de P&D, podem ser assim consideradas se envolvidas num projeto específico de P&D.

Já o inciso IV diferencia-se um pouco da conceituação de Frascati, ampliando-a para abarcar atividades de ensino médio e superior, ao passo que o Manual refere-se apenas às atividades de doutoramento.²⁹⁰

Por fim, durante todo o conceito estão presentes os elementos de novidade e/ou solução para um problema tecnológico e científico, tal como determinado pelo Manual de Frascati para diferenciar o desenvolvimento de software do processo de P&D de software.

O mesmo conceito se repete, por exemplo, no art. 20 do Dec. nº 6.008, de 29 de dezembro de 2006.²⁹¹

Conclui-se que a legislação referente à P&D de TI e, conseqüentemente, de software, também trata da importância da novidade e/ou solução tecnológica ou científica que possa evolucionar o setor, da mesma forma que o Manual de Frascati.

Feitas tais ponderações acerca do conceito de P&D e de P&D de software, já se pode analisar sua contratação.

²⁹⁰ Veja-se seção 3.1.3.

²⁹¹ Que “regulamenta o § 6º do art. 7º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o art. 2º da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e o art. 4º da Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, que tratam do benefício fiscal concedido às empresas que produzam bens de informática na Zona Franca de Manaus que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento na Amazônia, e dá outras providências”.

4 CONTRATOS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE

“Não pode haver senão vantagem num acordo e prejuízo num conflito”.

André Gide

Como observado na seção 2, P&D é um processo primordial dentro da inovação, sendo meta de vários programas políticos. Essa importância reflete-se ainda mais no meio empresarial, onde se constata que “as novas tecnologias e os novos produtos [...] nascem e desenvolvem-se particularmente nas empresas que aplicam largas somas e recursos” em P&D. E por isso ela se revela “como um dos maiores centros de custo” da empresa, além de envolver alta dose de risco.²⁹²

Como destaca Pimentel, “os acordos de parceria de PD&I têm o objetivo de alcançar resultados voltados para a inovação tecnológica. O que implica a utilização na empresa, que é o ambiente produtivo ou social, através do comércio [...]”.²⁹³

Frente a essa realidade e aos novos desafios da evolução do setor de software, da globalização e da própria sociedade da informação, vê-se que a descentralização do processo de P&D é uma alternativa cada vez mais adotada.²⁹⁴ Seja na forma de acordos de parceria, convênios, contratos ou nos negócios societários de aquisição, fusão ou associação, o negócio jurídico envolvendo este

²⁹² ANTUNES, José Manuel Oliveira; MANSO, José António Costa. *Relações internacionais e transferência de tecnologia: o contrato de licença*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 25-26. Veja-se também a seção 2.3 sobre a finalidade das instituições (leis e contratos) para diminuir os riscos da inovação.

²⁹³ PIMENTEL, 2010, p. 19.

²⁹⁴ Segundo Antunes e Manso, considerando o alto risco e custo deste processo, “a descentralização, nas suas múltiplas facetas seja uma via cada vez mais adoptada, mesmo pelas grandes empresas multinacionais, inclusive para através de transferência dos locais de produção, conseguirem produtos mais competitivos em centros de capacidade reconhecida e com mais baixos custos”. ANTUNES; MANSO, 1993, p. 26.

processo é cada dia mais requisitado tanto por empresas privadas (nacionais ou multinacionais) como por instituições de pesquisa, universidades e organismos governamentais e não-governamentais.

Fala-se ainda em alianças estratégicas diante de temas envolvendo P&D e inovação.²⁹⁵ Pimentel destaca que os contratos voltados para a inovação partem da premissa de que a empresa tem possibilidade de obter tecnologia e signos distintivos por meio de P&D, seja esta realizada internamente, seja externamente. A aquisição também pode ocorrer no mercado. Partindo de tal premissa, Pimentel divide os contratos envolvendo inovação em dois grupos:

- a) Contratos que têm como objeto a “criação de soluções para problemas científicos e tecnológicos em atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, bem como criação de signos distintivos como as marcas”. Estes, por sua vez, podem:
 - i. permissão ou compartilhamento de uso de laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e instalações;
 - ii. prestação de serviços; e
 - iii. parceria.
- b) Contratos que visam à comercialização dos direitos provenientes da propriedade intelectual, tais como:

²⁹⁵ Segundo Marcelo Cabus Klotzle, “a utilização de atividades de parceria com o sentido de se empreenderem relações de produção com outras firmas não é atividade recente; as inovações dos últimos tempos acontecem em pelo menos quatro níveis (Narula e Hagedoorn, 1999). Primeiro, a colaboração entre empresas é considerada agora a primeira e melhor opção, e não vista mais como a última alternativa disponível (Dunning, 1995). Segundo, as firmas estão cada vez mais usando acordos de parceria para realizarem atividades na área de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), uma atividade que, tradicionalmente, foi muito vigiada pelas empresas. Cálculos recentes estimam que acordos de parceria na área de P&D totalizam aproximadamente 10–15% de todos os acordos firmados entre empresas, e acredita-se que esse número tenha triplicado desde o início dos anos 80 (Culpan e Kostelac, 1993; Gugler e Pasquier, 1996). Terceiro, não só as firmas estão investindo em P&D por meio de parcerias, como elas estão fazendo esses investimentos em conjunto com empresas de outros países e, muitas vezes, dentro de localidades estrangeiras (Hagedoorn, 1996). A quarta e última novidade em termos de alianças estratégicas na área de P&D, é o crescente uso de diversas formas de organização não-tradicionais, em particular a crescente utilização de acordos de parceria sem participação acionária (non-equity type agreements). Em muitos casos esses tipos de acordo são o mecanismo mais eficiente de se desenvolver pesquisas em setores de alta tecnologia (Hagedoorn e Narula, 1996)”. Cf. KLOTZLE, Marcelo Cabus. Alianças estratégicas: conceito e teoria. *Revista Administração Contemporânea* [online], 2002, vol. 6, n. 1, pp. 85-104. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v6n1/v6n1a06.pdf>>. Acesso: 07 maio 2010, p. 85. Cumpre ressaltar que a presente análise é jurídica, não cabendo a discussão sobre temas de administração ou economia. Contudo, como o sistema jurídico integra um sistema maior, tais disciplinas complementam eventuais falhas nos estudos jurídicos, justificando-se a citação de autores de outras áreas. Klotzle, inclusive, faz interessante abordagem sobre teorias referentes às alianças estratégicas, e que vale mencionar.

- i. licença ou cessão de patentes ou pedidos de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- ii. licença ou cessão de direitos de registro ou pedidos de registro de desenho industrial;
- iii. licença ou cessão de direitos de registro ou pedidos de registro de marcas;
- iv. licença ou cessão de direitos de programa de computador;
- v. licença ou cessão de direitos autorais de obras literárias, artísticas e científicas;
- vi. licença ou cessão de direitos representados por certificado ou pedido de certificado de proteção de cultivar;
- vii. licença ou cessão de direitos representados por registro ou pedidos de registro de topografia de circuito integrado; e
- viii. transferência de tecnologia.²⁹⁶

Aplicado aos contratos informáticos, tal quadro justifica as novas tendências dos negócios jurídicos. O que se vê é a terceirização de setores importantes da atividade produtiva de software, dentre eles o processo de P&D, e a industrialização das atividades informáticas.²⁹⁷

Tais tendências têm reflexo direto na própria contratação do software e nas atividades que envolvem seu desenvolvimento. E, mais além, podem interferir até mesmo nas regras concorrenciais de mercado.

Ao relatar as vias pelas quais esta descentralização normalmente ocorre, Antunes e Manso demonstram as repercussões oriundas desses negócios jurídicos.

²⁹⁶ Cf. PIMENTEL, 2010.

²⁹⁷ A respeito, Francis Spitz e Jean-Marie Buscail afirmam que “en un contexto de mundialización de los negocios – que implica operaciones de fusión y de adquisición a escala cada vez mayor –, el mercado que se va globalizando en el ámbito de los clientes también se globaliza a nivel de las empresas de servicios informáticos. Estos cambios en el contexto económico mundial han traído como consecuencias dos nuevas y principales tendencias sobre el mercado de las actividades informáticas, y a la vez, en la redacción y el contenido de la contratación. Una afecta a las empresas receptoras de los servicios informáticos y la otra tendencia afecta a las empresas informáticas. De un lado, y por parte de los *Clientes*, se aprecia la *voluntad de reducir los costes de desarrollo y de explotación informática* recurriendo al fenómeno de la *externalización o outsourcing* cada vez más. Esto es, la externalización de la función informática a las grandes empresas, ya sea de modo parcial o global. [...] De otro lado, y por parte de las *Empresas informáticas*, se observa una *industrialización cada vez mas importante de los procesos de desarrollo y de explotación de los sistemas informáticos*”. SPITZ, Francis; BUSCAIL, Jean-Marie. Los contratos informáticos: nuevas tendencias. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 539.

Primeiramente citam os casos de contratação de empresas subsidiárias em países em desenvolvimento, nas quais – mesmo possuindo técnicos altamente qualificados – a mão-de-obra é “razoavelmente barata se comparada com os níveis dos países mais desenvolvidos”.²⁹⁸ Também existe a via onde simplesmente se faz uma transferência de recursos a centros de investigação especializados, universidades etc., “o que permite, inclusive, o desenvolvimento nestas da totalidade do novo produto ou tecnologia, ou de apenas parte dele, consoante as necessidades da empresa adquirente”.²⁹⁹ Por fim, uma terceira via acrescentada pelos autores é a da chamada *Corporate Venturing* – um conceito relativamente novo, segundo eles. Esta é uma forma de “cooperação que implica a aquisição de uma pequena empresa por outra maior, o que possibilitará à pequena, conseguir um objectivo acordado com mútuo proveito para ambas”.³⁰⁰

Interessante transcrever a análise desses autores a respeito de tais aquisições e seus efeitos para a concorrência:

Por vezes a justa repartição dos proventos não se verifica, a aquisição por empresas predadoras, de firmas mais pequenas, apenas visa fortalecer os seus próprios dispositivos de marketing ou para adquirir a tecnologia que não têm.

No entanto, quando assim não é, a injeção de dinheiro da empresa maior, permite à mais pequena [sic] atingir os objectivos fixados por aquela, obtendo igualmente alguns dos objectivos que considera seus. A grande empresa entra nas actividades de I&D da empresa mais pequena, enquanto financia as duas vendas a nível mundial. A empresa mais pequena, apesar de estar em desvantagem comercial, tem de ser no entanto suficientemente atraente para se poder oferecer com sucesso a empresas maiores.³⁰¹

Frisa-se, contudo, que o foco da presente tese não é o aprofundamento nos diversos tipos contratuais de P&D, principalmente no que se refere à parte de contratos societários. O objetivo é dar uma visão geral do contrato de P&D de software para que, na próxima seção, sejam analisados somente os pontos que envolvem o Direito Internacional Privado (DIPr) aplicados a estes contratos, quais sejam: competência internacional, lei aplicável e resolução de controvérsias por meio de arbitragem.

²⁹⁸ Já foram citados exemplos de tal realidade quando se abordaram os BRIC(S) e o caso específico de Índia e Brasil (seção 2.2).

²⁹⁹ Exemplos nacionais são as parcerias fomentadas pelas políticas governamentais entre empresa e universidade (seção 2.1).

³⁰⁰ ANTUNES; MANSO, 1993.

³⁰¹ Id., Ibid., 1993.

Para facilitar a análise contratual proposta, se denominará *contratada* a pessoa física ou jurídica que tem a obrigação de executar P&D, objeto do contrato; *contratante*, a pessoa física ou jurídica que contrata a execução desse objeto; e *parceiras*, as partes que firmam contrato cooperativo para P&D de software.

É com tal delimitação temática e com base nas tendências e conceitos explanados, que se analisará a seguir o contrato de P&D de software.

4.1 Conceito, natureza jurídica e classificação

Enquanto negócio jurídico³⁰², o contrato envolvendo P&D de software deve estar adstrito às regras gerais atinentes àquele. Assim, conforme o art. 104³⁰³ do Código Civil (CC)³⁰⁴, para ter validade o negócio jurídico deve conter os seguintes elementos: “a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.” A análise desta seção será baseada nestes elementos.

Como observado na seção 3.2, é considerado P&D o desenvolvimento do software que promova um progresso evolucionário no campo da informática, resolvendo sistematicamente uma incerteza científica e/ou técnica a partir de um trabalho teórico ou experimental que vise atingir a um objetivo específico, descobrir novas aplicações ou obter a compreensão ampla e precisa dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados.

Assim sendo, o contrato que regulará o negócio jurídico de P&D entre as partes será o contrato de desenvolvimento de software, embora com algumas nuances próprias que visam a faceta inovadora.

³⁰² Segundo Venosa, “as verdadeiras regras gerais do direito contratual são as mesmas para todos os negócios jurídicos e estão situadas na parte geral, que ordena a real teoria geral dos negócios jurídicos. Trata-se, pois, de uma estrutura moderna, que não deve ser abandonada, em que pese a necessidade de modernização de velhos conceitos de direito privado”. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2, p. 347.

³⁰³ Art. 104, CC. “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

³⁰⁴ Promulgado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e doravante denominado CC.

Alguns doutrinadores definem o que vem a ser contrato de desenvolvimento de software. Soler Matutes, por exemplo, o conceitua como a elaboração e instalação de um programa de computador. Observa-se que ele inclui a instalação como outra obrigação principal do contrato de desenvolvimento:

[...] aquele contrato pelo qual uma pessoa física ou jurídica (empresa informática) se obriga perante outra (empresa cliente), em troca de um preço certo, a elaborar e instalar um programa ou conjunto de programas de computador originais que realizem umas funções específicas, dentro de um prazo ou prazos determinados e de acordo com uns requerimientos definidos.³⁰⁵

Não se concorda com a afirmação de que em todos os contratos de desenvolvimento de software se fará a instalação como obrigação principal – ela poderá ser feita ou não, a depender da vontade das partes e do grau de interatividade com o usuário. Pode a instalação ser feita posteriormente por outra empresa e até pelo próprio usuário, sendo uma obrigação acessória e não principal, pelo que não se justificaria situá-la no próprio conceito do contrato de desenvolvimento. Contudo, se as partes o quiserem, é possível incluir esta obrigação de fazer no objeto do contrato.

³⁰⁵ SOLER MATUTES, Pere. El contrato de desarrollo de software (I): concepto, naturaleza jurídica y caracteres. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 545. (“[...] aquel contrato por el cual una persona física o jurídica (empresa informática) se obliga respecto de otra (empresa cliente), a cambio de un precio cierto, a elaborar e instalar un programa o conjunto de programas de ordenador originales que realicen unas funciones específicas, dentro de un plazo o plazos determinados y de acuerdo con unos requerimientos definidos”). Interessante acrescentar que o referido autor não concorda com o termo “*desarrollo de software*”, defendendo que a terminologia mais adequada seria “*elaboración de programa de ordenador*”. Ressalte-se, porém, que tal terminologia é baseada na língua espanhola, onde a expressão “*desarrollo*” não tem uma acepção vinculada à criação, como o termo “*desenvolvimento*” para a língua portuguesa. O conceito de “*desarrollar*” no *Gran diccionario de la lengua española*, por exemplo, tem uma acepção mais de fazer crescer, evoluir, de progresso. Já na língua portuguesa, conforme o *Dicionário Aulete*, a palavra “*desenvolver*” abrange a conotação de crescimento e progresso, mas também a de “*dar ou ter origem*”. CALDAS AULETE; VALENTE, 2010. LUCENA CAYUELA, Núria (dir.). *Gran diccionario de la lengua española*. Edição eletrônica. Barcelona: SPES, 2003.

4.1.1 Conceito

Assim, com base na análise realizada até o momento, propõe-se um conceito de contrato de P&D de software:

Contrato de P&D de software é o negócio jurídico celebrado entre duas ou mais partes que tenha por objeto a obrigação de realizar pesquisas e trabalhos teóricos e/ou experimentais que visem desenvolver software(s) capaz(es) de promover um progresso evolutivo, resolvendo sistematicamente uma incerteza científica e/ou técnica.

Partindo do conceito proposto, observa-se que a obrigação principal do contrato é uma obrigação de fazer – no caso, pesquisas e trabalhos. Utilizaram-se os dois termos devido à abrangência que trariam ao conceito. O termo *pesquisa* ou *pesquisar* envolve a ação de obter informações acerca de algo, o estudo metódico para ampliar o conhecimento. Já *trabalho* abrange o “emprego da força física ou intelectual para realizar alguma coisa”, tendo uma acepção mais de resultado, de finalidade. Tais pesquisas e trabalhos podem ser tanto teóricos como experimentais: teórico, aquele baseado na teoria, no suposto, no hipotético; experimental, fruto da experiência, do “erro-acerto”, das experimentações. Quando o conceito utiliza os termos *pesquisas e trabalhos teóricos e/ou experimentais*, inclui todas as possibilidades para almejar uma solução técnica e/ou científica para um problema a ser resolvido pelo software.³⁰⁶

Outro elemento importante é o progresso evolutivo. Foi utilizado o mesmo termo do Manual de Frascati, o qual, ao afirmar a necessidade de o software trazer um progresso evolutivo e não revolucionário³⁰⁷, está marcando o grau da novidade que este deve apresentar. Logo, tal progresso, no sentido de avanço, pode ser algo totalmente novo ou uma solução técnica e/ou científica para um problema específico. Pode ser a melhoria de um programa ou uma nova versão. Neste ponto,

³⁰⁶ CALDAS AULETE; VALENTE, 2010.

³⁰⁷ Nos termos do Manual: “Esses avanços são geralmente evolutivos e não revolucionários. Portanto, a actualização a uma versão, a melhoria ou a modificação de um programa ou de um sistema já existente, podem classificar-se como ID quando trazem progressos científicos e/ou tecnológicos que dão lugar a um maior conhecimento”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati, 2002, p. 65.

o parâmetro usado pelo Manual de Frascati é o mesmo do Manual de Oslo, ao diferenciar inovação radical de incremental.³⁰⁸

O parâmetro técnico e/ou científico também envolve o mesmo objetivo de abrangência da utilização dos termos *ciência* e *técnico*. *Técnico* é o conjunto de procedimentos ligados a uma arte ou ciência, é o fazer algo a partir do conhecimento adquirido com a ciência ou arte. Daí também o conceito de *tecnologia*, que é o conjunto de técnicas.³⁰⁹ *Científico*, por sua vez, deriva de ciência, que é o conjunto de conhecimento sobre determinada área.³¹⁰ Logo, os problemas a ser solucionados e suas respectivas soluções podem estar tanto no plano técnico, envolvendo os procedimentos ligados aos conhecimentos fundamentais da ciência ou arte, quanto no plano científico, envolvendo conhecimentos fundamentais.

Outro ponto a ser examinado é o objetivo de desenvolvimento do software. O objeto principal do contrato, conforme o conceito proposto, é a atividade de pesquisar e trabalhar numa solução técnica e/ou científica. Como se trata de um contrato de P&D de software, tal solução deverá, a princípio, ser expressa por meio de um software ou de vários, ou de um sistema. Mas nada impede que num mesmo projeto estejam envolvidos outros ativos além do software. Além disso, considerando que o projeto de P&D envolve certo grau de risco e modificações no decorrer de sua consecução, pode ocorrer de não ter êxito – o que não o descaracteriza como projeto de P&D. Em outras palavras, o contrato de P&D de software deve, a princípio, basear-se numa obrigação de meio e não de resultado, mas nada impede que as partes acordem de maneira diversa. Esta análise será realizada com mais detalhes a seguir.

³⁰⁸ A este respeito veja-se seção 2.1.

³⁰⁹ Conforme Abraham Zakon *et al.*, “o termo ‘Técnica’ significa: (a) conjunto de procedimentos ligados a uma arte ou ciência (exemplo: a técnica de escrever); (b) a parte material dessa arte ou ciência; (c) a maneira de tratar detalhes técnicos (como faz um escritor) ou de usar os movimentos do corpo (como faz um dançarino); (d) destreza, habilidade especial para tratar esses detalhes ou usar esses movimentos; (e) jeito, perícia em qualquer ação ou movimento (exemplo: descascar laranja sem se ferir requer técnica)”. Já tecnologia é: “(a) ‘o produto de ciências aplicadas numa atividade ou num bem’; (b) é acumulável, e (c) é o retrato (ou um pacote tecnológico negociável) que se refere a um determinado momento ou evento importante para os seus interessados”. Assim, tecnologia é “um conjunto de técnicas de um domínio particular, ao passo que ‘técnica’ é um conjunto de procedimentos ligados a uma arte ou ciência”. ZAKON, Abraham; NASCIMENTO, Jorge Luiz; SZANJBERG, Mordka. Algumas diferenças entre cientistas, engenheiros, técnicos e tecnólogos. *AdUFRJ* Seção Sindical: Opinião, 04 ago. 2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.eq.ufrj.br/docentes/zakon/2a%20parte.pdf>>. Acesso: 30 abr. 2010.

³¹⁰ Conforme o Dicionário Aulete, é “1. Atividade humana baseada em conceitos e princípios desenvolvidos racionalmente e na utilização de um método definido, por meio do qual se produzem, se testam e se comprovam conhecimentos considerados objetivos e de validade geral; [...]”.

4.1.2 Natureza jurídica: prestação de serviços

O contrato de P&D de software, conforme o conceito proposto, é um contrato de meio e não de resultado, enquadrando-se, assim, entre os contratos de prestação de serviços (tipificados e regulados nos arts. 593 a 609, CC).

Contudo, da análise da doutrina a respeito dos contratos de desenvolvimento de software, em si, observa-se que o tema não é pacífico. Alguns os enquadram como contratos de empreitada³¹¹ e outros como contratos de prestação de serviços.

Soler Matutes, por exemplo, vê o contrato de desenvolvimento de software como “*contrato de arrendamiento de obra*” (conforme o direito espanhol, equivalendo ao contrato de empreitada no direito brasileiro).³¹² Para o autor, segundo o critério de diferenciação entre os dois contratos (de obra ou de serviço) – isto é, a obrigação de entrega do resultado ou não –, todo contrato de desenvolvimento de software

³¹¹ Ainda que normalmente o contrato de empreitada esteja mais vinculado à construção civil em geral, envolvendo execução de obras corpóreas, nada obsta que seja utilizado para execução de obras incorpóreas. Neste sentido se alinha Venosa quando afirma que, “embora prefacialmente dirigido à construção de edifícios, à construção civil em geral, é vasto o campo da empreitada. Alguns pretendem circunscrever seu objeto apenas à execução de obras corpóreas. No entanto, em princípio não há óbice que objetive perfeitamente de atividade incorpórea por parte do empreiteiro, como, por exemplo, a obrigação de escrever um livro, organizar um evento festivo ou espetáculo, elaborar programa de informática (software) etc.”. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2, p. 210. Também afirma a possibilidade de imaterialidade da obra no contrato de empreitada Jorge de Brito Pereira, que, com base no Código Civil Português de 1966, art. 1.207, defende ser possível a utilização deste contrato para obras intelectuais, não obstante os argumentos da inadequação por correntes doutrinárias. No que se refere ao direito brasileiro, analisando ainda o Código Civil de 1916, também defende a possibilidade de obras imateriais ante a não-restrição legal das mesmas. PEREIRA, Jorge de Brito. *Do conceito de obra no contrato de empreitada*, 1994, p. 569-622. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Brito94.pdf>. Acesso: 04 maio 2010.

³¹² O art. 1.544 do Código Civil espanhol (Real Decreto de 24 de Julio de 1889) define arrendamento de obras e serviços nos seguintes termos: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”. Os arts. 1.583 a 1.603 do referido código tratam dos contratos de arrendamento de obra e de serviços. Como se observa do art. 1.588, quando se refere à possibilidade de contratar a execução da obra, onde o que execute coloque somente seu trabalho ou também o material, aproxima este contrato de arrendamento de obra ao de empreitada tipificado pelo Código Civil Brasileiro nos arts. 610 a 626. Conclusão extraída da comparação dos termos do art. 1.588 do Código Civil espanhol (“puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material”) com os termos do art. 610 do CC (“o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”).

será um contrato cuja obrigação principal é a entrega de obra (daí o conceito citado anteriormente, incluindo a instalação como obrigação principal). Nas palavras de Soler:

Segundo o critério anterior, devemos manifestar que em todo o contrato de elaboração de programas informáticos exige-se um resultado, isto é: o desenvolvimento de um programa ou programas determinados, dependendo do pagamento do preço da criação, entrega e instalação efetiva do programa, também chamado *aplicação* ou *solução* informáticas. Por isto partindo do critério da obrigação de meios ou de resultado, o contrato de software seria considerado contrato de obra ao estabelecer nele um dever de resultado, qual seja, a elaboração e instalação do programa ou programas correspondentes.³¹³

Já Gete-Alonso y Galera trata os contratos de desenvolvimento de software como tendo a natureza de prestação de serviços, justificando sua posição em três pontos: a) impossibilidade de definir o objeto do contrato mais do que em termos gerais; b) por não haver referências absolutas em programação, os critérios de qualidade e conformidade são menos seguros; e c) considerando que os termos da colaboração entre as partes durante o contrato podem mudar sensivelmente, não se pode garantir que o software cumprirá as funções projetadas inicialmente.³¹⁴ Desta forma, baseia-se na insegurança do resultado da programação. Soler discorda de tal enfoque, afirmando que nem todos os contratos de desenvolvimento supõem essa indefinição.³¹⁵

Na legislação espanhola sobre contratos administrativos, por exemplo, o contrato de “*adquisición de programas de ordenador a medida*” pela administração pública é considerado um contrato de serviços.³¹⁶

Existem ainda doutrinadores que mantêm posição mais eclética, dentre eles Carrascosa González, para quem o contrato pode assumir forma de “*arrendamiento de obra*” ou de “*arrendamiento de servicios*”.³¹⁷

³¹³ SOLER MATUTES, 2006, p. 564. [“Segun criterio anterior, debemos manifestar que en todo contrato de elaboración de programas informáticos se exige un resultado, esto es: el desarrollo de un programa o programas determinados, haciendo depender el pago del precio de la creación, entrega e instalación efectivas del programa, también llamado *aplicación* o *solución* informáticas. Por ello desde el criterio de la obligación de medios o de resultado, el contrato de software sería considerado contrato de obra al establecerse en él un deber de resultado, cual es la elaboración e instalación del programa o programas correspondientes”] (*tradução livre*).

³¹⁴ GETE-ALONSO Y GALERA apud SOLER, 2006, p. 560.

³¹⁵ SOLER MATUTES, 2006, p. 560.

³¹⁶ Art. 172.2, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junho: “2. No obstante lo expresado en el apartado anterior, la adquisición de programas de ordenador a medida se considerará contrato de servicios”.

No que se refere ao contrato de desenvolvimento de software, em si, a posição eclética seria a mais condizente, já que admite tanto contratos com obrigação de meio como com obrigação de resultado. Considerando que o contrato de desenvolvimento é atípico, cada caso deverá ser adequado às necessidades das partes.

Em relação aos contratos de P&D de software, no entanto, seria mais adequado seu enquadramento na categoria dos contratos de prestação de serviço – obrigação de meio –, considerando a insegurança do resultado inovador conforme as especificações almejadas no início do contrato.

Sendo uma atividade de risco – isto é, criar algo novo ou, nos termos de Soler Matutes, um “software experimental”³¹⁸ – justifica-se contratar um serviço de pesquisa e trabalho para, a partir dos resultados obtidos, desenvolver um software que pode suprir as expectativas das partes, ultrapassá-las ou não alcançá-las. Por isso a observação do Manual de Frascati no sentido de não vincular o processo de P&D ao resultado do software, em si, mas ao objetivo de pesquisar e aumentar o conhecimento para, a partir daí, desenvolver o software inovador. Sendo um processo com finalidade inovadora, o risco é inerente à própria natureza experimental do projeto.

Mesmo Soler Matutes admite existirem casos em que o contrato a ser celebrado será de prestação de serviços. São os que envolvem a criação de “software experimental com alto risco de desenvolvimento sem estudo de viabilidade prévio”.³¹⁹ Discorda-se apenas em relação ao fato de que um estudo de viabilidade prévio garantiria, seguramente, o resultado conforme as especificações. Daí defender-se que, pela natureza do processo de P&D, o contrato de prestação de serviço seja mais adequado para regular a referida relação jurídica.

Tal determinação da natureza da obrigação e, conseqüentemente, do tipo da natureza contratual, entretanto, dependerá da vontade das partes, que deverão ponderar se efetivamente, no caso concreto, é possível garantir o resultado do projeto de P&D. Nada obsta a que as partes contratem vinculando o cumprimento da obrigação ao resultado e enquadrando-se, assim, na natureza jurídica de um

³¹⁷ CARRASCOSA GONZALEZ apud SOLER MATUTES, 2006, p. 560.

³¹⁸ SOLER MATUTES, 2006, p. 543-584.

³¹⁹ Id., Ibid., p. 566-567.

contrato de empreitada. Nesse caso, a obrigação principal só será cumprida com a entrega do software desenvolvido conforme as determinações contratuais.

Mas frise-se: dependendo do caráter inovador do projeto, definir de antemão que o contrato está vinculado ao resultado do projeto pode tornar muito difícil ou quase impossível o efetivo cumprimento da obrigação. Ressalte-se ainda que num contrato de desenvolvimento de software – e muito mais num contrato de P&D de software –, a participação do contratante é intensa, mesmo que não se trate de contrato cooperativo. Dessa forma, o contrato pode ser modificado posteriormente à sua celebração, com novos requerimentos e objetivos, o que poderia comprometer o resultado almejado ou modificá-lo. Deve-se avaliar adequadamente cada caso e verificar se a natureza da obrigação é, efetivamente, de meio ou de resultado.

Independente da qualificação do contrato em prestação de serviços ou empreitada, sua natureza sempre será de prestação de serviços – até porque o próprio contrato de empreitada é espécie de prestação de serviços. Com tal posição concorda Venosa quando assevera que “a empreitada é, sem dúvida, modalidade de *prestação de serviço* ou *locação de serviços*”.³²⁰

Portanto, seja um, seja outro, a obrigação principal será a de fazer, sendo o que diferencia a empreitada da prestação de serviço a obrigação acessória de entrega do resultado para ver-se cumprida a prestação principal pela contratada (obrigação de meio v. obrigação de resultado).

No mesmo sentido posiciona-se Solé Resina, para quem tanto o contrato de prestação de serviço quanto o de execução de obra (empreitada, no direito brasileiro) têm como objeto a obrigação de fazer. A diferença está em que na obra há uma obrigação acessória de dar coisa, depois de criada por meio da obrigação de fazer. Caso a obrigação da execução de obra (empreitada) fosse dar coisa, se confundiria com o contrato de compra e venda. Nos termos da autora:

Em conclusão, pode-se afirmar que as características próprias da execução de obra frente à prestação de serviços requerem que de *lege ferenda* sua regulação preveja a existência de uns materiais e uma obra, por uma parte, e a existência de uma obrigação de dar acessória à obrigação principal de fazer, por outra, e contenha disposições especiais sobre a atribuição de riscos e a entrega, recepção e aceitação da obra.³²¹

³²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2, p. 216.

³²¹ SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 124. [“A modo de conclusión

Assim, no que tange à natureza jurídica do contrato de P&D de software, a mesma será de prestação de serviços. É possibilitado às partes, todavia, acrescentar cláusula vinculando o contrato a uma obrigação de resultado, caracterizando-o como contrato de empreitada, que também é uma modalidade de prestação de serviço.

É importante frisar, entretanto, que, dependendo das circunstâncias do contrato, a vinculação do cumprimento da obrigação a um resultado (entrega do software desenvolvido conforme especificações técnicas acordadas) pode restar prejudicial para a contratada e até mesmo infrutífera para as partes, considerando o risco inerente à atividade de P&D.³²²

4.1.3 Classificação

Definida sua natureza jurídica, cabe agora enquadrar o contrato de P&D de software nas classes tradicionais identificadas pela doutrina.³²³ Esta determinação facilitará definições sobre cargas contratuais das partes, características, responsabilidades e cláusulas, entre outros elementos.

a) Bilateral ou plurilateral

Neste contrato, geralmente a carga de obrigação será para ambas as partes ou, quando figurarem mais de duas, para todas as partes envolvidas. Como se verá, vários são os modelos contratuais possíveis para realizar um negócio jurídico

puede afirmarse que las características propias de la ejecución de obra frente a la prestación de servicios requieren que de *lege ferenda* su regulación prevea la existencia de unos materiales y una obra, por una parte, y la existencia de una obligación de dar accesoria a la obligación principal de hacer, por otra, y contenga disposiciones especiales en orden a la atribución de los riesgos e a la entrega, recepción y aceptación de la obra”].

³²² Veja-se a respeito a seção 3.

³²³ Classificação baseada nas classes abordadas por Silvio Salvo Venosa. Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

envolvendo P&D. Basicamente, ele pode ter caráter cooperativo (ambas as partes associam-se para cumprir a obrigação) ou obrigacional (uma das partes contrata a outra para realizar a obrigação de P&D).³²⁴

Independente do tipo de carga que as partes assumam, elas terão ou que realizar a obrigação de fazer ou que pagar o preço.

b) Oneroso

Os contratos geralmente são onerosos, considerando sua importância e repercussão econômica no mercado. Como explicitado na seção 2, na sociedade da informação o conhecimento tornou-se a grande ferramenta para geração de riqueza. Assim, um contrato de P&D de software é um dos principais negócios jurídicos para viabilizar a geração deste conhecimento e sua aplicação prática no mercado.

Nada obsta, porém, a liberdade contratual das partes estipularem de forma diversa. Contudo, destaca-se que, sendo um contrato de prestação de serviços, e nada sendo estipulado a respeito da retribuição, esta será arbitrada conforme o costume do lugar, o tempo de serviço e a qualidade – se as partes, claro, não chegarem a um acordo (art. 596, CC³²⁵).

c) Comutativo

Mesmo considerando o grau de incerteza no desenvolvimento final do contrato de software conforme os requerimentos identificados no início contratual, não se pode afirmar que o contrato seja aleatório. A obrigação principal é clara tanto na obrigação de meio – realizar as atividades necessárias para desenvolver o software conforme a demanda – quanto na obrigação de resultado – entrega do software desenvolvido. Ainda que a demanda não seja suficientemente atendida,

³²⁴ SOLER MATUTES, 2006, p. 588.

³²⁵ Art. 596, CC. “Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

considerando o risco próprio do caráter inovador do projeto, a obrigação foi previamente delimitada e determinada, não dependendo da álea.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência, por exemplo, sobre se a álea é um dos critérios de diferenciação entre obrigações de meio e obrigações de resultado. Tal critério, no entanto, como bem destaca Solé Resina, não é o mais adequado, sem falar que a álea está concentrada no resultado da obrigação e não na obrigação em si.³²⁶

Além disso, como se verá, duas ferramentas muito utilizadas para esse tipo de contrato são o estudo de viabilidade e a análise de requerimentos – que normalmente são realizados antes mesmo de concluir-se o contrato principal (podendo ser regulado em fase pré-contratual). Ambas diminuem o risco da não-execução do software.³²⁷

Seria um contrato aleatório o que dependesse de algum evento incerto para que as partes cumprissem suas obrigações, como acontece no contrato de seguro ou no contrato de assistência médica, por exemplo.

d) Atípico

Os contratos de P&D de software, como já afirmado, são atípicos – isto é, não estão regulados em lei. Desta forma, caberá à vontade das partes determinar como serão regradas as relações jurídicas oriundas do negócio. Observa-se, contudo, que devem ser observadas as demais normas atinentes aos contratos em

³²⁶ SOLÉ RESINA, 1997, p. 47-49; 51-55.

³²⁷ Vale transcrever a explicação de Soler Matute referente à comutatividade dos contratos de desenvolvimento de software, ainda que este seja um “software experimental”: “En el contrato de desarrollo de ‘software experimental’, cuya aplicación y funcionamiento no resulta a priori seguro y existe un elemento de ‘incertidumbre’ respecto a una de las prestaciones, cuál es el propio desarrollo del programa, podría llegar a pensarse que el contrato pudiera ser calificado de ‘aleatorio’. No obstante, debemos señalar que ello no sería adecuado ni jurídicamente correcto, por dos razones. La primera, y fundamental, es que en los verdaderos contratos ‘aleatorios’ la incertidumbre procede de un hecho ajeno a las partes [...], mientras que la posible incertidumbre de los contratos de ‘software experimental’ se basa en una probable insuficiencia de la capacidad técnica de uno de los contratantes (el desarrollador). Además, y como segunda razón para desestimar el carácter ‘aleatorio’ del contrato de desarrollo de software, debemos añadir que antes de celebrarse dichos contratos, las partes conciertan, en la mayor parte de los supuestos, la elaboración del llamado ‘estudio de viabilidad’. Este estudio tiene por finalidad eliminar la ‘incertidumbre’ sobre la posibilidad o no de aplicar el software experimental al caso concreto del cliente”. SOLER MATUTES, 2006, p. 576.

geral, bem como aos contratos de prestação de serviços. Também serão aplicados os dispositivos referentes a temas correlatos, como propriedade intelectual, normas concorrenciais e regras de contratação administrativa, entre outros.

e) Consensual

Para ser válidos, basta a estes contratos, além dos elementos elencados pelo art. 104 do CC, o consenso das partes. Assim, não será necessária qualquer outra formalidade, como ocorre nos contratos reais (necessidade da realização de ato para validar o contrato).

O consenso se dá a partir do momento em que as partes estão de acordo com os termos do contrato – isto é, em que existe uma proposta ou contraproposta e ela é aceita pela outra parte.

A proposta do contrato ocorre quando uma parte oferece à outra o serviço a ser realizado ou o pagamento por serviço – dependendo de quem oferece a proposta, se a contratante (tomadora de serviço) ou o contratada (prestadora de serviço). Assim, uma vez feita a proposta, esta obriga o proponente (art. 427, CC³²⁸).

No contrato de P&D de software normalmente a negociação é realizada durante um percurso de tempo, com várias reuniões, propostas e contrapropostas, até chegar-se a um consenso entre as partes. Contudo, pode ocorrer, por exemplo, que o prestador de serviço ofereça sua proposta pela Internet. Tal oferecimento ao público, se contiver os requisitos essenciais do contrato, obriga o proponente a cumprir o contrato nas condições ali descritas (art. 429, CC³²⁹).

Se a proposta não incluir prazo, só deixará de ser obrigatória se for recusada de imediato pela outra parte, caso ela esteja presente; ou, entre ausentes, se tiver transcorrido tempo suficiente para que a resposta da outra parte tenha chegado ao conhecimento do proponente. No caso de ter sido estipulado prazo, entre ausentes,

³²⁸ Art. 427, 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”.

³²⁹ Art. 429, CC. “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada”.

a proposta deixará de ser obrigatória caso a outra parte não tenha dado a resposta no prazo estipulado ou o proponente tenha oferecido retratação antes ou simultaneamente ao momento em que a proposta chega ao conhecimento da outra parte (art. 428, CC³³⁰). Considerando que as negociações dos referidos contratos de P&D ocorrem em grande parte por correio eletrônico e outras formas de comunicação simultânea pela Internet (Messenger, Skype etc.), aplicam-se a estes instrumentos de expressão da vontade as mesmas determinações aplicáveis a contratos entre presentes e ausentes. O caso do correio eletrônico (e-mail) seria o de um contrato entre ausentes, enquanto no caso de softwares para conversas simultâneas seria contrato entre presentes.³³¹

A aceitação pela outra parte fora do prazo, com restrições, modificações ou adições, será considerada como nova proposta, podendo ou não ser aceita pelo primeiro proponente (art. 430, CC³³²).

É importante destacar o art. 435 do CC³³³, que determina celebrado o contrato no lugar onde foi proposto. Assim, se a proposta aceita definitivamente foi a do primeiro proponente – por exemplo, o prestador de serviços – será o lugar onde foi proposto a primeira vez o de celebração do contrato. Se, ao revés, foi a contraproposta aceita pelo primeiro proponente, considera-se celebrado o contrato no lugar onde realizada a contraproposta. Este dispositivo é importante no que se refere às normas de lei aplicável, analisadas na seção 5.

³³⁰ Art. 428, CC. “Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente”.

³³¹ Soler explica que “el carácter consensual del contrato para la elaboración de programas de ordenador trae, entre otras consecuencias, la posible perfección del mismo tanto mediante pacto verbal entre las partes presentes, como a través del uso de cualesquiera medios de comunicación entre las partes ausentes (correo, fax, e-mail)”. SOLER MATUTES, Pere. El contrato de desarrollo de software (I): concepto, naturaleza jurídica y caracteres. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 577.

³³² Art. 430, CC. “Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunica-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos”.

³³³ Art. 435, CC. “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

f) Não-formal

Os contratos de P&D de software não exigem forma prescrita em lei – ou seja, também são válidos os contratos realizados verbalmente entre as partes. Há que se observar, porém, que numa eventual demanda, a contratação deverá ser provada pela parte que a alega.

É preciso atentar à determinação do art. 401 do Código de Processo Civil (CPC)³³⁴, que não admite provas exclusivamente testemunhais em contrato cujo valor ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que foi celebrado. Independente do valor do contrato, só será admissível prova testemunhal em dois casos: a) se houver começo de prova escrita, reputando-se emanada pela parte contra quem se quer provar a existência do contrato; e b) se não se podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação (art. 402, CPC).³³⁵

Considerando que em geral o montante investido em contratos com essa natureza é elevado, a expressão escrita de acordos de tal porte torna-se praticamente obrigatória.

g) Principal ou acessório

Neste caso específico, o contrato de P&D geralmente é principal, não dependendo de nenhum outro. Contudo, é possível que, por vontade das partes, se celebre um contrato anterior ou posterior, sendo-lhe nessa hipótese acessório o contrato de P&D de software.

³³⁴ Instituído pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, doravante denominado CPC.

³³⁵ Art. 401, CPC. “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”. Art. 402, CPC. “Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: I - houver começo de prova por escrito, reputando-se tal documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; II - o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel”.

Imagine-se, para exemplificar, um contrato societário onde uma das cláusulas ou condições é a da parceria entre as partes deste primeiro contrato para P&D de software que será comercializado por ambas. Contudo, as condições mais detalhadas do contrato serão formalizadas separadamente e anexadas ao contrato principal – o societário. O contrato de P&D de software, portanto, será acessório ao contrato societário, seguindo a ordem deste. Se o mesmo por qualquer motivo vier a ser rescindido, o contrato de P&D também o será.

h) De duração

No que tange ao lapso de tempo entre a aquisição das obrigações e seu cumprimento, fica claro que o contrato de P&D de software é um contrato de duração. Uma vez formado o contrato e assumidas as obrigações pelas partes, a obrigação principal será cumprida somente após o decurso de tempo suficiente para que a parte contratada realize suas pesquisas e trabalhos a fim de desenvolver o software inovador.

i) Prazo determinado ou indeterminado

Neste quesito o contrato também dependerá da vontade das partes. Geralmente um projeto de P&D tem prazo determinado, considerando o investimento realizado no projeto e o objetivo de ganhos econômicos a partir da comercialização do software.

É importante frisar que, sendo um contrato de prestação de serviços, ele não poderá, pela legislação brasileira, ser celebrado por prazo superior a quatro anos, ainda que seja como pagamento de outra dívida do prestador de serviços ou que vincule-se à realização de uma obra. Decorridos os quatro anos “dar-se-á por findo o

contrato”, mesmo que a obra não tenha sido concluída (art. 598, CC³³⁶). O dispositivo visa desvincular o contrato de prestação de serviço do contrato trabalhista, que será regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).³³⁷ Assim, são características do contrato de prestação de serviço a eventualidade e a temporariedade.

Não havendo prazo determinado, qualquer das partes poderá resolver o contrato, a seu arbítrio, mediante aviso prévio (art. 599, CC³³⁸).

j) Pessoal ou impessoal

A princípio, o contrato de P&D de software é pessoal, pois refere-se a um serviço altamente especializado, que demanda domínio de determinados conhecimentos e tecnologias. Caracteriza-se, portanto, como um contrato pessoal, vinculado seu cumprimento a determinada pessoa (física ou jurídica).

Tal é o sentido do art. 605 do CC³³⁹, sobre contrato de prestação de serviços: “Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste”.

Logo, dependendo das circunstâncias e da vontade das partes, nada obsta a que as partes convençionem a possibilidade de substituição contratual ou, não sendo convençionado, que acordem posteriormente a esse respeito.

³³⁶ Art. 598, CC. “A prestação de serviço não se poderá convençionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra”.

³³⁷ Aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, doravante denominada CLT.

³³⁸ Art. 599, CC. “Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias”.

³³⁹ Art. 605, CC. “Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste”.

4.2 Objeto

O objeto lícito, possível, determinado ou determinável, conforme disposto pelo art. 104 do CC, é um dos requisitos de validade do negócio jurídico e, consequentemente, do próprio contrato de P&D de software.

É importante estabelecer a diferença entre objeto imediato e objeto mediato do contrato de software. O objeto imediato é justamente a obrigação gerada pelo contrato – isto é, quando se celebra um negócio jurídico envolvendo P&D de 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, 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.³⁴⁰

Baseado no conceito proposto para contrato de P&D de software, seu objeto imediato será a obrigação de fazer, de realizar uma atividade. Independente de ter sido celebrado entre as partes um contrato de prestação de serviços (obrigação de meio) ou um contrato de empreitada (obrigação de resultado), a obrigação principal será a de fazer pesquisas e trabalhos com a finalidade de desenvolver um software inovador. A diferença, no caso do contrato de empreitada, será a obrigação acessória de entregar o software conforme as especificações das partes.³⁴¹

Não há tanta diferença entre o contrato de prestação de serviço e o de empreitada no que se refere ao objeto em si. O que muda a relação contratual num e noutro tipo é o momento em que a obrigação será considerada cumprida. Logo, no contrato de prestação de serviço a contratada será adimplente com a execução da atividade à qual se propôs independente da entrega do software. Já no contrato de empreitada, a adimplência obrigacional somente ocorrerá a partir do momento em que a contratada entregar à contratante o software conforme as especificações.

Tal diferenciação, entretanto, terá efeitos sobre o conteúdo da prova a ser produzida pelas partes. No caso do contrato de prestação de serviços, a prova que

³⁴⁰ Segundo Venosa, 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 contrato”. VENOSA, 2005, p. 469.

³⁴¹ Conforme analisado na seção 4.1.2.

deverá ser feita pela contratante refere-se à falta de diligência da contratada ao cumprir a obrigação. Já no contrato de empreitada, a contratante deve provar que o resultado não foi atingido como esperado, cabendo à contratada, caso provada a falta de resultado satisfatório, demonstrar que o mesmo não foi alcançado devido a caso fortuito ou de força maior.³⁴² Se, no contrato de empreitada, a contratada tenha fornecido tão somente a mão-de-obra e a contratante o material, deverá ser provada a culpa da contratada para que assuma os riscos – caso contrário os riscos correrão por conta da contratante (art. 612, CC³⁴³). No entanto, se a coisa perecer antes da entrega de uma empreitada de labor (art. 610, CC³⁴⁴) sem culpa da contratada ou do contratante, nem do material fornecido por este, a contratada perderá a retribuição (art. 613, CC³⁴⁵). Já quando a contratada fornece tanto mão-de-obra como material, os riscos correrão por sua conta até que entregue o software à contratante (art. 611, CC³⁴⁶).

Soler Matutes também destaca tais efeitos sobre a prova – mas sobre o ônus da prova em si, e não seu conteúdo. Segundo ele, se a obrigação é de resultado, a contratante não precisará provar a culpa da contratada, bastando comprovar que o resultado não foi devidamente atingido. Já no caso de obrigação de meio, a contratante precisaria comprovar que a contratada não agiu com a diligência devida para que fosse atingido um resultado conforme os requerimentos contratuais.³⁴⁷ Solé Resina critica esta tese de ônus da prova, afirmando que os

³⁴² Art. 393, CC. “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

³⁴³ Art. 612, CC. “Se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono”.

³⁴⁴ Art. 610, CC. “O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. § 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução”.

³⁴⁵ Art. 613, CC. “Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade”.

³⁴⁶ Art. 611, CC. “Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos”.

³⁴⁷ SOLER MATUTES, 2006, p. 555.

efeitos da distinção entre obrigação de meio e resultado respeitam ao conteúdo da prova, e não ao ônus.³⁴⁸

Esclarecido o objeto de obrigação de fazer tanto no contrato de prestação de serviços como na empreitada, cabe analisar seus outros requisitos.

O contrato de P&D de software, para que tenha validade, deve ter como objeto uma atividade lícita, não podendo incluir atos ou resultados proibidos por lei ou que infrinjam dispositivos legais. O mesmo aplica-se ao software desenvolvido a partir desse contrato. É considerado ato ilícito aquele que “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (art. 186, CC). Também será considerado ilícito o exercício, por um titular de direito, de ato que exceda “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.³⁴⁹

Além de lícito, o objeto deve ser possível. Este requisito é muito importante, principalmente no que se refere ao contrato de P&D de software. Considerando que a atividade a ser exercida pelo contrato envolve elemento inovador, corre-se o risco de almejar funções e soluções tecnicamente impossíveis. Em tal caso, o contrato poderia ser considerado nulo por não cumprir os requisitos de validade arrolados no art. 104 do CC. Quando a prestação do objeto tenha um grau de novidade muito alto, para garantir que o contrato não seja questionado a respeito de sua validade por ter um objeto impossível, recomenda-se um estudo de viabilidade prévio, que pode ser realizado em fase pré-contratual.³⁵⁰

Ainda que o contrato, a princípio, tenha como objeto uma obrigação impossível, isso não resultará necessariamente em sua invalidação, desde que a impossibilidade seja relativa³⁵¹ ou cesse antes que a condição à qual o negócio jurídico esteja vinculado ocorra (art. 106, CC).³⁵²

³⁴⁸ Segundo a autora, “la diversa configuración del cumplimiento de la obligación no afecta, pués, a la carga de la prueba, que incumbe siempre a quien alega el incumplimiento, pero tiene importantes consecuencias em relación a su contenido. Así, en las obligaciones de resultado, el contenido de la prueba del incumplimiento se limita a la constatación de la falta de resultado; mientras que en las obligaciones de medios, debe probarse la falta de la diligencia exigible en la prestación”. SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 112.

³⁴⁹ É interessante ressaltar que, além desses artigos, o abuso de poder econômico também é proibido pela lei concorrencial.

³⁵⁰ Segue-se, neste ponto, o conselho de Soler Matutes ao tratar das obrigações pré-contratuais. SOLER MATUTES, 2006, p. 341 et seq.

³⁵¹ Sobre o conceito de impossibilidade absoluta e relativa, Venosa assevera que será relativa quando a impossibilidade não atingir a todos indiscriminadamente. A absoluta, por sua vez, impede que

No caso de o objeto tornar-se impossível sem culpa da contratada, a obrigação se resolve. Se houver culpa da contratada, esta deverá responder por perdas e danos. E se o objeto puder ser cumprido por terceiro, poderá a contratante mandá-lo executar às custas da contratada.³⁵³

Por fim, o objeto deve ser determinado ou determinável. No caso específico do contrato de P&D de software, este é também um elemento importante considerando seu caráter inovador. Para que o contrato seja válido, as partes devem saber exatamente sobre o que estão contratando e quais os objetivos almejados. No caso do contrato de P&D de software, ainda que no decorrer do contrato sejam modificados pontos pelas partes, é importante que se tenha claro quais os requerimentos exigidos para o software. Para tanto recomenda-se que antes mesmo do contrato principal, também em fase pré-contratual, as partes construam conjuntamente uma análise de requerimentos, constando todos os problemas que o software deverá solucionar ou as funções que deverá cumprir.³⁵⁴

Se constar do contrato objeto ilícito, impossível ou indeterminável, o negócio jurídico celebrado entre as partes será nulo (art. 166, CC). Essa nulidade poderá ser alegada por qualquer dos interessados e até pelo Ministério Público, se lhe couber intervir (art. 168, CC).

qualquer pessoa realize a obrigação. Somente esta é capaz de invalidar o contrato. VENOSA, 2008, v. 2, p. 512.

³⁵² Art. 106, CC. “A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado”.

³⁵³ Art. 248, CC. “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”.

Art. 249, CC. “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

³⁵⁴ Segue-se, neste ponto, o conselho de Soler Matutes ao tratar das obrigações pré-contratuais. SOLER MATUTES, 2006, p. 341 et seq.

4.3 Sujeitos

Outro requisito para a validade do negócio é o de ter agente capaz. Em outras palavras, as partes envolvidas devem ser pessoas físicas ou jurídicas, com personalidade jurídica e capacidade para atos da vida civil.

A personalidade civil da pessoa física surge do nascimento com vida (art. 2º, CC³⁵⁵). A capacidade absoluta é atingida aos dezoito anos completos, desde que a pessoa física não tenha algum problema que possa prejudicar seu discernimento (arts. 3º e 5º, CC³⁵⁶).

No que tange à possibilidade de contratação de menor de dezoito anos, a lei permite que os relativamente incapazes possam atuar em contratos, desde que representados por seus responsáveis ou emancipados (art. 4º, CC³⁵⁷).

Ainda com relação à capacidade das partes, considerando que o resultado do contrato de P&D de software, a princípio, será protegido por propriedade intelectual, é importante destacar uma observação feita por Manso. Segundo ele, para aquisição original de direitos autorais – isto é, para criar uma obra – não é exigida nenhuma espécie de capacidade, “nem civil, nem política [...], nem econômica, nem trabalhista, [...]”. Mas para qualquer outra hipótese de aquisição de direitos autorais – quer seja titular original, como no caso de obra coletiva, quer seja

³⁵⁵ Art. 2º, CC. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

³⁵⁶ Art. 3º, CC. “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. 5º, CC. “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”.

³⁵⁷ Art. 4º, CC. “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”.

titular derivado, como no caso da cessão – será necessária a capacidade determinada pela legislação civil.³⁵⁸

Ainda com referência à pessoa física, vale destacar a questão do requisito de especialidade técnica da contratada. No contrato de P&D de software, por envolver prestação de serviço especializada, a capacidade técnica da parte contratada – ou, no caso de contrato cooperativo³⁵⁹, das partes envolvidas – deve ser observada.³⁶⁰

Tal elemento é importante principalmente no que se refere aos defeitos do negócio jurídico, também aplicáveis aos contratos de P&D de software. Dentre eles está a possibilidade de erro contra a pessoa, ou de dolo, conforme o disposto no art. 138 e seguintes do CC³⁶¹ – o que pode implicar nulidade de contrato.³⁶² A eventual incapacidade técnica do criador, embora possa ser alegada em caso de defeito do negócio jurídico, deve ser objeto de prova pericial ou similar, tendo em vista não existir regulamentação quanto à necessidade de registro profissional ou órgão de classe, ao contrário do que acontece com advogados, contadores, médicos e outros profissionais.

A atividade do profissional de informática ainda não foi alvo de regulamentação – em que pese os projetos de lei³⁶³ e as ações políticas de

³⁵⁸ MANSO, Eduardo V. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: RT, 1989, p. 14.

³⁵⁹ Veja-se a seção 4.4.1.

³⁶⁰ 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 de o 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.

³⁶¹ Art. 138, CC. “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

Art. 139. CC. “O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.

³⁶² 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”.

³⁶³ 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 n. 1947, de 10 de setembro de 2003; Projeto de Lei n. 1746, de 19 de agosto de 2003; Projeto de Lei n. 1561, de 19 de julho de 2003; Projeto de Lei n. 6639, de 24 de abril de 2002; Projeto de Lei n. 981, de 20 de maio de 1999; Projeto de Lei n. 2194, de 18 de julho de 1996; Projeto de Lei n. 815, de 17 de agosto de 1995.

entidades ligadas a software³⁶⁴, nesse sentido. Assim, há liberdade de contratação quanto a requisitos formais para comprovação de especialidade profissional.³⁶⁵

As pessoas jurídicas que figuram como partes do referido contrato podem ser de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras.

São consideradas pessoas jurídicas de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, inclusive as associações públicas, e demais entidades de caráter público criadas por lei (art. 41, CC³⁶⁶). As de direito público externo são os Estados estrangeiros e as pessoas regidas pelo direito internacional público (art. 42, CC³⁶⁷).

Sobre a possibilidade de atuação de pessoas jurídicas de direito público em contrato de P&D de software, é interessante ressaltar que este é um dos pontos estratégicos da política nacional: fomentar parcerias entre entes públicos e privados para a P&D tecnológica do país.³⁶⁸ Neste sentido se expressa, por exemplo, a Lei de

³⁶⁴ Um exemplo de articulação política para regulamentação da atividade do profissional em informática é o da Associação das Empresas Brasileiras em Tecnologia da Informação, Software e Internet (ASSESPRO), sendo a Regulamentação da Profissão (ou seja, criar um Conselho de Auto-regulamentação) um dos projetos prioritários da associação, juntamente com a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE) e a Associação de Usuários de Informática e Telecomunicação (SUCESU). Informação disponível em: <<http://www.assespro.org.br/pp.doc>>. Acesso: 16 jan. 2006. Ver também o trabalho da Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e similares (Fenadados). Disponível em: <http://www.fenadados.org.br/index.php?secao=secoes.php&sc=128&sub=MA=&url=d_conteudo.php>. Acesso: 29 jan. 2006.

³⁶⁵ Não obstante a possibilidade legal de contratação de pessoas físicas, a maior incidência de partes envolvidas em contratos de P&D de software tende a ser de pessoas jurídicas. Isto se justifica pelo porte do contrato e seus efeitos no âmbito econômico-comercial. Cf. SOLER MATUTES, Pere. Las partes contratantes. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 325. Ressaltando a mudança da sociedade, do papel das empresas e, conseqüentemente, dos contratos, está Silvio de Salvo Venosa, ao afirmar que “enquanto se cuidava de uma sociedade predominantemente agrícola, a propriedade e o poder patriarcal desempenhavam o instrumento principal da circulação de recursos. A economia apresentava um aspecto estático que perdurou durante séculos [...]. Quando se cuida da sociedade dinâmica, o perfil da geração de recursos já é determinado não mais pela propriedade, mas pela empresa. No mundo atual, a empresa imiscui-se na vida de cada indivíduo”. Venosa complementa: “Neste diapasão, ao contrário do que inicialmente possa parecer, o contrato, e não mais a propriedade, passa a ser o instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia”. O autor completa: “O contrato torna-se hoje, portanto, um mecanismo funcional e instrumental da sociedade em geral e da empresa”. Cf. VENOSA, 2008, p. 354; 353; 354.

³⁶⁶ Art. 41, CC. “São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código”.

³⁶⁷ Art. 42, CC. “São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público”.

³⁶⁸ Veja-se a seção 2.1.

Inovação, que, em seu art. 3º, destaca a possibilidade de estímulo e apoio às alianças estratégicas e aos projetos de cooperação entre empresas nacionais, ICTs e organizações de direito privado sem fins lucrativos.³⁶⁹ A contratação administrativa, portanto, será uma ferramenta muito utilizada neste tipo de negócio jurídico, e sobre ela incidirão leis especiais, conforme será visto adiante.

Vale destacar também que nas próprias legislações de incentivos fiscais – tais como a Lei nº 8.248/1991, que prevê incentivos para o setor de informática e automação – existe a determinação de que as empresas de informática que pretenderem fazer jus a tais incentivos deverão investir em atividades de P&D. Dentre as formas de investimento estão os convênios com centros, institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino (art. 11³⁷⁰). Tais centros, institutos ou entidades, para que possam receber os investimentos das empresas, devem estar credenciados no CATI.³⁷¹

³⁶⁹ Art. 3º, Lei de Inovação. “A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores. Parágrafo único. O apoio previsto neste artigo poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos”.

³⁷⁰ Art. 11, Lei n. 8.248/1991. “Para fazer jus aos benefícios previstos no art. 4º desta Lei, as empresas de desenvolvimento ou produção de bens e serviços de informática e automação deverão investir, anualmente, em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação a serem realizadas no País, no mínimo 5% (cinco por cento) do seu faturamento bruto no mercado interno, decorrente da comercialização de bens e serviços de informática, incentivados na forma desta Lei, deduzidos os tributos correspondentes a tais comercializações, bem como o valor das aquisições de produtos incentivados na forma desta Lei ou do art. 2º da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, conforme projeto elaborado pelas próprias empresas, a partir da apresentação da proposta de projeto de que trata o § 1º do art. 4º desta Lei. § 1º No mínimo dois vírgula três por cento do faturamento bruto mencionado no caput deste artigo deverão ser aplicados como segue: I – mediante convênio com centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, credenciados pelo comitê de que trata o § 5º deste artigo, devendo, neste caso, ser aplicado percentual não inferior a um por cento; II – mediante convênio com centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, com sede ou estabelecimento principal situado nas regiões de influência da Sudam, da Sudene e da região Centro-Oeste, excetuada a Zona Franca de Manaus, credenciados pelo comitê de que trata o § 5º deste artigo, devendo, neste caso, ser aplicado percentual não inferior a zero vírgula oito por cento; III – sob a forma de recursos financeiros, depositados trimestralmente no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991, devendo, neste caso, ser aplicado percentual não inferior a zero vírgula cinco por cento. § 2º Os recursos de que trata o inciso III do § 1º destinam-se, exclusivamente, à promoção de projetos estratégicos de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação, inclusive em segurança da informação.[...]”.

³⁷¹ Obrigação determinada pelo art. 8º, § 1º, I e II, do Dec. n. 5.906/2006, que regulamenta a Lei n. 8.248/1991. No mesmo Decreto também se determina o que se entende por centros, institutos de pesquisa e entidades de ensino brasileiras contempladas no art. 8º: “Art. 27. Para fins do art. 8º, considera-se como centro ou instituto de pesquisa ou entidade brasileira de ensino, oficial ou

Pessoas jurídicas de direito privado, por sua vez, são as associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos (art. 44, CC³⁷²). Elas passam a existir juridicamente a partir da inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro (art. 45, CC³⁷³).

São consideradas sociedades nacionais as organizadas conforme o direito brasileiro e cuja sede da administração esteja em território brasileiro (art. 1.126, CC³⁷⁴).

Sendo sociedade estrangeira, deverá ter autorização do Poder Executivo para funcionar no país, ainda que seja por meio de estabelecimentos subordinados.

reconhecida: I - os centros ou institutos de pesquisa mantidos por órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que exerçam atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação; II - os centros ou institutos de pesquisa, as fundações e as demais organizações de direito privado que exerçam atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação e preencham os seguintes requisitos: a) não distribuam qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no resultado, por qualquer forma, aos seus dirigentes, sócios ou mantenedores; b) apliquem seus recursos na implementação de projetos no País, visando à manutenção de seus objetivos institucionais; e c) destinem o seu patrimônio, em caso de dissolução, a entidade congênere do País que satisfaça os requisitos previstos neste artigo; III - as entidades brasileiras de ensino que atendam ao disposto no art. 213, incisos I e II, da Constituição, ou sejam mantidas pelo Poder Público conforme definido no inciso I deste artigo, com cursos nas áreas de tecnologias da informação, como informática, computação, engenharias elétrica, eletrônica, mecatrônica, telecomunicações e correlatos, reconhecidos pelo Ministério da Educação”.

³⁷² Art. 44, CC. “São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. § 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica”. Para o credenciamento no CATI devem-se observar as Resoluções CATI n. 13, de 15 de junho de 2005 (que “estabelece os critérios para credenciamento de centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas”); n. 17, de 1º de julho de 2005 (que institui roteiros para apresentação de pleito de credenciamento de centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas); n. 18, de 10 de agosto de 2005 (que dispõe sobre o credenciamento de incubadoras de empresas de base tecnológica em tecnologias da informação e sobre as condições de aplicação em pesquisa e desenvolvimento junto a empresas a elas vinculadas, para os fins previstos nos §§ 6º e 7º do art. 9º do Decreto n. 3.800, de 20 de abril de 2001).

³⁷³ Art. 45, CC. “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

³⁷⁴ Art. 1.126, CC. “É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração. Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios”.

Esta regra não se aplica à possibilidade de a sociedade estrangeira ser acionista de empresa anônima brasileira (art. 1.134, CC³⁷⁵).³⁷⁶

É mister destacar que poderão figurar como sujeitos do contrato de P&D de software mais de duas partes, de naturezas jurídicas distintas. Pode existir, por exemplo, um projeto de P&D de software envolvendo uma ICT (pessoa jurídica de direito público interno)³⁷⁷, uma empresa nacional (pessoa jurídica de direito privado nacional) e uma empresa estrangeira (pessoa jurídica de direito privado estrangeira). Nestes casos deve-se observar a natureza de cada parte e aplicar ao contrato o regime jurídico específico. No exemplo citado, deve atentar-se para as normas de contratos administrativos, bem como para as nuances que envolvem a empresa estrangeira.

4.4 Forma e modelos contratuais

Voltando aos elementos de validade do negócio jurídico, o terceiro determinado pelo art. 104 do CC é o da forma prescrita ou não-defesa em lei. Como observado, o contrato de P&D de software não está submetido a requisitos formais para ter validade. Também é um contrato atípico. Logo, cabe às partes determinar a forma pela qual será celebrado e seu conteúdo, observadas as características advindas de sua natureza e as proibições legais.

³⁷⁵ Art. 1.134. “A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira. [...]”.

³⁷⁶ Ainda que este dispositivo do CC só se refira a sociedades anônimas, alguns doutrinadores defendem a possibilidade de associação de empresas estrangeiras a qualquer tipo de sociedade brasileira. Dentre eles estão Antônio Félix de Araújo Cintra e Renato Berger, que afirmam basear-se o art. 1.134 do CC na antiga Lei de Sociedades Anônimas (Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940), que diferenciava empresa brasileira de empresa brasileira de capital nacional. Contudo, com a Emenda Constitucional n. 6, de 1995, tal diferença foi suprimida, o que permitiria a contratação com qualquer tipo de sociedade nacional. Assim, para suprir essa lacuna legislativa, está tramitando o Projeto de Lei n. 4.917, de 25 de março de 2009, que pretende autorizar a participação de empresas estrangeiras como sócias ou quotistas de qualquer tipo societário brasileiro.

³⁷⁷ Que, conforme o art. 2º, V, da Lei de Inovação, é “órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico”.

Mesmo sendo não-formal e atípico, existem algumas características comuns que permitem pontuar classificações além das já indicadas, bem como enquadrar tal contrato em determinados regimes jurídicos.

Antes de prosseguir é importante estabelecer uma delimitação temática. Observou-se que o processo de P&D de software pode ser negociado não só por meio de contratos que têm como objeto principal a obrigação de fazer P&D em si, mas por outros tipos contratuais – envolvendo direitos societários, por exemplo. Assim, podem existir atos empresariais, como fusões, aquisições ou formação de novas empresas, que têm como finalidade intrínseca incorporar o setor de P&D de uma terceira empresa. Partindo de tal premissa, uma análise completa e aprofundada da contratação de P&D de software poderia envolver todas estas possibilidades.

O objetivo da tese, contudo, é a análise das regras de contratação internacional aplicadas aos contratos de P&D de software, razão por que se delimitará a abordagem, excluindo temas societários e propondo uma visão generalizada de alguns tipos contratuais que tenham como objeto principal o processo de P&D de software em si.

Feito o corte temático, prossegue a análise contratual no que se refere às características comuns que enquadram tais contratos a modelos e regimes jurídicos. O foco serão os aspectos que podem classificar os contratos de P&D em tipos diferentes: quanto à sua finalidade e filosofia, e quanto ao regime jurídico.

Quanto à finalidade e filosofia do contrato de P&D de software, o mesmo pode ser dividido em dois modelos distintos: obrigacional e cooperativo. O primeiro verifica-se quando a parte contratada é a única responsável pelo cumprimento da prestação principal do contrato, cabendo à contratante pagar o preço pelo serviço. Já nos contratos denominados cooperativos, as partes contratuais são co-responsáveis pela prestação principal.

Segundo Pimentel, quanto ao regime jurídico regulador, tais contratos podem ser classificados em quatro: administrativo, civil-comercial, consumerista e trabalhista.³⁷⁸

³⁷⁸ Cf. PIMENTEL, Luiz Otávio. Contratos de transferência de tecnologia. In: III SEMINÁRIO: A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FATOR DE INTELIGÊNCIA COMPETITIVA. 08 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tecpar.br/appi/seminario/Palestras3/minicurso%20Luiz%20Otavio%20Pimentel.pdf>>. Acesso: 04 maio 2010.

Os acordos administrativos são os celebrados entre pessoas jurídicas de direito público ou entre estas e particulares. São regulados por direito público, mas observam as regras contratuais de direito privado. A autonomia da vontade é mais restritiva, sendo possível às partes celebrar somente o que é permitido em lei.

Já os contratos civis e comerciais, reguladas pelo CC, são celebrados por pessoas jurídicas ou físicas de direito privado, gozando de maior autonomia da vontade se comparados aos contratos administrativos. Nestes instrumentos as partes poderão acordar pontos não proibidos por lei.

Os contratos envolvendo direito do consumidor ou questões trabalhistas são regidos por normas que visam proteger a parte hipossuficiente da relação negocial – o consumidor e o trabalhador. Por esta razão, a autonomia da vontade é limitada se comparada à dos contratos civis e comerciais, já que existe proibição de cláusulas consideradas abusivas, além da inversão do ônus da prova, que cabe ao fornecedor (no caso do consumidor) ou ao empregador (no caso do trabalhador).

Ainda que estes dois últimos regimes sejam importantes, seus respectivos contratos não serão foco de análise.

4.4.1 Contratos cooperativos e obrigacionais

Conforme destacado no início desta seção, vários são os modelos passíveis de ser utilizados para a celebração de um contrato de P&D de software. Pode-se contratar com outra pessoa física ou jurídica (empresa, instituição de pesquisa e/ou ensino) para realizar a atividade de P&D de software; pode-se contratar com outra pessoa física ou jurídica para, juntamente com ela, realizar P&D de software; pode-se formar nova pessoa jurídica com esta finalidade.

Basicamente, no que respeita à sua finalidade e filosofia, os contratos de desenvolvimento de software podem ser divididos em dois modelos: a) os que visam a que a parte contratada execute a prestação da obrigação de fazer e a contratante pague o preço por esta (obrigacional); e b) os que criam obrigação entre as partes, as quais, de forma cooperativa, executarão a prestação principal do contrato (cooperativo).

Corroborando tal entendimento, Soler Matutes classifica os modelos de contratos de desenvolvimento de software, no que tange à sua filosofia e finalidade, em obrigacional e cooperativo.³⁷⁹ O primeiro empresta mais ênfase à especificação de detalhes relacionados aos direitos e deveres de cada parte, regulando as consequências no caso de inadimplemento de obrigações. Já o segundo aborda a relação entre as partes como um vínculo de cooperação, “quase associativo”, onde a definição de direitos e deveres de cada parte não é o foco principal do contrato. Logo, no modelo obrigacional “as partes aparecem como ‘adversárias’ e com ‘interesses contrapostos’, sendo a contratada a única obrigada e responsável da consecução do projeto frente ao cliente”. Já no modelo cooperativo, “ambas partes são configuradas como ‘corresponsáveis’ no bom fim do projeto”.³⁸⁰

Ao analisar a Lei de Inovação, tal classificação também é adotada pelo legislador pátrio, quando diferencia os tipos contratuais passíveis de celebração pelas ICTs. Assim, elas podem contratar prestação de serviços voltada à inovação (art. 8º, Lei de Inovação³⁸¹), como também celebrar acordos de parceria para a realização de atividades conjuntas (art. 9º, Lei de Inovação³⁸²).

³⁷⁹ O termo *cooperativo*, ainda que possa ser substituído por *colaborativo*, parece ser mais adequado aos propósitos de P&D tecnológica. Vê-se tal situação inclusive em alguns exemplos obtidos numa rápida pesquisa na Internet: “Contrato de Cooperação Técnica”, da Embrapa, setor de hortaliças. Disponível em: <http://www.anapa.com.br/principal/images/stories/documentos/anapa_embrapa_07.doc>. Acesso: 05 maio 2010; “Contrato [...] para cooperação técnica em estudos e projetos”, da Fundação Coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos, COPPETEC, vinculada a UFRJ. Disponível em: <http://www.sisbahia.coppe.ufrj.br/COPPETEC_CooperacaoTecnicoCientifica.doc>. Acesso: 05 maio 2010. Este termo também é encontrado na própria Lei de Inovação, quando, por exemplo, determina “estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação”, no seu Capítulo II.

³⁸⁰ Cf. SOLER MATUTES, Pere. El contrato de desarrollo de software (II): las obligaciones de las partes. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 588. [“Mientras en el modelo obligacional las partes aparecen como ‘adversarios’ e con ‘intereses contrapuestos’, siendo el contratista el único obligado y responsable de la consecución del proyecto frente al cliente, en el modelo cooperativo, ambas partes son configuradas como ‘corresponsables’ en el buen fin del proyecto”] (*tradução livre*).

³⁸¹ Art. 8º, Lei de Inovação. “É facultado à ICT prestar a instituições públicas ou privadas serviços compatíveis com os objetivos desta Lei, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. § 1º A prestação de serviços prevista no caput deste artigo dependerá de aprovação pelo órgão ou autoridade máxima da ICT. § 2º O servidor, o militar ou o empregado público envolvido na prestação de serviço prevista no caput deste artigo poderá receber retribuição pecuniária, diretamente da ICT ou de instituição de apoio com que esta tenha firmado acordo, sempre sob a forma de adicional variável e desde que custeado exclusivamente com recursos arrecadados no âmbito da atividade contratada. § 3º O valor do adicional variável de que trata o § 2º deste artigo fica sujeito à incidência dos tributos e contribuições aplicáveis à espécie, vedada a incorporação aos vencimentos, à remuneração ou aos proventos, bem como a referência como base de cálculo para qualquer benefício, adicional ou vantagem coletiva ou pessoal. § 4º O

Pimentel corrobora tal diferenciação, classificando os tipos contratuais da Lei de Inovação em: a) “encomenda de pesquisa”, por meio de “prestação de serviços voltada à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo”; b) “parceria para P&D”, envolvendo atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento tecnológico; e c) “transferência de tecnologia”.³⁸³

Ainda é possível encontrar a diferenciação no direito administrativo, que distingue contratos administrativos de convênios. Ambos são espécies do gênero acordo administrativo, que envolve duas ou mais vontades com um objetivo comum – nos contratos, porém, tais vontades são divergentes, enquanto convergem nos convênios, caracterizando mútua colaboração entre as partes.³⁸⁴

O contrato de P&D de software, portanto, sendo caracterizado como um contrato de desenvolvimento com objetivo inovador, pode estar conforme ao modelo obrigacional ou cooperativo, ou a ambos.

No primeiro modelo, o contratante encomendará P&D de software, cabendo à contratada o cumprimento da prestação obrigacional. Isso não significa, porém, que não haverá colaboração daquele tanto na fase inicial quanto durante a execução do projeto. Como será um software desenvolvido conforme as necessidades da contratante, sua participação será fundamental, principalmente com o fornecimento de informações para que a contratada cumpra a obrigação de forma adequada.

adicional variável de que trata este artigo configura-se, para os fins do art. 28 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, ganho eventual”.

³⁸² Art. 9º, Lei de Inovação. “É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas. § 1º O servidor, o militar ou o empregado público da ICT envolvido na execução das atividades previstas no caput deste artigo poderá receber bolsa de estímulo à inovação diretamente de instituição de apoio ou agência de fomento. § 2º As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 6º desta Lei. § 3º A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no § 2º deste artigo serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes”.

³⁸³ PIMENTEL, Luiz Otávio. In: WORKSHOP LEI DE INOVAÇÃO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA AS UNIDADES DE PESQUISA DO MCT, 05 jun. 2008. Belém-PA. Disponível em: <<http://www.museu-goeldi.br/nitt/workshop/Luiz%20Pimentel%20-Belem-5jun2008.pdf>>. Acesso: 04 maio 2010; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade intelectual e contratos: conceitos básicos*. 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.propesquisa.ufsc.br/arquivos/Pimentel-Definicoes-Ago2007.pdf>>. Acesso: 02 maio. 2010, p. 19.

³⁸⁴ Tema que será esmiuçado na seção 4.4.3.

No modelo cooperativo, por sua vez, haverá a participação das partes envolvidas de forma quase associativa, devendo a prestação obrigacional ser cumprida por ambas.

A classificação dos contratos num ou noutro modelo será importante principalmente no que se refere à carga obrigacional de cada parte e à sua responsabilização contratual e extracontratual.

Se for um contrato obrigacional, caberá à contratada cumprir a obrigação de fazer P&D de software. Partindo do pressuposto de que a natureza jurídica normalmente será de prestação de serviço, sua responsabilidade está em executar as atividades atinentes ao processo de P&D com diligência adequada aos propósitos contratuais. Se, por outro lado, for estipulada cláusula que vincule o cumprimento à uma obrigação de resultado, a contratada deverá entregar o software desenvolvido à contratante.

A obrigação da contratante, nesse caso, será a de pagar o preço, além das obrigações acessórias, como fornecer a informação necessária, nos prazos estipulados, atuando de forma colaborativa; receber os relatórios da forma estipulada; dar recibo comprovando a entrega; e avaliar e aprovar (se for o caso) as etapas do cronograma estipuladas em contrato, entre outros. Contudo, ela não terá obrigação de participar das atividades de pesquisa, dos trabalhos teóricos e/ou práticos e do desenvolvimento do projeto.

Logo, a responsabilidade pelo funcionamento adequado do software será, a princípio, da contratada, dependendo das circunstâncias estipuladas nas cláusulas referentes ao resultado do projeto, bem como do cumprimento das obrigações acessórias por parte da contratada.

Já no caso de contrato cooperativo, a responsabilidade pelo processo de P&D será de ambas as partes (no caso de contrato bilateral). Caberá a elas atuar com a diligência adequada para o efetivo cumprimento do contrato. No caso do contrato cooperativo de P&D de software, é mais difícil visualizar uma obrigação de resultado (levando em conta que as atividades serão realizadas conjuntamente, além da presença do elemento inovador descrito na seção 4.1.2). Entretanto, considerando a liberdade contratual das partes, nada obsta a que seja incluída a referida cláusula.

Dessa forma, via de regra será celebrado um contrato com natureza jurídica de prestação de serviços, onde ambas as partes deverão atuar conforme as obrigações especificadas, de acordo com a especialidade de cada uma.

Os modelos cooperativo e obrigacional podem estar presentes num único contrato, principalmente nos que envolvem mais de duas partes, com cargas obrigacionais plurilaterais. Pode-se exemplificar com o caso de uma multinacional do setor de software que contrata com uma pequena empresa informática que atua na área de P&D e uma universidade que possui pesquisas no mesmo setor. A multinacional poderá ser responsável pelo repasse dos recursos para executar o projeto, o qual será levado a cabo conjuntamente pela pequena empresa e pela universidade, cada uma dentro de suas especialidades e obrigações contratuais estipuladas.

Feitos estes breves apontamentos sobre o modelo contratual obrigacional e cooperativo, passa-se a analisar os regimes jurídicos que poderão regular as relações contratuais envolvendo P&D de software, especialmente o civil-comercial e o administrativo.

4.4.2 Contratos civis e comerciais

O primeiro regime a ser analisado é o dos contratos civis e comerciais. Como visto, nestes negócios jurídicos a autonomia da vontade está mais presente porque não estão vinculados ao princípio da legalidade, como ocorre nos contratos administrativos.³⁸⁵ Em outras palavras, as partes poderão acordar o que não for proibido por lei. Os princípios norteadores desse tipo de contratação são: autonomia da vontade³⁸⁶, força obrigatória dos contratos³⁸⁷, relatividade³⁸⁸ e boa-fé.³⁸⁹

Caberá às partes determinar não só se contratarão, mas também a forma pela qual celebrarão o negócio jurídico e seu conteúdo, observadas as limitações legais. Ele será regido principalmente pelo CC de 2002, que unificou os regimes jurídicos civis e mercantis.

Dentre as limitações a observar estão as causas de nulidade do contrato relacionadas nos arts. 166 e 167 do CC. Pode-se mencionar a possibilidade de invalidação se o motivo determinante para a realização do contrato, por ambas as partes, for ilícito (art. 166, III, CC) ou se tiver como objetivo fraudar lei imperativa (art. 166, VI). Também será nulo se o contrato for uma simulação para “conferir ou

³⁸⁵ Observa-se, contudo, que, além das proibições legais, a liberdade contratual está adstrita a princípios gerais como bons costumes, normas de ordem pública (art. 17, LICC), função social do contrato (art. 421, CC) e boa-fé (art. 422, CC).

³⁸⁶ É a liberdade de contratar das partes, que pode ser vista sob dois prismas, conforme Venosa: “Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos)”. VENOSA, 2008, p. 359.

³⁸⁷ É o princípio do *pacta sunt servanda*: o contrato faz lei entre as partes. Segundo Venosa, “um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes. [...] O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos”. VENOSA, 2008, p. 360.

³⁸⁸ Segundo Venosa, este princípio se refere ao fato de que, geralmente, “o contrato só atinge aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem em princípio, nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros. [...] Esse princípio de relatividade não se aplica tão somente em relação às partes, mas também em relação ao objeto. O contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros”. Ambas as regras podem sofrer exceções. VENOSA, 2008, p. 361.

³⁸⁹ É o “dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato [...]” (art. 422, CC). Este princípio atine à interpretação do contrato e não está desvinculado do exame da função social. Outro ponto ressaltado por Venosa, no que se refere à boa-fé, é seu caráter objetivo e não subjetivo, principalmente no que tange à aplicação do art. 422, CC. Logo, o intérprete não vai avaliar se o contratante pensava que aquele ato era de má-fé, ou não. Ele vai basear-se no padrão de conduta comum, do homem médio, para avaliar se em determinado contrato foi guardada a boa-fé. Ainda são dispositivos que reportam à boa-fé objetiva os arts. 113 e 187 do CC. Cf. VENOSA, 2008, p. 362.

transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem” ou contiver “declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira” ou o instrumento particular for antedatado, ou pós-datado”. O contrato subsistirá, contudo, se for válido na substância e na forma (art. 167, CC).

Como afirmado na seção anterior, os contratos civis e comerciais poderão ser enquadrados na classificação de cooperativos ou obrigacionais, bem como reunir os dois modelos num mesmo contrato.

4.4.2.1 Contrato de prestação de serviços

Neste contrato, uma parte será responsável pela execução da P&D de software (contratada) conforme as informações e necessidades da contratante. A principal obrigação será a de executar o processo de P&D para a criação do software almejado. A contraprestação será a de pagar o preço acertado. Será regido, principalmente, pelos arts. 593 a 609 do CC, sobre prestação de serviços.

Eventualmente as partes poderão acordar que a obrigação de fazer somente será cumprida após a entrega do software, o que vinculará o contrato também às disposições do contrato de empreitada. Não deixará de ser um contrato de prestação de serviços, mas terá a obrigação acessória de entregar a coisa para que a obrigação seja cumprida pela contratada. Assim, além das disposições atinentes ao contrato de prestação de serviço, deverão ser observados os arts. 610 a 626 do CC, referentes à empreitada.

4.4.2.2 *Joint venture*

Exemplo muito utilizado de contrato cooperativo dentro do regime jurídico de contratos civis e comerciais é o dos chamados de *joint ventures*, principalmente no que tange às negociações envolvendo P&D e tecnologia.³⁹⁰

Este instrumento, também denominado “contrato de empreendimento comum”³⁹¹, é um acordo celebrado entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) com a finalidade de atingir um objetivo específico e comum, compartilhando para tanto os riscos da atividade.³⁹² Conforme Luiz Olavo Batista e Aníbal Sierralta Ríos,

³⁹⁰ Como observam Luiz Olavo Baptista e Anibal Sierralta Ríos, “la tecnología es actualmente un fuerte estímulo para establecer *joint venture*. Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la mayoría de las operaciones que se hacen en el mundo bajo esta modalidad son por el interés en el uso tecnológico, o aprovechamiento de técnicas administrativas o mercadológicas”. Cf. BAPTISTA, Luiz Olavo; SIERRALTA RÍOS, Anibal. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. 2. ed. Lima; São Paulo: Fondo Editorial de la Academia Diplomática del Perú; Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais, 1993, p. 198.

³⁹¹ Cf. PINHEIRO, Luis de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint-venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁹² Mais conceitos doutrinários de *joint venture*: para Baptista e Sierralta, “es la asociación de dos o más personas naturales o morales que se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica específica, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados unicamente en miras al objeto específico del contrato o en un lapso determinado”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 190. Finkelstein: “De origem obscura, *joint venture* nada mais é do que uma cooperação entre empresas ou pessoas que pode ou não assumir forma societária”. FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Joint ventures e capital estrangeiro*. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Direito societário: gestão e controle*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 257 (Série GVLaw). Pedro Romano Martinez (1996): “Estar-se-á perante um contrato de *joint venture* quando duas entidades, em regra duas empresas, se associam na prossecução de um fim comum, sem que nenhuma delas perca a sua autonomia jurídica; [...]. Neste caso, a *joint venture* assume a situação jurídica, usualmente designada por consórcio. Numa outra modalidade, o contrato de *joint venture* pode dar origem a uma nova entidade (uma sociedade), com personalidade jurídica distinta, sem, todavia, se proceder a uma fusão das empresas signatárias, que mantêm a sua personalidade jurídica autônoma”. MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos em especial*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 337. Segundo Daniel Amin Ferraz, “é um acordo de cooperação (sem forma própria) entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que podem exercer a administração conjunta, e que têm o dever de busca do objetivo comum, atuante na expectativa de ganho ou benefício (não necessariamente imediato). Há que se falar, por fim, na possibilidade de se constituir entre pessoas nacionais ou entre pessoas estrangeiras, segunda hipótese mais freqüente no mundo negocial moderno”. FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 119-120. No que tange a este contrato no comércio internacional, Marilda Rosado de Sá Ribeiro destaca a complexidade de sua definição: “A definição de *joint venture*, que é um instrumento comercial complexo, tem alcance limitado, tanto por razões históricas como pelo fato de que ela pode enquadrar-se na legislação do país de origem ou na do país de sua atuação. Assim, sua noção encadeia-se à de outros institutos jurídicos sem com eles confundir-se. Além disso, a *joint venture* pode dar-se nos diferentes estágios de internacionalização vividos pelas empresas”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo: temas de direito petrolífero e de direito do comércio internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 89.

sua característica essencial é o objetivo comum das partes, que limita a atuação das mesmas aos parâmetros estabelecidos. Portanto, um típico contrato cooperativo.³⁹³

Dependendo do elemento analisado no contrato, o mesmo pode ser classificado de diversas maneiras.³⁹⁴

Quanto à nacionalidade das partes, o contrato pode ser: a) *joint venture* nacional, integrado por partes da mesma nacionalidade; b) *joint venture* estrangeiro, formado por partes de nacionalidades diferentes, mas em que nenhuma é do país-hóspede; e c) *joint venture* internacional, no qual uma das partes tem nacionalidade do país-hóspede e a outra não.³⁹⁵

Ainda pode ser classificado em: a) *joint venture* societária; e b) *joint venture* contratual. As primeiras, também chamadas de “*corporate joint ventures*”, são aquelas nas quais existe uma associação de interesses e compartilhamento de riscos, formando-se uma pessoa jurídica com personalidade independente para gerir tais objetivos. Já nas *joint ventures* contratuais, também chamadas de “*non corporate joint ventures*”, há associação de interesses assim como compartilhamento de riscos, mas não se cria um ente com personalidade jurídica independente. A diferença está, então, na formação, ou não, de uma nova pessoa jurídica.³⁹⁶

³⁹³ Baptista e Sierralta Ríos afirmam que existe muita divergência quanto à sua natureza: se é um contrato de sociedade de investimento, uma sociedade comercial irregular, um contrato de financiamento secreto ou, ainda, um contrato de tecnologia. Segundo os autores, é um contrato atípico e *sui generis*, enquadrando-se no sistema romano-germânico, já que envolve também uma forma de gestão. Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 185.

³⁹⁴ Segundo destacam Baptista e Sierralta, os doutrinadores brasileiros tendem a equiparar as *joint ventures* aos consórcios, dentre eles Arnold Wald (concentração empresarial), Waldirio Bulgarelli, José da Silva Pacheco e Fábio Konder Comparato. Ao citar Caballero Sierra, Baptista e Sierralta demonstram as conseqüências deste objetivo comum para as partes: “[...] En el *joint venture* cada miembro actúa como dueño y como agente de los demás miembros, y por ende la promesa de uno equivale a la promesa de todos. Lo ejecutado por un miembro se entiende ejecutado por todos y se presume autorizado para realizar las actividades propias del *joint venture*. Todos los miembros asumen las pérdidas en la proporción convenida, y sus obligaciones se encuentran limitadas a la duración del propio *joint venture*. Entre los miembros se establece una relación de mútua confianza y buena fé, y mientras la organización se encuentre vigente no podrán realizar por su propia cuenta aquellas actividades y actos propios del *joint venture*, pues si así procediesen deberán reintegrar al fondo lo que hubieren obtenido de manera particular”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 188.

³⁹⁵ Cf. BASSO, Maristela. *Joint ventures*: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 44. Baptista e Sierralta não estão de acordo com esta classificação, afirmando que “no creemos que esta modalidad se pueda diferenciar en su esencia entre *joint ventures* domesticas por actuar en el país, e internacionales, cuando están formadas para actuar mediante una filial común en otros países”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 190.

³⁹⁶ Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 186; 190, e FINKELSTEIN, 2008, p. 247-269. Ainda existem autores, dentre eles Enrique Aftalión, que diferenciam as *joint ventures* em domésticas e internacionais. As primeiras são destinadas para atuar no mesmo país dos contratantes. As segundas, para atuar em país diverso, ou vinculando-se a sócio no exterior por meio de novas

No que se refere ao capital, este contrato pode ser diferenciado em: a) *equity joint venture*, onde há associação de capital por todas as partes; e b) *no equity joint venture*, no qual o capital é associado por uma das partes e outra não.³⁹⁷

Outra classificação apresentada pela doutrina é a divisão desses contratos em: a) públicos, envolvendo pessoas jurídicas de direito público; b) privados, admitindo exclusivamente entes particulares; e c) mistos, cujas partes são entes públicos e privados.³⁹⁸

Para facilitar o entendimento, relaciona-se alguns elementos característicos de tal contrato:

a) único objetivo comum e/ou duração determinado: está destinado a uma única finalidade e/ou a um lapso temporal determinado, pelo qual e/ou durante o qual as partes devem efetuar uma contribuição ao esforço comum – dinheiro, direitos, bens, tempo para executar o projeto, conhecimentos etc.,³⁹⁹

b) atuação limitada: as partes deverão executar as atividades almejadas pelo contrato somente dentro dos limites acordados e para os fins pretendidos; e

c) riscos: a atividade contratada envolve riscos, que serão partilhados entre as partes. Daí o termo *joint* (junção, conjunção, comum, conjunto) e *venture* (ousar, arriscar-se).⁴⁰⁰ Também são compartilhados lucros e prejuízos.⁴⁰¹

Não necessariamente existe o ânimo de formar-se uma empresa (*affectio societatis*): as partes almejam a execução de um único objetivo, uma operação determinada – o que não justifica, a princípio, a criação de uma pessoa jurídica. Esta poderá ser formada, todavia, se for conveniente aos propósitos contratuais.⁴⁰²

Não obstante tais elementos, vale ressaltar a observação de Baptista e de Sierralta, quando afirmam que não se pode definir categoricamente o que vem a ser

empresas. Baptista e Sierralta não concordam com esta diferenciação, já que nem toda *joint venture* formará uma nova empresa. Veja-se também: ARAÚJO, Izabella Maria Medeiros e; GALVÃO, Kátia Cheim Pereira; SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. Aspectos tributários das joint ventures no direito brasileiro e seus reflexos na indústria do petróleo. CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO E GÁS, 3, 2005. Salvador: Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP, 2005. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0247_05.pdf>. Acesso: 07 maio 2010.

³⁹⁷ Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 186; 190; ARAÚJO; GALVÃO; SILVEIRA NETO, 2005.

³⁹⁸ Cf. ARAÚJO; GALVÃO; SILVEIRA NETO, 2005.

³⁹⁹ Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 190; e ARAÚJO et al., 2005.

⁴⁰⁰ KONDER, Rosa W. *Longamn english dictionary for portuguese speakers*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico; Longman, 1995.

⁴⁰¹ Cf. ARAÚJO et al., 2005. Estes autores também acrescentam outros elementos, tais como caráter contratual, direito à gestão conjunta das partes e informalidade do contrato.

⁴⁰² Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 188.

este contrato, já que envolve várias formas diferentes (dependendo da autonomia das partes) e também porque, mesmo sendo uma *joint venture* contratual (em que não há formação de nova pessoa jurídica ou associação de capital), esta pode dar lugar a uma sociedade, dependendo das circunstâncias.⁴⁰³ Assim, é um contrato atípico e *sui generis*, não tendo uma lei especial que o regule – pelo que serão aplicados os mesmos dispositivos da contratação em geral, bem como da prestação de serviços, considerando o objeto o contrato em análise (P&D de software).

Cada contrato terá características próprias, com cláusulas específicas concernentes aos objetivos dos contratantes, os quais possuem motivos, ao se associar, para a execução de determinada atividade.⁴⁰⁴

Uma vez definida a *joint venture* como meio de associação, é importante que passe-se por algumas fases até a consecução do negócio. As partes devem, primeiramente, definir quais motivações as levaram à vinculação pretendida. Em seguida vem a negociação comercial, que será formalizada por meio da contratação. Após, define-se como serão a administração e a operação da *joint venture*. E, por fim, os resultados operativos.⁴⁰⁵

Outra característica interessante da *joint venture* é a existência de acordos-base e contratos-satélites, o que demonstra a possibilidade de um contrato

⁴⁰³ Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 189.

⁴⁰⁴ Conforme destacado por Baptista e Sierralta, são três os critérios avaliados para justificar a celebração de um contrato de *joint venture*: a) objetivos estratégicos; b) motivações concretas; e c) expectativas de negócio. Analisados tais critérios, as empresas decidirão o meio pelo qual viabilizarão a associação, podendo ser uma *trading company*, lojas de vendas, concessionárias, subsidiárias ou *joint ventures*. Id., *Ibid.*, 1993, p. 193.

⁴⁰⁵ Segundo estes autores, vários são os possíveis motivos para que as empresas vinculem-se. Eles citam “imagen; facilidades tributarias y fiscales; transferencia tecnológica; control de materias primas; nuevos mercados; presión del país anfitrión; riesgos compartidos; legislación *antimonopólica*; facilidad de mano de obra”. Sobre o objetivo de transferência de tecnologia, em si, asseveram que “la adquisición de destrezas y la explotación de nuevos inventos y procesos, son importantes factores motivacionales para la formación de *joint ventures*. Tales habilidades reducen la incerteza de completar técnicamente un proyecto y pueden disminuir el tiempo necesario para elaborar un producto y colocarlo a disposición del consumidor final. [...] A ello se une la evidencia de que no resta mucho tiempo para aprender o para formar personal para los Departamentos de Investigación y Desarrollo (I&D). Queda entonces como única salida el asociarse con quienes pueden proporcionar o compartir estos medios o recursos. Las empresas de países en desarrollo son, entonces, las que pueden estar motivadas a propiciar la formación de *joint ventures* para satisfacer estas carencias, y para aportar algunas ventajas o posibilidades que a su vez sean móvil para las empresas extranjeras o otras nacionales que hayan alcanzado ciertos niveles de desarrollo tecnológico y que hagan propicia esta vinculación de gestión. [...] Las motivaciones tecnológicas pueden buscar acuerdos actuales o futuros de tecnología. Es decir, para el empleo inmediato o *a posteriori* siendo esta última más costosa. Lo que llevará a un detalle más prolijo en la formulación contractual, pues mientras más nueva o desconocida sea la tecnología para una de las empresas vinculadas más se requerirá de una administración compartida. Ello demandará no solo un buen detalle en su uso y explotación sino también en la protección tecnológica”. BAPTISTA, SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 194; 196 et seq.

envolvendo P&D de software ser principal ou acessório. Uma *joint venture* poderá envolver como único objetivo a P&D para a criação de um software inovador, ou este ser o objetivo de um contrato acessório ao propósito específico da *joint venture*.

Para exemplificar, pode-se citar o caso de empresa estrangeira que firma contrato de *joint venture* com empresa nacional na área de software, almejando adentrar no mercado brasileiro. Logo, o objetivo principal é a atividade no mercado nacional. Ademais, celebram-se contratos-satélites diversos sobre temas como: licenciamento de tecnologia da empresa estrangeira a ser comercializada ou utilizada pela empresa nacional para os fins propostos na *joint venture*; fornecimento de manutenção para os softwares comercializados em território nacional; e execução de P&D para criação de novo software a ser comercializado por ambas as empresas. Observa-se que a P&D de software está como objeto de um contrato-satélite.⁴⁰⁶

Ressalte-se mais uma vez que o foco da presente análise limita-se aos contratos não-societários. *Joint venture*, como já afirmado, não tem regulamentação no ordenamento jurídico nacional, mas é comparado por alguns autores ao consórcio de empresas.

4.4.2.3 Consórcio de empresas

Regulado pelos arts. 278 e 279⁴⁰⁷ da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações – Lei das SAs), este contrato, da mesma forma

⁴⁰⁶ Sobre o tema, ver: BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 200 et seq; FINKELSTEIN, 2008, p. 262 et seq.

⁴⁰⁷ Art. 278, Lei das SAs. “As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio”.

Art. 279, Lei das SAs. “O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio, se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação

que o de *joint venture*, ocorre “quando as empresas, mantendo sua personalidade jurídica e sua autonomia, associam-se através de um contrato, que regula as finalidades, os direitos e as obrigações dos membros”.⁴⁰⁸

Eles também envolvem a vinculação a um objetivo específico e/ou lapso de tempo. A diferença entre estes e os de *joint venture* é que o consórcio é típico, sendo regido pelas disposições concernentes às SAs, enquanto os contratos de *joint venture* não possuem disposições legais a respeito. Além disso, o consórcio somente existirá se envolver pessoas jurídicas, de direito público, privado ou de economia mista – restrição não-existente no caso de *joint venture*.

Esses consórcios são realizados por meio de contratos aprovados pelo órgão da sociedade competente para autorizar alienação de bens do ativo não-circulante (art. 279, Lei das SAs). As sociedades envolvidas neste consórcio respondem cada qual por suas obrigações, não havendo presunção de solidariedade entre elas. Essa regra, todavia, não é totalmente vigente para os casos em que o consórcio participa de licitações, já que o art. 33, V, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, impõe solidariedade entre as consorciadas, tanto na fase da licitação quanto na execução do contrato.⁴⁰⁹ Leon Frejda Szklarowsky critica tal dispositivo, afirmando que “esta norma desnatura totalmente a natureza desta

das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada”.

⁴⁰⁸ Dentre os autores que comparam *joint venture* a consórcio estão ARAÚJO et al., 2005.

⁴⁰⁹ Art. 33, Lei n. 8.666/1993. “Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato. § 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo”.

coligação que existe, transitoriamente, e para fins determinados, quebrando a harmonia do sistema”.⁴¹⁰

Observa-se que tanto o contrato de *joint venture* como o do consórcio, regulado pela Lei das SAs, podem ser celebrados no regime jurídico dos contratos civis-comerciais, como também envolver a administração pública (contratos administrativos).

4.4.3 Acordos administrativos

Acordos administrativos são os celebrados pela administração pública com pessoas jurídicas de direito público ou privado (jurídica ou física). Dentre os acordos envolvendo a administração pública, é possível relacionar aqueles que poderão ser utilizados para a consecução de um projeto de P&D de software.⁴¹¹

Antes de adentrar especificamente nos acordos administrativos, cabe estabelecer uma rápida relação entre P&D pública e P&D privada – ou seja, aquela realizada pelo poder público e aquela onde há investimento privado. A diferenciação será apenas para caracterizar a importância do relacionamento entre entes públicos e privados, principalmente no que respeita à inovação, justificando maior atenção na

⁴¹⁰ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso: 04 maio 2010, p. 5.

⁴¹¹ Muitas vezes é difícil definir o que deve ser feito pelo poder público e o que cabe ao ente privado, principalmente na área de C&T. Veja-se o caso da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e da Petrobras. Ambas as empresas são exemplos da participação ativa de parcerias entre entes públicos e privados, e de atuação do poder público no ambiente produtivo inovador (que a princípio seria privado). Demonstra-se como a intervenção pública em áreas estratégicas da inovação tem fomentado o desenvolvimento tecnológico nacional. Os autores justificam tal intervenção com a teoria das falhas de mercados, onde o Estado deve intervir para compensar pontos onde o mercado não age eficazmente. Alegam que, além das externalidades e bens públicos (dois dos principais exemplos de falhas), existe ainda a falha de mercados incompletos, quando o setor privado não quer assumir os riscos. Segundo os autores, foi o caso do surgimento da Petrobras. Sobre o assunto, ver: FUCK, Marcos Paulo; RIBEIRO, Cassio Garcia; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FURTADO, André Tosi. P&D de interesse público: observações a partir do estudo da Embrapa e Petrobras. *Engevista*, v. 9, n. 2, p. 85-99, dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.uff.br/engevista/2_9Engevista1.pdf>. Acesso: 10 maio 2010.

contratação administrativa de P&D em virtude de sua importância para o desenvolvimento nacional.⁴¹²

Para tanto, cita-se o estudo realizado por Marcos Paulo Fuck *et al.*, por meio do qual analisam o conceito de P&D pública desenvolvido por vários autores. Dos conceitos relacionados no estudo, alguns elementos comuns são destacados para identificar a P&D pública: a) é aquela na qual o Estado investe porque ela não é “adequadamente concebida e financiada pelo mercado competitivo”; aquela cujo resultado é de difícil apropriação, o que não justifica o financiamento pelo setor privado; e aquela que está alinhada com metas de desenvolvimento com benefícios importantes para o bem-estar social e econômico do país.⁴¹³

Baseados nesses conceitos, os autores destacam que, para parte da literatura, o poder público deve restringir-se à P&D pública, não podendo adentrar na área de investimento do setor privado. Justificam tal limitação pelo risco do efeito *crowding out*, que é a substituição do investimento privado pelo investimento público em P&D. Em outras palavras, se o setor público investe, o privado deixará de investir, e não se atingiria a eventual eficácia econômica da inovação.⁴¹⁴

Contudo, os mesmos autores não concordam com o resultado defendido por essa parte da doutrina, alegando que o efeito da atuação do poder público em P&D, tanto pública como privada, pode gerar uma externalidade positiva para a sociedade, chamada de “transbordamento” ou *spillover*. Seria uma complementaridade entre o investimento público e o privado em P&D, isto é, um complementar o outro e o resultado seria maior eficácia da P&D e, conseqüentemente, do processo de inovação e desenvolvimento tecnológico nacional. Conforme justificam:

[...] substituição surge quando há duplicação dos esforços de pesquisa, o que levaria ao sub-investimento privado, o efeito *crowding out*, que está diretamente relacionado à busca de eficiência na definição do mix de gastos do governo nas diferentes atividades de pesquisa e inovação. Já a complementaridade seria principalmente causada pelos efeitos de transbordamento e, principalmente, pela capacidade do investimento público orientar os caminhos da pesquisa para o futuro.⁴¹⁵

⁴¹² Como demonstrado na seção 2.1, a interação público-privado no investimento da P&D é um dos pontos fomentados pela política pública (PDP, PACTI).

⁴¹³ FUKK *et al.*, 2007.

⁴¹⁴ *Id.*, *Ibid.*

⁴¹⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 90 et seq.

Assim, analisando os casos da Embrapa⁴¹⁶ e da Petrobras⁴¹⁷, os autores defendem que se deve aproveitar a tradição de pesquisa pública brasileira, a ser reforçada pela participação privada. Concluem, ainda, que essa divisão conceitual entre P&D pública e privada – o que deve ser feito pelo poder público e o que cabe ao setor privado – não é a mais adequada para entender a dinâmica inovativa.⁴¹⁸

Ressalte-se que o presente relato tem como objetivo demonstrar a importância cada vez maior da interação entre entes públicos e privados, principalmente no que tange ao processo de P&D. Não se quer, aqui, realizar uma análise econômica. Contudo, justifica-se a atenção dada a tais contratos e, principalmente, a necessidade de adequação do marco legal deste negócio jurídico ao ambiente sistêmico de inovação objetivado pela política pública brasileira.⁴¹⁹

Feitos tais registros, prossegue a análise de alguns exemplos de contratos que podem ser firmados envolvendo entes públicos e privados.

⁴¹⁶ Sobre o caso da Embrapa, Fuck *et al.* destacam que, além dela “executar suas atividades de P&D de interesse público em mercados com diferentes graus de participação da iniciativa privada, a forma como o conhecimento gerado pela instituição (que pode estar materializado em novas cultivares, por exemplo) é transferido à sociedade também faz parte de uma estratégia de pesquisa que vise a ampliação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes do novo conhecimento gerado. Ou seja, sobretudo nos mercados onde o grau de concorrência é maior, como nos mercados de soja e milho, por exemplo, as atividades de P&D de interesse público estão diretamente relacionadas às atividades de transferência de tecnologia, o que destaca a necessidade de fortalecimento da política de propriedade intelectual da Instituição”. FUCH *et al.*, 2007, p. 93.

⁴¹⁷ Sobre a Petrobras, eles destacam: “Além da P&D realizada deliberadamente pela Petrobras já possuir um desdobramento positivo para a sociedade brasileira, como, por exemplo, aquela relacionada à busca pela auto-suficiência do país em petróleo, o governo brasileiro, por meio da ANP e da Finep, tem buscado reforçar a P&D de interesse público realizada diretamente pela Petrobras ou pelas universidades, centros de pesquisa e empresas brasileiras, por meio dos recursos oriundos da PE e dos *Royalties*”. FUCH *et al.*, 2007, p. 97.

⁴¹⁸ Nos termos dos autores: “Como não poderia deixar de ser, as práticas de P&D de interesse público variam de caso a caso. Isso revela que para o melhor entendimento de como se realiza o processo de pesquisa científica e tecnológica, um referencial conceitual-teórico que considera uma divisão a priori entre o que deve ficar a cargo do setor público ou do setor privado não é o mais adequado para o entendimento da dinâmica inovativa (se é que já foi um dia). O próprio conceito de P&D de interesse público também é difícil de ser definido a priori, dado que diferentes segmentos possuem diferentes lógicas e diferentes espaços para a atuação dos setores público e privado. A forma de atuação das duas Instituições em análise é um exemplo a ser ainda melhor explorado, aprofundando a discussão de como Instituições Públicas são importantes para o desenvolvimento científico e tecnológico em áreas estratégicas, como é o caso das áreas-alvo das discussões aqui realizadas”. FUCH *et al.*, 2007, p. 98.

⁴¹⁹ Veja-se a seção 2.1.

4.4.3.1 Contratos administrativos

Esses contratos serão regidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, conforme o art. 1º, será aplicada sempre que o contrato envolver órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.⁴²⁰

O parágrafo único do art. 2º da referida lei, por sua vez, conceitua o que vem a ser contrato administrativo:

[...] considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁴²¹

Assim, qualquer acordo de vontades que envolva a administração pública será regido por lei específica de direito público.

Ainda que a lei forneça um conceito amplo de contratos administrativos, eles não se confundem com o convênio – o qual, juntamente com aqueles, é espécie de acordo administrativo.⁴²²

Não obstante regidos por preceitos de direito público, serão aplicadas aos contratos, supletivamente, as normas concernentes a contratos de direito privado. Ademais, a Lei nº 8.666/1993 determina em seu artigo 55 as cláusulas necessárias, que devem constar do contrato.⁴²³

⁴²⁰ Art. 1º, Lei nº 8.666/1993. “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

⁴²¹ Conforme Cretella Junior, são as “convenções ou acordos celebrados por pessoa jurídica pública com outras pessoas jurídicas públicas ou com particulares”. CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 70.

⁴²² Observa-se esta diferenciação até pelo próprio teor do art. 116 da Lei n. 8.666/1993, que determina sua aplicação também aos convênios, ajustes, acordos e outros instrumentos congêneres celebrados pela administração pública. Sobre o assunto, ver: SZKLAROWSKY, 1997.

⁴²³ Art. 55. “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objetivo e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação

Note-se que, no caso de contratação com a administração pública, esta terá algumas vantagens, as quais não são encontradas em contratos civis-comerciais. Um exemplo são as prerrogativas do art. 58 da Lei nº 8.666/1993, que permite à Administração modificar⁴²⁴ ou rescindir unilateralmente, conforme especificações e restrições legais; fiscalizar a execução e aplicar sanções pela inexecução total ou parcial; ou ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços no caso de serviços essenciais.⁴²⁵

e do recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu ao convite, e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. § 1º (Vetado). § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública, com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei. § 3º No ato da liquidação da despesa os serviços de contabilidade comunicarão aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964”.

⁴²⁴ Os casos de modificação estão previstos no art. 65 da Lei n. 8.666/1993. “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...]”.

⁴²⁵ Art. 58 da Lei n. 8.666/1993. “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizá-los a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser

Outro ponto importante é que o contrato administrativo deverá ser formalizado e lavrado nas repartições interessadas, não sendo possíveis contratos verbais, com exceção de pequenas compras de pronto pagamento. Ademais, deverá ser dada publicização da realização deste instrumento pela administração pública.⁴²⁶

Dispositivo muito importante, principalmente no que se refere à contratação de consecução de projetos e serviços técnicos especializados, é o art. 111 da Lei nº 8.666/1993.⁴²⁷ Ele determina que deverá constar em contrato a cessão dos direitos patrimoniais do autor à Administração. Ademais, se este serviço envolver obra imaterial de caráter tecnológico, como é o caso do software, a cessão de direitos envolverá também a entrega de “todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra”.

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU), em auditoria realizada nos contratos para aquisição de bens e serviços de informática pelo Banco do Brasil. Foi constatada a não-inclusão da cláusula de cessão de direitos autorais em contrato de prestação de serviços “de suporte técnico especializado, visando a implementação de metodologias e procedimentos para o aperfeiçoamento dos processos de engenharia da informação” com a empresa Cobra Computadores e

alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

⁴²⁶ Art. 60 da Lei n. 8.666/1993. “Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem. Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento”.

Art. 61 da Lei n. 8.666/1993. “Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei”.

⁴²⁷ Art. 111 da Lei n. 8.666/1993. “A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração. Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra”.

Sistemas S.A. Conforme entendimento do r. Acórdão, tal ausência é uma irregularidade, já que descumpriu a determinação do art. 111 da Lei nº 8.666/1993, que envolve a necessidade de cessão de direitos autorais em qualquer contrato de prestação de serviços técnicos especializados, incluindo desenvolvimento de software. Conforme os termos do relatório:

Verificamos no contrato que o Banco concorda em estabelecer futuramente, em data incerta, as questões sobre direito de propriedade de patentes, protótipos, equipamentos, programas de computador e outros resultados do trabalho, em desacordo com art. 111 da Lei 8.666/93, que prevê que a Administração pública só poderá contratar serviços técnicos desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos.

[...]

Entendemos que o dispositivo em questão deve ser aplicado em todos os contratos celebrados para a prestação de serviços técnicos especializados, inclusive aqueles que envolvam o desenvolvimento de softwares.

[...]

Tal procedimento pode resultar em prejuízos para o Banco, já que a empresa contratada para desenvolver o serviço pode recusar-se a ceder os direitos patrimoniais dele decorrentes. (*grifos inexistentes no original*)⁴²⁸

Este dispositivo se aplica tão somente aos contratos de prestação de serviços, não incluindo as licenças de uso⁴²⁹, que podem ser “adquiridas” pela

⁴²⁸ Para justificar tal posicionamento, o referido relatório também cita a justificação de Jessé Torres Pereira Junior, onde se menciona que “se o autor do projeto ou serviço técnico especializado retivesse, ou transmitisse a seus sucessores, os direitos patrimoniais decorrentes de sua obra criadora contratada pela Administração, poderia cobrá-los enquanto dela fizesse uso e até que caísse no domínio público. Ao contratar, no entanto, a Administração deve fazer corresponder o valor do contrato ao exercício financeiro e está impedida de fazê-lo por prazo indeterminado, o que ocorreria se o autor não cedesse tais direitos”. [PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 909/910]. Contudo, tal irregularidade não foi considerada tão grave pelo TCU pelo fato de o Banco do Brasil ser controlador da empresa Cobra, ainda que fosse determinada a inclusão da referida cláusula tanto nos contratos como nos próprios editais. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Banco do Brasil S.A. Área de aquisição de bens e serviços de informática. Minutas de edital sem aprovação da assessoria jurídica. Ausência de pesquisa de preços. Cobrança de edital por valor superior ao custo de reprodução. Ausência de comprovante de publicação do aviso com resumo do edital em jornal de grande circulação. Ausência, nos editais, de declaração de cessão dos respectivos direitos autorais de projetos ou serviços técnicos especializados. Inexigibilidade de licitação, sem comprovação da existência de apenas uma empresa apta ao fornecimento dos bens ou serviços. Determinação. Arquivamento. Processo nº 006.697/2003-3. Entidade: Banco do Brasil S.A.. Interessado: Tribunal de Contas da União. Ministro relator: Lincoln Magalhães da Rocha. DOU 18 set. 2003.

⁴²⁹ Esta conclusão advém até mesmo da própria corrente majoritária, de incluir o software já desenvolvido e ofertado a indistintas pessoas por meio de contrato de licença não como prestação de serviços, mas como circulação de produto. Daí classificar-se como software-produto (mercadoria), incidindo sobre ele Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS). A jurisprudência pacificou este entendimento, não obstante divergências doutrinárias a respeito. Nesse sentido se alinham decisões do STF: Agravo regimental no recurso extraordinário (RE) nº 285870, de

administração pública. É o que se deduz do processo acima, de relatório de auditoria no Banco do Brasil, onde se constata não existir qualquer irregularidade em contrato de “licença de uso em caráter intransferível de Programas S/390 IBM” celebrado com IBM Brasil - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.⁴³⁰

Este dispositivo é questionado por parte da doutrina, que afirma ser o mesmo um eventual custo desnecessário à Administração, considerando que adquirir a titularidade do software é mais caro do que seu direito de uso. Assim, a Administração deverá definir o modo de transferência da tecnologia, que poderá ser por cessão ou licença. Corroborar tal entendimento Cesar A. Guimarães Pereira, ao defender que “o art. 111 da Lei 8.666 não pode ser interpretado como conduzindo ao desperdício de recursos públicos”. E complementa, afirmando que em decisão de 2008, o TCU, ao relacionar os critérios adotados para a aplicação do art. 111 da Lei nº 8.666/1993, permitiu que fosse escolhido o “modo” pelo qual ocorreria a transferência da propriedade intelectual. Isto, na opinião do referido autor, abre espaço para contratar-se licença de uso e não cessão.⁴³¹

31 de julho de 2008: “[n]ão tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de ‘licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador’ – matéria exclusiva da lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado ‘software de prateleira’ (off the shelf) – os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio. Precedentes”; RE nº 199464, de 30 de abril de 1999: “No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar standard de programa de computador, também chamado ‘de prateleira’, e o licenciamento ou cessão do direito de uso de software. A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS”.

⁴³⁰ Conforme relatório: “O contrato visava a adquirir diversos softwares para sistemas de grande porte, cuja única fornecedora era a IBM. Por diversos momentos o contrato foi alterado, para incluir/excluir programas, alterar a forma de pagamento e reajustar valores. Verificamos que houve intensa negociação promovida pelo Banco, com o intuito de buscar condições mais vantajosas para a União (ex.: fls. 1082/1127). De acordo com os documentos constantes do processo, constatamos que não houve qualquer descumprimento à Lei 8.666/93”.

⁴³¹ Segundo conclusões do autor: “Conclui-se que, mesmo segundo os critérios de aplicação enunciados pelo TCU no Acórdão nº 883/2008 – Plenário, o art. 111 da Lei 8.666 não importa a ilicitude de disposições contratuais que estabeleçam formas limitadas de transferência à Administração de direitos de propriedade intelectual. A ponderação dos interesses envolvidos em cada situação concreta pode conduzir legitimamente a Administração a adquirir direitos limitados, por meio de licenças de uso ou outros instrumentos aptos a assegurar a finalidade buscada pelo art. 111 da Lei nº 8.666, a fim de que os objetivos da contratação administrativa sejam atingidos sem o dispêndio desnecessário de recursos públicos”. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O artigo 111 da Lei 8.666 e a Propriedade Intelectual nos Contratos Administrativos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 22, dezembro 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso: 10 maio 2010.

Citado por Pereira, Marçal Justen Filho também defende a necessidade de ponderação no que se refere à aplicação do art. 111 da Lei nº 8.666/1993, nos seguintes termos:

É obrigatória a observância do preceito somente se a aquisição dos direitos patrimoniais correspondentes não importar elevação do custo a ser desembolsado pela Administração. O que se pretende é evitar que a Administração se torne obrigada a, posteriormente, ver-se constrangida a respeitar direitos de autoria ou privilégios de invenção, arcando com desembolso desnecessário.

Mas é evidente que a exigência de transferência dos direitos patrimoniais poderia acarretar a inviabilidade do negócio. Basta imaginar um exemplo relacionado com aquisição do direito de utilização de programa de computador. É evidente que nenhuma empresa transnacional nessa área se disporá a ceder à Administração Pública os direitos de utilização exclusiva de programas.⁴³²

No que diz respeito ao acórdão citado por Pereira, cabe destacar os esclarecimentos feitos pelo Ministro Relator Guilherme Palmeira sobre a questão da titularidade dos direitos autorais referentes a obras realizadas no cumprimento da função por servidores. Segundo o Ministro Relator, o fato de a atual Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA), ter revogado a lei anterior (Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973) não mais permite aplicar às obras intelectuais a co-titularidade entre autor e encomendante, em obras encomendadas. Assim, atualmente, no silêncio das partes, as obras protegidas pelo direito autoral, com exceção dos programas de computador, pertencerão exclusivamente ao autor. Ademais, a disposição do art. 111 da Lei nº 8.666/1993 não determina que a titularidade seja da administração pública, mas que deverá constar cláusula determinando a cessão dos direitos autorais pelos autores.

Após tais esclarecimentos, o Ministro faz ainda duas observações: primeiro, que o art. 111 não opera a transmissão por força de lei; e, segundo, que a disposição do art. 111 é extensível a toda obra de natureza intelectual cuja transferência seja um aspecto relevante da contratação. Vale citar:

Duas observações são relevantes sobre esse dispositivo. A primeira, já adiantada, é a de que a norma em questão não opera a transmissão 'ope legis' [por força de lei] dos direitos patrimoniais do

⁴³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 858. Em que pese a observação deste autor em relação aos problemas de licença de software, cabe lembrar, como já observado, que no caso de licença de software-produto pela Administração não cabe a aplicação do art. 111 da Lei n. 8.666/1993, como se interpreta da decisão supracitada do TCU.

autor para a Administração. O dispositivo não obriga o autor a ceder seus direitos patrimoniais à Administração, se isso não foi previsto 'no regulamento do concurso ou no ajuste'. O preceito é dirigido à própria Administração, obrigando-a a prever a transferência dos direitos patrimoniais do autor no instrumento da avença, de modo a não pairar qualquer dúvida a respeito do sentido e alcance do negócio jurídico. Cabe ao autor da obra aceitar ou não tal condição, acatando ou recusando a encomenda, mas ficando desde logo ciente estar diante de um contrato coligado, que envolve não só a produção da obra encomendada, mas também a cessão dos direitos sobre a obra produzida, aspectos que conservam sua autonomia e que são regulados por disciplina jurídica própria.

Como segunda observação, vale destacar que a previsão de cessão dos direitos patrimoniais do autor aplica-se não apenas a 'projeto ou serviço técnico especializado', mas é extensível a toda obra de natureza intelectual objeto de proteção pela LDA, sempre que a transferência da titularidade dos direitos patrimoniais de autor for um aspecto relevante da contratação. É um dever de cautela que se impõe à Administração Pública.⁴³³

O Ministro ainda arrola os critérios a observar no que se refere à obra realizada no âmbito das funções públicas do servidor: a) manuais e trabalhos de orientação técnica são protegidos por direito autoral; b) não se podem reconhecer direitos autorais aos servidores sobre obras realizadas no âmbito de suas funções na Administração; c) não há transferência automática dos direitos autorais para a Administração; e d) a Administração deve pactuar a transferência dos direitos patrimoniais do autor. Para melhor visualizar a análise, segue-se o texto do relatório:

- a) para os fins da legislação de direitos autorais, o texto de 'manuais e trabalhos de orientação técnica' pode ser considerado obra protegida, nos termos do art. 7º da Lei 9610/1998, desde que constitua trabalho original, fruto da expressão criativa de seu autor;
- b) não é cabível 'o reconhecimento de direito autoral a servidores públicos que participem de trabalho intelectual desenvolvido no âmbito da administração pública', no desempenho das tarefas próprias de seus cargos, pois sem previsão legal expressa não é lícito que agentes do Estado possam auferir benefícios privados decorrentes diretamente do exercício de suas funções públicas;
- c) no regime da Lei 9610/1998, os contratos de empreitada ou de prestação de serviço celebrados pela Administração com terceiros e que tenham por objeto a produção de obra protegida por direitos autorais não operam a transferência automática, para a Administração, dos direitos patrimoniais do autor (art. 22 c/c art. 4º da Lei 9610/1998);

⁴³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta. Direitos autorais em trabalhos desenvolvidos à custa do erário. Ausência de requisitos de admissibilidade. Não conhecimento. Informações prestadas em caráter excepcional. Arquivamento. Não se conhece de consulta formulada por consulente não legitimado e que não se faz acompanhar de parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da entidade. Processo de consulta nº 013.509/2007-8. Interessado: Daniel da Silva Balaban (FNDE). Relator: Min. Guilherme Palmeira. D.O.U.: 16 maio 2008.

d) cabe à Administração pactuar a transferência dos direitos patrimoniais do autor sempre que tal medida se mostrar necessária à defesa do interesse público, estendendo-se o comando do art. 111 da Lei 8666/93 a toda contratação de obra intelectual sujeita a proteções legais conferidas ao autor.

Tais conclusões merecem alguns comentários.

Com relação à análise de que a LDA revogou a possibilidade de cotitularidade de obra sob encomenda, concorda-se com a interpretação do Ministro, como também sobre o art. 111 da Lei nº 8.666/1993 não determinar a transferência, mas que se inclua cláusula a esse respeito.

Em relação à segunda conclusão, referente à não-possibilidade de reconhecer-se direitos autorais aos servidores que executaram a obra sob regime estatutário, contudo, cabem duas observações:

1) se a obra for coletiva⁴³⁴, de fato não cabe aos autores (servidores) a titularidade dos direitos, já que o art. 17, § 2º, da LDA⁴³⁵, determina que a titularidade será do organizador, seja pessoa física ou jurídica. Logo, neste caso, há uma disposição legal que determina o não-reconhecimento da titularidade aos servidores;

2) no caso de um único autor, realizando a obra nas funções estatutárias, defende o Ministro que não se devem reconhecer direitos autorais ao mesmo, e que este não poderá ter benefícios privados sobre a obra. Entende-se que a conclusão é a mais coerente no que diz respeito ao exercício da atividade pública e na utilidade coletiva que a obra tem para a Administração. Logo, se fossem garantidos os direitos autorais de tais obras aos servidores (autores individuais), isso poderia prejudicar a atividade da administração pública. Contudo, a conclusão é contraditória à extraída da análise da revogação do art. 36 da Lei nº 5.988/1973 (antiga lei de direitos autorais), feita pouco antes pelo Ministro. Portanto, ainda que o Ministro tenha esclarecido o não-reconhecimento, existe a respeito uma lacuna na lei. Não há dispositivo legal expresso determinando que a titularidade seja da Administração

⁴³⁴ No que tange ao conceito de obra coletiva, aplica-se o disposto no art. 5º, VIII, h, da LDA: “h) coletiva – 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”.

⁴³⁵ Art. 17, 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”.

no caso de a obra ser realizada por um único autor. Considere-se que, na legislação brasileira, só pode ser autor a pessoa física (art. 11, LDA⁴³⁶). Neste caso, se a Administração não acrescentar aos referidos estatutos de contratação de seus servidores cláusula de cessão de direitos autorais, não haverá dispositivo que determine a titularidade da administração pública.⁴³⁷

⁴³⁶ Art. 11, LDA. “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”.

⁴³⁷ É interessante observar que o projeto de revisão da LDA inclui novo capítulo (Capítulo VI) específico sobre as obras sob encomenda ou decorrentes de vínculo. Conforme o art. 52-A, então, a titularidade, salvo disposição em contrário, seria do empregador, ente público ou comitente, nos casos de obras realizadas sob a vigência de contrato ou cumprindo dever funcional. Este dispositivo supriria a lacuna legal com a revogação do art. 36 da LDA de 1973. Segue o teor do artigo proposto na revisão: “Art. 52-A. Salvo convenção em contrário, caberá ao empregador, ente público, ou comitente, exclusivamente para as finalidades que constituam o objeto do contrato ou das suas atividades, o exercício da titularidade dos direitos patrimoniais das obras: I – criadas em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho; II – criadas em cumprimento de contrato de encomenda, inclusive para os efeitos dos art. 54 e 55 desta Lei. § 1º O autor conservará seus direitos patrimoniais com relação às demais modalidades de utilização da obra, podendo assim explorá-la livremente. § 2º A liberdade conferida ao autor de explorar sua obra, na forma deste artigo, não poderá importar em prejuízo injustificado para o empregador, ente público ou comitente na exploração da obra. § 3º A retribuição pelo trabalho ou encomenda esgota-se com a remuneração ou com o salário convencionado, salvo disposição em contrário. § 4º Será restituída ao autor a totalidade de seus direitos patrimoniais sempre que a obra objeto de contrato de encomenda não se iniciar dentro do termo inicial contratualmente estipulado, nas seguintes condições: I – quando houver retribuição condicionada à participação na exploração econômica da obra, não sendo neste caso o autor obrigado a restituir as quantias recebidas a título de adiantamento de tal modalidade de retribuição; II – quando houver retribuição não condicionada à participação na exploração econômica da obra, desde que o autor restitua as quantias recebidas a título de tal modalidade de retribuição. § 5º Para efeitos do § 4º, no caso de não haver termo contratualmente estipulado para a exploração econômica da obra, o autor recobrará a totalidade de seus direitos patrimoniais, no prazo de um ano da entrega da obra, obedecidos os critérios de restituição previstos nos incisos I e II do § 4º. § 6º Os contratos de obra sob encomenda far-se-ão sempre por escrito. § 7º O autor terá direito de publicar, em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano do início de sua comercialização pelo encomendante, salvo convenção em contrário. § 8º Não havendo termo fixado para a entrega da obra, entende-se que o autor pode entregá-la quando lhe convier. § 9º Serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que limitem o exercício dos direitos morais pelo autor da obra encomendada, observado o disposto no art. 24, § 3º. § 10º As disposições deste artigo não se aplicam: I – aos radialistas, aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes cujo exercício profissional é regido pelas Leis n° 6.533, de 24 de maio de 1978, e n° 6.615, de 16 de dezembro de 1978, sendo-lhes devidos os direitos autorais e conexos em decorrência de cada publicação, execução ou exibição da obra e vedada a cessão ou a promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços ou da relação de emprego; II – às relações que digam respeito à utilização econômica dos artigos publicados pela imprensa, regidas pelo art. 36 desta Lei; III – às relações decorrentes de contrato ou vínculo de professores ou pesquisadores com instituição que tenha por finalidade o ensino ou a pesquisa; IV – quando a criação exceder claramente o desempenho da função, ou tarefa ajustada, ou quando forem feitos usos futuros da obra que não haviam sido previstos no contrato; V – aos profissionais regidos pela Lei n° 5.194, de 24 de dezembro de 1966; VI – às produções de obra audiovisual de natureza não publicitária”. Atualmente a LDA, com a revisão, está sob consulta pública na Internet. BRASIL. Ministério da Cultura. Revisão da Lei de Direito Autoral, 2010. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautor/>>. Acesso: 27 jun. 2010.

No que se refere à última conclusão do referido acórdão, sobre a qual Pereira baseia a interpretação de que esta pode mostrar certa “limitação da transferência” determinada pelo art. 111 da Lei nº 8.666/1993, observa-se que o Ministro não é claro ao afirmá-la. Baseando-se na interpretação de todo o acórdão, o que se conclui é que a determinação da transferência de direitos autorais à Administração deve ser prevista observando-se cada caso que tenha como característica a necessidade de tal dispositivo. Em outras palavras, o que o Ministro defende é a ampliação da aplicação do artigo aos casos que não envolvam especificamente prestação de serviços técnicos, mas bens de natureza intelectual, cujo instrumento negocial exija a transferência de tais direitos.

Ademais, ainda que o Ministro tenha utilizado o termo *transferência*, este poderia ser interpretado como envolvendo também a licença – o art. 111 da Lei nº 8.666/1993 é claro ao utilizar a expressão *cessão de direitos*.

Tampouco se acrescentam no referido acórdão os critérios para avaliar quais contratos exigem, e quais não, a referida transferência. Portanto, ainda que fosse mais razoável a aplicação de limitantes à transferência e que, sob o conceito de transferência, se pudesse acrescentar a própria licença de uso, a decisão não é tão clara quanto a essa limitação, mas à ampliação a outros casos da própria cessão de direitos autorais.

Concorda-se com o problema representado pela aplicação indistinta do art. 111 a todos os casos, ainda mais quando envolvem contratos de software. Tal problema decorre da lacuna legislativa e poderia ser sanado com medidas mais flexíveis, baseadas em critérios determinados pela Administração.

Ainda que a análise do acórdão refira-se a direitos autorais que não os concernentes a programas de computador (que possuem dispositivo prevendo a titularidade do contratante), vale lembrar que os demais elementos ligados ao software (material de apoio, descrição do programa) são protegidos pela LDA. Encontram-se, portanto, sob a égide dos direitos autorais das obras em geral e incluem-se na problemática analisada.

Não se pretende, aqui, esgotar o tema de contratação administrativa, mas tão somente pontuar elementos importantes a respeito, principalmente no que tange à contratação de P&D de software.

4.4.3.2 Convênios

Convênio também é considerado espécie de acordo administrativo, mas não é contrato.⁴³⁸ Envolve igualmente a vontade de duas ou mais partes, mas visa atingir um objetivo comum baseado na mútua colaboração. Leon Frejda Szklarowsky destaca essa diferença, afirmando que, “no contrato, os interesses das partes são divergentes e opostos, inicialmente, enquanto que, nos convênios, os interesses são comuns e coincidentes, entre os partícipes”.⁴³⁹

Pimentel corrobora tal posição, afirmando ser espécie de “contrato administrativo entre órgãos públicos e entre órgão público e uma instituição particular”. Destaca ainda o elemento de cooperação existente nos convênios.⁴⁴⁰

A principal diferença entre convênio e contrato administrativo, assim, é que o primeiro caracteriza-se pelo elemento da mútua colaboração, enquanto o segundo supõe uma prestação e a respectiva retribuição. Novamente encontra-se a classificação destes acordos em modelos obrigacionais e cooperativos. O convênio, no caso, é exemplo de modelo cooperativo de acordos administrativos.

Extrai-se a conclusão do próprio conceito de convênio do art. 1º, § 1º, I, do Dec. nº 6.170, de 25 de julho de 2007:⁴⁴¹

Convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

A necessidade de mútua cooperação ou colaboração no conceito de convênio também está presente no art. 1º, § 1º, I, da Instrução Normativa da

⁴³⁸ Neste sentido, ver: SZKLAROWSKY, 1997.

⁴³⁹ SZKLAROWSKY, 1997.

⁴⁴⁰ PIMENTEL, 2005.

⁴⁴¹ O referido decreto “dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências”.

Secretaria do Tesouro Nacional (STN) nº 1, de 15 de janeiro de 1997, sobre a celebração desses instrumentos.

Convênio – instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

A diferenciação entre contratos administrativos e convênios é destacada pelo próprio TCU em resenha⁴⁴² de 29 de outubro de 2008:

Constitui requisito obrigatório para a celebração de convênio, acordo ou ajuste, a caracterização de interesse recíproco dos partícipes. Tratando-se de interesses opostos, o instrumento adequado é o contrato, para o qual se impõe o devido procedimento licitatório.

Embora não configure contrato, o convênio também será regido pela Lei nº 8.666/1993, que estabelece em seu art. 116 os requisitos legais para a formalização.⁴⁴³

No que se refere às partes envolvidas no convênio, pela análise do conceito legal do Dec. nº 6.170/2007, só seriam admitidos entes de direito privado sem finalidade lucrativa, da mesma forma que todo convênio envolverá um ente público.

Algumas leis, todavia, principalmente as que respeitam a incentivos fiscais, prevêem a possibilidade de formalização de convênios entre empresas privadas e institutos de pesquisa e ensino privados ou públicos.

⁴⁴² Conforme o próprio TCU, “as resenhas, que não sejam súmulas, são resumos elaborados pela Diretoria Técnica de Normas e Jurisprudência a partir de conjuntos de julgados das Câmaras e do Plenário do TCU. Essas resenhas podem não representar o completo entendimento do TCU sobre o assunto. Os excertos são fragmentos de acórdãos ou decisões. Consulte sempre o inteiro teor dos julgados”. Corroborando este entendimento estão os acórdãos do TCU: AC-1607-42/03-P, de 29 de outubro de 2003; AC-0875-13/07-2, de 24 de abril de 2007; AC-1663-37/06-P, de 13 de setembro de 2006; DC-0118-08/00-P, de 1º de março de 2000; AC-0936-21/07-P, de 23 de maio de 2007.

⁴⁴³ Art. 116. “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. § 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador. § 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. [...]”.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 8.248/1991, analisada anteriormente, que em seu art. 11 admite a possibilidade de empresas de desenvolvimento ou produção de bens e serviços de informática estabelecerem convênios com centros ou institutos de pesquisa, ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas (para fins de investimento de P&D e para, assim, usufruírem dos incentivos fiscais previstos na referida lei).

O Dec. nº 5.906/2006, que regulamentou esta lei, define o que vêm a ser tais instituições, incluindo instituições de direito público e de direito privado, conforme o art. 27. São elas:

a) centros ou institutos de pesquisa mantidos por órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta; fundações instituídas e mantidas pelo poder público e demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que exerçam atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação;

b) centros ou institutos de pesquisa; fundações e demais organizações de direito privado que exerçam atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação e preencham os requisitos legais arrolados pelo próprio inciso⁴⁴⁴; e

c) entidades brasileiras de ensino que atendam ao disposto no art. 213, incisos I e II, da Constituição Federal⁴⁴⁵, ou sejam mantidas pelo poder público conforme definido no inciso I desse artigo, com cursos nas áreas de tecnologias da informação: informática, computação, engenharias elétrica, eletrônica, mecatrônica, telecomunicações e correlatos, reconhecidos pelo Ministério da Educação.⁴⁴⁶

Logo, ainda que conste a necessidade de envolver sempre alguma parte da administração pública, é possível celebrar convênios entre pessoas jurídicas de direito privado, desde que uma delas cumpra os requisitos legais do art. 27 do Dec.

⁴⁴⁴ “a) não distribuam qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no resultado, por qualquer forma, aos seus dirigentes, sócios ou mantenedores; b) apliquem seus recursos na implementação de projetos no País, visando à manutenção de seus objetivos institucionais; e c) destinem o seu patrimônio, em caso de dissolução, a entidade congênere do País que satisfaça os requisitos previstos neste artigo”.

⁴⁴⁵ Art. 213, CF. “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades. [...]”.

⁴⁴⁶ Sobre o tema, ver análise realizada na seção 4.3.

nº 5.906/2006. Ademais, os entes privados não necessariamente se caracterizarão pela ausência de fins lucrativos, o que é justificado pelo benefício que os incentivos fiscais para promoção da P&D e inovação trarão para a sociedade como um todo.

No mesmo sentido orienta-se o Dec. nº 5.563/2005, que, ao regulamentar a Lei de Inovação, permite a celebração de contratos ou convênios entre ICTs e empresas de direito privado, conforme depreende-se do seu art. 4º.⁴⁴⁷

Conclui-se desta análise que o convênio é um instrumento muito importante, no que diz respeito a parcerias, para o desenvolvimento de P&D de software envolvendo entes da administração pública, assim como entes privados autorizados por ela. E pode-se concluir que a finalidade de tais autorizações é justamente a de fomentar o investimento em P&D, promovendo maior desenvolvimento tecnológico e inovação, através de ferramentas como incentivos fiscais em setores estratégicos.⁴⁴⁸

4.4.3.3 Parcerias Público-Privadas

Exemplo de contrato administrativo que enquadra o modelo obrigacional e também pode ser utilizado para encomenda de P&D é o contrato de Parcerias Público-Privadas (PPP).⁴⁴⁹ Este contrato é muito importante, principalmente no que

⁴⁴⁷ Art. 4º, Dec. nº 5.563/2005. “As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; e II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite”.

⁴⁴⁸ Tal postura é justificada pelos propósitos políticos já analisados no item 2 desta tese.

⁴⁴⁹ Observa-se essa realidade, por exemplo, com os estudos de casos realizados em dissertação defendida na Universidade de Brasília (UnB) sobre as PPPs feitas entre a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e empresas privadas, para fins de P&D agropecuária. Após analisar os dados e fundamentos teóricos, Carlos Ricardo De'Carli conclui que “a Parceria Público-Privada não é, por si só, a solução para a falta de recursos públicos para P&D verificada atualmente, mas com certeza é um instrumento poderoso de injeção de recursos privados, não só para P&D como para a transferência de tecnologia. Há a necessidade do Estado, também, dar o devido valor à área, com o aumento dos gastos em P&D”. DE'CARLI, Carlos Ricardo. *Embrapa: precursora da Parceria Público-Privada no Brasil*, 2005. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: <<http://www.unbuds.pro.br/publicacoes/CarlosRicardo.pdf>>. Acesso: 10 maio 2010. p. 153.

tange à parceria universidade-empresa para a promoção da inovação por meio do investimento em P&D, fomentada por meio da Lei de Inovação.⁴⁵⁰

A própria Lei de Inovação, no seu art. 5º⁴⁵¹, permite que a União e suas entidades autorizadas participem de forma minoritária de capital de “empresa privada de propósito específico que vise o desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para a obtenção de produto ou processos inovadores”.

O conceito de PPP está expresso no próprio art. 2º da lei que regulamenta a licitação e contratação deste instrumento – Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei da PPP).⁴⁵² PPP é o contrato administrativo de concessão celebrado entre a administração pública e ente privado, que poderá enquadrar-se na modalidade patrocinada ou administrativa.

É um contrato de modelo obrigacional, já que a contraprestação pecuniária por uma das partes (administração pública) é requisito para sua existência (art. 2º, § 3º, da Lei da PPP). Não haverá mútua colaboração. A Administração concederá o contrato a um ente privado, este cumprirá sua obrigação e o ente público pagará a contraprestação.

A concessão de serviços ou obras públicas pode ocorrer de três formas, conforme diferencia o próprio art. 2º: comum, patrocinada e administrativa.

A concessão comum é a regida pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁴⁵³, que regula a prestação de serviços (serviços públicos ou obras públicas)

⁴⁵⁰ Pontos já analisados na seção 2.1, sobre P&D dentro da política desenvolvimentista brasileira e o SNCTI.

⁴⁵¹ Art. 5º, Lei de Inovação. “Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores. Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação”.

⁴⁵² Art. 2º, Lei PPP. “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

⁴⁵³ Esta lei “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”.

que deve ser prestada pelo poder público e que é concedida à pessoa jurídica ou consórcio de empresas (art. 1º, Lei nº 8.987/1995). Ela se diferencia da concessão patrocinada porque na comum não há contraprestação do parceiro público ao privado (art. 2º, § 3º, Lei da PPP).

A concessão patrocinada é também a transferência da obrigação de fazer serviços públicos ou obras públicas à pessoa jurídica privada ou consórcio de empresas, mas que envolva, além da taxa cobrada diretamente ao usuário, uma contraprestação a ser paga pelo parceiro público ao privado (art. 2º, § 1º, Lei de PPP).

A concessão administrativa, por sua vez, é a que envolve prestação de serviço de que a administração pública será usuária direta ou indireta, “ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º, § 2º, da Lei da PPP).

Assim, somente serão consideradas contratos de PPP, e regidas pela referida lei, as concessões patrocinadas e as administrativas.⁴⁵⁴ As concessões comuns continuarão regulamentadas pela Lei nº 8.987/1995 e correlatas. E os contratos que não envolvem qualquer destes três tipos de concessões serão regidos pela Lei nº 8.666/1993 (art. 3º, Lei da PPP).⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca algumas características comuns às duas modalidades de PPP: “a) a contraprestação do poder público ao parceiro privado, que não existe na concessão tradicional; b) a repartição de riscos, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e teoria da imprevisão; c) o compartilhamento, com a Administração Pública, de ganhos do parceiro privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; d) as garantias prestadas pelo poder público ao parceiro privado e ao financiador do projeto; e) a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos; f) a possibilidade de aplicação de penalidades pelo parceiro privado ao parceiro público (que só é aceitável se se tratar de multa ressarcitória, já que o particular não pode aplicar pena ao poder público, que é o titular único do poder sancionário); g) a limitação de prazo de duração do contrato, que não pode ser inferior a 5 anos, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação; h) a exigência de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal; i) algumas normas específicas quanto ao procedimento da licitação, que derrogam parcialmente a Lei 8.666 e a 8.987, especialmente a possibilidade, com caráter discricionário, de previsão, no edital da concorrência, da utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, classificação de propostas técnicas antes da fase de habilitação, forma de apresentação das propostas econômicas, critérios de julgamento, saneamento de falhas, possibilidade de lances em viva voz”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias Público-Privadas. Jornal Carta Forense*, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=117>>. Acesso: 12 maio 2010.

⁴⁵⁵ As disposições das Leis n. 8.666/1993 e n. 8.987/1995 deverão ser observadas no decorrer da contratação e da licitação de PPPs (art. 12, Lei da PPP). De’Carli afirma ter sido necessária a criação da Lei da PPP, já que supriu lacuna legislativa deixada pelas Leis n. 8.666/1993 e n. 8.987/1995. Nos termos do autor, “a necessidade de um marco regulatório próprio para as PPPs foi necessário, pois: a Lei de Licitações 8.666/93 cobre a prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras com prazo máximo de cinco anos de contrato, e a Lei de Concessões 8.987/95 cobre a cessão de serviços públicos assumidos pela iniciativa privada onde a remuneração do concessionário advém de

A finalidade de tipificar este contrato no direito brasileiro é justamente a possibilidade de aumentar a participação privada em serviços e obras públicas governamentais. Nas palavras de Celso Ming, são duas as formas de parceria: “Na primeira, a empresa privada investe e depois recupera o que gastou com receitas de tarifas ou taxas, portanto com novas receitas”; “a outra forma é levar a empresa a tocar a obra, encarregar-se de administrar depois a atividade para a qual a obra foi construída e, para isso, recebe os desembolsos do governo previstos em contrato”.⁴⁵⁶ Ainda segundo Ming, para garantir a eficácia do contrato são previstas quatro regras básicas:

(1) apenas projetos de valor superior a R\$ 20 milhões podem ser objeto de PPPs, nível que tende a evitar abusos nos municípios pequenos; (2) o governo não pode gastar nas PPPs mais do que 1% de sua receita líquida anual; (3) a empresa participante tem de colocar pelo menos 20% em recursos próprios; e (4) o Fundo Garantidor de Parcerias Públicas (FGP) garante que o setor público honrará sua parte no contrato.⁴⁵⁷

Uma característica importante em tal contrato, principalmente no que tange ao negócio jurídico envolvendo P&D de software, é a repartição dos riscos entre os parceiros público e privado, incluindo caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III, Lei da PPP). Esta disposição também determina quais cláusulas devem constar do contrato de PPP.⁴⁵⁸

tarifa cobrada do usuário final e onde o prazo para devolução ao Estado do bem utilizado é determinado pelo poder concedente, não permitindo, ainda, que haja qualquer participação de recursos do Governo, daí a necessidade de um marco regulatório próprio”. DE’CARLI, 2005, p. 102 et seq.

⁴⁵⁶ Di Pietro critica essa lei, afirmando que se trata de uma privatização dos serviços públicos em sentido amplo. Segundo ela, “tudo indica que a instituição da PPP se insere na tendência à privatização, entendida em sentido amplo, de modo a abranger todos os institutos de que o Estado vem lançando mão para diminuir o seu aparelhamento administrativo, o seu quadro de pessoal, o regime jurídico administrativo a que se sujeita”. Os pontos críticos dos contratos de PPP podem ser assim relacionados: a) contribuição pelo poder público, que pode chegar a 70% da remuneração total, somada à cobrança de taxas pelos usuários; b) “pesadas garantias a cargo do poder público, seja em benefício do parceiro privado, seja em benefício do financiador do projeto”; c) o fato da contribuição do poder público ser prestada posteriormente à prestação do serviço do parceiro privado; d) risco compartilhado; e) o próprio Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP); f) impossibilidade de observação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para ela, isto soa paradoxal e gera inclusive insegurança, já que a justificativa da lei era de que o poder público não teria recursos para cumprir com os serviços públicos, mas se obriga a garantir o parceiro privado. Cf. DI PIETRO, 2005.

⁴⁵⁷ MING, Celso. Entenda por que a PPP. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/.../entenda_ppp.html>. Acesso: 10 maio 2010.

⁴⁵⁸ Art. 5º, Lei PPP. “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento

Outro ponto a destacar é que, antes de celebrados os contratos, deve-se constituir uma sociedade de propósito específico (SPE), que tem como obrigação implantar e gerir o projeto da parceria. Tal sociedade terá personalidade jurídica independente, e a administração pública não poderá ser titular da maioria do capital volante, exceto se a aquisição da maioria for feita por instituição financeira controlada pelo poder público (art. 9º, Lei da PPP).⁴⁵⁹

Considerando a delimitação temática, não se entrará em maiores detalhes a respeito deste tipo contratual. O objetivo é apenas o de destacar a possibilidade de sua utilização em contratação de P&D de software.

contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas. § 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização. § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas”.

⁴⁵⁹ Art. 9º, Lei da PPP. “Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. § 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. § 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. § 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento. § 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo. § 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento”.

4.5 Fase pré-contratual

Uma das fases mais importantes do contrato de P&D de software é a pré-contratual.⁴⁶⁰ Independente da forma contratual escolhida, seja ela obrigacional ou cooperativa, civil/comercial ou administrativa, as tratativas negociais prévias à formalização do contrato serão fundamentais.

Ainda que não se exija que a fase seja documentada, tal conduta, pelo porte do objeto contratual envolvido, será muito importante para o sucesso do negócio. A formalização da fase pré-contratual pode dar-se por meio de uma carta de intenções, de um pré-contrato ou incluir os dois instrumentos.

Por meio da carta de intenções, as partes podem, desde o início, expressar seus objetivos com o contrato e o mínimo esperado da outra parte em tal negócio jurídico. Assim, ali já estará parte das obrigações de cada uma, objetivos, elementos básicos etc.⁴⁶¹

Além da carta de intenções, também pode firmar-se um pré-contrato, que contenha elementos mais próximos aos do próprio contrato de P&D de software. No caso de existir carta de intenções, a mesma pode ser anexada ao pré-contrato.

No pré-contrato devem-se observar temas importantes ao prosseguimento da negociação: informações sigilosas e confidencialidade; pessoas responsáveis pelas tratativas; elementos básicos que se objetiva com o contrato de P&D de software; requerimentos mínimos desejados para o software a ser pesquisado e desenvolvido por meio da P&D; estudo de viabilidade e eventual protótipo; dever de informação da parte contratante para que a contratada saiba efetivamente o que

⁴⁶⁰ Sobre a etapa pré-contratual dos contratos informáticos, ver: ALTMARK, Daniel Ricardo. La etapa precontratual em los contratos informáticos. In: ALTMARK, Daniel Ricardo (dir.). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 5-40. v. 1.

⁴⁶¹ Baptista e Sierralta destacam a importância de ter-se muito claros os motivos pelos quais se celebra um contrato, principalmente em relação a contratos de *joint venture*. Ademais, é preciso ter em mente os elementos básicos para a negociação do contrato, quais sejam: objetivos; agenda (reuniões, temas); concessões e reservas; acordos e compromissos prévios; e elementos básicos do contrato (objeto da operação, qualidade do produto, garantias do fiel cumprimento do contrato, exclusividade do mercado ou preferência, temas de propriedade intelectual e gerenciamento da operação). BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 211 et seq.

deve ser feito; e dever de assessoramento e aconselhamento pela parte contratada a respeito das necessidades da contratante.⁴⁶²

O dever de confidencialidade deve ser exercido por ambas as partes, já que a contratante passará à contratada informações a respeito de suas atividades para que esta possa oferecer-lhe o serviço desejado, e a contratada fará o mesmo, repassando informações principalmente no que se refere à solução que ela imagina adequar-se às expectativas da contratante. Destaque-se que a solução enquanto idéia, não-materializada em um projeto devidamente detalhado e com originalidade (como ocorre com o material preparatório do programa de computador passível de proteção independente), não é passível de proteção por direito autoral ou patente de invenção. O mesmo ocorre com eventuais informações da empresa não-protegidas por propriedade intelectual (tais como *know how* e segredo de negócio).⁴⁶³ A possibilidade de proteção seria por concorrência desleal, desde que a outra parte saiba da confidencialidade de tais informações. Daí a importância da formalização deste pré-contrato, até mesmo como meio de prova da ciência da obrigação de sigilo pelas partes.

Tal confidencialidade cabe tanto no contrato de modelo obrigacional como no cooperativo. Os dois poderão envolver informações confidenciais de ambas as partes.

Na medida em que inclui informações sigilosas, o mais aconselhável é que poucas pessoas estejam envolvidas e que tenham, de preferência, contato direto com o projeto a ser desenvolvido no âmbito do contrato de P&D. Pode-se estipular, portanto, quem dará prosseguimento às tratativas e, no caso de modificações, como as mesmas serão informadas à outra parte (até para facilitar o cumprimento da obrigação de confidencialidade).

⁴⁶² Neste sentido, Soler Matutes assevera que “el término ‘informar’ no tiene ni puede tener el mismo significado para la empresa provedora de los servicios informáticos que para el cliente. Si para el cliente ‘informar’ supone, básicamente, suministrar a la empresa informática una serie de datos relativos a su actividad y al sistema de tratamiento de la información empleado hasta el momento así como sobre sus necesidades y expectativas respecto al servicio (outsourcing, servicios ASP) o producto (software de desarrollo, implantación ERP) objeto del contrato, la empresa informática, por sus conocimientos ‘técnicos’ específicos no puede limitarse a ‘suministrar’ y ‘solicitar’ datos al cliente, sino que le incumben también, y específicamente, los deberes de *asesoramiento* y *consejo*”. SOLER MATUTES, Pere. La fase previa a la contratación o fase precontractual: el deber de información. In: SOLER MATUTES, Pere. (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 344.

⁴⁶³ Veja-se a seção 4.5.1.1.

Esta cláusula caberá tanto no pré-contrato de projeto envolvendo o modelo obrigacional quanto no do cooperativo.

Quanto aos requerimentos básicos do software a ser desenvolvido, os mesmos são fundamentais. É por meio deles que a contratada poderá fazer o orçamento, verificar de que materiais necessitará para cumprir com a obrigação prometida, quanto tempo o projeto poderá demandar etc.

Logo, conforme recomendado por Soler Matutes, é mister que as partes façam tratativas recorrentes até que se formalize um documento chamado “análise de requerimentos” ou “análise conceitual” (onde constarão as informações prestadas pela parte contratante), a partir do qual será elaborada pela contratada uma “análise funcional” ou “documento de especificações”.⁴⁶⁴ Tais documentos – especialmente o primeiro – poderão (ou deverão) ser anexados ao pré-contrato, que posteriormente servirá de base para o contrato em si.

Esses documentos podem ser elaborados na fase contratual, mas – à medida que o contrato de P&D envolve softwares de características experimentais e que eles podem ser constantemente modificados – recomenda-se que já na fase pré-contratual tenha-se uma idéia dos requerimentos da parte contratante e das funções que o software deve incluir a partir de tais requerimentos. Este documento de especificações, ainda que possa ser já considerado material preparatório passível de proteção, só o será se envolver originalidade e detalhamento suficientes. Levando em conta que está sendo realizado ainda em fase inicial, mais para aclarar as funções contratadas, ele terá caráter generalizado, sem o detalhamento necessário para configurar obra autônoma.

Os elementos analisados no parágrafo acima, ainda que referentes ao contrato de modelo obrigacional, também deverão ser observados no modelo cooperativo. A distinção mais significativa diz respeito ao nível de responsabilidade quanto às informações prestadas, principalmente no que se refere ao dever de assessoramento e aconselhamento. No modelo cooperativo, ambas as partes, a

⁴⁶⁴ Nos termos do autor: “Los requerimientos iniciales facilitados por el cliente son analizados por la empresa informática y discutidos con la empresa cliente, en un proceso denominado de ‘análisis de requerimientos’. El resultado final de dicho proceso parece terminar, aunque no siempre, con la confección de un documento conjunto de ‘análisis de requerimientos’. En todo caso, los requerimientos iniciales facilitados por el cliente y el resultado de su análisis (esté o no documentado) constituyen para la empresa informática la base para la posterior elaboración del Documento de Especificaciones (técnicas) del programa (o también denominado análisis funcional) del mismo (equivalente a un plano general del programa)”. SOLER MATUTES, 2006, p. 356.

princípio, possuem conhecimentos técnicos suficientes para avaliar as conseqüências das escolhas realizadas, bem como a veracidade das informações prestadas.⁴⁶⁵ Logo, enquanto no contrato de modelo obrigacional a empresa informática terá como obrigação pré-contratual assessorar e aconselhar a empresa contratante, no modelo cooperativo tal obrigação já não é tão importante considerando o domínio técnico da outra parte.

No que tange ao estudo de viabilidade e/ou protótipo do software, dependendo do grau de complexidade do projeto, principalmente quanto ao objetivo de contratação de P&D de software (e não somente desenvolvimento), o mesmo é altamente recomendado. Pode ser realizado pela própria parte contratada (modelo obrigacional), por uma ou ambas as partes (modelo cooperativo), ou ainda por uma terceira empresa (em especial no que diz respeito ao estudo de viabilidade do projeto). Deve constar em pré-contrato quem será responsável pelo custo do referido estudo e/ou protótipo.

Tais precauções são muito úteis não só para a consecução eficaz do projeto negociado por meio do contrato de P&D de software, mas principalmente para a própria confiança entre as partes no decorrer do contrato. Como visto, um dos elementos de validade do negócio jurídico é o objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Assim, a realização do estudo de viabilidade, ou até mesmo do protótipo do software, poderá garantir o cumprimento do requisito de validade do objeto contratual no caso de eventual demanda.⁴⁶⁶

Ao abordar a fase pré-contratual, Prado destaca sua importância para os contratos internacionais de longo prazo que envolvam bens intangíveis,

⁴⁶⁵ Afirma Soler Matutes: "Debemos indicar, no obstante, que la mayor o menor exigibilidad de las anteriores obligaciones de la empresa informática debe ser matizada y considerarse en función de los conocimientos 'informáticos' de su interlocutor o interlocutores en la empresa cliente. Tal y como se ha dicho al principio, no es lo mismo la contratación que tiene lugar entre una empresa de software e el departamento de informática de una gran empresa industrial o de servicios. En este último caso, la existencia de personas con conocimientos técnicos específicos en la materia reduciría, a nuestro juicio, la obligación informativa por parte de la empresa de software y, en especial, de los deberes previos de 'consejo' y de 'advertencia'". SOLER MATUTES, 2006, p. 345.

⁴⁶⁶ Veja-se a seção 4.2. Soler Matutes ressalta: "Si, como hemos visto, el análisis de requerimientos tiene por finalidad la determinación del objeto contractual, bajo la presunción de que dicho objeto puede efectivamente realizarse, el llamado 'estudio de viabilidad', en cambio, está destinado a determinar si el objeto del contrato es 'realizable'. Es decir, está encaminado a establecer la posibilidad o no de llevar a cabo el proyecto informático. Los 'estudios de viabilidad' se efectúan en los supuestos de 'software' experimental, previamente a la celebración del contrato. [...]". SOLER MATUTES, 2006, p. 368.

principalmente os de tecnologia.⁴⁶⁷ 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”.⁴⁶⁸

O pré-contrato ainda pode assumir a forma mais simples de um termo de confidencialidade, no qual a pessoa que terá acesso às informações sigilosas compromete-se a manter total segredo.

Outro ponto interessante a ressaltar sobre a fase pré-contratual refere-se à situação em que o contrato de P&D de software não apenas envolve duas empresas da área de software, mas a própria terceirização do setor de criação da empresa contratante. É o chamado contrato de *outsourcing*, já discriminado na seção 2.2. Nele, a contratante terceiriza todo um setor importante de sua atividade empresarial. No caso da análise deste trabalho, envolve a hipótese de uma empresa contratar outra para efetuar toda a P&D de software para que aquela comercialize ou implante nos softwares já comercializados.⁴⁶⁹

Importa destacar as diferenças, realçadas por Blasco Pedro, entre o contrato de *outsourcing* e os contratos envolvendo subcontratação de profissionais e de projeto. No caso de subcontratação de profissionais, normalmente os mesmos são temporários (mesmo porque, se não o fossem, poderia configurar-se vínculo trabalhista), o modo de pagamento é preço/hora, e a responsabilidade pelo trabalho é da empresa contratante e não da subcontratada (que tem a função de proporcionar pessoal com o perfil requerido).⁴⁷⁰ Já a contratação de projeto é uma

⁴⁶⁷ Também Baptista e Sierralta asseveram a importância desta fase, principalmente no que tange aos contratos de *joint venture*: “Conviene, por el propio sentido y duración de una operación de *joint venture*, que esta etapa sea lo más lata para que los socios se tengan mutua confianza”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 211.

⁴⁶⁸ 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 [...]”. PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 16; 39.

⁴⁶⁹ Relembra-se, mais uma vez, o caráter inovador exigido da P&D: ela deve caracterizar-se por uma evolução no campo da informática ou uma solução para um problema técnico e/ou científico. Veja-se a seção 3.

⁴⁷⁰ O autor oferece exemplo esclarecedor desta diferença ao relatar dois casos: o de empresa que terceiriza a limpeza de suas instalações (*outsourcing*) e o de empresa que mantém seu próprio departamento de limpeza, subcontratando pessoas trabalhar nele (subcontratação de profissionais). BLASCO PEDRO, Carlos. Las herramientas de gestión (II). El outsourcing informático. In: SOLER

atividade singular, não repetida e com objetivo específico, e tem uma dimensão temporal – findo o prazo ou o projeto, a atividade não prossegue. O *outsourcing*, por sua vez, envolve atividades repetidas (vários projetos de P&D) cuja duração prossegue no tempo, mesmo que o contrato tenha finalizado, oportunidade em que o setor de P&D será repassado a outra empresa ou voltará à empresa contratante.⁴⁷¹

No caso desses contratos, a fase pré-contratual envolverá outros procedimentos complexos, mas de importância fundamental para o sucesso da terceirização almejada (fase de transição para transferir o setor de P&D da contratante à contratada). Segundo Blasco Pedro⁴⁷², tal fase inclui os seguintes procedimentos:

a) formação de órgão de gestão: que será responsável pela fase de transição entre a empresa contratante e a empresa contratada, e poderá envolver comitê de direção e comitê de seguimento e planificação;

b) acordo de nível de serviço (SLA – *Service Level Agreement*): é a definição sobre que serviços serão prestados, que níveis são aceitáveis e, principalmente, quais os serviços e níveis acordados pelas partes;

c) plano de qualidade: define que procedimentos devem ser seguidos para a realização do serviço (por exemplo, metodologia – CMMI etc.);

d) pessoal: a possibilidade de repassar os funcionários do departamento da contratante para a empresa contratada e como isso será feito;

e) transmissão de conhecimentos: passar à contratada conhecimentos específicos sobre o referido setor, tais como tecnologia utilizada, linguagens de programação, metodologia empregada etc.;

f) transferência de ativos: é a decisão sobre se e como ocorrerá a transferência dos ativos tangíveis e intangíveis da contratante para a contratada. Estes incluem licenças de softwares, patentes, desenhos industriais, *know how*, marcas, computadores, laboratórios e demais materiais tecnológicos e/ou científicos;

g) infra-estrutura: como será e quem será responsável pela infra-estrutura a ser montada e/ou já existente.

MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 295.

⁴⁷¹ BLASCO PEDRO, 2006, p. 295.

⁴⁷² Os conceitos arrolados a seguir sobre a fase pré-contratual (fase de transição) estão baseados em BLASCO PEDRO, 2006, p. 293-310.

Tomadas estas decisões na fase pré-contratual, passa-se à redação do contrato de *outsourcing*, que ainda ocorre nesta fase até o momento em que se conclua.

Além dos elementos específicos sobre contrato de P&D de software, vale ressaltar as demais regras gerais de contratação (já explanadas nas seções 4.1 a 4.4): oferta e aceitação, formação do contrato, conclusão por meio do consenso, elementos de validade do negócio jurídico e vícios de consentimento, dentre outros.

4.6 Contrato: principais cláusulas

Esclarecidos os pontos mais importantes a ser contratados pelas partes, passa-se à redação do contrato em si.

Dependendo do modelo eleito (obrigacional ou cooperativo), algumas cláusulas terão conotações diferentes, da mesma forma que o referido contrato poderá envolver os dois modelos num único instrumento. Isso dependerá da autonomia da vontade das partes, bem como de suas necessidades e motivos para firmar o contrato.

Relembre-se que, se for um contrato civil-comercial, as partes poderão contratar tudo o que não está proibido por lei. Já no caso de contratos administrativos, somente poderão tratar dos elementos autorizados pela lei.⁴⁷³

Ademais, as partes ainda poderão optar por um *outsourcing* de P&D de software, o que envolverá outras cláusulas.

Não se fará, aqui, uma descrição detalhada de cada cláusula, nem se proporá modelos de redação para elas. Tampouco serão sugeridos modelos diversos para cada tipo contratual (obrigacional ou cooperativo, civil-comercial ou administrativo). Devido à sua especificidade, também se excluirá o contrato de *outsourcing*, cabendo apenas alguns comentários em cláusulas arroladas.

Tal delimitação se justifica pelo fato de que o foco da tese centra-se mais nas cláusulas referentes à contratação internacional de P&D de software, que

⁴⁷³ Ver seções 4.4.2 e 4.4.3.

envolvem temas específicos de DIPr (jurisdição competente, lei aplicável e resolução de controvérsias). Além disso, os elementos de validade do negócio jurídico, bem como as regras gerais do contrato, serão aplicáveis a todos os tipos contratuais, o que gera uma semelhança quanto à estrutura dos tipos arrolados. No que se refere ao contrato de *outsourcing*, o objetivo desta seção será o de uma análise da forma mais simples de contratação de P&D de software, não envolvendo outras obrigações que eventualmente podem constar daquele contrato.

Assim, serão relacionadas as principais cláusulas do contrato envolvendo P&D de software, seja administrativo ou civil-comercial, seja obrigacional ou cooperativo. As nuances de cada tipo contratual serão destacadas no decorrer da explicação das cláusulas. Eventualmente se fará alguma observação acerca do contrato de *outsourcing*.

Para relacionar as principais cláusulas será utilizada a estrutura proposta no Projeto PLATIC, do qual participou o Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual, Inovação e Transferência de Tecnologia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), coordenado pelo Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel, nas metas referentes à propriedade intelectual e contratação.⁴⁷⁴

a) Contrato-base e contratos-satélites

Ainda que não seja uma cláusula específica a ser acrescentada ao contrato de P&D de software, é importante diferenciar estes dois tipos e sua menção nos referidos contratos, ainda que nos *considerandos*.

Essa é uma prática recorrente, principalmente se as partes elegerem um contrato de *joint venture*.⁴⁷⁵ Costuma-se firmar um acordo-base, que regerá de forma generalizada a relação jurídica que envolve as partes em uma *joint venture* e, vinculados a este acordo, vários contratos-satélites que regulamentarão com mais detalhes cada obrigação decorrente da parceria estabelecida entre as partes.

⁴⁷⁴ Cf. PIMENTEL, Luiz Otávio; AREAS, Patrícia de Oliveira. *Manual básico de contratos de software e negócios relacionados*. Florianópolis: IEL, 2008, v.1.; PIMENTEL, 2009 a, p. 255-286.

⁴⁷⁵ Veja-se a seção 4.4.2.2.

Segundo Baptista e Sierralta, o acordo-base é como uma “carta magna” da relação contratual, onde são incluídos pontos que estão acima de qualquer discussão. Para os autores, a comparação justifica-se, já que “o acordo base caracteriza-se por uma definição dos direitos e deveres fundamentais dos *co-venturers* a ser definidos em detalhe nos acordos satélites (que desempenhariam o papel semelhante ao das leis referentes à norma constitucional)”⁴⁷⁶.

E complementam, afirmando a necessidade de uma série de acordos suplementares para que seja possível uma operação de *joint venture*. Dentre eles estariam acordos de licença, compra e comercialização, e de contabilidade e administração de contas, conforme o objeto do contrato-base ou a intenção esboçada inicialmente.⁴⁷⁷

Logo, é possível a existência de contratos relacionados ao contrato específico de P&D de software, vinculados a seu objeto. Um exemplo é o contrato-base envolvendo o processo de P&D de software em si e, paralelamente a ele e conectados com o referido projeto de P&D, contratos como:

a) acordos de tecnologia: envolvendo licenças de outros softwares ou intangíveis (tais como os softwares desenvolvedores, licença de patente de invenção, licença de *know how* etc.);

b) acordos de compra: que podem ser utilizados para compra de insumos destinados à consecução do projeto de P&D. Nestes acordos pode-se determinar a quem caberá a referida compra, o montante a ser gasto, as formas de gestão deste material etc.;

c) acordos de comercialização: também poderá ser negociado pelas partes, em acordo paralelo e conectado ao contrato-base, a quem incumbirá a

⁴⁷⁶ “En efecto, el acuerdo-base se caracteriza por una definición de los derechos y deberes fundamentales de los *co-venturers* a ser definidos en detalle en los acuerdos satélites (que desempeñarían el papel semejante lo de las leyes respecto a la norma constitucional), sirviendo de norma interpretativa de éstas. La interpretación y aplicación del ‘acuerdo-base’ deberá ser, siempre, teleológica, para que la sobrevivencia de la empresa sea aseguradora, no siendo posible de apartar de la idea de ciertas ‘reformas constitucionales’ en el curso de la vida de la *joint venture*”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 216.

⁴⁷⁷ Nos termos de Baptista e Sierralta, “para viabilizar una operación de *joint venture*, es necesario una serie de acuerdos suplementarios como los de licenciamiento, compra y comercialización, y contabilidad e administración de cuentas, según el objeto del contrato base o la intención esbozada previamente. Esos acuerdos son los contratos satélites”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 231 et seq.

comercialização do software desenvolvido (se a ambas as partes, se a somente uma), se haverá delimitação territorial, as possibilidades de exportação etc.⁴⁷⁸; e

d) administração e gestão: pode-se encarregar uma determinada pessoa ou criar um órgão responsável para gerir os recursos destinados à consecução do projeto do contrato-base.

Ainda que esta seja uma prática recorrente em contratos de *joint venture*, nada obsta a que as partes estabeleçam estes tipos contratuais em modelos obrigacionais.

A análise das cláusulas contratuais proposta nesta seção será baseada no contrato-base envolvendo especificamente o objeto de P&D de software.

b) Preâmbulo

É no preâmbulo do contrato que constarão as informações iniciais, capazes de identificá-lo e distingui-lo dos demais. Assim, começará pelo título que, no caso em estudo, envolverá a P&D de software. Passa-se à qualificação das partes, sendo pessoas físicas ou jurídicas. No caso de pessoa jurídica, importa ressaltar a indicação da pessoa física que a representa na celebração do contrato.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ No caso de comercialização do software no mercado interno, é interessante observar as determinações do Conselho Nacional de Informática e Automação (CONIN) para garantir a qualidade técnica dos produtos de informática aos usuários. Tais determinações constam dos arts. 2º e 3º da Resolução CONIN nº 26, de 22 de setembro de 1986. Art. 2º “O fornecedor do produto de informática deverá, quando da sua comercialização no mercado interno, tornar acessível aos usuários, sem qualquer ônus para estes, a caracterização funcional do produto, bem como as modificações que ela venha a sofrer em razão de modificações de projeto”. Art. 3º “O fornecedor do produto de informática é o único e integral responsável pelo seu desempenho e qualidade técnica, de acordo com a caracterização funcional do produto referida no artigo 2º, sempre que respeitadas pelo usuário as recomendações relativas à instalação, à operação, ao manuseio e à manutenção do produto, contidas na correspondente documentação técnica. Parágrafo único. Quando da interligação ou conexão de produtos de informática, deverá ser possível ao usuário caracterizar inequivocamente as responsabilidades individuais dos respectivos fabricantes, quanto ao funcionamento conjunto adequado dos produtos envolvidos na interligação”.

⁴⁷⁹ Conforme Baptista e Sierralta, “los participantes de *joint ventures* son en su gran mayoría personas jurídicas, lo que torna necesario identificarlas, indicar su sede, lugar de constitución y las personas que actúan por ella. La indicación de la sede y lugar de constitución es necesaria, en razón de las reglas de conflicto de leyes sobre la nacionalidad de las sociedades y la ley aplicable a las personas jurídicas, así como las referencias del órgano directivo, para evitar que se propicie *ultra vires*, o sea violación con los poderes de administración”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 217.

Também poderá constar do preâmbulo a indicação sobre se o referido contrato é contrato-base ou contrato-satélite. Tal informação pode estar em destaque logo no início ou posteriormente, nos *considerandos*.

Ainda que seu emprego seja facultativo, os *considerandos* representam uma importante ferramenta para os contratos de P&D de software, em especial os que envolvem elementos de internacionalidade. É nesta oportunidade que as partes relacionarão os motivos por que decidiram celebrar o negócio jurídico, quais circunstâncias determinaram a escolha da parte contratante ou contratada, se for o caso, bem como o local de celebração e execução do projeto objeto de contrato. Outros pontos que também podem ser ressaltados nesta parte do preâmbulo respeitam aos objetivos existentes para a consecução do projeto de P&D de software.

Ainda que os *considerandos* não configurem cláusula, já que não estabelecem obrigações nem direitos, eles se constituem em importante instrumento de interpretação do contrato. Por meio deles, as partes poderão contextualizar as razões pelas quais decidiram contratar, bem como os objetivos almejados, ambientando as relações contratuais concertadas por meio das cláusulas.

Em alguns contratos, as mesmas informações relacionadas pelas partes nos *considerandos* podem constar da cláusula de intenções – que é onde as partes disporão sobre os propósitos e intenções que as levaram a firmar o referido contrato. Segundo Baptista e Sierralta, com freqüência tais considerações se transformam no resumo histórico das causas que levaram as partes a constituir o contrato (no caso de análise dos autores, uma *joint venture*).⁴⁸⁰

Outro importante instrumento de interpretação e, principalmente, de aplicação do contrato, é o rol de definição de termos. No ambiente informático, pessoas e empresas costumam empregar expressões cujo significado não é unânime – um exemplo de tal confusão semântica é o termo *suporte técnico*. Para alguns, a expressão traduz apenas a prestação de esclarecimentos, por parte da empresa, sobre o funcionamento do software; já para outros, envolve a atividade de manutenção. Assim como esse, vários outros termos podem ser citados.

⁴⁸⁰ “Con frecuencia estas consideraciones toman la forma de un resumen histórico de las causas que llevaron a las partes a constituir un *joint venture*. Esta cláusula se refiere a propósitos e intenciones que animan a las partes contratantes. Esta es infrecuente en los contratos nacionales, pero es fundamental sobre todo si el *joint venture* es entre empresas de dos sistemas jurídicos distintos”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 218.

O próprio termo P&D pode ter várias conotações de “senso comum” e acarretar problemas para a execução do contrato – o que pode ser solucionado com sua inclusão no rol de termos a ser definidos pelas partes. Saliente-se que, embora existam definições legais e técnicas, neste momento as partes gozarão de relativa liberdade para definir o que entendem ou pretendem com a utilização de determinada palavra no contrato.

Esse instrumento torna-se ainda mais fundamental quando diante de situações em que o contrato será objeto de demanda judicial. Tais termos, principalmente os de natureza técnica, não fazem parte do dia a dia do juiz ou do árbitro, podendo causar problemas de interpretação e execução contratual. Logo, além de servir para as partes deixarem claras as relações a que estão se submetendo, facilitará a interpretação contratual numa eventual demanda. Vale lembrar que no contrato dá-se prevalência à real vontade das partes, mais do que à interpretação literal do mesmo.

Outro elemento que pode ser acrescentado ao preâmbulo são as informações sobre onde e como ocorrerá a comunicação entre as partes. Assim, é possível estabelecer desde o início do contrato que as informações confidenciais serão trocadas entre os sujeitos do contrato por meio de correio eletrônico, por exemplo, ou telefone, ou carta simples, ou, ainda, carta com aviso de recebimento, dependendo da importância e da confidencialidade de tais comunicações. Ademais, podem-se determinar quais pessoas serão responsáveis pela interação entre as partes contratuais, bem como o local ou forma para que sejam localizadas.

Além destes elementos, as partes poderão acrescentar outros, dependendo da necessidade de prestar informações iniciais ao contrato.

c) Objeto

Esta é uma das cláusulas mais importantes do contrato, pois conterá informações sobre a obrigação principal a ser cumprida pela parte contratada (no caso de modelo contratual obrigacional) ou por ambas as partes (no caso de modelo cooperativo).

Como visto na seção 4.2, o objeto do contrato de P&D de software será uma obrigação de fazer – qual seja, a de realizar o processo de P&D para o desenvolvimento de um software inovador. Tal obrigação de fazer, contudo, pode ser acrescida de uma obrigação de entrega do software, ainda que, pela natureza do software resultado da atividade de P&D, o cumprimento da obrigação acessória seja mais complexo. Daí o risco de vincular-se o cumprimento da obrigação principal do contrato à entrega da coisa.

E, como observado na seção 4.6, devido ao grau de “experimentação” e de risco que envolve o software resultado de P&D, uma relação técnica detalhada sobre o objeto é fundamental tanto para a execução correta do contrato quanto para a interpretação, e mesmo para a validade do negócio jurídico. Recomenda-se anexar o documento final produzido na fase pré-contratual, descrevendo as funcionalidades que o software deverá possuir. Caso tenha sido feito estudo de viabilidade, protótipo e até mesmo análise de requerimentos, nada obsta a que também sejam anexados ao contrato, vinculados à cláusula de objeto. Todas essas informações deixarão claros os reais encargos das partes, conforme vontade contratual, bem como auxiliarão em eventual demanda para a solução de conflito.

No caso de contrato cooperativo, também poderá ser discriminada no objeto a competência técnica de cada parte dentro do projeto de P&D, ainda que tais informações possam ser detalhadas na cláusula de obrigações das partes.

d) Definição técnica ou viabilidade do projeto

Como já destacado na fase pré-contratual, recomenda-se que, antes mesmo de firmar o contrato, as partes saibam exatamente o que querem e já tenham avaliado a viabilidade do que objetivam (por meio do estudo de viabilidade ou protótipo do software).

Contudo, a depender da complexidade do projeto ou mesmo da vontade das partes, tal estudo e definição mais detalhada poderão ser feitos posteriormente, na fase contratual. Dessa forma, na cláusula de objeto estarão dispostas as diretrizes

básicas pelas quais o projeto deverá ser encaminhado, ficando a cargo de estudo os detalhes técnicos e a viabilidade do projeto.

Esta cláusula pode ser estipulada junto com o objeto do contrato ou separadamente. Nela, as partes se comprometerão a realizar um projeto detalhado com a definição técnica do software a ser desenvolvido, bem como um estudo de viabilidade do mesmo. A obrigação poderá ficar a cargo de ambas as partes envolvidas (contrato cooperativo), de uma só (contrato obrigacional ou cooperativo) ou de terceiros.⁴⁸¹

e) Local de execução do projeto

As partes também poderão dispor sobre o local onde o projeto será executado. Esta cláusula pode constar ao lado do objeto ou à parte, como aqui exemplificado.

Dependendo da envergadura do projeto será necessária a disponibilização de toda uma infra-estrutura para sua execução, incluindo, por exemplo, salas de trabalho e pesquisa, laboratórios, refeitório, entre outros itens. Esta infra-estrutura pode existir na sede de alguma das partes, como por vezes ocorre com centros de pesquisas ou instituições de ensino e pesquisa, mas também poderá ser montada especificamente para a consecução do objeto.

Observa-se que a Lei de Inovação permitiu expressamente que a ICT compartilhe sua estrutura (laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações) com MPEs envolvendo atividades vinculadas com inovação tecnológica para incubação. Do mesmo modo, admitiu a utilização dessa estrutura por empresas nacionais ou organizações de direito privado sem fins lucrativos (que podem ser estrangeiras), desde que não interfira na atividade-fim da ICT (art. 4º, Lei de Inovação⁴⁸²).

⁴⁸¹ Baptista e Sierralta sugerem a inclusão desta cláusula ao contrato. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 226.

⁴⁸² Art. 4º, Lei de Inovação. “As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que

Assim, nesta cláusula se estipularão os encargos de cada parte, onde será localizado, que objetos e materiais serão disponibilizados, dentre outros elementos.

f) Preço, condições de pagamento e garantia de pagamento (contrato obrigacional) ou contribuição das partes (contrato cooperativo)

A cláusula de preço é mais aplicada aos contratos do modelo obrigacional, onde existe uma obrigação principal que implica uma retribuição pecuniária pela parte contratante. Conforme as seções 4.4.2 e 4.4.3, os mesmos envolvem, dentre os contratos analisados, os de prestação de serviço, os administrativos, as PPPs e até mesmo, via de regra, os contratos de *outsourcing*.

Nesta cláusula deverá ser estipulado quanto a contratante pagará à contratada pela prestação de serviço envolvendo P&D de software, bem como a forma de pagamento. Veja-se que, no silêncio das partes, a retribuição será arbitrada conforme o costume do lugar, o tempo de serviço e a qualidade (art. 596, CC⁴⁸³). Ademais, a retribuição deverá ser paga depois de prestado o serviço, se forma diversa não for contratada ou for costume (art. 597, CC⁴⁸⁴).

Também poderá ser estipulada uma garantia para o caso de não-pagamento pela contratante. Exemplos: fiança, caução e objeto dado em garantia, entre outros.

Já no caso de contratos cooperativos não haverá retribuição entre as partes pelo serviço prestado, mas investimento por todas as partes envolvidas. Daí titulá-la como contribuição das partes. Cada qual deverá repassar para o contrato o que se prestou a fazer, podendo ser ativos tangíveis ou intangíveis, dinheiro, prestação de serviço etc. Logo, a natureza não será de retribuição e sim de participação no projeto conjunto. É o caso das *joint ventures* e dos convênios.

tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite. Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas”.

⁴⁸³ Art. 596, CC. “Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

⁴⁸⁴ Art. 597, CC. “A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações”.

g) Exclusividade

Esta cláusula pode ser muito importante no que tange ao contrato de P&D de software, principalmente em relação a temas envolvendo concorrência desleal. Ao investir em um processo de P&D, uma empresa visa retorno financeiro – e uma das formas de obtê-lo é através da exclusividade no uso e/ou comercialização do software desenvolvido, dependendo dos objetivos da empresa e das atividades que desempenha.

Dessa forma, pode-se estipular cláusula limitando a atuação da empresa contratada em áreas nas quais a empresa contratante enfrenta concorrência, seja no desenvolvimento de outros softwares com as mesmas funcionalidades, seja utilizando o conhecimento adquirido na relação com a contratante para repassá-lo a competidores.

Tal exclusividade pode referir-se à atuação da empresa contratada, como também ao próprio uso do software desenvolvido. Ainda que se tenha estipulado pertencer a titularidade do software à contratada, cabendo à contratante uma licença por determinado tempo, a mesma poderá ser exclusiva.

Ressalva-se que a opção por cessão da titularidade, licença com ou sem exclusividade, repercutirá no valor do contrato.

A exclusividade também pode limitar-se não só no tempo, mas no espaço.

No que se refere à exclusividade envolvendo tecnologia pertencente à ICT, seja no caso de transferência, seja no de licenciamento de uso, o contrato deverá ser precedido de edital (art. 6º, Lei de Inovação).⁴⁸⁵ A determinação é regulamentada

⁴⁸⁵ Art. 6º, Lei de Inovação. “É facultado à ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida. § 1º A contratação com cláusula de exclusividade, para os fins de que trata o caput deste artigo, deve ser precedida da publicação de edital. § 2º Quando não for concedida exclusividade ao receptor de tecnologia ou ao licenciado, os contratos previstos no caput deste artigo poderão ser firmados diretamente, para fins de exploração de criação que deles seja objeto, na forma do regulamento. § 3º A empresa detentora do direito exclusivo de exploração de criação protegida perderá automaticamente esse direito caso não comercialize a criação dentro do prazo e condições definidos no contrato, podendo a ICT proceder a novo licenciamento. § 4º O licenciamento para exploração de criação cujo objeto interesse à defesa nacional deve observar o disposto no § 3º do art. 75 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. § 5º A transferência de tecnologia e o licenciamento para exploração

pelos arts. 6º e 7º do Dec. nº 5.563/2005⁴⁸⁶, o qual determina que a decisão pela exclusividade cabe à ICT. Ademais, poderá ser dispensada a licitação, ainda que envolva exclusividade, desde que publicado edital com os requisitos arrolados no art. 7º.

Uma questão polêmica, nesta cláusula, refere-se às formas abusivas que ela pode assumir, impedindo até mesmo a atuação da empresa contratada em áreas onde atuava normalmente antes do contrato. Assim, para a redação de tal cláusula, há que observar as circunstâncias que envolvem o contrato e o benefício econômico que tal exclusividade poderá trazer não só à contratante mas à contratada, e inclusive ao próprio mercado (levando em conta até mesmo a boa-fé e a função social do contrato). Para tanto, devem verificar-se as normas sobre concorrência já analisadas na seção 4.5.2.⁴⁸⁷

de criação reconhecida, em ato do Poder Executivo, como de relevante interesse público, somente poderão ser efetuados a título não exclusivo”.

⁴⁸⁶ Art. 6º, Dec. nº 5.563/2005. “É facultado à ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida, a título exclusivo e não exclusivo. § 1º A decisão sobre a exclusividade ou não da transferência ou do licenciamento cabe à ICT, ouvido o Núcleo de Inovação Tecnológica. § 2º A transferência de tecnologia e o licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação reconhecida, em ato do Presidente da República ou de Ministro de Estado por ele designado, como de relevante interesse público somente poderá ser efetuada a título não exclusivo. § 3º O licenciamento para exploração de criação cujo objeto interesse à defesa nacional deve observar o disposto no § 3º do art. 75 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996”.

Art. 7º, Dec. nº 5.563/2005. “É dispensável, nos termos do art. 24, inciso XXV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a realização de licitação em contratação realizada por ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. § 1º A contratação de que trata o caput, quando for realizada com dispensa de licitação e houver cláusula de exclusividade, será precedida da publicação de edital com o objetivo de dispor de critérios para qualificação e escolha do contratado. § 2º O edital conterá, dentre outras, as seguintes informações: I - objeto do contrato de transferência de tecnologia ou de licenciamento, mediante descrição sucinta e clara; II - condições para a contratação, dentre elas a comprovação da regularidade jurídica e fiscal do interessado, bem como sua qualificação técnica e econômico-financeira para a exploração da criação, objeto do contrato; III - critérios técnicos objetivos para qualificação da contratação mais vantajosa, consideradas as especificidades da criação, objeto do contrato; e IV - prazos e condições para a comercialização da criação, objeto do contrato. § 3º Em igualdade de condições, será dada preferência à contratação de empresas de pequeno porte. § 4º O edital de que trata o § 1º será publicado no Diário Oficial da União e divulgado na rede mundial de computadores pela página eletrônica da ICT, se houver, tornando públicas as informações essenciais à contratação. § 5º A empresa contratada, detentora do direito exclusivo de exploração de criação protegida, perderá automaticamente esse direito caso não comercialize a criação dentro do prazo e condições estabelecidos no contrato, podendo a ICT proceder a novo licenciamento. § 6º Quando não for concedida exclusividade ao receptor de tecnologia ou ao licenciado e for dispensada a licitação, a contratação prevista no caput poderá ser firmada diretamente, sem necessidade de publicação de edital, para fins de exploração de criação que dela seja objeto, exigida a comprovação da regularidade jurídica e fiscal do contratado, bem como a sua qualificação técnica e econômico-financeira”.

⁴⁸⁷ Como relacionado na seção 4.5.2, dentre os atos considerados anticoncorrenciais incluem-se o de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; exercer de forma abusiva posição dominante;

A cláusula também poderá ser estipulada em contratos cooperativos, cabendo a carga, neste caso, a ambas as partes.

Caso não exista a referida cláusula e a titularidade do software continue com a empresa contratada, esta poderá utilizá-lo para o desenvolvimento de contratos com outras empresas.⁴⁸⁸ Contudo, há que se atentar para a não-utilização de informações, ativos e conhecimentos da empresa contratante anterior, para não incorrer em atos de concorrência desleal (art. 195, LPI).

Uma prática recorrente, em especial no caso de contratos de empresas de software com seus empregados, é a inclusão de uma cláusula chamada “quarentena empresarial”, mediante a qual o empregado, ao sair da empresa, não poderá por determinado tempo trabalhar para empresa diretamente concorrente. A aceitação desta cláusula no Judiciário trabalhista tem aumentado, mas se impõem alguns requisitos para sua validade: o período durante o qual o empregado não poderá trabalhar para a concorrência deve ser remunerado, e deve ser especificado de forma clara e restritiva para que tipo de empresa ele não poderá trabalhar.

Ainda que o contrato de P&D de software não configure um contrato de trabalho, mas de prestação de serviços, tal tipo de cláusula pode ser acrescentado, desde que respeitados os devidos limites e na medida em que se demonstre razoável para o retorno do investimento realizado no contrato. As cláusulas não devem impedir que a contratada ou qualquer das partes contratantes sejam impedidas de exercer sua atividade normalmente.

dominar mercado relevante de bens e serviços; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir acesso da concorrente a equipamentos ou tecnologias; “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição”; e “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia” (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/1994). Tais atos somente serão justificáveis, apesar de anticoncorrenciais, se trouxerem uma compensação econômica ao próprio mercado.

⁴⁸⁸ Sobre a possibilidade de reutilização do software pela empresa contratada (empresa informática), Soler entende, conforme a legislação espanhola, que, em não havendo cláusula de exclusividade, a mesma poderá ocorrer. Contudo, se a exclusividade for subentendida, como na cessão da titularidade para a empresa contratante (cliente), tal reutilização não poderá ocorrer. SOLER MATUTES, Pere. El contrato de desarrollo de software (II): las obligaciones de las partes. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 614.

h) Propriedade intelectual

Por meio desta cláusula, as partes determinarão de antemão as regras de apropriação dos ativos criados por meio da P&D, no caso, o(s) software(s). Logo, vários temas poderão ser desde então estipulados pelas partes, dentre eles:

- a) a quem caberá a titularidade, se será co-titularidade e em que proporção;
- b) quais as formas de proteção utilizadas;
- c) quem arcará com os custos;
- d) no caso de patente de invenção, marca e desenho industrial, se serão feitos os respectivos pedidos e/ou registros somente em território nacional ou também internacional, e em que países;
- e) no caso de proteção por direito autoral, se será feito o registro e quem se encarregará dos custos e procedimentos;
- f) no caso de utilização de tecnologia já existente para proceder a derivação ou até mesmo para utilização em pesquisa e desenvolvimento do software, quem se encarregará da contratação de licença e/ou cessão;
- g) no caso de utilização de tecnologia pertencente a qualquer das partes, como se procederá a transferência, se por licença ou cessão, bem como os seus limites de uso;
- h) no caso de *know how* ou segredo, quais os procedimentos para garantir a inviolabilidade do sigilo e a cargo de quem ficarão os custos e procedimentos; e
- i) como ficará a utilização e/ou distribuição e/ou comercialização do software a ser desenvolvido através do projeto contratado.

Perceba-se que, sendo um contrato obrigacional de prestação de serviços envolvendo P&D, no silêncio das partes a titularidade será do contratante. Já no contrato cooperativo pode-se estipular a co-titularidade conforme as circunstâncias, mas dependerá muito da interpretação dada ao contrato no caso de eventual demanda (art. 4º, LPC, e arts. 88 a 91, LPI).⁴⁸⁹

No caso de contratos administrativos, o art. 111 da Lei nº 8.666/1993 determina que deverá constar em contrato a cessão dos direitos de propriedade

⁴⁸⁹ Sobre o tema, veja-se a seção 4.5.1.

intelectual à administração pública, bem como a entrega dos materiais tecnológicos que envolvem o software.⁴⁹⁰

Outra observação refere-se aos contratos ou convênios envolvendo ICTs realizados sob a égide da Lei do Bem. Em seu art. 19-A, § 6º, esta lei determina regras sobre propriedade intelectual nos projetos executados em tal âmbito. Assim, a titularidade da pessoa jurídica sobre a propriedade intelectual será determinada pela “razão entre a diferença do valor despendido pela pessoa jurídica e do valor do efetivo benefício fiscal utilizado, de um lado, e o valor total do projeto, de outro, cabendo à ICT a parte remanescente”.⁴⁹¹

i) Confidencialidade

A confidencialidade é essencial neste tipo de contrato. O conhecimento já existente e aquele produzido por meio do processo de P&D poderão valer muito, e não necessariamente são passíveis de proteção por meio de propriedade intelectual. Assim, o sigilo entre as partes antes, durante e após o contrato garantirá não só o sucesso do projeto, mas a confiança mútua e o aproveitamento econômico do conhecimento gerado.

Além disso, na consecução do projeto pode-se ter acesso a várias informações confidenciais, já existentes, das próprias partes.

Esta cláusula disporá sobre a obrigação de manter a confidencialidade, bem como destacará as características da informação confidencial para deixar clara sua identificação por todos os envolvidos. Também poderá tratar da possibilidade, ou não, de acesso de terceiros a informações do projeto, e como se dará, se possível.

A cláusula adquire nuance especial quando envolver, enquanto parte, instituições de ensino e pesquisa, como universidades públicas ou privadas. Tais pessoas jurídicas, pela natureza das atividades, têm como princípio a publicidade de

⁴⁹⁰ No que se refere a este tema e sua polêmica, veja-se a seção 4.4.2.1.

⁴⁹¹ Art. 19-A, § 6º, Lei do Bem. “A participação da pessoa jurídica na titularidade dos direitos sobre a criação e a propriedade industrial e intelectual gerada por um projeto corresponderá à razão entre a diferença do valor despendido pela pessoa jurídica e do valor do efetivo benefício fiscal utilizado, de um lado, e o valor total do projeto, de outro, cabendo à ICT a parte remanescente”.

suas pesquisas e projetos, seja por meio de publicações dos pesquisadores e alunos, seja em defesa de teses, dissertações e trabalhos, seja na publicidade para angariar mais projetos e investidores etc. A confidencialidade, nesses casos, deverá ser muito bem delimitada, principalmente no que se refere a situações em que serão permitidas publicações sobre o objeto de P&D.

Pode-se fazer constar a obrigação de aprovação prévia pela outra parte, bem como a avaliação do conteúdo a ser publicado. No caso em epígrafe, há que se ponderar sobre dois pontos importantes da relação: a proteção do investimento realizado pela empresa e a obrigação de tornar público o conhecimento gerado pela instituição de ensino e pesquisa. Logo, há que se respeitar a confidencialidade das informações, mas restrições excessivas ou abusivas também poderão desnaturalizar a própria atividade de ensino e pesquisa, fazendo com que a mesma não cumpra sua função social, ou tolhendo demasiadamente a liberdade de pesquisa dos profissionais envolvidos.

Recorde-se que a relação universidade-empresa é uma das metas da política pública nacional, fomentando várias linhas de incentivos para incrementá-la. A Lei de Inovação, para facilitar tal relação comercial no que tange à obrigação de confidencialidade, exige que o dirigente, pesquisador, servidor, militar, prestador de serviço ou empregado tenha expressa autorização prévia da ICT para divulgar, noticiar ou publicar qualquer aspecto de criações de cujo desenvolvimento tenha participado ou tomado conhecimento.⁴⁹²

Esta cláusula cabe em qualquer dos modelos contratuais (obrigacional ou cooperativo). Entretanto, no obrigacional, o acesso a informações da contratante poderá eventualmente ser maior do que no cooperativo, até pela própria finalidade do contrato: desenvolver um software inovador conforme as necessidades da contratante.

⁴⁹² Art. 12, Lei de Inovação. “É vedado a dirigente, ao criador ou a qualquer servidor, militar, empregado ou prestador de serviços de ICT divulgar, noticiar ou publicar qualquer aspecto de criações de cujo desenvolvimento tenha participado diretamente ou tomado conhecimento por força de suas atividades, sem antes obter expressa autorização da ICT”.

j) Garantia e responsabilidades

É uma cláusula importante no que se refere ao contrato de P&D de software, já que o objeto do contrato envolve atividade inovadora e por isso passível de riscos. Pode-se acrescentar, na cláusula, o que se garante com o serviço prestado e as causas de exclusão de responsabilidade.

É o local, por exemplo, para a indicação do possível prazo de validade técnica do software a ser desenvolvido, conforme exige o art. 7º da LPC. E pelo que a contratada se responsabilizará durante tal prazo.

Também poderá ser incluída referência sobre eventuais defeitos pelos quais a contratada terá responsabilidade, sobre como serão reparados e sobre o tratamento na hipótese de danos a terceiros.

Casos de exoneração de responsabilidade da contratada ou da contratante podem ser arrolados, bem como limitações de responsabilidade diante de defeitos, danos e prejuízos. Um exemplo é o da limitação do ressarcimento ao valor do contrato ou porcentagem do mesmo.

Por envolver atividade de risco (inovadora), recomenda-se que os casos de exoneração de responsabilidade fiquem claros, tratando-se de forma consciente e moderada o que se pode efetivamente garantir com a prestação do serviço.

No caso de contrato no modelo cooperativo, é importante frisar o que cada parte pode garantir durante e após o contrato, bem como a responsabilidade de cada uma, ou exoneração, no caso de posterior comercialização para terceiros.

k) Obrigações das partes

Aqui serão arroladas as obrigações das partes além da obrigação principal ou retribuição pecuniária – Soler Matutes as denomina deveres assessórios⁴⁹³ ou

⁴⁹³ Segundo Matutes, “los deberes accesorios son aquellas otras prestaciones de las partes que, no constituyendo el objeto principal de la obligación, son necesarias para la satisfacción de sus intereses respectivos”. SOLER MATUTES, 2006, p. 585.

cargas⁴⁹⁴ das partes. Estas podem dar-se numa só cláusula ou dividir-se em cláusulas diversas.

No caso do contrato obrigacional, aqui serão previstas as obrigações acessórias da contratada e da contratante. Tais obrigações podem incluir, dentre outras:

- a) dever da contratante de prestar assessoramento e aconselhamento durante a execução do contrato pela contratada;
- b) determinação da tecnologia, linguagem ou metodologia de programação a ser utilizada;
- c) prestação de contas, relatórios, auditorias ou vistorias;
- d) dever da contratante de prestar informações sobre suas necessidades no que tange ao software a ser desenvolvido;
- e) avaliação e aprovação, pela contratante, das etapas do desenvolvimento do software; e
- f) permissão de acesso ao estabelecimento da contratante.

No caso de contrato cooperativo poderão ser dispostas as mesmas estipulações, ressalvado o fato de que as partes envolvidas “estão do mesmo lado” – isto é, as duas terão a carga de cumprir a obrigação principal. Esta cláusula será fundamental, pois servirá para pontuar as obrigações de cada uma. Assim, separando as obrigações conforme a competência e especialidade de cada parte, se evitarão eventuais conflitos sobre a quem cabia cumprir determinada obrigação contratual.

Ainda sobre o contrato cooperativo, uma cláusula importante que costuma ser acrescentada, em especial nos contratos de *joint venture*, é a obrigação que as partes assumem de não competir entre elas. Diferente do contrato obrigacional, no cooperativo normalmente as partes são consideradas parceiras, possuindo vários pontos em comum nas suas atividades. Destarte, não seria difícil que em determinado momento elas pudessem competir entre si – daí a importância da referida cláusula. Contudo, tal cláusula, dependendo das circunstâncias em que for

⁴⁹⁴ “Las cargas son aquellas conductas de cooperación que debe realizar cada una de las partes respecto de la otra para que esta última pueda cumplir correctamente con su obligación principal”. SOLER MATUTES, 2006, p. 586.

estabelecida, bem como da forma como as restrições são feitas, pode ser considerada nula perante as normas concorrenciais⁴⁹⁵ (normas antitruste).⁴⁹⁶

É interessante pontuar que o processo de P&D de software, obrigacional ou cooperativo, poderá ser dividido em etapas, das quais participarão ambas as partes, seja cumprindo a obrigação em si (contrato cooperativo), seja avaliando e aprovando a finalização de cada uma (contrato obrigacional). Seria uma espécie de controle da parte contratante sobre o transcurso da execução do projeto pela parte contratada. No caso de contratos cooperativos, esta fiscalização poderia ocorrer, por ambas as partes, sobre os elementos do projeto pelos quais cada uma é responsável.

Dependendo da complexidade do projeto, esta estratégia poderá ser muito útil, já que permite a participação do contratante (contrato obrigacional) durante a consecução do projeto, avaliando e aprovando cada etapa. Assim, juridicamente, a contratada poderá isentar-se de responsabilidades provenientes de eventuais defeitos em etapas anteriores já aprovadas pela contratante. No caso do contrato cooperativo, tal estratégia também poderá ser utilizada para fazer com que as várias etapas pesquisadas e desenvolvidas pelas partes possam transcorrer de forma uniforme.⁴⁹⁷ Tais etapas podem ser detalhadamente explicitadas em cronograma anexado ao contrato, determinando igualmente como serão a entrega, a avaliação e a aceitação de cada etapa pela outra parte.

Outro ponto a ser tratado nesta cláusula refere-se à possibilidade de modificação, ampliação ou redução do projeto de P&D de software. Como já afirmado, na fase pré-contratual as partes já podem estipular exatamente quais funções o software a ser desenvolvido deve executar, conforme a necessidade do cliente; ou, sendo um contrato cooperativo, conforme os objetivos das partes. Contudo, no decorrer da execução do projeto, tais objetivos podem mudar,

⁴⁹⁵ Veja-se a seção 4.5.2.

⁴⁹⁶ Este é o entendimento de Baptista e Sierralta: “Una de las obligaciones principales que usualmente establecen los socios, es la de no competir con la *joint venture* y ni ésta con ellos. Este es un punto delicado y crucial porque la existencia de normas ‘antitrust’ en la legislación local puede impedir o tornar nula esta cláusula”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 220.

⁴⁹⁷ Soler inclui esta divisão em fases, em que a participação da contratante (cliente) se dará aprovando cada uma delas, como um dos mecanismos de controle da obrigação. Além destes, ainda cita: “a) El pago aplazado del precio; b) El establecimiento de controles intermedios por el cliente del estado de elaboración de los programas; c) La facultad del cliente de solicitar información sobre la marcha del proyecto y el deber de suministrar dicha información por parte de la empresa informática; d) La fijación de unas pruebas o tests de ‘aceptación’ o ‘homologación’ cuya finalidad es la verificación del buen funcionamiento de los programas elaborados tras su entrega e instalación; e) El establecimiento de cláusulas penales en caso de retraso en la entrega e instalación de los programas”. SOLER MATUTES, 2006, p. 590-591; 645 et seq.

ensejando uma revisão das funcionalidades antes propostas. Isto é mais comum ainda por se tratar de software oriundo de um processo de P&D. Recomenda-se, então, estipular cláusula determinando se tais modificações podem ser realizadas, seja ampliando, seja reduzindo as funcionalidades inicialmente propostas; quem pode realizar tais modificações; se é possível incluir terceiros no projeto; como será este requerimento; e quais os eventuais efeitos das modificações sobre o cronograma inicialmente planejado pelas partes, entre outros temas.

Obrigações que podem ser regulamentadas – no caso de envolver a obrigação de entrega do software desenvolvido, por exemplo, fazendo parte ou não da obrigação principal⁴⁹⁸ – dizem respeito ao dever de instalação do software. Podem as partes estipular como esta se dará; se haverá a instalação no sistema da contratante ou de quem for o beneficiário/usuário; quais os prazos; se a instalação será realizada pela própria empresa contratada ou por terceiro; a questão do treinamento da equipe que fará a instalação no caso de comercialização do software como software-produto etc.

O mesmo pode ocorrer com a obrigação de manutenção, treinamento da equipe e suporte técnico, que poderão ser acordados pelas partes.

Pode-se estipular, ainda, dependendo do tamanho do software ou sistema criado, a entrega pela parte contratada de uma cópia de segurança do mesmo, ou que esta seja mantida sob sua responsabilidade.⁴⁹⁹ Tal entrega pode referir-se à documentação preparatória, bem como aos demais elementos do software (material de apoio, descrição do programa e código-fonte).

Soler destaca a possibilidade de o código-fonte ser entregue a uma terceira pessoa, que terá a incumbência de guardá-lo em depósito. A posse do código-fonte é fundamental para o software. Além de garantir que este possa ser preservado de forma mais eficaz, também se poderia utilizar o código-fonte para reproduções, adaptações, softwares derivados. O fato de deixá-lo com uma terceira pessoa, em depósito, possibilitaria que a contratante tivesse acesso ao mesmo no caso de uma

⁴⁹⁸ Vejam-se as seções 4.1.2 e 4.2.

⁴⁹⁹ Segundo Soler: “Sin embargo también puede suceder que no se pacte la entrega de una copia de seguridad al cliente. Ello ocurre en los casos en los que el programa o programas son de gran envergadura así como cuando el cliente tiene un sistema propio de almacenamiento seguro de datos y de realización de copia de seguridad (en las entidades de crédito se utilizan sistemas de alta seguridad y fiabilidad, como por ejemplo, cintas de almacenamiento)”. SOLER MATUTES, 2006, p. 615.

eventual falência da contratada, de recusa ou da impossibilidade de entregá-lo, ao mesmo tempo em que a contratada teria a garantia de que a contratante não se utilizaria do código-fonte indevidamente.⁵⁰⁰ Na cláusula contratual estaria disposta a obrigação das partes (contrato cooperativo) ou da parte contratada (contrato obrigacional) de entregar o código-fonte no formato x para a entidade y. A seguir se arrolariam as condições para que este depósito pudesse ser levantado e o código-fonte entregue a uma das partes.

Mais uma obrigação acessória importante no caso em epígrafe é de não-fazer: não contratar recursos humanos da outra parte. Ainda que por si só o ato configure-se como crime de concorrência desleal (art. 195, LPI), a cláusula auxiliará na expressa observação do dispositivo. Juntamente com esta cláusula, que refere-se aos contratantes, pode inserir-se a cláusula de quarentena empresarial⁵⁰¹ presente nos contratos de trabalho entre as partes e seus empregados, com o objetivo de assegurar o sigilo dos empregados envolvidos no projeto.

No caso específico de contratos internacionais deve ser estipulada cláusula sobre o pagamento de tributos e encargos exigíveis: a quem caberá e como será efetuado o referido pagamento. Da mesma forma, deverá ser estipulado no contrato como será feita a eventual remessa de dividendos para o exterior e o recebimento dos mesmos no país.⁵⁰² Ainda que este aspecto seja muito interessante, não será objeto de aprofundamento.

Outras cláusulas também deverão ser observadas na hipótese de contratos administrativos ou de contratos beneficiários de incentivos fiscais do governo. Um exemplo de obrigação acessória é a determinada pelos §§ 10 e 11 do art. 25 do

⁵⁰⁰ Segundo Soler, na Espanha, os “Colegios Oficiales de Ingenieria en Informatica” podem exercer o papel de depositários, pelo seu caráter público e especializado. SOLER MATUTES, Pere. El contrato de desarrollo de software (II): las obligaciones de las partes. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 620-627.

⁵⁰¹ Veja-se a seção 4.7.5.

⁵⁰² Baptista e Sierralta ressaltam esta problemática, dependendo dos sistemas jurídicos envolvidos no contrato. Segundo eles, “unido al problema del lucro o de las utilidades está el de la obtención de divisas, y de la remesa para el exterior de los dividendos. En muchos países, legislaciones restrictivas en materia de cambio crean límites o dificultades para obtener divisas; en otros, la simple disponibilidad de lucro por parte de la persona jurídica es un hecho imponible. Esos problemas fiscales y cambiiales, asociados a las políticas de cada una de las partes, constituyen otro aspecto a ser discutido y objeto de reglamentación contractual”. BAPTISTA, Luiz Olavo; SIERRALTA RÍOS, Anibal. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. 2. ed. Lima; São Paulo: Fondo Editorial de la Academia Diplomática del Perú; Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais, 1993, p. 221.

Dec. 5.906/2006⁵⁰³, sobre incentivos a setores da TI. Tais parágrafos exigem que se faça escrituração contábil específica no que se refere às operações relativas a tais atividades, além de determinar que a documentação técnica e contábil seja guardada por cinco anos.

I) Gerenciamento ou administração

Mesmo que o foco da presente análise não envolva direitos societários, como a criação de uma sociedade para administração do projeto, é importante ressaltar tal possibilidade. Assim, em especial diante de contratos cooperativos, é possível criar tal pessoa jurídica independente. No caso das *joint ventures*, a criação de uma SPE é facultativa; no das PPPs, é obrigatória.

Observa-se que a Lei de Inovação permite não só que a União e suas entidades autorizadas participem minoritariamente de capital de SPE, como autoriza que pesquisador público tenha licença não-remunerada para constituir empresa com a finalidade de desenvolver atividades relativas à inovação (arts. 5º e 15, Lei de Inovação⁵⁰⁴).

Contudo, independente da criação, ou não, da pessoa jurídica, existirá a obrigação de gerenciamento ou administração do projeto de P&D de software a ser desenvolvido. Dependendo de sua complexidade, pode-se estipular a criação de um comitê para tanto ou determinar que fique a cargo de uma das partes. Também é possível contratar terceiro para que faça esse gerenciamento ou administração.

⁵⁰³ Art. 25, Lei de Inovação. “[...] § 10. As empresas e as instituições de ensino e pesquisa envolvidas na execução de atividades de pesquisa e desenvolvimento, em cumprimento ao disposto no art. 8º, deverão efetuar escrituração contábil específica das operações relativas a tais atividades. § 11. A documentação técnica e contábil relativa às atividades de que trata o § 10 deverá ser mantida pelo prazo mínimo de cinco anos, a contar da data da entrega dos relatórios de que trata o art. 33. [...]”.

⁵⁰⁴ Art. 15, Lei de Inovação. “A critério da administração pública, na forma do regulamento, poderá ser concedida ao pesquisador público, desde que não esteja em estágio probatório, licença sem remuneração para constituir empresa com a finalidade de desenvolver atividade empresarial relativa à inovação. § 1º A licença a que se refere o caput deste artigo dar-se-á pelo prazo de até 3 (três) anos consecutivos, renovável por igual período. § 2º Não se aplica ao pesquisador público que tenha constituído empresa na forma deste artigo, durante o período de vigência da licença, o disposto no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990. § 3º Caso a ausência do servidor licenciado acarrete prejuízo às atividades da ICT integrante da administração direta ou constituída na forma de autarquia ou fundação, poderá ser efetuada contratação temporária nos termos da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, independentemente de autorização específica”.

Importante em tal cláusula, além da criação do comitê ou da estipulação de quem será responsável pela obrigação, é a determinação de como esta será feita. Assim, poderão as partes, no caso da criação do comitê, determinar o modo de eleição dos dirigentes, quais suas obrigações e sob que princípios deverão gerenciar ou administrar o projeto. Também poderão ser estipulados os deveres e direitos dos gerentes ou administradores e suas responsabilidades, bem como o dever de prestação de contas, relatórios etc.

m) Prazo de vigência

Sendo um contrato de duração (seção 4.1.3.8), deve ser estipulado qual o prazo pelo qual vigerá o contrato de P&D.

Tal prazo pode ser determinado – caso em que o contrato vigerá por um número estabelecido de dias, semanas, meses ou anos. Ainda pode ser estipulada a finalização do contrato com o efetivo cumprimento da obrigação assumida. Importa acrescentar, neste caso, quando será considerada cumprida a obrigação, principalmente porque, via de regra, a P&D de software é uma obrigação de meio. Dessa forma, determinar critérios que caracterizem quando a obrigação será efetivamente cumprida pela parte (contrato obrigacional) ou por ambas as partes (contrato cooperativo) deixará mais claras as regras da relação jurídica.

Atenção para o fato de que o art. 598 do CC⁵⁰⁵ proíbe a estipulação contratual por mais de quatro anos. Atingido o quarto ano de vigência contratual, dar-se-á por findo o contrato, mesmo que a obrigação não tenha sido cumprida. Segundo Venosa, “a intenção da lei, orientada pela origem histórica do instituto ligado à escravidão, é evitar ligação indefinida do trabalhador com o dono do serviço”. E prossegue: “Nada impede, no entanto, que findo o quadriênio novo contrato seja firmado. O objetivo da lei foi permitir que a relação seja revista nesse

⁵⁰⁵ Art. 598, CC. “A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra”.

período. O excesso de prazo no contrato não implica a sua nulidade, mas ineficácia do prazo exorbitante”.⁵⁰⁶

Não obstante a limitação legal quanto à estipulação do prazo contratual, é possível a vinculação a prazo indeterminado. O contrato vigerá a partir de determinada data (normalmente a da assinatura do contrato) e findará quando qualquer das partes denunciá-lo (art. 599, CC).⁵⁰⁷

No caso de o contrato enquadrar-se na empreitada – isto é, se tiver uma obrigação de fim –, ainda que não seja tão compatível com a natureza inovadora da P&D, fica excluída a limitação do art. 598 do CC.

n) Extinção, resilição ou rescisão contratual

Esta é a cláusula em que as partes estipulam as formas pelas quais o contrato não vigerá mais.

Primeiramente cabe diferenciar os termos.⁵⁰⁸

a) extinção: é quando o contrato passa a não viger em razão do decurso de tempo ou ocorrência da condição extintiva;

b) resilição: ocorre quando as partes acordam o distrato; e

c) rescisão: quando há o inadimplemento das partes ou de uma delas.

Assim, se o contrato for por prazo determinado, as partes vincularão sua extinção ao decurso do prazo estipulado ou, ainda, ao cumprimento da obrigação principal.

Também poderá prever-se a possibilidade de distrato entre as partes, o que ocorre quando as mesmas não têm mais interesse no prosseguimento do projeto de P&D. No caso do contrato em análise, tal possibilidade não é improvável, já que, ao envolver atividade inovadora, pode concluir-se no meio do projeto que o

⁵⁰⁶ VENOSA, 2008, p. 204.

⁵⁰⁷ Art. 599, CC. “Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias”.

⁵⁰⁸ Diferenciação realizada com base em VENOSA, 2008.

investimento não será, por exemplo, devidamente recompensado ao final, o que possibilitaria a desistência do mesmo.

Devem-se acrescentar nesta cláusula, ainda, as relações que provocam a rescisão do contrato por inadimplemento, impossibilidade ou desistência unilateral. Dentre as razões para rescisão contratual podem ser citadas:

- a) dissolução, liquidação, falência ou morte de qualquer das partes;
- b) por iniciativa de uma das partes, sem causa justificada, desde que com certo tempo de antecedência;
- c) por iniciativa de uma das partes, com justa causa, pelo descumprimento de qualquer das cláusulas contratuais, feita mediante notificação judicial ou extrajudicial ou sem necessidade de notificação para constituir em mora. Neste caso, o fato de notificar judicial ou extrajudicialmente tem o objetivo de constituir a parte inadimplente em mora. Será aplicada a forma com que constar no contrato; e
- d) casos em que ocorra força maior capaz de impedir o cumprimento temporário ou permanente das obrigações por qualquer das partes.

o) Cláusulas de força maior ou caso fortuito e cláusula de *hardship*

Tais cláusulas deverão determinar como as partes procederão no caso de modificações imprevistas nas condições de execução do contrato, provenientes do próprio risco inerente aos negócios jurídicos que envolvem contratos de duração. Também poderão as partes definir nestas cláusulas o que entendem por força maior, caso fortuito ou eventos imprevistos (*hardship*).⁵⁰⁹

Importa destacar que força maior, caso fortuito e *hardship* não se confundem. Os dois primeiros casos ocorrem quando há superveniência de evento que esteja fora do controle de qualquer das partes envolvidas no contrato; que as partes não tenham assumido qualquer responsabilidade contratual sobre tal evento; e que a natureza deste impeça a consecução do contrato.⁵¹⁰ O art. 393 do CC

⁵⁰⁹ Conforme Baptista, “todos os contratos a longo prazo terão esse tipo de cláusulas, pois sua característica é a exposição a riscos inerentes ao decurso do tempo, e muitos dos contratos a curto prazo conterão pelo menos a cláusula de força maior”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131.

determina a exoneração de responsabilidade do devedor nestes casos, que se caracterizam pela ocorrência de fato necessário “cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.⁵¹¹

Já a *hardship* baseia-se na teoria da imprevisão.⁵¹² Conhecida como cláusula da adaptação, prevê a possibilidade de readequação das condições estabelecidas no contrato no caso de evento imprevisível e inevitável que possa interferir na situação econômica das partes.⁵¹³

Diferencia-se da cláusula de força maior ou caso fortuito porque nestas o contrato deixará de obrigar as partes, enquanto a cláusula de *hardship* determina uma adaptação do mesmo à situação fática ocorrida.⁵¹⁴

p) Transferência ou substituição contratual

Ainda que, via de regra, o contrato de P&D seja pessoal, podem as partes, dependendo das circunstâncias, estipular a possibilidade de substituição contratual de uma delas por terceiro.

Essa situação pode ocorrer tanto com a contratante como com a contratada. Deve-se atentar para a competência técnica da terceira pessoa que possa vir a assumir a posição principalmente da contratada, no modelo obrigacional. Sendo uma prestação de serviço especializado, o domínio de tecnologia e o conhecimento a respeito do objeto contratual e das nuances que o envolvem são essenciais para a possibilidade desta cláusula.

⁵¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais: compra e venda internacional, carta de crédito comercial, o hedge e o contrato de hedge*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 24-25.

⁵¹¹ Art. 393, CC. “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Conforme Baptista, são exemplos de casos de força maior: cataclismos, conflitos armados, conflitos de trabalho, fato do príncipe, quebra de máquinas e acidentes análogos. BAPTISTA, 1994, p. 135-136.

⁵¹² Sobre o assunto, ver: VENOSA, 2008.

⁵¹³ Segundo Baptista, “o conceito de ‘cláusula de *hardship*’, que alguns traduzem por ‘cláusula de adaptação’, assemelha-se à cláusula de força maior no tocante à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento. Dela se distancia porque o evento gerador da *hardship*, ou ‘endurecimento das condições’, apenas torna mais onerosa a execução econômica do contrato, rompendo significativamente, em detrimento de uma das partes, o equilíbrio inicial”. BAPTISTA, 1994, p. 143.

⁵¹⁴ BASTOS; KISS, 1990, p. 26.

Também poderá ser substituída a contratante (no caso de modelo obrigacional) quando puder transferir a terceiro os direitos e deveres atinentes ao contrato de P&D que celebrou com a contratada.

Os contratos cooperativos também admitem a transferência de obrigações e direitos contratuais. Contudo, considerando que ambas as partes participarão da consecução do projeto de P&D, a competência técnica do terceiro que entrará na posição contratual deve ser condizente com a da parte que substituirá.

Tal substituição poderá ser realizada por meio de adendo contratual a ser anexado ao contrato de P&D de software.

Caso não seja prevista essa possibilidade, não poderá ser substituída qualquer das partes sem o consentimento da outra (art. 605, CC⁵¹⁵). Também poderão as partes determinar, de antemão, que não será possível qualquer substituição no decorrer do contrato. Desta forma, sendo pessoal o contrato, no caso da impossibilidade de qualquer das partes prosseguir a prestação inicialmente prometida, o mesmo findará (art. 607, CC⁵¹⁶).

q) Cláusula penal

Em caso de descumprimento de qualquer das obrigações vinculadas ao contrato de P&D, podem as partes determinar uma penalização à parte inadimplente. Esta penalização normalmente é pecuniária, podendo ser um valor determinado ou uma porcentagem do valor do contrato, bem como números de prestações, dentre outras formas.

É admitido um determinado período de tolerância para a aplicação da cláusula penal no caso de atraso no pagamento ou no cumprimento da obrigação assumida. O período de tolerância ficará a cargo das partes envolvidas no contrato.

⁵¹⁵ Art. 605, CC. “Nem aquele a quem os serviços são prestados poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste”.

⁵¹⁶ Art. 607, CC. “O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior”.

r) Lei aplicável

Esta cláusula é muito importante quando se refere a contratos internacionais de P&D de software, já que é por meio dela que as partes determinarão qual ordenamento jurídico regerá as relações contratuais. Como é um dos principais focos da presente tese, o tema será analisado com mais detalhes na seção 5.

s) Foro ou cláusula compromissória

Também é um dos principais elementos dos contratos internacionais, já que é por meio desta cláusula que se poderá determinar o foro competente para dirimir eventuais controvérsias oriundas das relações contratuais, ou enviar a lide para ser solucionada por outros mecanismos, como o da arbitragem.

Este ponto também será analisado na seção 5.

t) Alteração contratual e autonomia das cláusulas

As partes poderão, ainda, determinar a possibilidade de se alterar cláusulas no decorrer da vigência do contrato. As modificações podem ser realizadas por mútuo acordo e serão expressas através de adendos contratuais, numerados, datados, assinados e anexados ao contrato.

Também pode ser acrescentado nesta cláusula que a ilegalidade ou anulabilidade de qualquer das cláusulas não impede a aplicação das demais. Assim, o contrato terá continuidade conforme as demais cláusulas, deixando de aplicar-se tão somente a cláusula considerada não-aplicável.

Feitos estes apontamentos introdutórios ao contrato de P&D de software, cabe analisar as nuances do DIPr atinentes à sua contratação internacional: competência internacional, lei aplicável e resolução de controvérsias por meio da arbitragem.

5. CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE: ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

“A lei é ordem; e uma boa lei é uma boa ordem”.

Aristóteles, *Política*

Como observado nas seções 2.1 e 2.2, a internacionalização do setor de software e até mesmo do processo de P&D demonstram a importância desta seção e do foco da tese.

O contrato de P&D de software será internacional quando possuir pelo menos um dos elementos que o vinculem a mais de um ordenamento jurídico. Dentre tais elementos pode citar-se, entre outros: domicílio e/ou nacionalidade das partes, sede principal dos negócios, lugar do contrato e lugar de execução.⁵¹⁷

Para Baptista e Sierralta, a melhor forma de determinar a internacionalidade de um contrato é apoiando-se em seu objeto. Se existe uma “transferência ou

⁵¹⁷ Neste sentido alinha-se a posição de Irineu Strenger e de Nádia de Araújo. Nádia afirma que “o que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos”. Cf. ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46. Irineu Strenger também vincula a internacionalidade mais ao ordenamento jurídico em si, além dos elementos estrangeiros, afirmando que “uma das notas características dos contratos internacionais é a sua vinculação a uma ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além dos outros dados de *estraneidade*, como o domicílio, a nacionalidade, a ‘lex voluntatus’, a localização da sede, centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal”. Cf. STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 81. Ver também: 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. Vale referir Aurélio López-Tarruella Martínez, que, especificamente sobre contratos internacionais de software, afirma que “se entiende por *contratos internacionales de software* aquellas figuras contractuales en las que sus elementos están conectados con más de un ordenamiento y que tienen como objeto programas de ordenador”. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurélio. *Contratos internacionales de software*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 25.

trânsito de valores e mercadoria ou serviços através de fronteiras”, o contrato tem elementos de internacionalidade, sendo regulado também pelas normas de DIPr.⁵¹⁸

Uma das maiores dificuldades ao tratar-se de relações jurídicas envolvendo elementos de internacionalidade está justamente em definir quem decidirá a respeito de eventual demanda e que ordenamento jurídico o fará.⁵¹⁹

Partindo da internacionalidade das relações jurídicas relativas à P&D de software e de seu potencial para o desenvolvimento do país, serão analisados os principais elementos de Direito Internacional Privado (DIPr) envolvidos na sua contratação: competência internacional, lei aplicável e resolução de controvérsias.⁵²⁰

No Brasil não há um Código de DIPr, distribuindo-se suas regras em leis nacionais esparsas. Dentre as principais estão o Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil, a seguir denominada LICC), e a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil, a seguir denominado CPC).⁵²¹

No âmbito internacional, o Brasil é signatário de apenas um tratado referente especificamente à contratação internacional: o Código de Bustamante, de 1928, celebrado na Sexta Conferência Pan-Americana de Havana.⁵²²

Também envolvendo contratação internacional – mais especificamente, jurisdição internacional – existe o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 1994, que foi ratificado pelo Brasil e promulgado por meio do Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Esse Protocolo trata da jurisdição envolvendo contratos internacionais entre países do Mercosul.

⁵¹⁸ BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 48.

⁵¹⁹ É o entendimento de Baptista e Sierralta, quando afirmam que “la experiencia demuestra que ante la falta de certeza, que siempre existe en cuanto a jurisdicción y ley aplicable, es preciso que el contrato se pueda mantener en pie no importa el juez competente o la ley aplicable. Hay que evitar las incertidumbres para el intérprete. Situaciones que puedan ser conocidas o reglamentadas en un sistema jurídico son ignoradas en otro, así el redactor del contrato deberá comparar y comprender diferentes hipótesis para que su texto produzca los efectos deseados en cualquier lugar. Es mejor prever las soluciones en el contrato que dejarlas al arbitrio de un juez o sufrir los riesgos de la nulidad”. Cf. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 214.

⁵²⁰ ARAÚJO, 2003, p. 27-31.

⁵²¹ Sobre o tema, ver: PIMENTEL, Luiz Otávio; AREAS, Patrícia de Oliveira; COPETTI, Michele. Brasil. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos; HARGAIN, Daniel; PALAO MORENO, Guillermo (dirs.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Madri; Montevideo: Edisofer; B&F, 2008, p. 135-170.

⁵²² A Convenção de Direito Internacional Privada de Havana (Código de Bustamante) foi assinada em 20 de fevereiro de 1928 e promulgada pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

No que se refere ao DIPr de maneira generalizada, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado⁵²³, concluída em Montevideu, Uruguai, em 1979, e que foi promulgada pelo Decreto nº 1.979, de 09 de agosto de 1996. Tal convenção é o resultado da CIDIP II, regulando a base do sistema conflitual interamericano e a única no seu gênero.

Além destes, o Brasil assinou, mas não ratificou, a Convenção do México sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 1994.

A análise tem como foco verificar se as referidas regras constantes no ordenamento jurídico brasileiro estão adequadas ao objetivo almejado de desenvolvimento por meio de inovação, partindo do investimento em P&D (seção 2), principalmente no que se refere ao setor estratégico do software.

Para tanto são relacionadas novamente as premissas que servirão de base à análise, já destacadas na seção 2.3:

1) Política Nacional de Desenvolvimento: “crescimento com geração de emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades regionais”;

2) Inovação como instrumento para o desenvolvimento: “inovar e investir para sustentar o crescimento”;

3) Fortalecimento das empresas nacionais de software, cuja maior parte enquadra-se como MPEs;

4) Potencial do mercado brasileiro no setor de serviços de software e sua terceirização (*outsourcing offshore* relacionados a software);

5) Aumento da competitividade da indústria nacional de software no mercado internacional por meio de incentivos em P&D;

6) Ponto estratégico da cooperação em P&D entre empresas, universidades e centro de pesquisas;

7) Papel dos contratos e sua regulamentação jurídica nestas relações;

8) Papel do ordenamento jurídico e da segurança jurídica no ambiente sistêmico de desenvolvimento;

⁵²³ As CIDIPs (Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado) são realizadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA) com o intuito de harmonizar e codificar o DIPr no continente americano. Para maiores informações, ver página da Organização dos Estados Americanos sobre Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm>. Acesso: 01 jun. 2010.

9) Positivação das relações envolvendo P&D de software a fim de garantir a segurança jurídica; e

10) Papel fundamental do governo na gestão e na articulação dos diversos objetivos, atores, instituições e instrumentos que envolvem o SNCTI e, conseqüentemente, o propósito de desenvolvimento.

5.1 COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Competência internacional é a determinação da jurisdição competente para decidir a respeito de eventual demanda proveniente de conflitos internacionais, os quais envolvem mais de um ordenamento jurídico. Segundo Nádia de Araújo, “responder à questão relativa à competência internacional é o primeiro passo para abordar uma hipótese multiconectada”.⁵²⁴

Observa-se que é uma garantia constitucional de todo cidadão o acesso à jurisdição, conforme o art. 5º, XXXV, da CF, não havendo discriminação entre brasileiros e estrangeiros.⁵²⁵

5.1.1 Regra geral: competência concorrente e exclusiva

No Brasil, as regras de competência internacional estão dispostas no Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), em seus arts. 88 a 90. O CPC diferencia dois tipos de competência internacional: concorrente e exclusiva.

⁵²⁴ ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵²⁵ Art. 5º, XXXV, CF. “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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ainda que não haja diferenças entre brasileiros e estrangeiros, é restrito o exercício de alguns direitos por parte de estrangeiros, dentre eles: exploração de minas e quedas d’água (art. 176, CF), propriedade de empresas jornalísticas (art. 222, CF) e de embarcações (art. 178, parágrafo único, CF).

A primeira, regida pelo art. 88 do CPC⁵²⁶, engloba os casos em que o Brasil é competente de forma concorrente com outras jurisdições – isto é, em que tanto o Brasil quanto outros Estados poderão conhecer e julgar a causa. Nesses casos, o autor poderá optar pela jurisdição brasileira ou pela estrangeira. Se optar pela estrangeira, a sentença desta jurisdição poderá ser homologada no Brasil.

Os casos de competência concorrente ocorrem quando:

a) o réu for domiciliado no Brasil, independente de sua nacionalidade. Incluem-se neste caso as empresas estrangeiras que tenham agência, filial ou sucursal em território nacional (§ 1º, art. 88, CPC);⁵²⁷

b) a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil; e

c) a ação for originária de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.⁵²⁸

Como o contrato internacional de P&D de software envolve prestação de serviços, será competente a justiça brasileira se a obrigação for cumprida em território nacional ou se o réu for domiciliado no Brasil.

No caso da obrigação cumprir-se em território brasileiro, questão polêmica surge quando a mesma é cumprida em mais de um território nacional – o que é

⁵²⁶ Art. 88, CPC. “É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”.

⁵²⁷ A disposição de competência jurisdicional internacional baseada no domicílio do réu é norma adotada em vários ordenamentos, dentre eles o da regra comunitária da UE, Regulamento (CE) n. 44/2001, de 22 de dezembro de 2000 (conhecido como Regulamento Bruxelas I). Conforme o art. 2º, o elemento de conexão da jurisdição competente será o domicílio do réu. Segue teor: “1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. 2. A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales”. Dário Moura Vicente justifica tal adoção, fundamentando-a na preocupação de proteção do réu e também na tutela do interesse do autor. No caso do réu, evita-se que seja obrigado a conduzir a lide num país diverso de onde se encontre; no caso do autor, facilita a execução da sentença caso esta não seja cumprida espontaneamente pelo réu. Nas palavras de Vicente, a regra se funda, “por um lado, na preocupação de proteger o réu, eximindo-o ao ônus de conduzir a lide num país diverso daquele onde que se encontra estabelecido; e, por outro, na tutela do interesse do autor, que assim pode intentar a acção no país onde, com alto grau de probabilidade, a sentença que for proferida terá de ser coercitivamente executada, caso não seja cumprida pelo réu *sponte sua*”. VICENTE, 2008, p. 369-370.

⁵²⁸ Justificando este ponto de conexão com a jurisdição brasileira está o argumento apresentado por Dário Moura Vicente: “A favor desta solução pode invocar-se o interesse na boa administração da justiça, porquanto o tribunal do lugar do facto danoso (v.g. o fabrico ou a comercialização de produtos que infringem direitos de propriedade intelectual alheios) será, muitas vezes, aquele que mais próximo se encontra dos elementos de prova relevantes e o que, por conseguinte, está em melhores condições de julgar a lide”. VICENTE, 2008, p. 379.

possível considerando as atuais tecnologias de comunicação (Internet, videoconferência etc.).

A determinação do local de cumprimento da obrigação também está presente, por exemplo, no direito comunitário europeu. O art. 5º do Regulamento Bruxelas I estipula os casos de competências especiais, dentre eles os relacionados à matéria contratual. No que se refere à competência envolvendo demandas provenientes de contratos, será competente o tribunal do lugar em que foi ou deveria ter sido cumprida a obrigação objeto da demanda (art. 5.1, a⁵²⁹). Contudo, o regulamento é mais preciso ao determinar, salvo pacto em contrário, o local considerado como o de cumprimento da obrigação. No caso específico de prestação de serviços, o lugar onde foram ou deveriam ter sido cumpridos os serviços (art. 5.1, b, segunda parte⁵³⁰).

Tratando-se de contrato internacional de P&D cooperativo, tal situação será mais comum, já que as partes têm a obrigação de realizar a P&D de software. Nesse caso, diante de competência concorrente, qualquer dos locais onde será cumprida a obrigação poderá ser a jurisdição competente.

Importa ressaltar que não se admite litispendência internacional no Brasil, conforme disposição do art. 90 do CPC.⁵³¹ Não poderá o réu de uma ação alegar a existência de outra ação sobre o mesmo objeto em jurisdição estrangeira. Na hipótese de competência concorrente brasileira e estrangeira, se o réu aceitar a ação no exterior por citação (por carta rogatória) ou comparecimento espontâneo, a sentença desta ação será homologada no STJ. Na hipótese de ações ingressadas ao mesmo tempo no Brasil e no exterior, a justiça brasileira se considerará competente, não podendo a decisão estrangeira ser homologada depois de resolvida a questão no foro brasileiro (coisa julgada). Caso não haja coisa julgada, valerá a sentença estrangeira, se homologada.⁵³²

⁵²⁹ Art. 5.1, a, Regulamento Bruxelas I: “a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;”.

⁵³⁰ Art. 5.1, b, Regulamento Bruxelas I: “b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;”.

⁵³¹ Art. 90, CPC. “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”.

⁵³² Esta foi a postura adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) em 2004, a qual determina que a validade da sentença promulgada no Uruguai, baseado nos artigos 53 a 57 e 396 do

Já a competência internacional exclusiva, regulada pelo art. 89 do CPC⁵³³, inclui os casos em que o Brasil será competente com exclusão de qualquer outra jurisdição.⁵³⁴ São eles:

- a) ações relativas a imóveis situados no Brasil; e
- b) proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, mesmo que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Também pode citar-se o art. 12 da LICC⁵³⁵, que trata tanto da competência concorrente quanto da exclusiva no mesmo sentido do CPC.

Estas são as regras sobre competência internacional no direito brasileiro.

5.1.2 Lacunas legais

Há situações não expressamente previstas em lei, o que causa insegurança jurídica, não sendo condizente com o propósito sistêmico do ordenamento jurídico no contexto nacional. Dentre estas pode-se citar duas importantes para o tema em

Código de Bustamante, e art. 22 do Protocolo de Las Leñas (valerá a decisão primeiramente homologada). BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Competência internacional concorrente. Homologação pelo STF da decisão proferida no Uruguai. A competência firmada por este Tribunal de Justiça, nos autos do processo de exceção de incompetência suscitada pelo apelante, foi firmada através de critérios internos. O Uruguai julgou-se, de igual forma que o Brasil, competente para o julgamento do divórcio das partes, sendo ambos os países, segundo suas normas de legislação interna, competentes para o julgamento das respectivas ações. Nestas situações, na esteira do disposto nos artigos 53 a 57, e 396 do Código de Bustamante, e o artigo 22 do Protocolo de Las Leñas, validade terá o julgamento que tiver por primeiro a homologação da decisão proferida pelo Tribunal Superior estrangeiro, ou seja, em tendo a decisão proferida no Uruguai sido homologada perante o Supremo Tribunal Federal, possui esta validade frente ao ordenamento jurídico pátrio. Apelo desprovido. Apelação Cível nº 70008853731. Apelante: I.W.B. Apelado: A.M.C.D. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre, 1 de julho de 2004.

⁵³³ Art. 89, CPC. “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”.

⁵³⁴ A nacionalidade das partes é irrelevante. Nos casos em que as ações envolvam imóveis situados no exterior, o juiz brasileiro se julga incompetente.

⁵³⁵ Art. 12, CPC. “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências”.

tela: os casos não previstos nos arts. 88 e 89 do CPC, e a cláusula de eleição de foro competente.

5.1.2.1 Casos não previstos nos arts. 88 e 89 do CPC

Exemplo envolvendo competência nos casos não relacionados nos arts. 88 e 89 do CPC (assim como no art. 12 da LICC) é a situação de autor da ação domiciliado no Brasil e que demanda o referido litígio perante tribunal brasileiro. Indaga-se se o juiz brasileiro deverá dar-se por incompetente, ou não, neste caso.

A doutrina não é convergente a respeito. Botelho de Mesquita e Antenor Madruga, por exemplo, defendem que as hipóteses não previstas nestes artigos são excluídas da justiça brasileira, já que a jurisdição é atividade onerosa. Já Marcelo de Nardi e Barbosa Moreira entendem que a justiça brasileira pode ser competente havendo elementos que assim o determinem.⁵³⁶

Tampouco a jurisprudência mantém posição unânime. Há as que defendem não ser a justiça brasileira competente nos casos não relacionados nos arts. 88 e 89 do CPC⁵³⁷, e as que defendem a referida competência.⁵³⁸ Conforme Araújo, algumas decisões – normalmente referentes a direito de família – permitem a competência da justiça brasileira fora dos casos do art. 88 do CPC. A base para tanto estaria no art. 8º da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, onde se admite que seja o foro do credor ou do devedor, suprindo a lacuna do art. 88 do CPC.⁵³⁹

No caso específico do contrato de P&D de software, o caso com maior possibilidade de ocorrer sem respaldo pelos arts. 88 e 89 do CPC, seria o de demanda movida por contratante, contratada ou parceira domiciliada no Brasil perante tribunal brasileiro contra ré domiciliada no exterior.

Como já observado, a justificativa de adoção como critério de conexão do domicílio do réu está na sua proteção, evitando que seja demandado em jurisdição

⁵³⁶ Cf. ARAÚJO, 2006, p. 216.

⁵³⁷ Ver, a respeito: 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo (TAC-SP), Processo nº 0465215-7, de 30 de novembro de 1992; Tribunal de Justiça de São Paulo; TJSP, Agravo de Instrumento (AI) nº 196.470-4, de 21 de junho de 2001; TJRS, AC nº 70006888606, de 25 de junho de 2004.

⁵³⁸ Ver, a respeito: TJSP, AC nº 225.639-1, de 04 de abril de 1995.

⁵³⁹ ARAÚJO, 2006, p. 217.

que não a sua. Também visa-se facilitar a execução da sentença, caso esta não seja espontaneamente cumprida pelo réu, já que, via de regra, os bens do demandado estariam localizados no domicílio do mesmo.

Há que considerar, no entanto, que a maior parte do empresariado nacional de software refere-se à MPE, e que um dos focos da política nacional é fortalecer este setor. Desta forma, dependendo da empresa com a qual este empresário esteja negociando, sua posição na relação contratual será hipossuficiente, já que não terá as mesmas condições financeiras para iniciar uma demanda no caso de não-cumprimento contratual pela contratante estrangeira.

Sendo um dos focos da política a proteção da MPE, coerente seria a aceitação de competência brasileira também no caso de demandante domiciliado no Brasil, desde que encontre-se em situação hipossuficiente perante a outra parte.

Tal postura é um modo de garantir, de forma ampla, o acesso à justiça sem que seja necessário ao micro e pequeno empresário, centro de pesquisa, instituição de ensino ou pessoa física, mover uma demanda no exterior – o que implica, dentre outros entraves, custos excessivos, quando a outra parte teria mais condições para tanto. Ademais, partindo da interpretação dada aos casos envolvendo direito de família ou do consumidor, nada obsta a que esta seja também aplicada ao micro e pequeno empresário, ou a instituições de ensino e pesquisa privadas.

Observe-se que a própria lógica social evoluiu de um Estado liberal para um *Welfare State*, teoria que justifica a intervenção estatal para exercer uma justiça distributiva.⁵⁴⁰ O governo é um dos principais agentes para uma sociedade mais igualitária e com maior justiça social, convertendo-se no propulsor fundamental do desenvolvimento visto de forma ampla (além do crescimento econômico).⁵⁴¹ Tal enfoque é o que determina mudanças na visão das relações contratuais, que também devem atrelar-se à justiça distributiva.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Segundo Ronaldo Porto Macedo Jr., “o advento do *Welfare State* sinalizou claramente a insuficiência dos princípios liberais de mercado para alcançar um ideal de justiça distributiva e igualdade substantiva”. Cf. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 57.

⁵⁴¹ Conforme analisado no item 2.3, a importância do direito, como instituição, para o desenvolvimento enquanto liberdade. Sobre o assunto, ver: SEN, 2000; NORTH, 2001; BARRAL, 2005.

⁵⁴² Conforme Macedo, o ideal de welfarismo contratual pode ser caracterizado pelo deslocamento da importância da justiça distributiva em relação à justiça de troca (que poderia ser aproximada à ideia de justiça comutativa), a limitação da liberdade contratual através da inclusão de critérios de igualdade substantiva que cria um novo regime de regulação e julgamento das discriminações (e/ou

Portanto, da mesma forma que se justificaria a defesa do consumidor e do trabalhador pela relação de hipossuficiência contratual, não há objeção no sentido de, em algumas circunstâncias, tratar o micro e o pequeno empresários desta forma.

Ressalve-se que não se defende, aqui, a hipossuficiência a ponto de impedir que a micro e pequena empresa não possa aceitar, por exemplo, o foro estrangeiro como competente para dirimir eventuais controvérsias do contrato. Este pode ser eleito se estiver claro no contrato que a parte hipossuficiente tinha ciência dos riscos de aceitar a referida cláusula e estava de acordo com a mesma. Analogicamente, pode-se adotar a medida utilizada para admitir arbitragem em contratos de consumo, onde a cláusula deve ser destacada e partir de iniciativa do consumidor.

A maior dificuldade nesta proteção jurídica seria estabelecer que critérios devem ser levados em conta para determinar as circunstâncias que enquadrariam o micro e o pequeno empresários na situação de hipossuficiência. Considerando que muitas vezes ele estará contratando com iguais e também em igualdade de circunstâncias, não é possível enquadrar todo e qualquer empresário como hipossuficiente. Dessa forma, a possibilidade de admitir-se a competência brasileira para autor domiciliado no Brasil será mais direcionada pela relação casuística do contrato. Cada demanda deverá ser analisada para verificar se realmente há uma relação desigual entre as partes.

Ainda que existam interpretações jurisprudenciais no sentido de admitir a competência da justiça brasileira nos casos não incluídos nos arts. 88 e 89 do CPC, a falta de uma disposição legal expressa admitindo critérios de hipossuficiência para flexibilização da determinação da competência internacional pode provocar divergências no Judiciário. Assim, é mister admitir-se a possibilidade de interpretação favorável ao hipossuficiente, garantindo, ao mesmo, acesso à justiça, incluindo neste rol o micro e pequeno empresário, dependendo o caso fático.

desigualdades), e uma nova idéia de reciprocidade e equilíbrio. [...] Tais concepções são denominadas de 'mercado social' ou concepção welfarista do mercado". Em suma, para este autor, "as transformações do direito contratual moderno ocorrem em três planos básicos: 1) o plano da inclusão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva (*welfarismo contratual*), 2) o plano das mudanças do mercado e das formas de articulação da produção e distribuição de bens e 3) o plano da mudança da racionalidade jurídica dominante que permite articular e conferir sentido às duas mudanças anteriormente mencionadas". MACEDO, 1998, p. 57; 64; 37-38.

5.1.2.2 Cláusula de eleição de foro

Outro tema controverso no DIPr nacional diz respeito à possibilidade de as partes elegerem o foro competente por meio de cláusula para solucionar eventual controvérsia proveniente do contrato.

Ressalva-se que a possibilidade de eleição de foro pode ocorrer somente em casos de competência concorrente, já que, na competência exclusiva, sempre será a justiça brasileira (casos relacionados no art. 89, CPC).

O art. 111 do CPC é expresso ao admitir a possibilidade de eleição de foro nos contratos internos, nos seguintes termos:

A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

Tal norma determina que a cláusula de eleição de foro somente terá validade se constar de contrato escrito aludindo expressamente a determinado negócio jurídico. Logo, não se presume a eleição de foro.

Por meio da Súmula 335, o STF reforçou a possibilidade de eleição de foro nos contratos, afirmando que “é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”. Contudo, não estendeu a mesma possibilidade aos contratos internacionais.

Em que pese a não-permissão expressa da eleição de foro em contratos internacionais, parte da doutrina defende que esta súmula tornou pacífica a questão da possibilidade de eleição de foro. Um dos que se alinham a esse entendimento é Baptista:

As cláusulas de eleição de foro nos contratos internacional são quase sempre aceitas. Quase sempre, porque se exige que o foro escolhido tenha alguma relação ou uma relação relevante com o contrato, e que a escolha não configure tentativa de fraude à lei. No Brasil, entretanto, a doutrina e a jurisprudência hesitaram por bom tempo em aceitá-las, até que, com a súmula 335, o Supremo Tribunal Federal tornou a questão pacífica. Tudo faz crer que essa regra se aplique também aos contratos internacionais entre pessoas

físicas ou jurídicas de direito privado. Há menos certeza em relação às pessoas jurídicas de direito público.⁵⁴³

Tampouco a jurisprudência é pacífica. Vê-se que ora os tribunais se manifestam a favor dessa possibilidade, ora contrários.

Para demonstrar tal divergência jurisprudencial podem-se citar dois casos julgados nos tribunais pátrios.

O primeiro foi julgado em 2005, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou sentença que declarava a incompetência da justiça brasileira, afirmando que “é vedado às partes, por vontade expressa em contrato, dispor sobre competência concorrente do juiz brasileiro”. Tratava-se do Recurso Especial nº 498.835.⁵⁴⁴

Em contraponto à posição do STJ deu-se a decisão do STF, a qual afirmou ser válida a cláusula de eleição do foro da comarca de São Paulo para dirimir as controvérsias do contrato internacional, em 1980 (CR-AgR 3166).⁵⁴⁵

A possibilidade, ou não, de validade de uma cláusula contratual envolvendo eleição de foro, portanto, dependerá da interpretação dada pelo tribunal a que a demanda será submetida, o que fere o requisito de segurança jurídica do ordenamento nacional.

⁵⁴³ BAPTISTA, 1994, p. 110.

⁵⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Competência internacional. Contrato de arrendamento mercantil internacional cuja execução se daria essencialmente em território brasileiro. Danos oriundos de fato de bem arrendado com defeito oculto. Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação de indenização proposta por seguradora brasileira, sub-rogada nos direitos de arrendatária também brasileira, contra arrendadora norte-americana com o objetivo de ser ressarcida de danos oriundos de alegado inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil cuja execução se daria essencialmente em território brasileiro. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso Especial nº 498.835. Recorrente: Vera Cruz Seguradora S.A. Recorrida: Bell Helicopter Textron Inc. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 abr. 2005.

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 12. Código de Processo Civil, art. 88, I e II. É competente a justiça brasileira para conhecer de ação judicial em que o réu se acha domiciliado no Brasil ou aqui houver de cumprir-se a obrigação. Caso em que o demandante tem domicílio no Uruguai e o réu é brasileiro domiciliado no Brasil, onde se deverá cumprir a obrigação questionada na demanda proposta no Uruguai. 2. Eleição de foro. Se as partes, uma domiciliada no Uruguai, outra domiciliada no Brasil, contrataram que suas divergências pertinentes ao contrato a que se vincularam seriam solvidas no foro da comarca de São Paulo, Brasil, esse é o foro competente, e não o do Uruguai. 3. Carta rogatória de citação do contratante brasileiro para responder, no Uruguai, a demanda que lhe foi acolá proposta pelo contratante uruguaio. 4. Exequatur inicialmente concedido e posteriormente revogado. 5. Agravo regimental a que o STF nega provimento. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº. 3.166-1. Agravante: Agro Máquinas Charrua. Agravada: Companhia Brasileira de Tratores. Relator: Ministro Antonio Neder. Brasília, 14 jun. 1980.

A importância de as partes elegerem o foro competente para dirimir controvérsias oriundas dos contratos de P&D de software está justamente na adequação do contrato à realidade de cada negócio jurídico. Cada contrato envolverá questões próprias da relação celebrada e, da mesma forma que as partes têm liberdade para celebrar o referido contrato, também deveriam poder decidir onde as controvérsias dele oriundas serão dirimidas.

A não-existência de disposição legal expressa que determine tal possibilidade também é um empecilho para o objetivo sistêmico de desenvolvimento por meio de inovação.

Situação diferente ocorre, contudo, quando o contrato envolver partes hipossuficientes entre si, o que exige uma interferência estatal para protegê-las. Assim, da mesma forma que se poderia admitir competência internacional brasileira no caso de demandante hipossuficiente domiciliado no país, também seria limitada a aceitação de eleição de foro nestes casos, principalmente no que se refere às figuras do consumidor e do trabalhador.

Ainda que se admita a eleição de foro em contratos de P&D de software, em alguns casos isso não será possível por expressa determinação legal. Trata-se dos contratos administrativos (art. 55, § 2º, Lei nº 8.666/1993), contratos envolvendo falidos (art. 3º, Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação e Falência de Empresas)⁵⁴⁶ e contratos de trabalho (art. 651, CLT).⁵⁴⁷

5.1.3 Relação entre competência internacional e lei aplicável

Ainda que foro e lei aplicável sejam elementos diversos do contrato, eles têm influência um no outro. Por vezes, a eleição de um poderá influir na validade da eleição do outro. Assim, cláusulas de eleição de foro (ou foro competente) e de lei

⁵⁴⁶ Nos casos envolvendo falidos, o juízo competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência será o do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil (art. 76). Ademais, o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre negócios do falido, com ressalvas para causas trabalhistas, fiscais e não reguladas na lei.

⁵⁴⁷ Nos casos envolvendo direitos trabalhistas, o juízo competente será o do lugar onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

aplicável devem ser pensadas de forma consensual e estratégica. Se eleito um foro onde não se permite a autonomia da vontade, é provável que a cláusula de eleição de lei aplicável seja inválida, aplicando-se a regra de conexão da legislação do foro eleito.

O foro brasileiro é exemplo de não-admissão de lei aplicável quando o contrato for submetido aos tribunais (e não à arbitragem), já que não é possível a autonomia da vontade.

Um caso que evidencia a importância de concatenar-se a eleição de foro com a possibilidade de lei aplicável é o de competência concorrente em que a eleição do foro do Uruguai foi aceita pelo juízo brasileiro. O caso foi julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), através do Agravo de Instrumento nº 70005228440, de 2002. O agravo foi deferido pelo juiz para considerar válido o foro do Uruguai, em virtude da existência da cláusula de eleição do mesmo e nenhuma das partes ser hipossuficiente. Também foi determinada a validade da cláusula de escolha da lei aplicável, já que o foro não era o brasileiro.⁵⁴⁸

5.2 LEI APLICÁVEL

A lei aplicável ao contrato, no plano internacional, é a determinação do ordenamento jurídico que regulará as relações do contrato internacional. Para tanto deve-se ter em conta as normas de DIPr de cada país.

Observa-se que, no plano interno, é possível a inclusão de uma cláusula de determinação de lei aplicável ao contrato, a qual relacionará as normas do ordenamento jurídico brasileiro que deverão ser observadas para regular as relações provenientes do contrato. No caso do contrato administrativo, por exemplo, esta

⁵⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Competência Internacional. Jurisdição concorrente. Foro de Eleição. Ilícito Contratual. O foro local não é o competente, eis que o contrato firmou a competência do Uruguai para eventual demanda, que ora se processa. Não há como se relativizar a competência do foro, eis que os agravados não são hipossuficientes – são autores de outras ações do porte que corre em primeiro grau -, podendo se deslocarem ao foro do Uruguai para se defenderem na demanda que ajuizaram contra o agravante. Agravo provido. Agravo de Instrumento nº 70005228440. Agravantes: Bankboston N A Sucursal Uruguai e Federal Street Investimentos S/A. Agravadas: Ned Smith Junior e Dyrford Investment S/A. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 8 abr. 2003.

cláusula de lei aplicável está dentre as que deverão constar obrigatoriamente do instrumento contratual.⁵⁴⁹

Contudo, em âmbito internacional, a determinação de lei aplicável está vinculada à definição do país cujo ordenamento será utilizado para regular a relação contratual. Tal lei poderá ser determinada pelas partes, dependendo do foro competente ao qual o contrato internacional encontre-se submetido. É o denominado princípio da autonomia da vontade. Em alguns ordenamentos admite-se este princípio, por meio da qual as partes terão liberdade de escolha; outros ordenamentos, entretanto, não o aceitam – dentre eles o do Brasil, no caso de a demanda ser submetida ao Poder Judiciário e não à arbitragem.

Sendo possível a autonomia da vontade, e as partes escolhendo a lei aplicável, esta regerá as relações contratuais independente da lei da jurisdição que julgar a eventual demanda. No caso de não-eleição da lei aplicável pelas partes (quando admitido) ou quando não seja admitida tal eleição por proibição legal, busca-se a solução nas normas de conflito existentes no ordenamento jurídico da jurisdição competente.⁵⁵⁰

5.2.1 Autonomia da vontade e normas de conflito

O conceito de autonomia da vontade⁵⁵¹ é mais amplo do que a determinação sobre qual ordenamento jurídico é aplicável ao contrato internacional. Ele envolve a própria liberdade de contratar e a forma como contratar.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Veja-se a seção 4.4.3.

⁵⁵⁰ Sobre o assunto, ver: STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998, p. 113 et seq.; ARAÚJO, Nádía. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002; BALLESTEROS GARRIDO, J. A. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1999, p. 17-22; LEON STEFFENS, A. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional. In: BARROS BOURIE, E. (coord.). *Contratos*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991, p. 97; GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 390.

⁵⁵¹ 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”. Vontade, por sua vez, é derivada “do latim voluntae (consentimento,

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro referente à matéria, tal princípio faz-se presente em vários dispositivos. É o caso, por exemplo, do art. 421 do CC⁵⁵³, que menciona expressamente a liberdade de contratar, ou do art. 425 do CC⁵⁵⁴, que dispõe sobre a faculdade das partes celebrarem “contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Ainda podem ser relacionados os artigos 427⁵⁵⁵, 448⁵⁵⁶, 450⁵⁵⁷, 472⁵⁵⁸, 473⁵⁵⁹, 474⁵⁶⁰ e 475⁵⁶¹, entre outros.

Contudo, quando se trata de contratos internacionais, a abrangência da autonomia da vontade das partes está em determinar qual ordenamento jurídico

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 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. [...] Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa independência”. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 21. ed. Atual. de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 102.

⁵⁵² Irineu Strenger distingue esta acepção ampla da autonomia da vontade como liberdade contratual, afirmando que “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 pessoas”. STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 70. Também 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”. ARAÚJO, 2006, p. 43 et seq. Para Gomes, autonomia da vontade é “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 25. 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 contrato. VENOSA, 2008, p. 405 et seq.

⁵⁵³ Art. 421, CC. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁵⁵⁴ Art. 425, CC. “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

⁵⁵⁵ Art. 427, 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”.

⁵⁵⁶ Art. 448, CC: “Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”.

⁵⁵⁷ Art. 450, CC: “Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou [...]”.

⁵⁵⁸ Art. 472, CC: “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

⁵⁵⁹ Art. 473, CC: “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

⁵⁶⁰ Art. 474, CC: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

⁵⁶¹ Art. 475, 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”.

será aplicado. Em outras palavras, determinar de que país emanará a lei que vai regular as relações contratuais.⁵⁶²

A doutrina não é unânime quanto à conceituação precisa de autonomia da vontade, adotando termos diversos para representar cada acepção.

Assim, diferencia-se autonomia da vontade, autonomia privada e liberdade de contratar, por exemplo. A autonomia da vontade relaciona-se à liberdade negocial em si (vinculada a um negócio jurídico); a autonomia privada é mais ampla, abrangendo toda atividade humana; a liberdade de contratar é a manifestação específica presente nos contratos.⁵⁶³ Também se pode citar os que diferenciam autonomia da vontade de liberdade de contratar e direito dispositivo⁵⁶⁴, ou os que incluem na liberdade contratual a acepção da autonomia da vontade no plano internacional, como a escolha do ordenamento jurídico. Também há os que distinguem autonomia da vontade e liberdade de contratar,⁵⁶⁵ mas utilizam como termos sinônimos autonomia privada e autonomia da vontade.⁵⁶⁶

⁵⁶² Neste sentido se expressa 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 contrato”. ARAÚJO, 2006, p. 46 et seq.

⁵⁶³ Dentre esses doutrinadores está o espanhol Eduardo Vázquez de Castro, para quem a autonomia privada é mais ampla do que a autonomia da vontade, haja vista abranger “toda a atividade humana e suas manifestações no patrimônio, no direito subjetivo e no negócio jurídico”. 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. 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).

⁵⁶⁴ José Antonio Ballesteros Garrido utiliza esta diferenciação, oferecendo novas acepções aos termos autonomia da vontade e liberdade de contratar. Para ele, a autonomia da vontade consistiria na possibilidade de os indivíduos 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 daquele de 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, permitindo o Estado que as mesmas convencionem o que desejarem. Por isso estas leis são consideradas supletivas. 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.

⁵⁶⁵ Orlando Gomes assevera que o princípio da autonomia da vontade “particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*”, que “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”. GOMES, 1984, p. 26.

⁵⁶⁶ Strenger diferencia liberdade de contratar de autonomia da vontade, mas o faz referindo-se à distinção estabelecida por Pontes de Miranda na obra *Tratado de Direito Privado*. Por vezes adota a expressão “autonomia privada” e, em outras, “autonomia da vontade”, mencionando a liberdade de contratar conforme a utilização que fazem do termo os diversos autores estudados por ele. STRENGER, 2000, p. 74. Essa liberdade também é conceituada por Fernando Noronha, para quem a

Ainda que a discussão a respeito do conceito específico da autonomia da vontade seja importante para diferenciá-lo de autonomia privada, liberdade de contratar ou direito dispositivo, não é foco da presente tese. Assim, adota-se o conceito amplo de autonomia da vontade, aplicando-o ao âmbito internacional para possibilitar a escolha da lei aplicável ao contrato internacional de P&D de software pelas partes.

Sendo um dos princípios do contrato internacional, a autonomia da vontade permite que as partes decidam que ordenamento jurídico regulará as relações contratuais. Sendo escolhido determinado ordenamento, será esta a lei aplicável ao contrato.

Nem todos os países, porém, admitem a autonomia da vontade, determinando em dispositivo específico qual lei será aplicável aos contratos. Tais dispositivos são chamados normas de conflito⁵⁶⁷ e serão cabíveis sempre que as partes não elegerem a lei aplicável ou quando não admitida a autonomia da vontade na legislação do foro competente.

Sobre os tipos possíveis de normas de conflito, vale lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda, que relaciona “principais leis propostas como lei *única*”.⁵⁶⁸

a) *Lex loci contractus* – determina que seja aplicada a lei do local onde se conclui o contrato;

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

⁵⁶⁷ Segundo Nádía de Araújo, “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*”. E prossegue: “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 Regras de DIPr Material, ou normas diretas, resolvem diretamente a questão, sem apontar a utilização de uma outra norma”. ARAÚJO, 2006, p. 4; 21 et seq.

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935. p. 165. Rodas também relaciona tais normas de conflito, 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*)”. RODAS, 1995, p. 30.

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

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.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a questão da possibilidade, ou não, da autonomia da vontade das partes no contrato internacional dependerá do meio de resolução de controvérsias escolhido. Se as partes submeterem uma eventual demanda aos tribunais, não poderão escolher a lei aplicável; se optarem pela arbitragem, a autonomia da vontade é admitida.

Essa incongruência na legislação brasileira enfraquece também o ordenamento jurídico, inadequando-o ao papel sistêmico que desempenha na Política de desenvolvimento nacional a partir da inovação.

A existência de dois regimes jurídicos diversos, e que cumprem a mesma finalidade de resolução de conflitos, é incongruente com o propósito de segurança jurídica. Tanto a jurisdição quanto a arbitragem visam dirimir controvérsias, sendo basicamente o mesmo público que demandará acesso aos dois instrumentos jurídicos (com exceção dos direitos indisponíveis). Assim, é incoerente a admissão da autonomia da vontade somente por um deles.

A possibilidade de as partes elegerem o direito aplicável ao contrato de P&D de software é fundamental para a inserção da indústria brasileira de software no mercado mundial. Ao admitir que as partes definam o melhor ordenamento aplicável ao contrato, abrem-se oportunidades de contratação, já que aumenta a possibilidade de investimentos no país. Ao escolher a lei, as partes também estarão garantindo que aquele contrato, no caso de eventual demanda, seja interpretado e regulado conforme regras já definidas e eleitas em comum acordo. Impedindo essa possibilidade, ou as partes não escolhendo a lei (quando possível), permite-se que tal determinação seja feita pelas normas de conflito nacionais da jurisdição competente. Isto representa um risco, já que muitas vezes a interpretação dada pelo juiz ao caso concreto não conduzirá ao resultado desejado pelas partes.

Portanto, uma reforma legislativa padronizando a admissão do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, seja na jurisdição, seja na

arbitragem, é fundamental para o propósito de desenvolvimento nacional a partir da inovação.

Na atualidade, todavia, o tratamento dado à lei aplicável aos contratos internacionais é diferenciado pelo meio de solução de controvérsias eleito pelas partes, como se verá a seguir.

5.2.2 Regulamentação pela LICC

No caso de submeter-se o contrato aos tribunais, aplicam-se os dispositivos de DIPr regulados entre os arts. 7º e 19 da LICC, que limitam a possibilidade de exercício da autonomia da vontade.

No art. 9º da LICC está a norma de conflito indireta, na qual o legislador determina a lei aplicável aos negócios jurídicos como um todo, incluindo o contrato internacional. Segundo o artigo, a lei que regerá os contratos será aquela do país em que as obrigações foram constituídas – isto é, o local de celebração do contrato (*lex contractus*). No caso de a obrigação ser executada no Brasil e depender de forma essencial, a mesma deverá ser observada – *lex loci executionis* (§ 1º, art. 9º).⁵⁶⁹ Segue a íntegra do referido artigo:

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.

⁵⁶⁹ É o que entende João Grandino Rodas, ao afirmar que 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 proponente”. RODAS, 1995. p. 36. Irineu Strenger corrobora tal posição: “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 Brasil”. STRENGER, 2000, p. 195.

Não foi possibilitado pela lei que as partes escolham o direito aplicado ao contrato, vedando-se, com isto, o princípio da autonomia da vontade.⁵⁷⁰

É interessante observar as diferenças entre as LICCs de 1916⁵⁷¹ e de 1942, no que tange à autonomia da vontade. A LICC de 1916, seu art. 13, determinava que “regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas” (*grifos inexistentes no original*). Com a expressão “salvo estipulação em contrário”, a Lei de 1916 concedia maior autonomia à vontade às partes, que poderiam, no que tange à substância e efeitos das obrigações, escolher a lei aplicável⁵⁷², desde que não implicasse injúria à “soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”⁵⁷³.

Sobre esta possibilidade presente no art. 13 da LICC de 1916, porém, existem divergências doutrinárias.⁵⁷⁴ Um exemplo é a posição de Pontes de Miranda a respeito da LICC de 1916 e também quanto ao princípio da autonomia da vontade. Ele assevera não existir autonomia da vontade no direito internacional privado – nem como princípio, nem como teoria.

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 querer.⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ Segundo Rodas, “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*”. RODAS, 1995, p. 44.

⁵⁷¹ BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso: 22 jan. 2006.

⁵⁷² Neste sentido, Guilherme Pederneira Jaeger 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. [...]”. JAEGER, Guilherme Pederneira. *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.

⁵⁷³ 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”.

⁵⁷⁴ Sobre o assunto, ver: STRENGER, 2000, p. 188-203; ARAÚJO, 2006, p. 83 et seq.

⁵⁷⁵ MIRANDA, 1935, t. II, p. 156-157.

Não menos polêmica foi a retirada da expressão “salvo estipulação em contrário” por meio do art. 9º, com a LICC de 1942 (vigente até hoje). O fato gerou várias conjecturas doutrinárias. Conforme Araújo, pode-se separar os doutrinadores em três grupos distintos: a) os enfaticamente contrários à autonomia da vontade; b) aqueles a favor, mas com limitações em regras supletivas; e c) os favoráveis de forma mais ampla.⁵⁷⁶

Não obstante as posições doutrinárias favoráveis à autonomia da vontade nas normas gerais de DIPr brasileiro, esta, na prática, não foi aceita pela jurisprudência.⁵⁷⁷

Assim, o contrato internacional de P&D de software, ao ser submetido à resolução de controvérsias por meio dos tribunais, será regido pela lei do local onde foi celebrado, seja no Brasil, seja no exterior.

⁵⁷⁶ Segundo a referida autora, “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”. ARAÚJO, 2006, 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 obrigações. Assim, 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. Haroldo Valladão 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. Segundo 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”. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 370; 371 e 374. Strenger, em obra 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. Nos termos do 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.

⁵⁷⁷ Nesse sentido, 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 tal 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 [...]”. ARAÚJO, 2006, p. 109 et seq.

Se o contrato for celebrado entre ausentes, aplica-se a presunção do § 2º do art. 9º da LICC, segundo a qual se considera local de celebração do contrato aquele onde reside o proponente. Proponente é quem ofereceu, dentro do prazo, a última proposta aceita pela outra parte, sem modificações, restrições ou ampliações (art. 431, CC).⁵⁷⁸ Com relação à residência, a lei admite que uma pessoa (física ou jurídica) possa ter mais de uma residência ou sede, cabendo à jurisprudência interpretar qual delas será considerada para determinar a lei aplicável ao contrato.

Na esfera de contratação de P&D de software, a realização de contratos entre ausentes é muito comum, ainda mais considerando os avanços tecnológicos ligados às comunicações.

Interessa ressaltar que o Brasil firmou a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V), subscrita no México em 17 de março de 1994. A convenção prevê a autonomia da vontade no que tange à escolha da lei aplicável pelas partes (art. 7º⁵⁷⁹), mas ainda não foi ratificada pelo Brasil – fato que, quando e se ocorrer, obrigará à modificação legislativa para admitir a autonomia da vontade no ordenamento jurídico nacional.⁵⁸⁰

A não-aceitação da autonomia da vontade pela LICC, no caso de envio da controvérsia aos tribunais, não ocorrerá se a demanda for remetida à arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem).

5.2.3 Regulamentação pela Lei de Arbitragem

A arbitragem, como se verá na seção 5.3, é um meio de solução de controvérsias em que as partes podem eleger um árbitro para que, no caso de

⁵⁷⁸ Art. 431, CC. “A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”.

⁵⁷⁹ Art. 7º, CIDIP V: “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”.

⁵⁸⁰ Sobre o assunto, ver: JAEGER, 2005.

desentendimento a respeito das obrigações contratuais, o mesmo possa solucioná-lo.

No Brasil, tal mecanismo é regulamentado pela Lei nº 9.307/1996, conhecida como Lei de Arbitragem. No que respeita à lei aplicável ao contrato internacional, a Lei de Arbitragem se diferencia da LICC ao permitir expressamente a possibilidade de autonomia da vontade das partes. É o que se depreende de seu art. 2º:

Art. 2º 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.

A possibilidade de escolha da lei aplicável prevista neste artigo é mais ampla, inclusive admitindo que a arbitragem seja realizada com base em direito ou equidade, a depender da vontade das partes. Também poderão vincular a arbitragem a princípios gerais de direito usos e costumes, incluindo, por exemplo, *lex mercatoria* ou princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), entre outros.⁵⁸¹

No que tange à vinculação da arbitragem à equidade, a mesma evidencia o caráter subjetivo que a decisão do árbitro poderá assumir ante a vontade das partes. Este critério é reflexo das disposições contidas na maior parte das legislações estrangeiras, tratados e leis modelos (como a Lei Modelo sobre arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, mais conhecida como UNCITRAL⁵⁸²).⁵⁸³

⁵⁸¹ Cf. LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 177.

⁵⁸² Conforme o art. 28 da Lei modelo da UNCITRAL: "Normas aplicables al fondo del litigio. 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho o ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso". COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nova York: Nações Unidas, 2008. Disponível em:

Uma vez permitida a escolha da lei pelas partes, a mesma deverá ser respeitada pela comissão de arbitragem ou árbitro. Contudo, se as partes não o fizerem ao submeter o contrato à arbitragem, empregam-se as normas de conflitos existentes na LICC (art. 9º) – isto é, a lei do local de celebração do contrato.

Observe-se ainda que, mesmo admitida a autonomia da vontade, esta não é ilimitada. É o que se depreende do art. 5º, II, da CF, e dos arts. 421 e seguintes do CC, os quais determinam que a liberdade de contratar, como manifestação da autonomia da vontade e apesar de constituir-se numa garantia, não é absoluta, devendo respeitar os limites legais. Um dos limites está no próprio art. 421 do CC, expressando que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social.⁵⁸⁴

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf>. Acesso: 01 jun. 2010.

⁵⁸³ Barral afirma que “mais fácil do que definir equidade (e suas hipóteses de aplicação) é contrapô-la ao julgamento de *ius strictum*. [...] Não é, tampouco, inovação, visto já estar previsto na legislação anterior. Na verdade, como a pierre de clef da arbitragem é a autonomia da vontade das partes, nada mais do que razoável terem as partes liberdade de escolher a forma como esta será processada”. BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 17; 18. Também Lee: “Apesar de a autonomia da vontade não ser reconhecida 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”. Cf. LEE, 2002, p. 177.

⁵⁸⁴ Venosa destaca que a autonomia da vontade “nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios da ordem pública”. VENOSA, 2005, p. 405 et seq. 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 são inspiradas em razão de utilidade social. Destarte, ao se observar a função social do contrato, observam-se a ordem pública e os bons costumes. GOMES, 1984, p. 27. 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 que o próprio Estado impõe a obrigação de contratar – como nos serviços públicos – e aqueles 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 outros. BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p 63. Também Strenger destaca a limitação à autonomia da vontade, nos seguintes termos: “O caráter expansivo do princípio da autonomia da vontade, em que pese sua alta receptividade geral, por parte dos contratualistas do comércio 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 pública”. STRENGER, 1998, p. 117-118.

5.2.4 Fracionamento da lei aplicável

As normas de conflito do art. 9º da LICC referem-se tão somente à lei aplicável à substância e efeitos dos contratos internacionais. Outros elementos do contrato serão regidos por diferentes normas de conflito, as quais, por sua vez, podem remeter a ordenamentos jurídicos diversos. Assim, a um mesmo contrato pode ser aplicável mais de um ordenamento jurídico. É o que se chama de fracionamento, que ocorre quando num mesmo instrumento contratual há a incidência da lei de mais de um ordenamento jurídico.

Na própria LICC observa-se a ocorrência de fracionamento, quando ela determina normas de conflito diversas para elementos do contrato. É o caso do art. 7º⁵⁸⁵, *caput*, que estabelece ser a do domicílio de cada parte a lei aplicável para determinar a capacidade ou personalidade jurídica das mesmas. Assim, não necessariamente um contrato de P&D de software feito com menor de 18 anos no Brasil será firmado com parte não-capaz, dependendo do domicílio desta parte e da regra de capacidade do local.

No que tange aos bens e às relações a eles concernentes, o art. 8º da LICC⁵⁸⁶ dispõe que a lei aplicável será a do lugar onde estejam situados. Se tais bens são móveis trazidos pelo proprietário ou se destinam a transporte para outros lugares, a lei aplicável será a do lugar onde o proprietário tem seu domicílio. No caso de penhor, este será regulado pelo lugar do domicílio da pessoa que tenha a posse da coisa apenhada.

Ou, ainda, no caso de sociedades e fundações, as mesmas serão regulamentadas pela lei do local onde se constituam (art. 11, LICC⁵⁸⁷).

⁵⁸⁵ Art. 7º, LICC. “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

⁵⁸⁶ Art. 8º, LICC. “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados. § 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares. § 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada”.

⁵⁸⁷ Art. 11, LICC. “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. § 1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira. § 2º Os Governos estrangeiros, bem como as

Assim, se em um contrato de P&D de software estiverem relacionados bens que estruturarão o local para a realização do projeto de P&D, envolvendo empresas nacionais e estrangeiras, só nesse instrumento poderão estar envolvidos mais de três ordenamentos jurídicos diferentes. É o caso de o contrato ser celebrado no Brasil por uma empresa norte-americana, uma universidade brasileira e uma empresa argentina, por exemplo, sendo o local de prestação de serviços a Argentina, onde estão localizados os bens necessários à estruturação física.

Existem dois tipos de fracionamento: a) aquele determinado pela lei, conforme ocorre com a própria LICC; e b) o determinado pelas partes, que poderão eleger mais de uma lei aplicável a elementos diversos do contrato.⁵⁸⁸

Independente de quantas leis possam ser aplicadas ao contrato, a jurisdição competente deverá atender para as mesmas e julgar os respectivos elementos em causa conforme a lei respectiva, seja ela nacional ou estrangeira.

Contudo, observa-se que, na prática, os tribunais brasileiros têm certo receio em aplicar lei estrangeira, ainda que esta seja determinada para reger os respectivos elementos contratuais. Tal realidade também é prejudicial ao papel sistêmico do direito no desenvolvimento nacional.

5.3 LIMITES À AUTONOMIA DA VONTADE, À ELEIÇÃO DO FORO E À APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

No que se refere à contratação internacional, é importante frisar que nem sempre uma lei escolhida, ou o foro eleito, ou mesmo a aplicação do direito estrangeiro, será possível. Existem limites que devem ser observados, como se verá a seguir.

organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação. § 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares”.

⁵⁸⁸ Neste sentido, ver: ARAÚJO, 2006.

5.3.1 Soberania, ordem pública, bons costumes e leis imperativas

Ainda que não admita autonomia da vontade em todos os casos, o DIPr brasileiro possibilita a aplicação de direito estrangeiro, tanto que a limita à não-ofensa da soberania nacional, ordem pública e bons costumes, conforme o 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”.

Vale destacar que o Brasil, como já referido, é signatário da CIDIP II, a qual determina, em seus arts. 5º e 6º, que a aplicação da lei estrangeira deve limitar-se à ordem pública e também aos princípios fundamentais da lei, que são as leis imperativas.⁵⁸⁹

Embora o art. 17 da LICC não mencione expressamente lei imperativa, esta também será limitante da aplicação de leis estrangeiras e, conseqüentemente, da autonomia da vontade.⁵⁹⁰

Há que diferenciar-se ordem pública e lei imperativa. Ordem pública é a situação de legalidade normal, na qual as autoridades exercem suas atribuições e os cidadãos as respeitam. Ou seja, os atos que infringem a ordem pública são os que modificam a normalidade das relações jurídicas instauradas pelas partes, ofendendo a legalidade existente.⁵⁹¹ Norma imperativa, por sua vez, é a que representa o *jus*

⁵⁸⁹ Art. 5º, CIDIP II: “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, CIDIP II: “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”.

⁵⁹⁰ Nesse sentido, Strenger afirma que, não obstante o art. 17 da LICC referir apenas ordem pública, bons costumes e soberania, e não considerar expressamente as leis imperativas como limitantes, as mesmas são formadas pela ordem pública – na medida em que impedem, também, fraude à lei – e devem ser respeitadas da mesma forma que as normas de ordem pública. STRENGER; 1998. Prado corrobora tal posição, asseverando 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 exterior”. PRADO, 1997, p. 64.

⁵⁹¹ Conforme De Plácido e Silva, entende-se ordem pública como “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 conseqüência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada”. DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 652. Para Strenger, ordem pública é “o conjunto de normas e princípios que, em um

cogens, na qual sempre há uma ordem, uma determinação obrigatória a ser cumprida.⁵⁹² A diferença entre uma e outra, segundo Strenger, é que a norma imperativa é a ordem pública positivada em lei.⁵⁹³

Colocar tais limites à aplicação do direito estrangeiro é uma questão de defesa da soberania, já que o país não pode admitir que a aplicação de uma lei estrangeira venha a infringir as normas imperativas e a ordem pública nacionais.⁵⁹⁴

Alguns autores defendem a existência de duas esferas de ordem pública: a nacional e a internacional. A primeira deve ser honrada por todos “os indivíduos residentes ou domiciliados no Estado, que sejam nacionais em outro Estado, e os estrangeiros domiciliados no Estado onde subsiste a lei de ordem pública”.⁵⁹⁵ Outros

momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”. Afirma, ainda, que ela “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 Estados”. STRENGER, 1998, p. 125; 119.

⁵⁹² Segundo De Plácido e Silva, ela “é a coativa. É a norma obrigatória, a cujo mando ninguém se pode furta. As normas imperativas representam o *ius cogens*. E se dizem normas preceptivas, opondo-se às permissivas e facultativas. Na norma imperativa, há sempre uma ordem ou um preceito, de forma rígida”. Ela se diferencia, por exemplo, da norma dispositiva e permissiva ou facultativa. A primeira é a que “simplesmente enuncia ou fixa regra jurídica, sem coagir a vontade das pessoas, mas simplesmente cooperando com elas”. Já a permissiva ou facultativa “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 encargo”. Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 558. Para Strenger, “ao lado das chamadas regras de ordem pública, existem as denominadas leis imperativas, que atuam 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 Trabalho”. STRENGER, 1998, p. 120.

⁵⁹³ Nas palavras do autor: “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 imperativas”. STRENGER, 1998, p. 125.

⁵⁹⁴ Afirmando que os limites à autonomia da vontade estão embasados na ordem pública e na não-fraude à lei, 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 estrangeira, 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 a ordem pública tem caráter excepcional, “tomando parte no jogo normal das regras de solução dos conflitos de leis”. Contudo, o 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 pública. STRENGER, 2000, p. 170-171.

⁵⁹⁵ Dentre eles, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Amílcar de Castro e Vicente Ráo. STRENGER, 1998, p. 173.

defendem existir somente uma ordem pública, a qual jamais poderá ceder ao direito estrangeiro.⁵⁹⁶

Em organismos internacionais, muito se tem discutido a respeito de uma ordem pública internacional aceita e reconhecida pelos países. Um exemplo é a Convenção de Viena sobre Tratados⁵⁹⁷, que se refere à norma imperativa internacional (art. 53) 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 natureza.

Ainda que se conceitue norma imperativa internacional, bem como sua aplicabilidade ou aceitabilidade, tais conceitos são muito complexos não só pelo caráter relativo do que deva ser considerado, ou não, valor imperativo, mas pelo fato de sua aplicação na ordem pública interna ser interpretada pelo juiz.⁵⁹⁸

Dentre as limitantes à aplicação da lei estrangeira ainda existem os princípios, os quais se inserem no conceito de ordem pública e podem ser tanto a instituição jurídica quanto as bases axiológicas de dado sistema.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ Dentre os que defendem a unidade da ordem pública está Gama e Silva. STRENGER, 1998, p. 173.

⁵⁹⁷ 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: Manole, 2004, p. 823-879.

⁵⁹⁸ Strenger afirma que “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 aceção internacional da ordem pública”. STRENGER, 1998, p. 130.

⁵⁹⁹ Segundo Strenger, “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. [...]”. No que se refere aos valores, Strenger os situa 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; c) a que aponta a concreção de seus efeitos nos aspectos efetivamente afetados por tal oposição”. STRENGER, 1998, p. 125.

Portanto, tanto princípios quanto normas imperativas são considerados elementos de ordem pública e exprimem valores importantes do ordenamento jurídico brasileiro em determinado momento histórico.

Assim como ocorre com as regras de competência internacional, as regras gerais de lei aplicável da LICC e da Lei de Arbitragem abrangem de forma generalizada os negócios jurídicos, principalmente contratos civis e comerciais. Quando se trata, contudo, de contratos envolvendo partes hipossuficientes (consumidor e trabalhador), entes públicos (acordos administrativos) e questões de propriedade intelectual, a lei aplicável e o foro competente terão algumas especificidades, analisadas a seguir.

5.3.2 Acordos administrativos

Como observado na seção 4.4.3, quando o contrato envolve entes públicos em pelo menos um dos pólos contratuais, configurará acordo administrativo, sendo regulamentado por norma específica de natureza pública. Desta forma, os princípios da autonomia da vontade, liberdade contratual, aplicáveis aos contratos civis e comerciais, não o são nos acordos de natureza administrativa.

5.3.2.1 Competência internacional em acordos administrativos

Como já afirmado na seção 4.4.3, de forma geral os acordos administrativos são regulados por lei específica. No que tange à competência internacional para solução de controvérsias, o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/1993⁶⁰⁰ é expresso ao afirmar que necessariamente deverá constar no contrato “cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão

⁶⁰⁰ Art. 55, Lei nº. 8.666/1993: “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”.

contratual”. Logo, todo e qualquer contrato envolvendo a administração pública deverá ter como foro competente o nacional.⁶⁰¹

A única exceção está prevista no § 6º do art. 32 da Lei nº 8.666/1993:

não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Seja contrato administrativo, seja convênio ou qualquer outro acordo administrativo, as partes não poderão afastar a competência da justiça brasileira nos casos de contratação internacional, incluindo contratos de P&D de software.⁶⁰² As normas envolvendo direito administrativo são de ordem pública e por isso restritivas no que se refere à autonomia da vontade das partes. Segundo Meirelles, isto se deve ao fato de “que contém verdadeiros poderes-deveres, irreligáveis pelos agentes públicos”.⁶⁰³

Ademais, ainda que o contrato seja remetido à arbitragem, conforme permitido, por exemplo, no caso de PPPs (art. 11, III, Lei de PPP⁶⁰⁴), a mesma

⁶⁰¹ É o que explica, por exemplo, Justen Filho, quando afirma que a “existência de cláusula de eleição de jurisdição pode ou não vincular o terceiro. A questão envolve problemas de direito internacional privado e, eventualmente, de direito internacional público. Justamente por tratar-se de um concerto de Estados soberanos, pode ocorrer de a cláusula contratual eletiva da jurisdição não merecer validação por outro Estado”. É o que ocorre com o direito brasileiro. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 497.

⁶⁰² Conforme explicitado por Pimentel, Areas e Copetti, “contrato administrativo envolve interesse público, restringindo ainda mais questões como a autonomia da vontade. Primeiramente porque a Administração Pública rege-se pelo princípio da legalidade (só se pode fazer o que é permitido em lei), conforme art. 37, caput, da CF, e ela é autorizada por lei a exercer a sua supremacia, podendo, até mesmo, modificar unilateralmente o contrato (respeitadas as restrições), conforme o art. 58 da Lei de Licitações”. Cf. PIMENTEL, Luiz Otávio; AREAS, Patrícia de Oliveira; COPETTI, Michele. Brasil. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos; HARGAIN, Daniel; PALAO MORENO, Guillermo (dirs.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Madri; Montevideo: Edisofer; B&F, 2008, p. 152 et seq.

⁶⁰³ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 85.

⁶⁰⁴ Art. 11, Lei PPP. “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; II – (VETADO); III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. Parágrafo

restringe a competência ao território nacional, devendo ser realizada em língua portuguesa.

Outras leis envolvendo contratos administrativos também prevêem a possibilidade de arbitragem, dentre elas: Lei nº 8.897/1995, art. 23⁶⁰⁵; Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 93, inciso XV⁶⁰⁶; Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, art. 43, inc. X⁶⁰⁷; e Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, art. 35, inc. XVI⁶⁰⁸.

Nota-se a tendência, tanto na jurisprudência⁶⁰⁹ quanto na legislação, de admitir a arbitragem nos contratos administrativos (como se depreende da inclusão das referidas cláusulas nas leis supracitadas). Contudo, principalmente no que tange às leis, não se abre a possibilidade de renúncia, pelas partes, do foro de competência brasileiro.

A determinação do foro brasileiro, a princípio, poderá ser um empecilho ao propósito de inserção internacional, principalmente quando o contrato de P&D de software envolver algum ente público, seja na parceria (contrato cooperativo), seja na encomenda de P&D (contrato obrigacional). Considerando, contudo, o caráter público que tais entes assumem ao realizar esses contratos, a determinação do foro brasileiro pode representar um benefício.

único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado”.

⁶⁰⁵ Esta lei “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”. O art. 23-A, acrescentado pela Lei nº 11.196/2005, autoriza a arbitragem nos seguintes termos: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

⁶⁰⁶ Que é a Lei Geral de Telecomunicações, sendo o seguinte o teor do referido artigo: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”.

⁶⁰⁷ Lei conhecida como “Lei do Petróleo”, o referido artigo admite a arbitragem conforme segue: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

⁶⁰⁸ Esta lei trata de Transportes Terrestres e Aquaviários, e o artigo citado tem a seguinte redação: “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: [...] XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; [...]”.

⁶⁰⁹ Alguns casos jurisprudenciais serão analisados na seção 5.3.

5.3.2.2 Lei aplicável em contratos administrativos

No que diz respeito à competência internacional envolvendo acordos administrativos, já foi observado (conforme art. 55, § 2º, Lei nº 8.666/1993) que sempre será a jurisdição brasileira, salvo quando o financiamento do projeto seja feito por organismo internacional (art. 32, § 6º, Lei nº 8.666/1993).

A mencionada lei, porém, não trata expressamente do direito aplicável ao contrato internacional relacionado à administração pública. Ainda nos casos de contratos que admitem arbitragem, a vinculação ao território brasileiro será sempre referente à competência internacional.

Logo, cabe uma interpretação dos princípios básicos que regem a contratação pública para determinar se é possível, ou não, exercer a autonomia da vontade quando o contrato é submetido à arbitragem internacional. Ademais, mesmo não sendo enviado à arbitragem, se este contrato poderá ser celebrado em território diverso do brasileiro, sendo aplicada, assim, lei estrangeira para reger as obrigações contratuais administrativas.

Para facilitar a análise e vislumbrar a possibilidade fática de ocorrência do contrato internacional administrativo de P&D de software, relata-se um exemplo. Imagine-se um contrato internacional envolvendo, de um lado, uma universidade pública e, de outro, uma empresa estrangeira, e cujo objeto principal seja o desenvolvimento de um projeto de P&D de software – que poderá dar-se por meio de prestação de serviços por parte da universidade para a empresa estrangeira ou mesmo numa parceria entre as duas partes.⁶¹⁰

Assim, indaga-se: poderia o contrato ser remetido à arbitragem (análise a ser feita na seção 5.3)? Sendo possível, as partes poderão eleger a lei aplicável? Podendo elegê-la, a lei poderá ser estrangeira? Caso não se possa eleger a lei ou remetê-la à arbitragem, poderia o contrato ser celebrado em país estrangeiro, aplicando-se, assim, a lei desse país?

Como observado, a análise referente à possibilidade, ou não, de submeter-se a resolução de controvérsias de um contrato internacional administrativo de P&D de software à arbitragem será discutida na seção 5.3. Contudo, partindo do

⁶¹⁰ Veja-se a seção 4.

pressuposto de que sim, responde-se às demais questões. É possível a autonomia da vontade na eleição da lei aplicável? Poderia ser aplicado direito estrangeiro?

Para responder a tais indagações há que se analisar os princípios de contratação pública, dentre eles e principalmente o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade está previsto no art. 37 da CF⁶¹¹ e subordina a administração pública diretamente à lei, permitindo que faça apenas o que a lei autoriza. Ademais, por respeito à soberania, essa lei deve ser a brasileira. O art. 1º da Lei nº 8.666/1993⁶¹² também expressa a subordinação à legislação nacional.

Assim, partindo da interpretação deste princípio, a única lei aplicável aos contratos administrativos internacionais será a do ordenamento jurídico brasileiro, sendo tal limitação uma manifestação da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como da própria soberania do país.

5.3.3 Questões envolvendo propriedade intelectual

Em que pese o caráter universal dos bens imateriais e as tentativas de harmonização dos direitos de propriedade intelectual, a proteção jurídica ainda é territorial. Dessa forma, cada ordenamento jurídico tem suas próprias leis e regras a respeito da propriedade intelectual, diversas entre si, o que leva à necessidade de aplicação de normas de conflitos nas relações jurídicas internacionais.⁶¹³

⁶¹¹ Art. 37, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁶¹² Art. 1º, Lei nº 8.666/1993: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

⁶¹³ Tal é o entendimento de Vicente, quando afirma que, “não obstante os esforços de harmonização e unificação internacional do Direito da Propriedade Intelectual, permanece nesta matéria um vasto leque de questões em que os sistemas jurídicos nacionais diferem entre si. Daí, a nosso ver, a

O contrato de P&D de software, tendo como objeto a criação de um ativo intangível, necessariamente envolverá questões relacionadas com a propriedade intelectual do software. Seja referente à própria titularidade e autoria do software a ser desenvolvido, seja relacionada a licenças e/ou cessões envolvendo direitos de propriedade intelectual já existentes, seu âmbito de proteção ou eventuais infrações, tal matéria deverá ser regulada no próprio contrato ou em instrumento específico.

Observa-se, então, que várias situações podem surgir de uma mesma criação intelectual, conectadas a mais de um ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a mais de uma jurisdição competente.⁶¹⁴ Essa complexidade, conforme Vicente, decorre da característica de que tais direitos encontram-se respaldados por dois princípios contrapostos: universalidade e territorialidade. Ao mesmo tempo em que os direitos de propriedade intelectual são garantidos por normas nacionais – traduzindo, por isso, diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos (caráter territorial) –, a característica incorpórea dos bens tutelados reforça a necessidade de que os mesmos sejam protegidos internacionalmente (caráter universal).⁶¹⁵

necessidade de nas situações internacionais se determinar o Direito aplicável a essas questões através de regras de conflito”. Cf. VICENTE, 2008, p. 202.

⁶¹⁴ Segundo Vicente, essa situação ocorre principalmente pela regra de vincular a lei aplicável às violações de direitos intelectuais ao território nacional em que foram cometidas. Tal desmembramento do direito aplicável também poderá gerar um desmembramento da jurisdição competente. Isto pode causar problemas, principalmente pelos custos excessivos decorrentes de várias demandas, em jurisdições diversas, sobre uma mesma criação intelectual. Nas palavras do referido autor, “dada a regra que submete as violações dos direitos intelectuais à lei do país ou dos países para cujo território é reclamada a respectiva proteção, serão distributivamente aplicáveis, nessas situações, diferentes leis às violações dos direitos paralelos constituídos sobre as mesmas criações. Uma das preocupações fundamentais que este *statu quo* suscita, pelo que respeita à definição do tribunal ou dos tribunais internacionalmente competentes para julgarem os litígios relativos à violação de direitos de propriedade intelectual, consiste em evitar que o desmembramento das situações privadas internacionais no tocante ao Direito aplicável se converta num desmembramento paralelo da competência judiciária, dados os elevados custos a isso inerentes e atento também ao risco de decisões contraditórias daí resultante. Importa, pois, assegurar a possibilidade de *concentração de litígios* em matérias de propriedade intelectual perante o mesmo tribunal. Este, por conseguinte, o primeiro dos interesses a atender a definição do tribunal competente no domínio em apreço”. Cf. VICENTE, 2008, p. 363-364.

⁶¹⁵ Interessante acrescentar a observação feita por este autor sobre as diferentes acepções acerca da propriedade intelectual que cada ordenamento jurídico possui e, ao mesmo tempo, sobre as semelhanças entre problemas e soluções que justificam a utilização de princípios comuns a tal matéria em todos os ordenamentos. Em seus termos: “Reflecte-se nessas diferenças de regime a própria diversidade dos bens protegidos: a forma de uma obra literária ou artística, no caso do direito de autor; um sinal distintivo de produtos e serviços, no da marca; uma solução nova para um problema técnico, no de patente. Crê-se, todavia, que no plano da sua tutela internacional há suficiente comunhão de problemas e soluções entre as referidas vertentes da propriedade intelectual para que se possam formular princípios comuns a seu respeito. Essa comunhão resulta, por um lado, da natureza incorpórea dos bens em causa e da ubiqüidade das situações jurídicas a eles

No que tange ao DIPr relacionado a questões de propriedade intelectual, tanto na análise da competência internacional quanto na de lei aplicável há que se distinguir dois âmbitos: o das questões ligadas ao contrato e o das questões extracontratuais. Dependendo da situação envolvendo a controvérsia, a regra referente à competência internacional e à lei aplicável será diferente. Ademais, ainda existem casos que, mesmo envolvendo obrigações contratuais concernentes à propriedade intelectual, exigirão decisões incidentais ligadas a questões extracontratuais.

Ressalve-se que tal divisão não é pacífica entre a doutrina.⁶¹⁶ Considerando, contudo, que o objeto de análise da presente tese liga-se a um tipo contratual (contratos internacionais de P&D de software), para fins de análise do DIPr relacionado à propriedade intelectual se utilizará a divisão acima.

Portanto, se dividirá a presente análise em dois tópicos: a) questões contratuais relacionadas à propriedade intelectual; e b) questões extracontratuais relacionadas à propriedade intelectual.

As questões contratuais envolvem obrigações relacionadas com a propriedade intelectual e geradas a partir da manifestação da vontade das partes. As questões extracontratuais, de outro lado, são as que, por já regulamentadas, não dependem da vontade das partes, podendo referir-se a titularidade e a autoria do software ao âmbito de proteção, ao conteúdo e à existência do direito de propriedade intelectual, bem como às infrações.

respeitantes, as quais suscitam problemas particulares, designadamente, no que respeita à determinação do Direito aplicável e do tribunal competente; e, por outro, dos valores que dominam o regime jurídico desta matéria, entre os quais sobressaem a livre circulação das idéias e do conhecimento através das fronteiras e a promoção da criatividade e da inovação". VICENTE, 2008, p. 12; 16; 364.

⁶¹⁶ Aurélio Lopez-Tarruela Martínez separa os âmbitos de análise do direito aplicável ao direito autoral entre os de propriedade intelectual e os obrigacionais, acrescentando ainda o caso das normas especiais sobre a contratação de direitos de autor – as quais, contudo, não são regradas pela *lex loci protectionis*. Segundo ele, "en la mayoría de ocasiones, la finalidad de las mismas es proteger al autor en su condición de parte débil de la relación". LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurélio. *Contratos internacionales de software*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 270. Dário Moura Vicente também divide as questões envolvendo propriedade intelectual para a análise de DIPr, mais especificamente o direito aplicável. Em suas palavras, "importa notar [...] que o problema do Direito aplicável se pode colocar neste contexto a respeito de questões de índole muito diversa, a saber: a) a existência, o conteúdo e o âmbito da protecção conferida aos direitos de propriedade intelectual; b) a titularidade desses direitos; c) o regime dos contratos relacionados com a criação, a utilização e a exploração de obras literárias e artísticas, marcas, de invenções de aplicação industrial, etc. bem como a gestão coletiva de tais direitos; d) as obrigações extracontratuais, *máxime* de indemnização e de restituição do enriquecimento sem causa, resultantes da violação de direitos de propriedade intelectual e de actos concorrência desleal; e e) os meios de tutela jurisdiccional desses direitos". Cf. VICENTE, 2008, p. 206.

Antes de prosseguir, importa delimitar o que se entende por relação contratual envolvendo propriedade intelectual, diferenciando-a dos atos extracontratuais. Segundo assevera Vicente, baseado nos preceitos de direito comunitário europeu, os litígios envolvendo relações contratuais serão tão somente aqueles provenientes dos “compromissos livremente assumidos pelas partes”. Excluem-se desta categoria os litígios “que se prendem com o cumprimento de deveres legais a cargo das partes”. Logo, serão consideradas contratuais as controvérsias oriundas das obrigações assumidas livremente pelas partes por meio do contrato.⁶¹⁷

Assim, quando se tratar de questões contratuais, aplicam-se as mesmas regras de competência internacional e lei aplicável válidas à contratação em geral. Já em matéria extracontratual há limites à autonomia da vontade, à eleição do foro e à aplicação do direito estrangeiro.

5.3.3.1 Competência internacional em matéria de propriedade intelectual

No que se refere à controvérsia proveniente da relação contratual atinente à propriedade intelectual, aplicam-se as mesmas regras gerais de competência internacional.

⁶¹⁷ Nas palavras do autor, “o conceito de ‘matéria contratual’, através do qual se delimita o âmbito da competência do tribunal designado pelo preceito em análise, está longe de ter um sentido unívoco nos Estados partes dos instrumentos jurídicos em causa. [...] De acordo com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o conceito de ‘matéria contratual’ não pode ser entendido como abrangendo uma situação em que não existe nenhum ‘compromisso livremente assumido por uma parte perante a outra’. [...] Havemos, assim, de concluir que, no domínio em apreço neste estudo, a competência do tribunal designado nos termos do art. 5º, nº 1, alínea a), do Regulamento de Bruxelas I e da Convenção de Lugano, abrange tão somente os litígios emergentes dos *compromissos livremente assumidos* pelas partes nos contratos de licença e de transmissão de direitos intelectuais, ficando dela excluídos, em princípio, os litígios que se prendem com o cumprimento de deveres legais de conduta a cargo das partes. Cremos, no entanto, que se poderia ir mais longe nesta matéria. Não raro, a acção fundada no incumprimento de obrigações resultantes de um contrato de licença ou de transmissão de direitos intelectuais visará também a condenação do réu no ressarcimento dos danos emergentes da violação desses direitos. [...] Quando assim suceda, julgamos que haveria toda a conveniência, sob o ponto de vista da celeridade do julgamento da causa, da economia de processos e da harmonia de julgados, em que o tribunal competente nos termos do art. 5º, nº 1, alínea a), pudesse também julgar as pretensões delituais fundadas na violação pelo réu do direito intelectual de que é titular o autor”. VICENTE, 2008, p. 409-410.

Se as partes estipularam em contrato cláusula de foro de eleição, a princípio este será o tribunal competente. Conforme já referido, no caso brasileiro a matéria ainda é controversa, carecendo de norma expressa que determine a possibilidade de eleição de foro pelas partes nos contratos internacionais, ressalvadas as hipóteses de hipossuficiência de uma delas.

No caso do direito comunitário europeu, por exemplo, a possibilidade de eleição de foro (sendo este o tribunal competente exclusivo para dirimir a controvérsia) é pacífica, conforme entendimento do art. 23⁶¹⁸ do Regulamento Bruxelas I, bem como da Convenção de Lugano. É interessante observar como, mesmo possuindo a matéria referente à propriedade intelectual, em determinados casos, competência exclusiva de alguns tribunais⁶¹⁹ no que se refere às obrigações contratuais, aplicam-se as regras gerais atinentes à competência internacional envolvendo contrato.⁶²⁰

Não sendo estipulado pelas partes o foro competente para dirimir as controvérsias, ou não sendo a estipulação aceita pelo tribunal que julga a demanda (no caso brasileiro), aplica-se o disposto no art. 88, I e II, do CPC, pelo qual é competente a jurisdição brasileira quando o réu for domiciliado no Brasil ou a obrigação tiver de ser ali cumprida, conforme analisado na seção 5.1.1.

⁶¹⁸ Segue o teor do art. 23 do Regulamento Bruxelas I: “1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

⁶¹⁹ Conforme o art. 22 do Regulamento Bruxelas I, referente à competência exclusiva. Como segue: “Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio: [...] 4) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, los tribunales del Estado miembro en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento comunitario o en algún convenio internacional. Sin perjuicio de la competencia de la Oficina Europea de Patentes según el Convenio sobre la patente europea, firmado en Múnich el 5 de octubre de 1973, los tribunales de cada Estado miembro serán los únicos competentes, sin consideración del domicilio, en materia de registro o validez de una patente europea expedida para dicho Estado”.

⁶²⁰ Vicente afirma que “a competência exclusiva em matéria de propriedade intelectual não é, de acordo com a jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias, extensiva aos litígios relativos a direitos sobre bens intelectuais resultantes de uma relação contratual”. VICENTE, 2008, p. 407.

No que se refere às questões extracontratuais, contudo, o tratamento é diferente.

No direito brasileiro não há uma norma específica a respeito da competência internacional ligada a questões internacionais envolvendo propriedade intelectual. O que existe é a remissão aos tratados internacionais, bem como a determinação de respeito ao princípio da reciprocidade e do tratamento nacional, como se pode depreender dos arts. 2º da LDA⁶²¹; 2º, § 4º, da LPC⁶²²; e 4º da LPI.⁶²³ Logo, tanto no que respeita à lei aplicável (que será analisada adiante) quanto à competência internacional, devem ser observadas as disposições dos tratados ratificados pelo Brasil, bem como estes princípios.

Os principais tratados referentes à propriedade intelectual atinentes à matéria de competência internacional e lei aplicável ratificados pelo Brasil são: Convenção da União de Paris (CUP)⁶²⁴, Convenção da União de Berna (CUB)⁶²⁵, Convênio Universal sobre Direito de Autor⁶²⁶ e Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC).⁶²⁷

Para a referida análise, primeiramente há que se diferenciar a forma de aquisição de direitos de propriedade intelectual. Como observado na seção 4.5.1, referente às normas de propriedade intelectual, a forma de aquisição do direito de propriedade muda conforme o instituto utilizado para proteger o software.

Se o software for resguardado pelo direito autoral, basta sua criação para que seja protegido, sendo o registro facultativo e declaratório de direito.⁶²⁸ Ele será protegido pela lei do território onde está sendo explorado (princípio da

⁶²¹ Art. 2º, LDA. “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”.

⁶²² Art. 2º, LPC. “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. [...] § 4º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes”.

⁶²³ Art. 4º, LPI. “As disposições dos tratados em vigor no Brasil são aplicáveis, em igualdade de condições, às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou domiciliadas no País”.

⁶²⁴ Ratificada por meio do Dec. n. 75.572, de 08 de abril de 1975, e do Dec. n. 1.263, de 10 de outubro de 1994.

⁶²⁵ Ratificada por meio do Dec. n. 75.699, de 06 de maio de 1975.

⁶²⁶ Ratificada por meio do Dec. n. 76.905, de 24 de dezembro de 1975.

⁶²⁷ Ratificada por meio do Dec. n. 1.355, de dezembro de 1994.

⁶²⁸ Arts. 18 e 19, LDA. Art. 18. “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Art. 19. “É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973”.

territorialidade, *lex protectionis* – art. 5.2, Convenção da União de Berna – CUB⁶²⁹) e, no caso de software estrangeiro, receberá a mesma proteção do nacional (princípio do tratamento nacional – art. 5.1, CUB).

No caso da propriedade industrial, para que exista exclusividade garantida por lei, o legítimo interessado deverá requerer o pedido de registro, patente ou certificado junto aos órgãos competentes, o qual terá validade restrita ao território nacional. O pedido de registro, patente ou certificado, portanto, será constitutivo de direito e deverá ser procedido em cada país no qual se almeja a referida proteção. Da mesma forma que no direito autoral, a proteção por propriedade industrial é respaldada pelo princípio da territorialidade e do tratamento nacional (art. 2.1, CUP⁶³⁰, e art. 1.3, ADPIC⁶³¹).

Portanto, seja no caso de propriedade industrial, seja no de direito autoral, a jurisdição competente para controvérsias envolvendo a própria validade do direito de propriedade intelectual será a do lugar onde se requer a proteção (arts. 5.2, CUB; 2.1, CUP; 3.1, ADPIC). Envolve, inclusive, uma questão de soberania: já que é o Estado que confere o direito (territorialidade), cabe a ele decidir a respeito de sua validade.

No caso de infrações contra direitos de propriedade intelectual, será competente a jurisdição do local onde foram praticados os atos infratores (art. 88, III, CPC).

⁶²⁹ Administrada pela OMPI, a Convenção da União de Berna (CUB) trata das normas mínimas referentes a direitos autorais a ser adotadas pelos países signatários.

⁶³⁰ Art. 2.1, CUP. “Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais”.

⁶³¹ Art. 3.1, ADPIC. “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”.

5.3.3.2 Lei aplicável em matéria de propriedade intelectual

No caso de questões contratuais envolvendo propriedade intelectual, observa-se a regra geral de lei aplicável. Assim, se a controvérsia for submetida a órgão judicial, aplica-se a lei do local de celebração do contrato (art. 9º, LICC), devendo ser observada a lei brasileira se a execução do projeto de P&D de software for realizada em território nacional e depender de forma essencial, não se esquecendo da lei estrangeira para os casos de validade do ato (requisitos extrínsecos) – art. 9º, § 1º, da LICC. No caso de arbitragem, a lei aplicável é a eleita pelas partes (autonomia da vontade – art. 2º, Lei de Arbitragem). Caso a mesma não seja escolhida pelas partes, aplica-se a regra geral da LICC.⁶³²

Como observado no Apêndice B, o software poderá ser protegido ao mesmo tempo por vários institutos da propriedade intelectual, o que obriga à análise da lei aplicável tanto do direito autoral quanto da propriedade industrial.

No tocante ao direito autoral referente à matéria de titularidade, âmbito de proteção, conteúdo, existência e infrações aos direitos de propriedade intelectual, a norma de conflito de direito aplicável é regulada por tratados internacionais. É o que ocorre também no caso brasileiro: o art. 2º da LDA e o art. 2º, § 4º, da LPC⁶³³, determinam a observação dos tratados internacionais na hipótese de proteção de estrangeiro e do princípio da reciprocidade.

⁶³² Dário Moura Vicente reitera a importância da autonomia da vontade nos contratos envolvendo propriedade intelectual, bem como sua aceitação na maior parte dos ordenamentos jurídicos e sua importância nos contratos de transferência de tecnologia. “Na ausência de qualquer disposição em contrário, deve considerar-se este princípio aplicável aos contratos que tenham por objecto criação de bens intelectuais, assim como a transmissão ou o licenciamento de direitos sobre os mesmos”. Ressalva, contudo, a discordância em relação à aplicação deste princípio aos contratos internacionais de transferência de tecnologia, como ocorreu nos trabalhos preparatórios para a criação de um *Código de Conduta Internacional sobre Transferência de Tecnologia*, realizados no âmbito da UNCTAD. O Brasil foi um dos propositores, no âmbito desses trabalhos, a não admitir a autonomia da vontade em tais contratos, devendo ser aplicada a lei dos países receptores da tecnologia. Vicente não concorda com tal posição, afirmando que para proteger os países receptores podem aplicar-se as limitações por meio de leis imperativas e ordem pública. Cf. VICENTE, 2008, p. 287-288.

⁶³³ Art. 2º, LDA: “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”. Art. 2º, LPC. “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. [...] § 4º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes”.

Tais normas de lei aplicável estão dispostas principalmente na CUB, além de outras disposições da Convenção Universal sobre Direito de Autor da UNESCO⁶³⁴ e do ADPIC.⁶³⁵ Ainda que sejam estas as principais, ainda se pode acrescentar, no continente americano, o Tratado sobre Propriedade Literária e Artística celebrado em Montevideú, em 1889⁶³⁶, e a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas celebrada em Washington, em 1946.⁶³⁷ Interessa destacar que, no Tratado sobre Propriedade Literária e Artística também existem disposições acerca da lei aplicável ao direito de autor, mas que vinculam a *lex originis*⁶³⁸ e não a *lex loci protectionis*, como fazem as demais

⁶³⁴ Concluída em 1952, esta convenção fixa um nível de proteção inferior ao da CUB.

⁶³⁵ Além destas pode-se citar, ainda, a Convenção de Roma, de 1961, sobre proteção dos produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão; a Convenção de Genebra, de 1981, para a proteção dos produtores de fonogramas; o Acordo Europeu, de 1960, para a proteção das emissoras de televisão de Estrasburgo; e a Convenção de Estrasburgo, de 1965, para a repressão das emissões efetuadas a partir de estações situadas fora dos territórios nacionais. Para Carrascosa González, “estos convenios carecen de un tratamiento puro de DIPr”, contendo três tipos de regras: materiais, que fixam um elenco de direitos substantivos mínimo (art. 6 bis, CUB); normas de estrangeiros, conhecidas como normas de tratamento nacional (art. 5.1, CUB); e normas de conflito pontuais, sendo a mais relevante a disposta no art. 5.2, CUB. Cf. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Propiedad intelectual e industrial. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*. 9. ed., v. II, 2008. p. 661-684.

⁶³⁶ Não-ratificada pelo Brasil. Em seu art. 2º, dispunha que o “autor de toda obra literaria o artistica y sus sucesores gozarán en los Estados signatários de los derechos que les acuerde la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o producción”.

⁶³⁷ Ratificada pelo Brasil por meio do Dec. n. 26.675, de 18 de maio de 1949. Esta convenção também coloca como critério de determinação da lei aplicável a *lex loci protectionis*, conforme se depreende do teor do seu art. II: “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”.

⁶³⁸ Tal critério determina que a obra deverá ser protegida pela lei do país no qual ela foi primeiramente publicada. Dário Moura Vicente critica a utilização desse critério como determinação da lei aplicável, afirmando que tal solução está vinculada à natureza universalista do direito de autor e mais condizente com a “concepção personalista ou jusnaturalista” desse instituto. Contudo, sob o ponto de vista da legitimidade, podem-se fazer várias objeções. Nas palavras do autor, “na medida em que constitui um exclusivo de utilização e exploração econômica de uma obra literária ou artística, este é necessariamente uma criação de determinado sistema jurídico. A essa criação subjaz certo juízo de valoração de interesses, levado a cabo pelo legislador ou pelos tribunais de harmonia com a concepção prevalecente em determinada sociedade acerca da forma preferível de ordenar as relações entre os seus membros. Este juízo não pode, todavia, aspirar a valer universalmente”. Também a questiona quanto à praticabilidade, já que “dela resultaria, com efeito, a aplicação de diferentes leis aos actos de utilização e exploração de obras literárias e artísticas praticados no Estado do foro. O que, além de quebrar a unidade do regime jurídico a que essas obras se subordinam, é susceptível de dificultar a sua utilização e exploração por terceiros, visto que estes

convenções. Contudo, considerando que a Convenção Universal e a CUB foram ratificadas posteriormente, a *lex originis* não é mais válida.

Assim, relacionada com os aspectos de direitos de autor e direitos conexos, a CUB determina que a lei aplicável seja a do lugar onde se exploram ou em que se infringe o direito autoral – em outras palavras, aplica-se a *lex loci protectionis*. É o que determina o art. 5.2, da CUB: “[...] la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.

Cabe fazer dois questionamentos polêmicos, conforme a doutrina, acerca deste dispositivo.

O primeiro refere-se à lei aplicável “do país onde se reclama a proteção”, que pode levar o juiz a interpretar erroneamente no sentido de que se deva necessariamente aplicar a sua lei nacional (*lex fori*). Segundo Dário Moura Vicente, da mesma forma que não é uma boa solução o viés universalista do direito autoral (*lex originis*), tampouco o outro extremo condiz com valores essenciais do DIPr (*lex fori*).⁶³⁹ Desta forma, a interpretação correta é que, no caso de litígio, aplica-se a lei de onde se reclama a proteção ou onde se realiza a exploração ou infração dos direitos autorais.⁶⁴⁰ Logo, se a infração ocorre em determinado território nacional ou se o software é explorado nesse território, aplica-se a lei do mesmo.⁶⁴¹

teriam de averiguar em cada caso não apenas o país de origem da obra [...], mas também o teor das regras materiais nele vigentes [...]”. VICENTE, 2008, p. 208-211.

⁶³⁹ Segundo o autor, “a favor desta solução pode-se invocar o interesse na boa administração da justiça [...]. Mas semelhante solução apenas poderia ser adoptada à custa de valores essenciais do Direito Internacional Privado. Com efeito, uma vez que, por força das regras de conflitos de jurisdições [...], as acções relativas ao direito de autor podem ser intentadas ao Estado do domicílio do réu, ainda que nem a constituição do direito haja ocorrido nele nem a sua alegada violação haja sido aí praticada, a aplicação sistemática da lei do foro poderia conduzir a sujeição do litígio a um sistema jurídico desprovido de qualquer conexão espacial com os factos e com cuja aplicação os interessados não contavam – um sistema que, *v.g.*, recusasse a existência do direito e, por conseguinte, lhe negasse protecção”. Quanto à interpretação do art. 5.2 da CUB, especificamente quando se refere à “legislação do país onde se reclama a proteção”, Vicente também acorda que esta diz respeito à *lex loci protectionis* e não à *lex fori*, respaldando tal conclusão não só nas alegações anteriores sobre a problemática na aplicação da *lex fori*, como no efeito do tratamento nacional respaldado pelo art. 5.1 da CUB. Ressalva, entretanto, que tal interpretação não é tão clara para dirimir a controvérsia advinda da redação do art. 5.2 da CUB. Cf. VICENTE, 2008, p. 211; 219.

⁶⁴⁰ Destaca-se a diferença que Dário Moura Vicente estabelece entre *lex loci protectionis* e *lex loci delicti*. “A primeira obtém-se por referência a um *elemento normativo*: o sistema jurídico em que se funda aquele que alega um direito de exclusivo sobre certa criação intelectual. A segunda faz apelo, na sua concretização, a um *elemento fáctico*: o local onde foram praticados os actos ou omissões que consubstanciam a violação de um direito ou onde os mesmos produziram os seus efeitos. [...] As duas leis podem, decerto, coincidir no caso concreto, mas não é forçosamente assim”. VICENTE, 2008, p. 213.

⁶⁴¹ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, 2006, p. 263-265.

O segundo questionamento refere-se ao alcance do art. 5.2 – ou seja, se ele é interpretado amplamente, englobando todas as questões não-contratuais envolvendo direito de autor, ou se somente envolve questões quanto à “extensão da proteção” e aos “meios processuais”, conforme os termos utilizados pelo artigo.⁶⁴² No que tange a essa análise, é interessante pontuar as observações de Dário Moura Vicente, que inclui no âmbito de aplicação do art. 5.2 as questões de “criação, o conteúdo e a extinção do direito do autor, a sua transmissão e oneração e as sanções de sua violação”.⁶⁴³ Ele exclui da *lex loci protectionis* as questões referentes à titularidade do direito de autor, bem como os direitos contratuais, a responsabilidade civil, obrigações extracontratuais provenientes da utilização ilícita e os meios jurisdicionais da tutela do referido direito. Tais casos estarão submetidos, pelo menos em parte, a outras leis.⁶⁴⁴

Assim, no critério para a determinação da lei aplicável ao direito autoral está a *lex loci protectionis*, baseada no princípio da territorialidade da proteção autoral da obra, independente de seu registro em determinado território nacional.⁶⁴⁵ Em outras palavras, basta que a obra seja publicada em um país contratante da CUB, ou que seu autor seja nacional de um deles, para que seja protegida com base no princípio da territorialidade.⁶⁴⁶

⁶⁴² A respeito, ver: LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, 2006, p. 263-265. Carrascosa González acrescenta que, segundo a posição doutrinária limitada da aplicação da *lex loci protectionis*, que é forte principalmente na jurisprudência francesa, o art. 5.2 da CUB “no fija ley aplicable a las condiciones de protección de la propiedad intelectual: cuestiones como la existencia del derecho, su duración, y la autoría de la obra”. Tais direitos, segundo este autor, serão regulamentados conforme conflito de leis. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2006, p. 521.

⁶⁴³ Dentre estes está a própria existência do direito autoral, que deverá ser determinada pela *lex loci protectionis*, conforme assevera Dário Moura Vicente: “Em primeiro lugar, porque semelhante *dépeçage* poderia conduzir a situações indesejáveis à face de qualquer dos sistemas jurídicos em presença. [...]. Em segundo lugar, pode aduzir-se no mesmo sentido, de *jure constituto*, que a aplicação da *lex originis* à existência do direito é excluída pelo princípio da *independência da proteção* consignado [...]” (art. 5.2, I período). VICENTE, 2008, p. 232.

⁶⁴⁴ No que tange aos “meios de recurso” encontrados na redação do art. 5.2, Dário Moura Vicente destaca que os mesmos referem-se aos “meios de reparação substantiva do direito violado, e não os meios processuais através dos quais essa reparação se efectiva”. VICENTE, 2008, p. 223.

⁶⁴⁵ Art 5.2, primeira parte, CUB: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. [...]”.

⁶⁴⁶ A respeito da aplicabilidade, ou não, do princípio da territorialidade aos direitos autorais, há divergências doutrinárias. Thais Castelli defende que não se aplica o princípio da territorialidade aos direitos de autor, exceto para determinação do foro onde se reclamará a proteção sobre a obra. CASTELLI, Thais. *Propriedade intelectual: o princípio da territorialidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 245; 262. Já López-Tarruella Martínez assevera que “al igual que en el resto de derecho de propiedad industrial, la regulación de los derechos de autor está basada en el principio de territorialidad. [...] a) estos derechos tienen el contenido y el régimen jurídico establecido por el Estado que los concede; b) su eficacia está limitada al territorio de ese Estado. [...] Más aún en la

Contudo, como já ponderou-se, a *lex loci protectionis* não valerá para todos os casos, excetuando-se os que deverão observar outros critérios – como o da *lex originis*, por exemplo. Uma destas questões é a da titularidade originária do autor do software, que será determinada pela lei do país de origem da obra.⁶⁴⁷ Nota-se, entretanto, que a CUB não traz disposição expressa a respeito do tema. Não obstante, e especificamente no que se refere ao programa de computador, vale citar a legislação portuguesa, que determina de maneira expressa que a lei do país de origem deverá regular a qualificação como autor (art. 17, n. 4, Decreto-Lei nº 252, de 20 de outubro de 1994⁶⁴⁸). A mesma solução é dada à base de dados (art. 2º, n. 4, Decreto-Lei nº 122, de 04 de julho de 2000⁶⁴⁹).⁶⁵⁰ Isto pode demonstrar uma tendência interpretativa a esta solução, principalmente na UE.

No que tange ao país de origem do software, destaca-se o conceito trazido pela CUB, em seu art. 5.4:

- 4) Se considera país de origen:
 - (a) para las obras publicadas por primera vez en alguno de los países de la Unión, este país; sin embargo, cuando se trate de obras publicadas simultáneamente en varios países de la Unión que admitan términos de protección diferentes, aquel de entre ellos que conceda el término de protección más corto;

materia de derechos de autor en la que, al no ser necesario el registro de la creación intelectual, la intervención administrativa del Estado no resulta necesaria para otorgar la protección”. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, 2006, ps. 261-263. Carrascosa González acrescenta o tradicional princípio da territorialidade como uma das principais dificuldades de precisão da lei aplicável. Tais dificuldades são “imposibilidad de recurso a la Lex Rei Sitae”; “inexistencia de un derecho material uniforme sobre estas propiedades”; e “tradicional ‘territorialidad’ de los derechos incorporales”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2006, p. 518.

⁶⁴⁷ Segundo Dário Moura Vicente, “certo, os interesses em jogo – mormente os interesses sociais a que neste domínio importa dar primazia – exigem, como vimos acima, que seja a lei do país onde o direito é exercido (a *lex loci protectionis*) a determinar se, em que condições, lhe é conferida protecção no respectivo território. Mas outro tanto não pode dizer-se da questão da titularidade originária desse direito, a qual, em rigor, é indiferente ao país onde a protecção é reclamada. [...] Em contrapartida, a aplicação da lei do país de origem facilita aos titulares dos direitos a transmissão destes e a concessão de licenças internacionais de utilização de suas obras, visto que a lei aplicável é uma só, independentemente do local de utilização da obra”. VICENTE, 2008, p. 230-231.

⁶⁴⁸ Art. 17, n. 4, Lei nº 252/1994. “É considerado autor quem assim for qualificado pela lei do país de origem respectivo; em caso de colisão de qualificações aplica-se a lei que se aproxime mais da lei portuguesa”.

⁶⁴⁹ Art. 2º, n. 4, Lei nº 122/2000. “É considerado autor quem como tal for qualificado pela lei do país de origem da base de dados, determinada nos termos do nº 1, prevalecendo, em caso de conflito de qualificações, a lei do país cuja solução mais se aproxime da lei portuguesa”.

⁶⁵⁰ Segundo Dário Moura Vicente, a lei portuguesa de base de dados “vai, aliás, mais longe na consagração da competência da *lex originis*: a própria protecção pelo Direito de Autor das bases de dados ditas criativas é aí submetida á lei do país de origem (art. 2º, nº 1) – considerando-se como tal, quanto às bases publicadas, a do país da primeira publicação, e, quanto às não publicadas, o país da nacionalidade ou da sede efectiva do autor –, embora sob reserva de reciprocidade (art. 2º, nº 2). [...]”. VICENTE, 2008, p. 234-235.

- (b) para las obras publicadas simultáneamente en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión, este último país;
- (c) para las obras no publicadas o para las obras publicadas por primera vez en un país que no pertenezca a la Unión, sin publicación simultánea en un país de la Unión, el país de la Unión a que pertenezca el autor; sin embargo,
 - (i) si se trata de obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o su residencia habitual en un país de la Unión, éste será el país de origen, y
 - (ii) si se trata de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión, éste será el país de origen.

Aplicando tal conceito ao software, pode-se considerar país de origem do mesmo:

i) aquele no qual este foi publicado pela primeira vez, sendo, no caso de publicação simultânea em vários países da União, aquele com o tempo de proteção mais curto;

ii) no caso de publicação simultânea em país não-pertencente à União, e outro pertencente, será este último; e

iii) aquele país ao qual pertence o autor, em outras palavras, do qual o autor seja nacional.⁶⁵¹

Também deverá ser observado o princípio do tratamento nacional⁶⁵², segundo o qual se deve aplicar à obra estrangeira a mesma regra que se aplicaria à obra nacional (art. 5.1, CUB⁶⁵³). Logo, a proteção nacional⁶⁵⁴ do país de origem da

⁶⁵¹ Neste sentido, ver: VICENTE, 2008, p. 235.

⁶⁵² Lipszyc relaciona as possibilidades de regras de conexão sobre a lei aplicável aos direitos autorais, afirmando que, em princípio, o que é protegido pelas normas internas são as obras nacionais. Excepcionalmente, alguma legislação, utilizando o princípio da assimilação, equipara a obra estrangeira à nacional, como fazem, por exemplo, Bélgica e França. Com base nisso, outra atribuição das leis internas é determinar quais obras são consideradas nacionais e quais são estrangeiras. Com base em tal orientação, os pontos de vinculação, segundo Lipszyc, podem ser classificados como pessoais ou reais. As leis pessoais são as que adotam um ou mais pontos de vinculação baseados em critérios pessoais do autor. As reais são as que se referem às obras. Ainda existem leis internas que utilizam um sistema misto, adotando critérios de proteção alternativos (reais ou pessoais). Outro critério é o da reciprocidade, que, conforme Lipszyc, consiste em “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 éstos eleven los niveles de protección de los derechos de los autores, en particular, de obras extranjeras”. LIPSZYC, 2006, p. 592-594; 596.

⁶⁵³ Art. 5.1, CUB: “1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”. Esta regra se repete no art. 11 da Convenção Universal de Genebra sobre Direito de Autor.

obra poderá ser reivindicada pelo autor: a) que a publicou pela primera vez em algum país da União; b) que a publicou simultaneamente em um país que não pertença à União e em um país participante; e c) que seja nacional de algum país da União.

A proteção garantida pela CUB independe de reciprocidade. Contudo, seu art. 6^o⁶⁵⁵ traz uma exceção baseada nesse princípio.⁶⁵⁶ É quando um país da União tiver uma obra publicada pela primeira vez em seu território, de autor estrangeiro de país não pertencente à União, e que não garanta a autores de países da União a proteção suficiente de suas obras. Nesse caso, o país da União que teve a obra publicada pela primera vez poderá recusar-se a protegê-la da mesma forma que uma obra nacional devido à não-reciprocidade da proteção por parte do país não-pertencente à União. Do mesmo modo, os demais países não se obrigam à proteção mais ampla do que a concedida pelo país da União onde houve a primeira publicação. Protegem-se, contudo, os direitos adquiridos. Esta faculdade deve ser noticiada a OMPI.

Existem casos, ainda, em que a *lex loci protectionis* e a *lex originis* serão aplicadas conjuntamente, valendo a mais restritiva.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Art. 5.3, CUB: “La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales”.

⁶⁵⁵ Art. 6, CUB: “1) Si un país que no pertenezca a la Unión no protege suficientemente las obras de los autores pertenecientes a alguno de los países de la Unión, este país podrá restringir la protección de las obras cuyos autores sean, en el momento de su primera publicación, nacionales de aquel otro país y no tengan su residencia habitual en alguno de los países de la Unión. Si el país en que la obra se publicó por primera vez hace uso de esta facultad, los demás países de la Unión no estarán obligados a conceder a las obras que de esta manera hayan quedado sometidas a un trato especial una protección más amplia que la concedida en aquel país. 2) Ninguna restricción establecida al amparo del párrafo precedente deberá acarrear perjuicio a los derechos que un autor haya adquirido sobre una obra publicada en un país de la Unión antes del establecimiento de aquella restricción. 3) Los países de la Unión que, en virtud de este artículo, restrinjan la protección de los derechos de los autores, lo notificarán al Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo designado con la expresión « Director General ») mediante una declaración escrita en la cual se indicarán los países incluidos en la restricción, lo mismo que las restricciones a que serán sometidos los derechos de los autores pertenecientes a estos países. El Director General lo comunicará inmediatamente a todos los países de la Unión”.

⁶⁵⁶ Segundo Vicente, este seria um limite à aplicação da lei competente, juntamente com as normas internacionalmente imperativas, ordem pública internacional. VICENTE, 2008, p. 244.

⁶⁵⁷ Segundo Dário Moura Vicente, são os casos relativos às obras de artes aplicadas (art. 2.7, CUB); duração da proteção das obras literárias e artísticas (art. 7.8, CUB); direito de sequência sobre obras de artes originais e manuscritos originais (art. 14^{ter}.2, CUB); e duração de proteção (art. IV, n° 4, da Convenção Universal), “os quais constituem expressão de um princípio de reciprocidade”. VICENTE, 2008, p. 237-239.

A CUB também relaciona as condições de aplicação das regras contidas no seu art. 3º.⁶⁵⁸ Assim, os juízes poderão aplicar as regras da CUB quando:

i) o autor do software é nacional ou residente habitual de algum país da União, sendo o software publicado ou não;

ii) autor não-nacional publica pela primeira vez o software em um país da União ou, simultaneamente, em um país que não pertença e em um país que pertença à União.

Além do caso da aplicação da *lex originis*, ainda pode citar-se a determinação da lei aplicável por uma conexão acessória, como ocorre com a titularidade de obras intelectuais criadas sob a égide de um contrato de trabalho ou prestação de serviços.⁶⁵⁹ Por tal regra será aplicada a lei do Estado que rege a relação trabalhista ou contratual. Observa-se, contudo, que a LDA de 1998, como já observado, excluiu a determinação de co-titularidade no caso de obras sob encomenda, prevista na LDA de 1973. Mas no caso do programa de computador, em si, aplica-se o art. 4º da LPC, que estabelece a titularidade originária do contratante, empregador ou órgão público.

No tocante à propriedade industrial, também é observada a *lex loci protectionis* como regra geral para determinar a lei aplicável, conforme análise dos arts. 4º *bis*⁶⁶⁰, 6.2 e 6.3⁶⁶¹ da CUP. A interpretação destes dispositivos, dentre outros

⁶⁵⁸ Art. 3, CUB: “1) Estarán protegidos en virtud del presente Convenio: (a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no; (b) los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión. 2) Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio. 3) Se entiende por « obras publicadas », las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica. 4) Será considerada como publicada simultáneamente en varios países toda obra aparecida en dos o más de ellos dentro de los treinta días siguientes a su primera publicación”.

⁶⁵⁹ Sobre o assunto, ver: VICENTE, 2008, p. 236 et seq. No caso dos direitos morais do autor, Vicente defende que deve aplicar-se a *lex loci protectionis*.

⁶⁶⁰ Art. 4º *bis*, CUP. “(1) As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União. (2) Esta disposição deve entender-se de modo absoluto particularmente no sentido de que as patentes pedidas durante o prazo de prioridade são independentes, tanto do ponto de vista das causas de nulidade e de caducidade como do ponto de vista da duração normal. (3) Aplica-se a todas as patentes existentes à data da sua entrada em vigor. (4) O mesmo sucederá, no caso de acessão de novos países, às patentes existentes em ambas as

encontrados na CUP, leva a considerar tal critério para a determinação da lei aplicável, Segundo Dário Moura Vicente:

consagra-se nos arts. 4º-*bis*, e 6º, nºs 2 e 3, deste instrumento internacional, o princípio das independência das patentes e das marcas nos países da União de Paris. Ora, esse princípio implica que a proteção conferida a um direito privativo em determinado país seja definida pelo Direito local, e não por qualquer outro.⁶⁶²

Ademais, aplicam-se também à propriedade industrial tanto o princípio do tratamento nacional como o da territorialidade.

O tratamento nacional está previsto tanto no art. 2º da CUP⁶⁶³ como no art. 3º da ADPIC⁶⁶⁴, além de ser determinado pelo ordenamento jurídico brasileiro

partes, à data de acessão. (5) As patentes obtidas com o benefício da prioridade gozarão, nos diferentes países da União, de duração igual àquela de que gozariam se fossem pedidas ou concedidas sem o benefício da prioridade”.

⁶⁶¹ Art. 6, CUP. “[...] (2) Não poderá, todavia, ser recusada ou invalidada uma marca requerida em qualquer dos países da União por um nacional de um país desta, com o fundamento de não ter sido depositada, registrada ou renovada no país de origem. (3) Uma marca regularmente registrada num país da União será considerada como independente das marcas registradas nos outros países da União inclusive o país de origem”.

⁶⁶² Segundo este autor, parte da doutrina ainda defende que o princípio do tratamento nacional, consagrado no art. 2º da CUP e no art. 3º da ADPIC, levaria à interpretação da aplicação da *lex loci protectionis*. Contudo, Vicente não está de acordo, afirmando que “não nos parece que possa extrair-se desse princípio qualquer regra, posto que implícita, quanto à lei aplicável aos direitos de propriedade industrial”. Cf. VICENTE, 2008, p. 254-255.

⁶⁶³ Art. 2º, CUP. “(1) Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais. (2) Nenhuma condição de domicílio ou de estabelecimento no país em que a proteção é requerida pode, porém, ser exigida dos nacionais de países da União para o gozo de qualquer dos direitos de propriedade industrial. (3) Ressalvam-se expressamente as disposições da legislação de cada um dos países da União relativas ao processo judicial e administrativo e à competência, bem como à escolha de Domicílio ou à designação de mandatário, eventualmente exigidas pelas leis de propriedade industrial”.

⁶⁶⁴ Art. 3º, 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”.

através do art. 3º da LPI.⁶⁶⁵ Este artigo dispõe que a LPI será aplicada ao pedido de patente ou registro proveniente do exterior e depositado no Brasil por quem tenha proteção garantida por tratado ou convenção vigente no país, além de também vincular a proteção nacional ao princípio de reciprocidade. Ademais, estrangeiros domiciliados no Brasil também serão protegidos, sendo aplicadas as disposições dos tratados em vigor no Brasil, tanto a nacionais como a estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas (art. 4º, LPI⁶⁶⁶).

O princípio da territorialidade, como já explanado, advém da própria independência dos direitos de propriedade industrial válidos nos territórios nacionais de cada país onde tenha sido feito o registro ou o pedido de patente. Esta conclusão também se extrai do art. 129 da LPI⁶⁶⁷, sobre a proteção da marca, que a restringe ao território nacional. Contudo, ainda que válida extraterritorialmente, será aplicada à mesma a *lex loci protectionis* a respeito de seu reconhecimento, ou não, em determinado território.⁶⁶⁸

Há casos, contudo, em que outras conexões terão validade para determinar a lei aplicável. Uma delas é a da *lex originis*, considerada para algumas situações que envolvem propriedade industrial, dentre as quais a da marca, que, conforme determinação do art. 6º *quinquies*, da CUP⁶⁶⁹, pode ser registrada num Estado-membro da União “tal e qual” registrada no Estado-membro de origem.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Art. 3º, LPI. “Aplica-se também o disposto nesta Lei: I - ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil; e II - aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes”.

⁶⁶⁶ Art. 4º, LPI. “As disposições dos tratados em vigor no Brasil são aplicáveis, em igualdade de condições, às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou domiciliadas no País”.

⁶⁶⁷ Art. 129, LPI. “A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148”.

⁶⁶⁸ Vicente assevera que “confere-se, assim, tutela à marca notória para além das fronteiras do Estado que originariamente lhe concedeu proteção. Neste sentido, essa marca goza de *extraterritorialidade*. [...] Seja como for, as condições e o conteúdo da proteção conferida à marca notória são definidos pela lei do Estado para cujo território se pede essa proteção. Nesta medida, também esta marca se encontra sujeita à *lex loci protectionis*”. VICENTE, 2008, p. 259.

⁶⁶⁹ Art. 6º *quinquies*, CUP. “A. – (1) Qualquer marca de fábrica ou de comércio regularmente registrada no país de origem será admitida para registro e protegida na sua forma original nos outros países da União, com as restrições indicadas no presente artigo. Estes países poderão antes de procederem ao registro definitivo, exigir a apresentação de um certificado de registro no país de origem, passado pela autoridade competente. Não será exigida qualquer legislação para este certificado. (2) Será considerado país de origem o país da União em que o requerente tenha um estabelecimento industrial ou comercial efetivo e real, e se não tiver esse estabelecimento na União, o país da União onde tenha o seu domicílio, e, se não tiver domicílio na União, o país da sua nacionalidade, no caso de ser nacional de um país da União. [...]”.

⁶⁷⁰ Neste sentido, ver: VICENTE, 2008, p. 260.

Para determinar o país de origem há que ater-se aos critérios da sede do requerente da marca (estabelecimento industrial ou comercial real e efetivo em um país da União), do domicílio deste ou da sua nacionalidade, caso não tenha domicílio em um país da União mas seja nacional de um (art. 6º *quinquies*, 2, CUP).

Também será considerada a *lex originis* para os casos de determinação da titularidade originária, seja para as marcas não-registradas, seja para nome comercial estrangeiro.⁶⁷¹

No caso de determinação da titularidade originária de patente de invenção, modelo de utilidade ou desenho industrial envolvendo software, realizados sob a égide de contratos de trabalho, da mesma forma que nos direitos autorais será utilizada conexão acessória. Em outras palavras, será aplicada a lei do local que rege as relações contratuais.⁶⁷²

5.3.4 Normas concorrenciais

Como observado na seção 2 desta tese, a prática de parcerias entre empresas e entre empresas e instituições de pesquisa é um dos objetivos da política nacional de desenvolvimento. Por meio destes instrumentos visa-se, por exemplo, maior participação do setor privado e das MPEs no investimento em P&D, juntamente com o setor público.

Outrossim, a prática de colaboração em P&D tecnológica e inovação tem aumentado a cada dia. Para exemplificar, veja-se a prática de *outsourcing offshore*, principalmente no setor de TI, para países como Índia, Rússia e Brasil, entre outros. Desta forma, muitas vezes um contrato colaborativo em P&D de software poderá influenciar no mercado, afetando a livre concorrência.

Ante tal realidade, a observação das regras concorrenciais é fundamental para o efetivo sucesso da contratação de P&D de software. Logo, além das regras já existentes para a validade do negócio jurídico (relacionadas anteriormente), as

⁶⁷¹ Neste sentido, ver: VICENTE, 2008, p. 260 et seq.

⁶⁷² Cf. VICENTE, 2008, p. 266 et seq.

partes contratantes deverão observar que efeitos o contrato de P&D pode ter no mercado e se, eventualmente, poderá restringir a livre concorrência.⁶⁷³

Portanto, tais normas também valerão como limitantes à autonomia da vontade nos contratos internacionais de P&D de software.

A própria Lei nº 7.232/1984, sobre a Política Nacional de Informática, relaciona entre seus princípios a necessária intervenção do Estado para assegurar a equilibrada proteção à produção nacional e a proibição de situações monopolísticas, de direito ou de fato, bem como o fortalecimento nacional para garantir a competitividade internacional da empresa brasileira (art. 2º). Como segue:

III - intervenção do Estado de modo a assegurar equilibrada proteção à produção nacional de determinadas classes e espécies de bens e serviços, bem assim crescente capacitação tecnológica;

IV - proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato;

XI - fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional.

O objetivo desta seção não é o de esgotar o tema no que se refere à possibilidade de eventuais práticas concorrenciais praticadas por meio de contratos de P&D. O que se visa é apenas relacionar noções básicas que deverão ser observadas pelas partes ao contratar. Também deseja-se ressaltar a importância cada vez maior do controle da concorrência de mercado pelo poder público e sua observância pelas partes envolvidas, sejam de direito público, sejam de direito privado.

No Brasil, a Lei nº 8.884/1994, orientada pelos ditames constitucionais da livre concorrência, liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso econômico (arts. 170⁶⁷⁴ e 173, § 4º⁶⁷⁵, CF),

⁶⁷³ João Marcelo Assafim corrobora tal preocupação no momento da contratação, afirmando que “a ocorrência de hipóteses de defeito dos negócios jurídicos, por exemplo, fica a cargo do direito privado. Não obstante, hipótese diversa é aquela que, embora não refutada ou proibida pelo direito privado, implica em restrições que engendram algum tipo de dano ao mercado e, via de consequência, aos consumidores”. ASSAFIM, João Marcelo. Aspectos do direito de defesa da livre concorrência brasileiro: a Lei nº 10.149/2000 e perspectivas de nova política. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PESQUISA JURÍDICA, III, 2003. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.delimaassafim.adv.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2&Itemid=52>. Acesso: 14 abr. 2010, p. 7.

⁶⁷⁴ Princípios gerais da atividade econômica – art. 170, CF. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna,

dispõe sobre a prevenção e repressão de atos infratores da ordem econômica nacional.⁶⁷⁶

Tais dispositivos serão aplicados às práticas anticoncorrenciais cometidas no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeito (art. 2º, Lei nº 8.884/1994). Portanto, se observarão as regras de concorrência desleal sempre que o contrato de P&D, inclusive o internacional, produza efeitos em território brasileiro.

A concorrência existe porque há liberdade. Cada pessoa tem garantida pela CF a liberdade de ter iniciativa, de empreender, de competir. Contudo, como toda liberdade, ela deve ser regulada pelo governo para que não haja abusos e todos possam usufruí-la. Essa regulamentação serve, então, para a proteção da própria ordem econômica. Segundo João Marcelo Assafim, “a pedra angular da manutenção da ordem econômica é a preservação da economia de mercado – que é de todos os cidadãos e afeta o patrimônio de toda a coletividade”.⁶⁷⁷

conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

⁶⁷⁵ Art. 173, § 4º, CF. “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

⁶⁷⁶ Art. 1º, Lei 8.884/1994. “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

⁶⁷⁷ Registra Assafim: “O direito de livre concorrência, ou simplesmente direito de concorrência, é o conjunto de normas que regula a atividade concorrencial, para que prevaleça no mercado e, como um todo, o princípio constitucional de livre concorrência ou liberdade de concorrer, criando condições para que a luta entre competidores se desenvolva com lealdade e correção [...]. [...] a livre concorrência é princípio constitucional (na tutela da ordem econômica), mas não está reduzida a apenas isso. Fora atribuído, nesta nova ordem constitucional, à iniciativa privada, o papel de principal agente da função de empreender (cfr. parágrafo único do artigo 170 da CRFB), mas não, por óbvio, o protagonismo do desenvolvimento econômico (o empresário não é, nem pode ocupar, o lugar do Estado na condução de políticas de fomento), até porque o ‘compromisso’ da ‘empresarialidade’ é com a remuneração do investimento, com o lucro, e não com o fomento global da economia ou com o crescimento acelerado do nível de vida dos cidadãos, muito menos a preservação das estruturas de mercado ou da organização industrial. Isso cabe à Administração mediante a aplicabilidade de normas específicas de proteção da ordem econômica, a ser tutelado em função da sua caracterização de bem coletivo, atribuída pelo legislador no Ordenamento”. ASSAFIM, 2003, p. 3; 5.

A limitação é encontrada, por exemplo, nas próprias normas gerais de contratação, quando vinculam o contrato ao respeito à boa-fé objetiva e sua função social (art. 421 e 422, CC).⁶⁷⁸

Os arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994 relacionam os atos que podem ser considerados restrições à livre concorrência – alguns deles praticados por meio de um contrato envolvendo P&D de software. Frise-se que a seleção feita a seguir é meramente exemplificativa, não impedindo a eventual prática de outros atos.

Assim, um ato relacionado no art. 20 será considerado infração independente de culpa, quando:

a) “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”: observa-se que a redação deste inciso é ampla, podendo abarcar qualquer ato que tenha como efeito o prejuízo da livre concorrência. Um exemplo, no que se refere ao contrato de P&D de software, pode ser a inclusão de cláusula que impeça a parceira ou contratada de executar com outras empresas projetos que não configurem concorrência desleal à outra parte;

b) “dominar mercado relevante⁶⁷⁹ de bens ou serviços”: se a empresa contratante já absorve grande parcela do mercado ao associar-se com concorrente, e dependendo das cláusulas contratuais celebradas, pode incorrer nesta restrição. Posição dominante ocorre quando empresa ou grupo de empresas “controla parcela substancial de mercado relevante” (art. 20, § 1º), presumida se o controle equivaler a 20% do mercado relevante, percentual passível de alteração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – art. 20, § 3º;

c) “aumentar arbitrariamente os lucros”; e

d) “exercer de forma abusiva posição dominante”: a posição dominante, quando resulta de processo natural baseado na eficiência da empresa, não é

⁶⁷⁸ Cf. ASSAFIM, 2003, p. 6.

⁶⁷⁹ A noção de mercado relevante é explicada pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Anexo I da Resolução 20, de 09 de junho de 1999: “O mercado relevante constitui o espaço – em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. Mediante o ‘teste do monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos (ou a menor área geográfica) no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo. A possibilidade de substituição constitui a variável chave na identificação do mercado relevante, uma vez que a livre concorrência depende da possibilidade do exercício de escolha por parte dos consumidores. Assim, um mercado relevante, em sua dimensão produto, compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização”.

considerada prática anticoncorrencial (§ 1º). Exercer essa posição de forma abusiva, contudo, é punível por concorrência desleal.

O art. 21 arrola condutas que, conduzindo aos efeitos relacionados no art. 20, serão consideradas infrações. O rol do art. 21 é exemplificativo, cabendo analisar cada caso para constatar se os efeitos gerados se enquadrarão no art. 20. Dentre tais práticas pode-se relacionar:

a) “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”;

b) “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”;

c) “combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa”;

d) “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição”: uma das possibilidades de conduta que envolvem expressamente o processo de P&D;

e) “impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros”;

f) “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”; e

g) “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”.

Sobre a forma de avaliar se tais condutas conduzem, ou não, à infração contra a ordem econômica, o próprio CADE, no Anexo I de sua Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999, assevera que é necessário um exame criterioso dos efeitos, devendo levar-se em conta o “contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica”. Logo, “é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela

decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor”.

Interessa notar, a partir da observação do CADE, que nem toda restrição significa necessariamente uma infração à livre concorrência. Alguns atos ou condutas, ainda que terminem por enquadrar-se no rol dos arts. 20 e 21, podem aumentar a eficiência econômica e gerar compensações. É o entendimento de Assafim, ao afirmar que “nem toda restrição produz efeitos anti-competitivos e algumas podem, até mesmo, gerar compensações econômicas que as justifiquem: são os chamados efeitos pró-competitivos”.⁶⁸⁰ No mesmo sentido expressa-se a supracitada resolução do CADE, quando afirma em seu Anexo I:

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.

Na mesma resolução, o CADE conceitua as modalidades destas práticas restritivas, classificando-as em duas: práticas restritivas horizontais e práticas restritivas verticais.

As primeiras são as que tentam “reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios”. Os casos mais comuns de restrições horizontais são: cartéis⁶⁸¹, outros acordos entre empresas⁶⁸², ilícitos de associações de profissionais⁶⁸³ e preços predatórios⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Cf. ASSAFIM, 2003, p. 09.

⁶⁸¹ “Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁸² “Restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca de maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁸³ “Quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁸⁴ “Prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

Já as restrições verticais⁶⁸⁵, conforme o CADE, são as “impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”.⁶⁸⁶ Condutas mais comuns de restrição vertical: fixação de preço de revenda⁶⁸⁷, restrições territoriais e de base de clientes⁶⁸⁸, acordos de exclusividade⁶⁸⁹, recusa de negociação⁶⁹⁰, venda casada⁶⁹¹, discriminação de preços⁶⁹².

Segundo Assafim, com base nesta dicotomia podem ser identificadas três categorias de atos que, por suas especificidades, são tratadas por regime específico: abuso de posição dominante, acordos restritivos e atos de concentração. Além destas, o autor menciona a possibilidade de controle de outros institutos, como o da propriedade intelectual, por exemplo.⁶⁹³

Como já observado, nem todo ato que envolva restrição à livre concorrência será considerado necessariamente uma infração à ordem econômica. A exceção são os casos em que exista uma compensação econômica, surtindo um “efeito pró-competitivo concreto”. Para Assafim, um exemplo de restrição capaz de provocar um efeito pró-competitivo é o do acesso a determinada tecnologia, que propiciará a

⁶⁸⁵ Segundo Assafim, “as práticas restritivas ocorrem predominantemente em acordos verticais e abuso de posição dominante”. ASSAFIM, 2003, p. 10.

⁶⁸⁶ Da mesma forma, algumas condutas que a princípio poderiam ser tidas como anticoncorrenciais podem apresentar compensações econômicas. No caso específico das práticas restritivas verticais, o CADE adverte que, “embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (‘eficiências econômicas’) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão frequentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁸⁷ “O produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁸⁸ “O produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁸⁹ “Os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais”. Anexo I, Resolução CADE nº 20/1999.

⁶⁹⁰ “O fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁹¹ “O ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁹² “O produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros”. Anexo I, Resolução CADE n. 20/1999.

⁶⁹³ Sobre o assunto, ver: ASSAFIM, 2003, p. 10.

criação de um novo produto ou serviço que, sem o emprego de restrição por meio de acordo contratual, não estaria disponível.⁶⁹⁴

Equiparado a este exemplo estaria o próprio contrato de P&D de software, que muitas vezes pode prever atos restritivos à livre concorrência por meio de cláusulas entre as partes, seja horizontal, seja verticalmente. Contudo, devido a seu potencial inovador e dependendo de como estão estipuladas tais restrições (se congruentes com o propósito contratual e não-abusivas), pode-se considerar que há um efeito pró-competitivo, com uma compensação econômica para o mercado, justificando a validade do respectivo contrato.

É o que acontece, por exemplo, no direito concorrencial europeu, que expressamente isenta contratos de transferência tecnológica precedidos de P&D.

Cabe observar que a UE possui regras de concorrência consolidadas, considerando até o propósito para o qual foi criada e os anos de experiência no tema. Desta forma, o art. 81 do Tratado de instituição da Comunidade Europeia (TCE) proíbe atos que possam vir a prejudicar a livre concorrência no mercado europeu, nos seguintes termos:

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:
 - a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
 - b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.
 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.
- [...]

⁶⁹⁴ Para ele, as “restrições que ‘surgem’ em um determinado negócio (a princípio vertical), se não compensadas por um efeito pró-competitivo concreto, entre outros efeitos deletérios, têm o potencial de ‘contaminar’ rapidamente todo o mercado e assumir a feição de uma grande conduta uniforme entre competidores – sem um poderoso difusor de ineficiência, em prejuízo final, por óbvio, do consumidor”. ASSAFIM, 2003, p. 10.

É interessante notar que o teor do disposto nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1993 brasileira é similar ao do TCE.⁶⁹⁵

Entretanto, no próprio item 3 deste artigo 81 são justificados atos que, embora restritivos, serão tolerados pelos efeitos benéficos que podem produzir no mercado. Conforme segue:

Artigo 81. [...]

3. As disposições do nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e – a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Com base nesta isenção da aplicação do art. 81.1 do TCE, a União Européia (UE) reformou sua política de concorrência, declarando por meio de regulamentos quais categorias de acordos deveriam ser isentas da proibição aos atos restritivos da livre concorrência.

Dentre esses regulamentos está o que admite acordos de transferência de tecnologia entre empresas (por meio de licenças), desde que precedidos de parceria para P&D⁶⁹⁶, conforme regulamento (CE) nº 772/2004.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Vale destacar a observação de Assafim ao verificar as semelhanças existentes entre o sistema de concorrência europeu e o brasileiro, justificando, com isto, a utilização da hermenêutica européia. Conforme segue: “Merece menção o fato de que o inciso I do artigo 20 da LDC (que proíbe em caráter geral as restrições à livre concorrência) remete, em grande medida, ao disposto no atual artigo 81.1. do Tratado de Roma. A coincidência entre os textos e a importância da proteção constitucional das liberdades individuais (retratadas com identidade dogmática em diversos sistemas pela teoria do constitucionalismo moderno) infiltram na doutrina a necessidade do uso, ainda que instrumental, da hermenêutica européia empregada na aplicação da normativa da concorrência, pois imprudente seria desconsiderar a experiência catalizada em aproximadamente 50 anos de história do sistema que inspirou o legislador brasileiro. De outro lado, a tradicional interpretação do § 2 da Ley Sherman, salvo as discrepâncias identificadas entre os sistemas do Direito continental europeu (romano-germânico) e do Common Law, não se afasta do modelo de proibições e isenções”. ASSAFIM, 2003, p. 05.

⁶⁹⁶ Segundo o considerando 7 do Regulamento 772/2004: “El presente Reglamento solamente debería aplicarse a los acuerdos por los que el licenciante permite al licenciario explotar la tecnología autorizada, posiblemente tras la ulterior investigación y desarrollo por parte de este último, para la producción de bienes o servicios. No debería aplicarse a los acuerdos de licencia con fines de subcontratación de la investigación y desarrollo. Tampoco debería aplicarse a los acuerdos de licencia para crear consorcios tecnológicos, es decir, acuerdos de creación de consorcios de

Tais atos, portanto, não deixam de ser restritivos à livre concorrência, mas são isentos de proibição em virtude da defesa da ordem econômica pelos benefícios econômicos que podem trazer – dentre eles, o da inovação.

Contudo, ainda que os contratos de P&D que possibilitem posteriormente um licenciamento estejam entre as categorias isentas, não será isento todo ato presente em tais contratos. Cláusulas abusivas ou que tragam restrições excessivas às reais necessidades do acordo poderão ser consideradas infrações à concorrência. É o que determinam as alíneas *a* e *b* do item 3 do art. 81 do TCE, quando estabelecem critérios para a isenção de atos, no sentido de que “não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos”, “nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”. Ademais, os *considerandos* 13 a 18 do referido regulamento também trazem observações para excluir da isenção condutas que continuarão classificadas como restrições proibidas.⁶⁹⁸

tecnologías con objeto de conceder a terceros licencias sobre el paquete de derechos de propiedad intelectual creado”.

⁶⁹⁷ Este regulamento, em seus considerandos 5 e 6, reforça a importância das parcerias entre empresas para P&D, destacando a influência que estas eventualmente podem ter sobre a livre concorrência de mercado: 5. “Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito à concessão de licenças no domínio da tecnologia. Tais acordos contribuirão normalmente para melhorar a eficiência econômica e promover a concorrência, dado que podem reduzir a duplicação em matéria de investigação e desenvolvimento, reforçar os incentivos a favor de novas ações de investigação e desenvolvimento, promover a inovação incremental, facilitar a disseminação de tecnologia e fomentar a concorrência no mercado dos produtos”. 6. “A probabilidade de esses efeitos, em termos de eficiência e concorrência acrescidas, compensarem os eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes de restrições contidas nos acordos de transferência de tecnologia depende do poder de mercado das empresas em causa e, por conseguinte, do grau em que essas empresas se defrontam com a concorrência de empresas proprietárias de tecnologias alternativas ou de empresas fabricantes de produtos alternativos”. É interessante observar a problemática ligada especificamente aos acordos de *joint ventures* envolvendo P&D antes deste regulamento. Sobre o assunto, ver: KORAH, Valentine. Las joint ventures para investigación y desarrollo. Competencia y nulidad de contratos. *Derecho de los negocios*. Madri, ano 2, n. 18, março 1992, p. 9-18. KORAH, Valentine. Las joint ventures para investigación y desarrollo. Competencia y nulidad de contratos (II). *Derecho de los negocios*. Madri, ano 2, n. 26, novembro 1992, p. 1-12.

⁶⁹⁸ 13. “No han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento aquellos acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones que no sean imprescindibles para mejorar la producción o la distribución. Concretamente, los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinados tipos de restricciones especialmente contrarias a la competencia tales como la fijación de los precios aplicados a los terceros, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de las cuotas de mercado de las empresas implicadas. Cuando existan estas restricciones especialmente graves, todo el acuerdo debe quedar excluido del beneficio de la exención por categorías”. 14. “Para proteger los incentivos a la innovación y la aplicación adecuada de los derechos de propiedad intelectual, se deben excluir ciertas restricciones de la exención por categorías. Concretamente, deberían quedar excluidas las obligaciones exclusivas de cederse los derechos sobre perfeccionamientos disociables.

Portanto, da mesma forma que ocorre na UE, acordos de parceria em P&D estarão adstritos às regras concorrenciais, por seu potencial restritivo à livre concorrência. Mas, por envolverem precipuamente elementos de inovação (benéficos à concorrência e ao mercado), serão considerados exceções à imposição de penalidades ou proibições. Há que se observar, entretanto, que até essa categoria de acordo admite cláusulas consideradas excessivas e por isso infratoras das normas concorrenciais.

Nesse ponto, o ordenamento jurídico pátrio pode aprender muito com a experiência europeia, até porque regras claras, principalmente no que se refere a direito concorrencial, representam um atrativo para o investimento estrangeiro e contribuem para o fortalecimento de mercado nacional, juntamente com suas empresas.⁶⁹⁹

Cuando se incluya semejante restricción en un acuerdo de licencia solamente debe excluirse del beneficio de la exención por categorías la restricción en cuestión”. 15. “Los umbrales de cuota de mercado, la no exención de los acuerdos de transferencia de tecnología que contienen restricciones especialmente contrarias a la competencia y las restricciones excluidas por el presente Reglamento garantizarán en general que los acuerdos a los que se aplica la exención por categorías no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. 16. “En determinados casos en los que un acuerdo incluido en el ámbito de aplicación del presente Reglamento surta, sin embargo, efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, la Comisión debe tener la posibilidad de retirar el beneficio de la exención por categorías. Esto puede ocurrir concretamente cuando se recorten los incentivos a la innovación o se obstaculice el acceso a los mercados”. 17. “El Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (1) autoriza a las autoridades competentes de los Estados miembros a retirar el beneficio de la exención por categorías a los acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, cuando estos efectos se produzcan en su territorio respectivo, o en una parte del mismo que presente todas las características de un mercado geográfico distinto. Los Estados miembros deben garantizar que el ejercicio de esta facultad de retirada de la exención se entienda sin perjuicio de la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas comunitarias de competencia o del pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas”. 18. “Con objeto de reforzar el control de las redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos restrictivos similares y que abarquen más del 50% de un mercado determinado, la Comisión debe tener la posibilidad de declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restableciendo así la plena aplicación del artículo 81 a dichos acuerdos”.

⁶⁹⁹ Neste sentido se expressam Baptista e Sierralta, asseverando ser indubitável “que a las empresas transnacionales les gustaría conducirse en mercados donde puedan constituir monopolios; pero las circunstancias que en los países de la CEE o en los Estados Unidos, Canadá, Austrália, existen estrictas normas antimonopólicas, recomienda el *joint venture* como forma de operar. Los mercados con claras reglas antimonopólicas son un atractivo para la recepción de capital extranjero; y también lo son para exportar pues nadie duda que un buen mercado interno fortifica a una empresa o *join venture*, en este caso, pues en la medida que ese mercado es exigente por existir varias unidades y ello se refleja en buen volumen y calidad de productos, determinará que la empresa ingrese con paso seguro en mercados externos”. BAPTISTA; SIERRALTA RÍOS, 1993, p. 209.

Outros elementos que também são considerados limitantes à autonomia da vontade no contrato internacional de P&D de software são as relações envolvendo consumidor e direitos trabalhistas. Contudo, considerando a delimitação temática da tese, estes temas não serão abordados

5.4 RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DE ARBITRAGEM

Feitas as análises sobre a competência internacional e a lei aplicável envolvendo contratos internacionais de P&D de software, cabe agora verificar os possíveis meios de resolução de controvérsias aplicados ao caso.

Como já afirmado, o princípio de acesso à justiça é garantido pela CF a todo cidadão, sem discriminação entre brasileiros e estrangeiros (art. 5º, XXXV, CF).

O principal meio jurídico de solução de controvérsias é o judicial, em que as partes submeterão eventual controvérsia a um juiz. Esta atividade é pública e faz parte de um dos três Poderes do Estado: o Judiciário.

Além do meio judicial, contudo, existem os extrajudiciais, que poderão ser utilizados pelas partes para solucionar conflitos provenientes do contrato. Tais meios são: conciliação, mediação ou arbitragem.

Considerando o caráter jurídico da arbitragem, que está regulamentada em lei, analisar-se-á a possibilidade de sua aplicação às controvérsias oriundas dos contratos internacionais de P&D de software.

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias pelo qual as partes podem eleger um ou mais árbitros para dirimir conflitos advindos do contrato.⁷⁰⁰

Um dos requisitos para a arbitragem é o de que só pode ser realizada por pessoa capaz de exercer atos da vida civil. É o que a doutrina chama arbitralidade subjetiva.⁷⁰¹ Assim, não é qualquer pessoa que poderá indicar uma cláusula compromissória no contrato para submeter eventuais controvérsias a um árbitro.

⁷⁰⁰ Interessante ressaltar que a arbitragem é um mecanismo de solução de controvérsias utilizado não só para conflitos entre particulares, como também envolvendo Estados, como ocorre no próprio Mercosul, por exemplo. Sobre assunto, veja-se: DREYSIN DE KLOR, Adriana. *El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

⁷⁰¹ Conforme Lee, esta é uma das limitações à utilização da arbitragem. Para ele, um exemplo desse impedimento é o caso do Estado. Por envolver direito público, o Estado não pode submeter suas

Outro requisito, ou limitação, à utilização da arbitragem é que ela envolve tão somente direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei de Arbitragem⁷⁰²). Entende-se por direito patrimonial disponível aquele em que a transação ou cessão é permitida.⁷⁰³ Não obstante o uso desta definição, a vinculação do conceito de disponibilidade com a possibilidade de transação ou com a liberdade de renunciar-se ao direito não é a mais adequada. Não há, todavia, como chegar a uma definição mais precisa destes direitos disponíveis.⁷⁰⁴

Ponto importante a ser observado é que a lei brasileira não diferencia entre arbitragem nacional e internacional, aplicando-se em ambos os casos o mesmo regime jurídico. A não-previsão legal, entretanto, não impede a realização dos dois tipos de arbitragem no Brasil, ainda que faltem algumas especificações sobre a arbitragem internacional.⁷⁰⁵ Tanto não existe tal diferenciação que o art. 34, parágrafo único, da Lei de Arbitragem⁷⁰⁶ equipara a sentença de arbitragem internacional realizada em território brasileiro a uma sentença nacional, não dependendo de homologação pelo STJ.

controvérsias contratuais à decisão arbitral. Nesses termos, Lee assevera que, “logo, a regra é a inaptidão do Estado em se submeter à arbitragem em relação às matérias de direito público”. Contudo, há casos em que o Estado poderá participar de arbitragem por agir como pessoa jurídica de direito privado, conforme será abordado na seção 5.3.1.1. Cf. LEE, 2002, p. 52 et seq.

⁷⁰² Art. 1º, Lei de Arbitragem. “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁷⁰³ Cf. BARRAL, 2000, p. 16.

⁷⁰⁴ Sobre a disponibilidade do direito, João Bosco Lee acrescenta que muitas legislações – dentre elas a argentina, a uruguaia e, em pequeno trecho, a paraguaia – vinculam tal conceito à noção de transação. Assim, tudo aquilo que não pode ser submetido à transação é considerado um direito indisponível. Lee, contudo, critica tal vinculação, afirmando que “a referência à transação aparece como um simples contorno que poderia ser evitado”. Ele também relaciona esse conceito com a liberdade de renunciar a um direito, mas acrescenta que tal 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, Lee conclui que não há como alcançar uma definição verdadeira para direitos disponíveis, passando a enumerar, então, os elementos necessários para delimitá-los. Para solucionar a falta de precisão sobre a disponibilidade, ele usa como primeiro elemento o caráter patrimonial, ainda que não seja suficiente. Em suas palavras, “o caráter patrimonial da relação litigiosa delimita a disponibilidade do direito, assim como a arbitrabilidade do litígio”. Contudo, tal elemento continua não sendo suficiente, já que, segundo o autor, “existem direitos patrimoniais que são indisponíveis”. Cf. LEE, 2002, p. 62 et seq. Também, sobre o assunto, veja-se: SAMTLEBEN, J. A nova lei brasileira sobre arbitragem. In: DREYSIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Revista Decita*, n. 2, Buenos Aires: Zavalia, 2004, p. 334; SILVA, Adriana Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

⁷⁰⁵ Sobre o assunto, ver: ARAÚJO, Nádia de; SOUZA JR., L. G. A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro. In: DREYSIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Revista Decita*, Buenos Aires, n. 2, p. 341-362, 2004, p. 352-353.

⁷⁰⁶ Art. 34, Lei de Arbitragem. “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Portanto, para que o contrato internacional de P&D de software seja submetido à cláusula arbitral, ele deve envolver direitos patrimoniais disponíveis, além de partes capazes.

Quando o contrato internacional de P&D de software envolver o regime jurídico civil-comercial, as partes poderão submeter eventuais controvérsias à resolução por meio de arbitragem. Seja no contrato cooperativo, seja no obrigacional, este instrumento é admitido, desde que respeitados a vinculação a direitos patrimoniais disponíveis e a presença de agentes capazes.

Contudo, no que tange aos contratos administrativos ou a relações que envolvam parte vulnerável, cabem algumas ponderações.

Dentre os exemplos de direitos indisponíveis estão os direitos públicos, os quais vinculam as relações contratuais envolvendo o Estado. Assim, a princípio, os acordos administrativos não poderiam submeter-se à arbitragem.

A cada dia, porém, o Estado tem participado mais ativamente das relações privadas da sociedade, com agentes econômicos privados, por meio de atos de gestão ou mesmo de contratos que envolvem PPP, por exemplo. Também se podem citar os casos previstos na Lei de Inovação, que permite a participação ativa das ICTs no meio produtivo nacional.

Assim, como adiantado na seção 5.1.3, a aceitação da arbitragem em acordos administrativos tem configurado uma tendência dos últimos anos. Exemplos são algumas leis promulgadas envolvendo contratos administrativos específicos, que prevêm, em seus dispositivos, a possibilidade de incluir no contrato cláusula compromissória.

Uma delas é a Lei de PPP, rapidamente analisada na seção 4.4.3.3, que admite arbitragem quando o contrato envolve PPP, desde que esta seja realizada no Brasil (competência internacional brasileira) e em língua portuguesa (art. 11, III, Lei PPP).

Além desta lei, vale reprimir a menção a outras que também prevêm a possibilidade de arbitragem: Lei nº 8.897/1995, art. 23; Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 93, inciso XV; Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, art. 43, inc. X; e Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, art. 35, inc. XVI.

Doutrinariamente, não há consenso sobre a possibilidade de submeter-se o acordo administrativo à arbitragem, mas nota-se tendência legislativa neste sentido, amparada por alguns casos jurisprudenciais afirmativos no sentido de admiti-la.

Um exemplo considerado *leading case* é o do chamado Caso Lage, julgado pelo STF em 14 de novembro de 1973. O litígio envolvia os espólios de Henrique Lage e Renaud Lage, que ajuizaram em 1955 duas ações contra a União Federal. O objetivo era receber a indenização determinada por juízo arbitral, acrescida de juros, perdas e danos, honorários advocatícios e custas.

O procedimento arbitral teve como finalidade avaliar a responsabilidade do Estado pelos danos causados e fixar o valor de várias empresas nacionalizadas durante o governo do presidente Getúlio Vargas. Tal arbitragem foi autorizada pelo Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, entendendo o STF que tal juízo arbitral era legítimo, não incorrendo em tribunal de exceção. Dessa forma, era válida a cláusula de irrecorribilidade.⁷⁰⁷

Mais recentemente teve lugar a ação entre a Companhia Paranaense de Gás (Compagás) e o Consórcio Carioca-Passarelli, julgado pelo Tribunal de Alçada do Paraná (TAPR) em 2004. O objetivo da Compagás era o de que fosse decretada a nulidade do compromisso arbitral firmado em contrato, já que não havia previsão legal possibilitando que ela, ente público, se submetesse à resolução de conflitos por meio de arbitragem. A Compagás ganhou em primeira instância, mas o recurso de apelação foi deferido pelo juiz, mantendo o compromisso arbitral por tratar-se de sociedade de economia mista, possuindo, assim, personalidade jurídica de direito privado.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Incorporação, bens e direitos das empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da lei n. 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da lei n. 4.686, de 21.6.65. Decisão correta. 5. Agravo de Instrumento a que se negou provimento. Agravo de Instrumento nº 52181/GB. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outro; Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage; Espólio de Henrique Lage. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 14 nov. 1973.

⁷⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Compromisso arbitral - Sociedade de economia mista - Personalidade jurídica de direito privado - Exploração de gás canalizado não caracteriza prestação de serviço público, mas atividade de regime privado - Não envolve direitos indisponíveis - Contrato administrativo - Admissibilidade da arbitragem - Vícios do compromisso não configurados - Recurso improvido. A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime

Outro caso similar, contudo, também envolvendo empresa de economia mista – a Companhia Paranaense de Energia Elétrica (COPEL) –, teve resultado diverso por envolver arbitragem fora do território nacional. A COPEL tem como acionista majoritário o estado do Paraná e a UEG-Araucária é empresa brasileira com capital majoritário estrangeiro. Neste caso foi instituída arbitragem, submetida a Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris. Para anular a cláusula arbitral, a Copel entrou na Vara da Fazenda Pública de Curitiba, a qual deferiu o pedido em primeira instância.⁷⁰⁹ A UEG-Araucária ingressou com Medida Cautelar em 2004, por meio da qual conseguiu liminar para prosseguimento da arbitragem na CCI. A liminar foi cassada pelo Agravo Regimental interposto pela COPEL, o qual teve como decisão final a nulidade da cláusula arbitral. Não obstante tal decisão, a Corte da CCI deu prosseguimento à demanda.

Após alguns anos de ações judiciais e decisões parciais, a COPEL arrendou a UEG por meio de um acordo a ser colocado em prática a partir de 2010.⁷¹⁰ Esse seria um caso passível de esclarecer a situação da arbitragem envolvendo contratos administrativos pela via da jurisprudência – o que não ocorreu por causa do acordo.

Partindo da análise acima, cabe indagar se os contratos administrativos internacionais envolvendo P&D de software podem conter cláusula compromissória, submetendo à arbitragem a resolução de eventuais controvérsias.

Para tanto retomam-se alguns apontamentos realizados na seção 4.4. No que tange às PPPs e concessões de serviços públicos que envolvam a execução de projeto de P&D de software, o art. 11 da Lei de PPP e o art. 23 da Lei nº 8.897/1995 admitem expressamente a arbitragem. A mesma, todavia, deve ser realizada em território nacional e em língua portuguesa.

Nos demais contratos administrativos observa-se que, apesar da inexistência de artigo específico na Lei nº 8.666/1993 determinando a possibilidade

jurídico próprio das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral. Apelação Cível nº 0247646-0. Apelante: Companhia Paranaense de Gás – Compagás. Apelado: Consórcio Carioca-Passarelli. Relator: Des. Lauro Laertes de Oliveira. Curitiba, 11 fev. 2004.

⁷⁰⁹ BRASIL. 3º Ofício da Fazenda de Curitiba. Ação de Declaração de Nulidade nº 24334/0000. Autor: COPEL – Cia. Paranaense de Energia. Réu: UEG Araucária Ltda. Juíza: Josely D. Ribas. Situação: Arquivado em 12 nov. 2007.

⁷¹⁰ COPEL arrenda usina de gás Araucária para a Petrobrás por um ano. *Paranashop*, 4 jan. 2007. Disponível em: <http://www.paranashop.com.br/colunas/colunas_painel.php?id=8225>. Acesso: 29 fev. 2008.

de arbitragem, a jurisprudência a tem aceito, em especial nos casos envolvendo sociedades de economia mista, justamente por sua atuação como ente privado. Assim, por exemplo, partindo da lógica de que uma sociedade de economia mista pode agir como ente privado, as ICTs também estarão praticando atos de gestão, o que poderia admitir a interpretação pela admissão da arbitragem. Ademais, parte da doutrina defende que o art. 11 da Lei de PPP derogou parcialmente a Lei nº 8.666/1993, possibilitando a arbitragem em contratos administrativos.⁷¹¹

Outro questionamento que se pode fazer é sobre se nos convênios seria possível a admissão de arbitragem, considerando que envolveria dois entes públicos.

Como se observa, a regulamentação dos contratos internacionais administrativos, juntamente com a jurisprudência, demonstra como o tema é complexo no ordenamento jurídico brasileiro. Como já observado (seções 2.1, 3.2 e 5, entre outras), as universidades públicas, bem como as ICTs, como um todo, têm papel primordial na política de desenvolvimento nacional por meio da inovação. Elas são responsáveis por grande parte dos projetos de P&D na atualidade e, conseqüentemente, pela inovação. Mais que isso, o foco da política é aproveitar a atuação das ICTs fomentando parcerias universidades-empresas.

Assim, essa insegurança no que tange à contratação envolvendo entes públicos e privados, principalmente quando aqueles atuam diretamente no setor produtivo do país (seja como sociedades de economia mista, seja como auxiliares na realização de P&D), pode ser um empecilho para o desenvolvimento a partir da inovação.

Ainda que se possa interpretar que a Lei de PPP derogou, em parte, a Lei nº 8.666/1993, tal fato não está claro, carecendo de positividade específica no ordenamento jurídico o que aumenta, por via de conseqüência, a insegurança jurídica de tais relações negociais.

É primordial uma reforma legislativa no tocante à possibilidade ampla da arbitragem para os casos em que o Estado atua com atos de gestão, bem como a

⁷¹¹ É esse o entendimento de Di Pietro, que defende ter a Lei PPP derogado em parte algumas normas específicas da Lei n. 8.666/1993 e a Lei n. 8.987/1997, “especialmente a possibilidade, com caráter discricionário, de previsão, no edital da concorrência, da utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem [...]”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias Público-Privadas. *Jornal Carta Forense*, 01 set. 2005. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=117>>. Acesso: 12 maio 2010.

determinação de critérios legais mais precisos acerca dos conceitos de ato de gestão e de império na atuação do ente público.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto e da problemática levantada para ser analisada pela presente tese, conclui-se que o marco legal do DIPr, que regulamenta os contratos internacionais de P&D de software, não oferece segurança jurídica suficiente para promover o desenvolvimento almejado. Tampouco é um instrumento institucional adequado aos propósitos da política de inovação brasileira.

O Brasil, como referido, vem se destacando no comércio internacional de software e tornando-se destino importante de empresas *offshore*, as quais realizam *outsourcing* de suas atividades empresariais. Seja por vantagens comparativas como o custo da mão-de-obra, seja pelos incentivos fiscais oferecidos pelo governo (ainda que de certo modo alguns limitem-se a empresas nacionais), além de outros fatores, a indústria nacional conta hoje com um importante potencial: protagonismo no mercado internacional de TI e principalmente no setor de software e serviços relacionados.

Essa realidade já está sendo vivenciada por outros países, como China e Índia – o que demonstra também que apenas a inserção internacional, sem estratégias adequadas ao desenvolvimento, não transforma investimentos em benefícios para a sociedade como um todo.

É neste ambiente que os contratos internacionais de P&D de software podem ser importantes alternativas para receber tais investimentos, propiciando que a indústria nacional também seja inovadora e não apenas reprodutora de soluções novas geradas por empresas estrangeiras no setor de software. Vários são os motivos para a afirmação: é por meio de tais contratos – seja com parcerias, seja com encomendas – que se pode com mais probabilidade desenvolver softwares inovadores no mercado; suas características são justamente os elementos presentes na inovação (novidade ou aperfeiçoamento técnico e/ou científico); estão respaldados por uma política de incentivos ao investimento em P&D e inovação no

setor estratégico de TI, assim como o fomento de alianças estratégicas; e fazem parte da Política nacional de desenvolvimento.

Contudo, para que o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNTCI) seja efetivo, principalmente no que respeita à inserção da indústria brasileira no mercado internacional de TI (de forma inovadora e protagonista), o marco legal também deve adequar-se ao referido objetivo sistêmico. Somente com regras claras, previsíveis, que proporcionem tratamento igualitário aos cidadãos, que sejam formadas pela participação democrática e respaldadas por um Judiciário eficiente, é que o marco legal brasileiro poderá ser enquadrado num sistema capaz de proporcionar desenvolvimento nacional de forma ampla.

O objetivo da presente tese, entretanto, não é só analisar a adequação ou não do marco legal à Política Nacional de Desenvolvimento a partir da inovação, mas também sugerir algumas alternativas para adequar o DIPr brasileiro aos objetivos propostos por esta política.

Assim, com base nos pressupostos extraídos da análise do contexto brasileiro de crescimento a partir da inovação, principalmente no que se refere ao setor de software e serviços, analisou-se a adequação do marco legal brasileiro de direito internacional privado. Para tanto foram examinados três elementos fundamentais do DIPr nacional no que diz respeito aos contratos internacionais: a determinação quanto à competência internacional, a questão da lei aplicável e a possibilidade de resolução de controvérsias por meio de arbitragem.

A análise levou à conclusão de que o DIPr brasileiro, no que se refere ao setor de software e serviços, não está enquadrado no SNCTI proposto pelo governo federal para atingir-se o desenvolvimento. Tampouco é adequado à realidade da indústria nacional de software. Tal conclusão é respaldada pela problemática suscitada no decorrer das seções 3 a 5, e relacionada a seguir com as respectivas sugestões de alternativas:

a) **Competência internacional**

A competência internacional determinada pelo DIPr nacional possui alguns problemas de lacunas legislativas e indefinições nos próprios tribunais. Dentre as principais inadequações estão: não possuir regras claras; não tratar todos os sujeitos (incluindo pessoas jurídicas de direito privado ou público) de forma igualitária; e não abranger todos os possíveis públicos hipossuficientes nas relações contratuais (proteção). Seguem as sugestões de solução aos respectivos problemas.

- i. Admissibilidade de competência internacional brasileira para autor hipossuficiente domiciliado no país: inclusão da micro e pequena empresa

Como observado na seção 5.1.2.1, as regras gerais de competência internacional brasileiras estão concentradas no CPC (arts. 88 e 89) e na LICC (art. 12). Concluiu-se que nestes artigos não há menção a respeito da possibilidade de autor domiciliado no Brasil iniciar eventual demanda nos tribunais nacionais.

Esta “proibição” não é uniforme nem entre a doutrina, nem nos tribunais. Contudo, observa-se uma tendência em admitir-se o ingresso de ação em território nacional, sendo este o domicílio do autor, para os casos que envolvem hipossuficientes: menores, demandas envolvendo direitos de família, consumidores.

Contudo, não há menção ou questionamento a respeito de incluir-se neste rol de autores hipossuficientes as micro e pequenas empresas. Considerando que 95% das empresas de software brasileiras estão enquadradas nesta categoria, e que as mesmas não teriam condições para demandar fora do país, seria justo e adequado, tanto ao SNCTI como aa Política de desenvolvimento nacional, a admissibilidade de demandas na justiça brasileira envolvendo autores domiciliados no Brasil.

Claro está, entretanto, que há de se estabelecer critérios, principalmente embasados nas relações contratuais de fato, para determinar o merecimento desta proteção legal.

A sugestão, portanto, é no sentido de admitir-se elementos interpretativos que possibilitem que a micro e pequena empresa possa ter acesso à justiça nos casos em que se encontre em situação de hipossuficiência, estabelecendo critérios embasados na sua capacidade de demandar no exterior e em sua situação perante a(s) outra(s) parte(s) envolvida(s) no contrato.

ii. Admissibilidade expressa de cláusula de eleição de foro em contratos internacionais

Como analisado na seção 5.1.2.2, também não está clara, seja na legislação, seja na jurisprudência ou na doutrina, a possibilidade de cláusula de eleição de foro pelas partes envolvidas no contrato internacional. Internamente, a cláusula é possível e válida, devendo prevalecer ante as determinações legais (súmula 335, STJ). Contudo, no que se refere aos contratos internacionais, a lei não é expressa e nem são uniformes as decisões judiciais: por vezes se admite, por vezes não, ainda que tais cláusulas sejam consideradas válidas.

Esta insegurança jurídica advém da falta de regras claras. A possibilidade expressa de cláusula de eleição de foro, excetuados alguns casos envolvendo hipossuficientes, é uma garantia à liberdade contratual de cada um, além de permitir que se saiba, já no momento de contratar, a jurisdição competente para dirimir tal demanda.

A sugestão é incluir determinação legal que permita expressamente a eleição do foro competente pelas partes, sendo este válido e prevalente ante a eventual competência legal de tribunais nacionais. Ressalve-se que há de ter-se em conta as exceções, quando se tratar de casos envolvendo limitação da autonomia da vontade.

- iii. Adequação das propostas de harmonização internacional referente a foro competente envolvendo propriedade intelectual à realidade brasileira

Conforme observado na seção 5.1.4, esta indefinição não é um problema somente da legislação brasileira, mas do ordenamento jurídico de vários países.

Daí as iniciativas propondo normas (leis-modelos) de regulamentação do DIPr envolvendo a propriedade intelectual. Ainda que este seja tema incipiente e com complexidades consideráveis para legislar-se no Brasil, há que observar as tentativas de harmonização internacional e segui-las, se adequadas ao propósito nacional de desenvolvimento por meio da inovação.

b) Lei aplicável

Além da matéria referente à jurisdição competente para julgar eventual demanda proveniente do contrato internacional de P&D de software, há que se verificar qual será a lei aplicável para tanto.

Como observado, um dos maiores problemas do DIPr brasileiro é não admitir a autonomia da vontade nos contratos submetidos à solução de controvérsia judicial (aplicação da LICC) e admiti-la se tal contrato for submetido à arbitragem. Ademais, algumas matérias tampouco possuem normas expressas regulando a questão da lei aplicável, como acontece com os contratos administrativos e envolvendo consumidor.

Regras claras e previsíveis no que tange à lei aplicável a um contrato também são pré-requisitos para que o DIPr brasileiro possa converter-se em ferramenta importante dentro do SNCTI. Além disso, regras distintas a depender da eleição do meio de resolução de controvérsias não são condizentes com o papel sistêmico do direito na Política de desenvolvimento nacional.

Seguem-se algumas sugestões:

i. Uniformidade na admissão da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme analisado na seção 5.2.1, o DIPr nacional aplica regras diversas no que tange à admissão da autonomia da vontade, dependendo do meio de resolução de controvérsias eleito pelas partes. Assim, se as partes nada mencionam no contrato ou o remetem à resolução judicial, não será admitida a autonomia da vontade para eleger a lei aplicável ao contrato. Contudo, se as partes o submetem à arbitragem, é possível escolher qual lei regerá as relações jurídicas oriundas do referido contrato, e até mesmo submetê-lo a regras de equidade e princípios de direito.

Como se vê, é injustificável a dubiedade no trato de um mesmo assunto – lei aplicável a um contrato. Na medida em que o meio de resolução de controvérsia não depende, necessariamente, do tipo contratual (à exceção dos direitos indisponíveis), tal diferenciação não se sustenta.

Ademais, a prática internacional demonstra ser a autonomia da vontade princípio aceito e previsto na maior parte das legislações estrangeiras. Não há por que limitar a atuação das partes em dado contrato no que tange à determinação da lei aplicável, já que delas é o interesse maior na resolução correta do mesmo.

Existem, é claro, limites que deverão ser observados, tais como a questão das partes hipossuficientes e os contratos de adesão, além do problema da escolha de leis sem qualquer vínculo com a relação contratual. Contudo, para tais hipóteses a lei já estabelece limitações, como o respeito à ordem pública, soberania e normas imperativas (evitando fraudes à lei).

A sugestão, portanto, é no sentido de adotar o princípio da autonomia da vontade no próprio art. 9º da LICC, como era antes de 1942, possibilitando, inclusive, a ratificação do tratado proveniente da CIDIP V, já firmado pelo Brasil.

ii. Determinação expressa da lei aplicável aos acordos administrativos

Como referido na seção 5.2.2, não há norma expressa referente à lei aplicável a contratos internacionais administrativos, o que é sanado pela interpretação dos princípios legais deste tipo de negócio.

Ainda que seja possível tal solução, uma norma expressa aumentaria a segurança jurídica, evitando eventuais problemas no momento decisório da demanda.

Sugere-se, portanto, a inclusão de norma definindo que a lei brasileira será a aplicável a contratos internacionais administrativos.

iii. Adequação à realidade brasileira das propostas internacionais referentes à harmonização das regras de lei aplicável envolvendo propriedade intelectual

Da mesma forma que no caso da competência internacional envolvendo questões relacionadas à propriedade intelectual, a polêmica persiste no que tange à lei aplicável (seção 5.2.3). Na maior parte dos casos, esta é definida em tratados internacionais como a CUB e a CUP, ratificadas pelo Brasil. Contudo, há questões ainda incipientes que estão sendo discutidas no âmbito internacional.

Assim, a proposta é no sentido analisar tais tentativas de harmonização e verificar sua efetiva adequação à realidade brasileira. No que se refere à matéria de propriedade intelectual, revela-se básica uma regulamentação uniforme em nível internacional.

c) Soluções de controvérsias

O terceiro ponto analisado sobre a adequação do DIPr brasileiro à proposta de um SNCTI para o desenvolvimento nacional foi sobre a solução de controvérsias a ser utilizada em eventuais demandas provenientes do contrato de P&D de software. Observa-se que, por corte temático, somente foi analisada a possibilidade de arbitragem, que é uma opção alternativa regulamentada pela Lei nº 9.307/1996. Contudo, nada impede a utilização de meios como conciliação e mediação, entre outros.

No que tange a esse meio alternativo (não-judicial) de solução de controvérsias, foram destacados alguns pontos problemáticos, como sua admissão polêmica em contratos administrativos.

Como observado nas seções 5.1.3 e 5.3, a arbitragem é admitida em certos tipos de contratos administrativos. Contudo, não é regra para todos os contratos, daí surgindo algumas controvérsias a respeito.

Considerando que os entes públicos, dentre eles os próprios centros de pesquisa e universidades públicas, têm assumido papel fundamental no que se refere a investimento e execução de projetos de P&D de software, devem ser tratados da mesma forma que os entes privados, na medida de sua própria natureza jurídica. Há limites para a atuação de entes públicos e estes são razoáveis ao se considerar os interesses que eles envolvem – mas não se pode engessar a atuação em contratos administrativos a ponto de desaproveitar-se o potencial inovador das iniciativas em P&D desses entes.

Daí ser razoável admitir-se a arbitragem para todos os contratos administrativos já na própria Lei nº 8.666/1993, ressalvados os casos que envolvam efetivamente direitos indisponíveis.

d) Problemas na aplicação da lei brasileira

Mesmo que o foco da presente tese tenha sido o de analisar especificamente estes elementos do DIPr brasileiro, alguns pontos merecem ser destacados no que tange à aplicação do direito brasileiro ao contrato internacional. Estes pontos foram analisados principalmente nos apêndices.

Uma vez determinada a aplicação da lei brasileira ao contrato, surgem alguns problemas principalmente quando a demanda envolve propriedade intelectual. Assim, as regras de propriedade intelectual do software, protegido por direito autoral, possuem incongruências não-condizentes com o papel sistêmico do ordenamento jurídico para a inovação. Dentre elas estão a necessidade do conceito de P&D de software na própria Lei nº 9.609/1998; a proteção jurídica do programa de computador e dos demais elementos do software por instrumentos legais diversos, com regimes de proteção diferentes em alguns pontos; a falta de proteção da documentação preparatória do software quando esta supre o requisito de originalidade; e a inadequação das regras referentes à propriedade intelectual quando o contrato envolver ente público.

Seguem as respectivas sugestões para solucionar tais problemas:

i. Conceito legal de P&D vinculado à inovação na LPC

O art. 4º da LPC prevê expressamente a titularidade do contratante no caso de contratos de P&D, mas não vincula o contrato ao conceito de inovação.

Ainda que se possa interpretar a vinculação da aplicação das demais leis de incentivos fiscais, que trazem seu conceito conforme o Manual de Frascati (seção 3), tal omissão poderá provocar insegurança jurídica nas relações negociais.

Sendo finalidades da lei a clareza e a previsibilidade, e ainda que redundante, sugere-se a inclusão no próprio art. 4º da LPC da vinculação do conceito de P&D de software ao conceito já disposto nos decretos nº 5.906/2006 e

nº 5.798/2006. Tal disposição possibilitará vinculação mais sistêmica entre os diversos instrumentos normativos relacionados à inovação e propriedade intelectual.

- ii. Proteção jurídica do software e do programa de computador de forma uniforme

Outro problema encontrado na aplicação do atual ordenamento jurídico brasileiro é o da falta de uniformidade no que respeita à proteção do software como um todo. Conforme referido no Apêndice A, programa de computador e software são coisas diversas, ainda que aquele faça parte deste. Assim, da interpretação da LPC, da LDA e da Lei nº 7.323/1984, conclui-se que a proteção do programa de computador em si é garantida pela LPC, e a dos demais elementos do software, pela LDA.

A proteção de um mesmo ativo intangível por instrumentos normativos distintos pode ocasionar problemas, dentre eles o do prazo de proteção diferenciado para o programa de computador e para os demais elementos do software (respectivamente, de 50 anos a partir da criação e de 70 anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor). Além disso, alguns elementos da LDA aplicáveis aos demais elementos do software não se aplicam aos programas de computador, a exemplo dos direitos morais.

Assim, uniformizar a proteção do software como um todo, por meio de um único instrumento legal, tornaria a regra mais clara e previsível, evitando tratamento desigual para os autores dos diversos elementos do software, assim como para seus titulares. Isso também facilitaria a própria aplicação de tal regra pelos tribunais.

Sugere-se, então, incluir no âmbito de proteção do art. 1º da LPC a proteção dos demais elementos do software, juntamente com a do programa de computador.

- iii. Proteção expressa da documentação preparatória quando caracterizar obra autônoma com originalidade

Outro problema que resulta na proteção ineficaz do software é a não-inclusão expressa da possibilidade de proteção de sua documentação preparatória.

Como referido no Apêndice C, o processo de desenvolvimento do software evoluiu com o tempo. Hoje não se fala mais em fluxograma, mas em documentos de modelagem e arquitetura, dentre outras expressões. Também aumentou o nível de detalhamento dos documentos preparatórios para a implementação (codificação) do software, implicando que a própria confecção do programa de computador reflita tal documentação – que é onde está o principal ato de criação do software.

Considerando que o processo de P&D de software realiza-se basicamente na fase inicial de criação – criação da documentação preparatória –, nada mais justo do que essa documentação ser protegida junto com o programa de computador e até, eventualmente, independente dele (se ainda não tiver sido criado).

É claro, entretanto, que para gozar de proteção o requisito da originalidade deve estar presente na documentação, já que várias são as metodologias utilizadas para o desenvolvimento do software e nem todas permitem a criação de documentação detalhada o bastante para configurar obra autônoma.

Com isso garante-se que o ato principal de criação – onde estará o critério da novidade e/ou aperfeiçoamento (elementos característicos da inovação) – seja protegido. Numa eventual quebra de contrato, se as partes não dispuseram a respeito dessa documentação, a regulamentação de tal elemento do software aumentará a segurança jurídica no que tange à propriedade intelectual do ativo. Assim a lei estará mais conforme ao propósito nacional de incentivo à inovação e à P&D.

Ressalve-se, contudo, que o foco da tese não foi o de analisar a fundo o conceito de documentação preparatória, tampouco a questão da propriedade intelectual do software. O objetivo da referência é evidenciar tal preocupação e incentivar maiores estudos quanto à matéria, de forma interdisciplinar, para que venha a criar-se um dispositivo com redação mais adequada à realidade técnica do software.

Sugere-se, portanto, a inclusão da proteção da documentação preparatória na LPC, com seu respectivo conceito, que deverá ser estabelecido com base em estudos interdisciplinares.

iv. Readequação do art. 111 da Lei de Licitações às circunstâncias negociais

Por fim, outro ponto problemático a ser destacado na aplicação da legislação brasileira aos contratos internacionais de P&D de software é a questão da titularidade da propriedade intelectual sobre o mesmo em contratos administrativos.

Conforme analisado na seção 4.4.3.1, o art. 111 da Lei nº 8.666/1993 é taxativo ao determinar que em todo o contrato de prestação de serviço envolvendo software deverá constar cláusula de cessão de direitos patrimoniais ao Estado. Esta disposição, contudo, é desproporcional à finalidade do dispositivo, que seria a de garantir a independência e segurança nacional no que tange ao aporte tecnológico do governo.

Essa disposição pode acarretar onerosidade excessiva para o Estado nos contratos envolvendo entes públicos, já que exige a cessão de direitos – que é mais ampla do que a licença exclusiva, e por isso mais cara.

Sugere-se, portanto, uma flexibilização da norma, permitindo licença – exclusiva ou não, dependendo do caso – no lugar da cessão de direitos. Este dispositivo adequaria a atuação da administração pública à realidade da contratação envolvendo software e à importância que este assumiu na sociedade atual. Nem todos os softwares necessitam ser cedidos para a Administração, mas alguns casos sim, devendo os mesmos ser previstos em edital com a respectiva justificativa para a segurança nacional.

REFERÊNCIAS

1 DOCUMENTOS

AMERICAN LAW INSTITUTE. Intellectual Property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgements in transnational disputes: final draft. 30 mar. 2007. Disponível em: <http://www.ali.org/doc/2007_intellectualproperty.pdf>. Acesso: 06 out. 2009.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Pesquisa de inovação tecnológica*, 2005. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/pintec/2005/pintec2005.pdf>>. Acesso: 18 mar. 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*, versão 2.0. 2007. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/classificacoes/cnae2.0/cnae2.0.pdf>>. Acesso: 20 abr. 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Comissão Nacional de Classificação – CONCLA*, 2009. Disponível em: <http://www.cnae.ibge.gov.br/divisao.asp?coddivisao=85&CodSecao=P&TabelaBusca=CNAE_200@CNAE%202.0@0@cnae@0>. Acesso: 12 dez. 2009.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Comissão Nacional de Classificação, 2009. Disponível em: <http://www.cnae.ibge.gov.br/divisao.asp?coddivisao=85&CodSecao=P&TabelaBusca=CNAE_200@CNAE%202.0@0@cnae@0>. Acesso: 12 dez. 2009.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografica e Estatística, *Classificação de ocupações: censo demográfico 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2001. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/concla/download/cbo_censo.zip>. Acesso: 03 jun. 2006.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografica e Estatística, *Pesquisa de inovação tecnológica 2008*. Rio de Janeiro: IBGE, 2001. Disponível em: <<http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/Publicacao%20PINTEC%202008.pdf>>. Acesso: 10 dez. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Manual do usuário: programa de computador*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_manual/index_html#cap211>. Acesso: 13 abr. 2010.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Ações de ciências, tecnologia e inovação*, 2009. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/73410.html>>. Acesso: 03 nov. 2009.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação*. Brasília, 2002. Disponível em:
<http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4744.pdf>. Acesso: 25 out. 2009.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de desenvolvimento produtivo: inovar e investir para sustentar o crescimento*. Brasília, 2008. Disponível em:
<<http://www.desenvolvimento.gov.br/pdp/arquivos/destswf1212175349.pdf>>. Acesso: 04 nov. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Diretrizes da política industrial, tecnológica e de comércio exterior*. Brasília: MDIC, 2003, p. 16. Disponível em:
<<http://www2.desenvolvimento.gov.br/arquivo/ascom/apresentacoes/Diretrizes.pdf>>. Acesso: 04 nov. 2009.

BRASIL. Presidência da República. *Um novo modelo de desenvolvimento*, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/principais_programas/>. Acesso: 04 nov. 2009.

BRASIL. Softex. *A indústria de software no Brasil 2002: fortalecendo a economia do conhecimento*. Campinas: SOFTEX, 2002.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nova York: Nações Unidas, 2008. Disponível em:
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf>. Acesso: 01 jun. 2010.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. *Princípios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Disponível em:
<<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-spanish.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2010.

MAX PLANCK GROUP. *European Max-Planck-Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP): Draft*, 6 jun. 2009. Disponível em:
<<http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-06-06-2009.pdf>>. Acesso: 29 set. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. *International Standard Classification of Education: ISCED 1997*, nov. 1997. Disponível em:
<http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/doc/isced_1997.htm>. Acesso: 02 dez. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Standard Industrial Classification of All Economic Activities*, revisão 4, 2008. Nova York: ONU, 2008.

Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regdntransfer.asp?f=135>>. Acesso: 20 abr. 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Dispositions types sur la protection du logeciel*. Genebra: OMPI, 1978.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. DSTI/STII/STP/NESTI (92) 4 /ANN4, de 7 a 9 de abril de 1992.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo: proposta de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica. Trad. FINEP, 2004. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/imprensa/sala_imprensa/manual_de_oslo.pdf>. Acesso: 02 jul. 2007.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual Frascati 2002: proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental. Trad. More Than Just Words, 2007. Coimbra: F-Iniciativas, 2007. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0023/23423.pdf>. Acesso: 14 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Canberra Manual: manual on the measurement of human resources devoted to S&T, 1995. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0005/5071.pdf>. Acesso: 14 jan. 2009.

RED IBEROAMERICANA DE INDICADORES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Manual de Bogotá: normalización de indicadores de innovación tecnológica en América Latina y el Caribe, mar. 2001. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0026/26035.pdf>. Acesso: 18 fev. 2009.

SILVA, Culon Gonçalves da; MELO, Lúcia Carvalho Pinto de. *Ciência, tecnologia e inovação: desafio para a sociedade brasileira* – Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia; Academia Brasileira de Ciências, 2001. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/full/18811.html>>. Acesso: 25 out. 2009.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil*. Livro Verde, Brasília: Ministério da Ciência e da Tecnologia, 2000.

ELSAG INTERNATIONAL N.V. (NL). *Método para processamento e filtragem digitais de sinais em aplicações de controle industriais*. US PI9305030-5 B1. 13 fev. 1993, 15 dez. 1992. Disponível em: <<http://pesquisa.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=452976&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&PesquisaPorDepositante=&PesquisaPorInventor=&PesquisaPorProcurador=>>>. Acesso: 05 jul. 2010.

DATASTRIP PRODUCTS INC. (US). *Método de alinhamento de códigos legíveis por máquina para pixels de impressora*. US PI9611518-1 B1. 15 nov. 1996, 16 nov. 1995. Disponível em:

<[http://pesquisa.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=487349&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&PesquisaPorDepositante=&PesquisaPorInventor=&PesquisaPorProcurador=>. Acesso: 05 jul. 2010.](http://pesquisa.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=487349&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&PesquisaPorDepositante=&PesquisaPorInventor=&PesquisaPorProcurador=)

GENIUS – INSTITUTO DE TECNOLOGIA (BR/AM). *Dispositivo e método de avaliação de desempenho de canto*. BR PI0202561-2 A2. 4 jul. 2002. Disponível em: <[http://pesquisa.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=607020&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&PesquisaPorDepositante=&PesquisaPorInventor=&PesquisaPorProcurador=>. Acesso: 05 jul. 2010.](http://pesquisa.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=607020&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&PesquisaPorDepositante=&PesquisaPorInventor=&PesquisaPorProcurador=)

2 LEGISLAÇÃO E TRATADOS

2.1 NACIONAL

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução CADE nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. Disponível em: <http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Brazil/20.pdf>. Acesso: 14 maio 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Informática e Automação. Resolução CONIN nº 26, de 22 de setembro de 1986. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../16057.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 16 jan. 2006.

BRASIL. Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial revisão de Estocolmo, 1967. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122721>>. Acesso: 10 maio 2010.

BRASIL. Decreto nº 949, de 05 de outubro de 1993. Regulamenta a Lei nº 8.661, de 02 de junho de 1993, que dispõe sobre os incentivos fiscais para a capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D949.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 1.070, de 02 de março de 1994. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre contratações de bens e serviços de informática e automação pela Administração Federal, nas condições que especifica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8387.htm>. Acesso: 22 abr. 2010.

BRASIL. Decreto nº 1.263, de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea I, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D1263.htm>. Acesso: 31 maio 2010.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 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: 30 mai. 2004.

BRASIL. Decreto nº 1.979, de 09 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideú, Uruguaí, em 08 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D1979.htm>. Acesso: 31 maio 2010.

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: 10 mai. 2004.

BRASIL. Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../d2095.htm>. Acesso: 31 maio 2010.

BRASIL. Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998. Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../13979.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

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: 30 jan. 2006.

BRASIL. Decreto nº 3.866, de 16 de julho de 2001. Regulamenta o inciso II-A do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, e a Lei nº 9.993, de 24 de julho 2000, no que destina recursos da compensação financeira pela exploração de recursos minerais para o setor de ciência e tecnologia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D3866.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 3.867, de 16 de julho de 2001. Regulamenta a Lei nº 9.991, de 24 de julho 2000, que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D3867.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 3.874, de 19 de julho de 2001. Regulamenta o inciso V do art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, e a Lei nº 9.993, de 24 de julho 2000, no que destinam ao setor de ciência e tecnologia recursos da compensação financeira pela utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D3874.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 4.143, de 25 de fevereiro de 2002. Regulamenta a Lei nº 10.332, de 19 de dezembro de 2001, na parte que institui mecanismo de financiamento para o Programa de Fomento à Pesquisa em Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D4143.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 4.157, de 12 de março de 2002. Regulamenta a Lei nº 10.332, de 19 de dezembro de 2001, na parte que institui mecanismo de financiamento para o Programa de Ciência e Tecnologia para o Agronegócio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D4157.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 4.179, de 02 de abril de 2002. Regulamenta a Lei nº 10.332, de 19 de dezembro de 2001, na parte que institui mecanismo de financiamento para o Programa de Ciência e Tecnologia para o Setor Aeronáutico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D4179.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 4.324, de 06 de agosto de 2002. Regulamenta a Lei nº 9.992, de 24 de julho de 2000, que altera a destinação de receitas próprias decorrentes de contratos firmados pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, visando o financiamento de programas e projetos de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico do setor produtivo na área de transportes terrestres, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D4324.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D4544.htm>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 02 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D5563.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 5.798, de 07 de junho de 2006. Regulamenta os incentivos fiscais às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, de que tratam os arts. 17 a 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D5798.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 5.906, de 26 de setembro de 2006. Regulamenta o art. 4º da Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, os arts. 4º, 9º, 11 e 16-A da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e os arts. 8º e 11 da Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, que dispõem sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologias da informação Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../39448.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm>. Acesso: 12 maio 2010.

BRASIL. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/DECRETON61702007convenios.pdf>>. Acesso: 07 maio 2010.

BRASIL. Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 09 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso: 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: 16 jan. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2627.htm>. Acesso: 07 jun. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 18 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: 18 jan. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946. Modifica os Decretos-leis nºs. 4.648, de 02 de setembro de 1942, e 7.024, de 06 de novembro de 1944, regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=105033>>. Acesso: 07 jun. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Resolução do INPI nº 58, de 14 de julho de 1998. Estabelece normas e procedimentos relativos ao registro de programas de computador. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_legislacao/re_058_1998_html>. Acesso: 09 jun. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Resolução nº 201, de 10 de março de 2009. Institui o depósito da documentação técnica dos Pedidos de

Registro de Programa de Computador no formato eletrônico e dá nova redação a dispositivos constantes na Resolução Nº 058/98. Disponível em:

<<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/instituto/legislacao-1/resolucoes/2009/resolucao-no201-2009/>>. Acesso: 09 jun. 2010.

BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 05 de outubro de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm>. Acesso: 15 dez. 2009.

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: 22 jan. 2006.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso: 17 jan. 2006.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5988.htm>. Acesso: 10 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../L6404compilada.htm>>. Acesso: 09 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.mct.gov.br/index.php/.../8144.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm>. Acesso: 22 abr. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. Dá nova redação ao § 1º do art. 3º, aos arts. 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ao caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976 e ao art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8387.htm>. Acesso: 22 abr. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/.../L8666cons.htm>>. Acesso: 09 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da

Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/.../L8987compilada.htm>>. Acesso: 11 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso: 30 mai. 2004.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:
<http://legislacao.planalto.gov.br/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.307-1996?OpenDocument>. Acesso: 20 jan. 2006.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso: 03 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso: 31 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L10.973.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso: 10 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000. Altera e acrescenta artigos a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, dispondendo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9958.htm>. Acesso: 09 jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.176, de 11 de janeiro 2001. Altera a Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e o Decreto-Lei no 288, de 28 de fevereiro de 1967, dispondendo sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologia da informação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10176.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência

Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura e Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L10233.htm>. Acesso: 31 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../L10406compilada.htm>>. Acesso: 29 abr. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.933, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 2004/2007. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=239668>>. Acesso: 04 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 02 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/ccivil_03/.../L10.973.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004. Altera a Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001, dispondendo sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11077.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L11079.htm>. Acesso: 10 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso: 09 jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L11107.htm>. Acesso: 09 maio 2010.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996,

9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 02 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L11196.htm>. Acesso: 13 dez. 2009.

BRASIL. Lei nº 11.653, de 07 de abril de 2008. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período 2008/2011. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=257000>>. Acesso: 03 nov. 2009.

BRASIL. Portaria Interministerial MCT/MICT nº 101, de 07 de abril de 1993. Estabelece que, para os efeitos do disposto no art. 4º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, os bens de informática e automação, produzidos no País, possuem valor agregado local se atenderem ao seguinte Processo Produtivo Básico. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../10650.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Portaria Interministerial MCT/MICT/MC nº 273, de 17 de dezembro de 1993. Considera como níveis de valor agregado local para os efeitos do disposto no art. 4º da Lei nº 8.248, de 23.10.91, para os bens de informática aplicados às telecomunicações, produzidos no País, o seguinte PPB, bem como ao disposto no art. 4º desta Portaria. (Retificada em 17.12.93 e 11.01.94). Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../10778.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Portaria MCT nº 214, de 09 de dezembro de 1994. Caracteriza bem ou produto com tecnologia desenvolvida no País, para efeito do disposto na Lei nº 8.248, de 23.10.91, e no Decreto nº 1.070, de 02.03.94. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../19280.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Portaria Interministerial MCT/MDIC nº 253, de 28 de junho de 2001. Roteiro para apresentação da proposta de projeto de que trata o art. 10 do Decreto nº 3.800/2001 para fins de concessão dos benefícios fiscais previstos no art. 4º da Lei nº 8.248, de 23.01.91, com a redação dada pelo art. 10 da Lei nº 10.176/2001, e art. 11 deste último diploma legal. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../4941.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Portaria MCT nº 950, de 12 de dezembro de 2006. Caracteriza bens ou produtos com tecnologia desenvolvida no País, para efeito do disposto na Lei nº 8.248, de 23.10.91, e no Decreto nº 5.906, de 26.09.2006. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../44750.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Portaria Interministerial MCT/MDIC nº 32, de 15 de janeiro de 2009. Estabelece as prioridades da política industrial e tecnológica nacional, para promover e incentivar o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infra-estrutura destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../302499.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.194, de 18 de julho de 1996. Autor: José Coser – PT/ES. Ementa: “Dispõe sobre a duração da jornada dos trabalhadores em informática”.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.639, 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”.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.561, 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”.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.746, de 19 de agosto de 2003. Autor: Feu Rosa – PP/ES. Ementa: “Estabelece a regulamentação do exercício das atividades dos profissionais de Informática”.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.947, 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”.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.917, de 25 de março de 2009. Autor: Carlos Bezerra – PMDB. Ementa: “Dá nova redação ao art. 1.134, *caput*, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Dep_Detalhe.asp?id=526056>. Acesso: 09 jun. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.640, 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”.

BRASIL. 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”.

BRASIL. 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”.

BRASIL. Resolução CATI nº 13, de 15 de junho de 2005. Estabelece os critérios para credenciamento de centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/10361.html>>. Acesso: 09 jun. 2010.

BRASIL. Resolução CATI nº 17, de 1º de julho de 2005. Institui roteiros para apresentação de pleito de credenciamento de centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/10361.html>>. Acesso: 01 jun. 2010.

BRASIL. Resolução CATI nº 18, de 10 de agosto de 2005. Dispõe sobre o credenciamento de incubadoras de empresas de base tecnológica em tecnologias da informação e sobre as condições de aplicação em pesquisa e desenvolvimento junto a empresas a elas vinculadas, para os fins previstos nos §§ 6º e 7º do art. 9º do Decreto nº 3.800, de 20 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/31384.html>>. Acesso: 01 jun. 2010.

BRASIL. Resolução CATI nº 28, de 11 de dezembro de 2006. Aprova o Termo de Referência do Programa Softex. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/.../50419.html>>. Acesso: 04 jan. 2010.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997. Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/IN1_97.pdf>. Acesso: 07 maio 2010.

2.2 ESTRANGEIRA

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Digital Millenium Copyright Act* – DMCA, de dez. 1998. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>. Acesso: 01 jun. 2010.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julho de 1889. Dispõe sobre a publicação do Código Civil. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/RD25071889.htm>>. Acesso: 30 abr. 2010.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, pelo que se aprova o Texto Reestrutura da Lei de Propriedade Intelectual, regularizando, esclarecendo e harmonizando as disposições legais vigentes sobre a matéria.

ESPAÑA. Real decreto Legislativo nº 2/2000, de 16 de junho. Pelo que se aprova o texto refundido da Lei de Contratos das Administrações Públicas. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2000/06/21/pdfs/A21775-21823.pdf>>. Acesso: 30 abr. 2010.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 252/1994, de 20 de outubro. Protecção jurídica dos programas de computador. In: ASCENSÃO, José de Oliveira; VICENTE, Dário Moura. *Legislação sobre direito de autor e sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 115-119.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 122/2000, de 04 de julho. Transpõe a Directiva relativa à protecção das bases de dados. In: ASCENSÃO, José de Oliveira; VICENTE, Dário Moura. *Legislação sobre direito de autor e sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 147-154.

2.3 COMUNITÁRIA

UNIÃO EUROPÉIA. Directiva 91/250/CEE de 14 de maio de 1991. Relativa à protecção jurídica dos programas de computador Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>>. Acesso: 01 jun. 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. Directiva 2001/29/CE de 22 de maio de 2001. Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso: 01 jun. 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) nº 772/2004, de 27 de abril de 2004. Relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:PT:PDF>>. Acesso: 01 jun. 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) nº 44/2001, de 22 de dezembro de 2000. Relativo à competência judicial, ao reconhecimento de sentenças e à execução de resoluções judiciais em matéria civil e mercantil. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20081204:PT:PDF>>. Acesso: 06 out. 2009.

2.4 TRATADOS INTERNACIONAIS

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana de Protecção do Direito de Autor. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-26675.pdf>>. Acesso: 01 jun. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V). Disponível em:

<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm>. Acesso: 01 jun. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II). Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>>. Acesso: 01 jun. 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html>. Acesso: 26 ago. 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Convenio de Berna, de 9 set. 1886. Emendado em 28 set. 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf>. Acesso: 01 jun. 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Convenio de Paris para la protección de la Propiedad Industrial, de 20 mar. 1883. Emendado em 28 set. 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf>. Acesso: 01 jun. 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html>. Acesso: 26 ago. 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf>. Acesso: 01 jun. 2010.

UNESCO. Convenção Universal sobre Direito de Autor, de 24 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.unesco.pt/pdfs/cultura/docs/8_Convencao_direitos_autor.doc>. Acesso: 01 jun. 2010.

3 JURISPRUDÊNCIA

3.1 NACIONAL

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ("Panasonic"). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I - Se a economia globalizada não mais

tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III- Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos. Recurso Especial nº 63.981. Recorrente: Plínio Gustavo Prado Garcia. Recorrida: Panasonic do Brasil. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasil, 11 abr. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Competência internacional. Contrato de arrendamento mercantil internacional cuja execução se daria essencialmente em território brasileiro. Danos oriundos de fato de bem arrendado com defeito oculto. - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. - A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação de indenização proposta por seguradora brasileira, sub-rogada nos direitos de arrendatária também brasileira, contra arrendadora norte-americana com o objetivo de ser ressarcida de danos oriundos de alegado inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil cuja execução se daria essencialmente em território brasileiro. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso Especial nº 498.835. Recorrente: Vera Cruz Seguradora S.A. Recorrida: Bell Helicopter Textron Inc. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 abr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 12. Código de Processo Civil, art. 88, I e II. É competente a justiça brasileira para conhecer de ação judicial em que o réu se acha domiciliado no Brasil ou aqui houver de cumprir-se a obrigação. Caso em que o demandante tem domicílio no Uruguai e o réu é brasileiro domiciliado no Brasil, onde se deverá cumprir a obrigação questionada na demanda proposta no Uruguai. 2. Eleição de foro. Se as partes, uma domiciliada no Uruguai, outra domiciliada no Brasil, contrataram que suas divergências pertinentes ao contrato a que se vincularam seriam solvidas no foro da comarca de São Paulo, Brasil, esse e o foro competente, e não o do Uruguai. 3. Carta rogatória de citação do contratante brasileiro para responder, no Uruguai, e demanda que lhe foi acolá proposta pelo contratante uruguaio. 4. Exequatur inicialmente concedido e posteriormente revogado. 5. Agravo regimental a que o STF nega provimento. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº. 3.166-1. Agravante: Agro Máquinas Charrua. Agravada: Companhia Brasileira de Tratores. Relator: Ministro Antonio Nader. Brasília, 14 jun. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. ICMS. Produtos de informática. Programas [software]. Cd-rom. Comercialização. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade em recurso extraordinário. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 176.626, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11.12.98, fixou jurisprudência no sentido de que “[n]ão tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de ‘licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador’ – matéria exclusiva da lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado ‘software de prateleira’ (off the shelf) – os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio”. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no RE nº 285870. Agravante: Município de São Paulo. Agravada: Saraiva Data Ltda e outros. Relator: Min. Eros Grau. DJe: 31 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Incorporação, bens e direitos das empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da lei n. 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da lei n. 4.686, de 21.6.65. Decisão correta. 5. Agravo de Instrumento a que se negou provimento. Agravo de Instrumento nº 52181/GB. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outro; Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage; Espólio de Henrique Lage. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 14 nov. 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tributário. Estado de São Paulo. ICMS. Programas de Computador (software). Comercialização. No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar standard de programa de computador, também chamado “de prateleira”, e o licenciamento ou cessão do direito de uso de software. A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS. Recurso conhecido e provido. RE nº 199464. Recorrente: Município de São Paulo. Recorridos: Estado de São Paulo e Brasoft Produtos de Informática Ltda. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 30 abr. 1999.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Conflito de leis trabalhistas no espaço. Nega-se provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso despido dos pressupostos de cabimento. Agravo desprovido. AIRR nº 74/2002-038-01-40. Agravante: Weber Pascoal Pires. Agravado: Braspetro

Oil Service Company - Brasoil e outra. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 31 de outubro de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisdição. Competência territorial. Justiça do Trabalho. Art. 651, caput e § 3º, da CLT. Prestação de serviços em diferentes países. Opção do empregado. 1. Determina o exercício da jurisdição trabalhista a lei do local da execução do serviço ("lex loci executionis"), o que é consentâneo com o escopo protetivo das normas trabalhistas. 2. Ao empregado estrangeiro cujo contrato foi celebrado e rescindido no exterior, bem assim que, por conta de transferências, ora trabalhou no Brasil, ora na Argentina, ora na República Dominicana, é lícito demandar perante o Estado brasileiro para solver o litígio concernente ao período em que prestou serviços no Brasil. 3. Embargos parcialmente conhecidos e providos para limitar o exercício da jurisdição trabalhista ao período em que o contrato de trabalho foi executado no Brasil. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-478.490/98.9. Embargante: Ibéria Lineas Aéreas de España S.A. Embargado: Hector Alejandro Naidich. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 03 fev. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Banco do Brasil S.A. Área de aquisição de bens e serviços de informática. Minutas de edital sem aprovação da assessoria jurídica. Ausência de pesquisa de preços. Cobrança de edital por valor superior ao custo de reprodução. Ausência de comprovante de publicação do aviso com resumo do edital em jornal de grande circulação. Ausência, nos editais, de declaração de cessão dos respectivos direitos autorais de projetos ou serviços técnicos especializados. Inexigibilidade de licitação, sem comprovação da existência de apenas uma empresa apta ao fornecimento dos bens ou serviços. Determinação. Arquivamento. Processo nº 006.697/2003-3. Entidade: Banco do Brasil S.A. Interessado: Tribunal de Contas da União. Ministro relator: Lincoln Magalhães da Rocha. D.O.U. 18 set. 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta. Direitos autorais em trabalhos desenvolvidos à custa do erário. Ausência de requisitos de admissibilidade. Não conhecimento. Informações prestadas em caráter excepcional. Arquivamento. Não se conhece de consulta formulada por consulente não legitimado e que não se faz acompanhar de parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da entidade. Processo de consulta nº 013.509/2007-8. Interessado: Daniel da Silva Balaban (FNDE). Relator: Min. Guilherme Palmeira. D.O.U.: 16 maio 2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais. Cooperativa médica que alega ter adquirido os direitos de propriedade sobre software criado pelo réu. Insubsistência. Réu que, na qualidade de presidente da cooperativa, desenvolveu espontaneamente e sem vínculo obrigacional, programa de computador para facilitar o manejo das atividades do grupo e implementar a qualidade de sua gestão. Direito deste de, ao deixar o órgão, levar o programa consigo. Inteligência do art. 5º, § 2º, da lei nº 7.646/87. Conduta ilícita inexistente. Requisitos dos arts. 159 do Código Civil de 1916 (art. 186 do CC/2002) e 927 do atual Código Civil igualmente não configurados. Sentença de parcial procedência reformada. Recurso da autora desprovido. Recurso do réu provido. Apelação Cível n. 2007.045896-5, de Araranguá. Apelantes e Apelados: Unimed Vale do Araranguá Cooperativa de

Trabalho Médico e Jorge Luís Beluco. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 14 de outubro de 2008.

BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo (TAC-SP), Processo nº 0465215-7, de 30 de novembro de 1992; Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Apelação Cível (AC) nº 25.639-1, de 04 de abril de 1995; TJSP, Agravo de Instrumento (AI) nº 196.470-4, de 21 de junho de 2001; TJRS, AC nº 70006888606, de 25 de junho de 2004.

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.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento - Antecipação de tutela - Co-participação - Programa de computador - Reconhecimento - Administração conjunta - Possibilidade - Depósito prévio a título de cumprimento do julgado - Conta judicial - Necessidade. Havendo reconhecimento de co-participação na criação de programa de computador, garantindo ao co-autor os direitos decorrentes da propriedade do produto, é cabível a antecipação da tutela para que haja administração conjunta dos atos de comercialização do produto e para que se deposite o equivalente a 25% do proveito auferido, a fim de garantir a execução do julgado e prevenir risco de prejuízo à outra parte. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.500852-4/000(1). Agravante: Alma Informática Ltda. Agravado: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte. Belo Horizonte, 20 de setembro de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível – Interposição contra sentença que julgou procedentes medida cautelar preparatória de busca e apreensão e ação declaratória de posse e propriedade de programas de computadores e códigos-fonte c.c. multa cominatória. Apelada que faz jus à propriedade do programa de computador objeto do contrato de prestação de serviços que firmou com os apelantes. Aplicação da regra contida no artigo 4º, caput, da Lei nº 9.609/98, Estipulação de multa em caso de uso do programa de computador em questão pelos apelantes que se afigura correta, nos termos do que preconiza o artigo 287 do Código de Processo Civil. Sentença correta. Apelação Cível d revisão nº 979.222-00/0 - São Paulo. Apelantes: Mega Apoio Informática e Márcio Noberto. Apelada: EFG Engenharia S/C Ltda. Rel. Des. Mario A. Silveira. São Paulo, 30 de maio de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Compromisso arbitral - Sociedade de economia mista - Personalidade jurídica de direito privado - Exploração de gás canalizado não caracteriza prestação de serviço público, mas atividade de regime privado - Não envolve direitos indisponíveis – Contrato administrativo - Admissibilidade da arbitragem - Vícios do compromisso não configurados – Recurso improvido. A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (Constituição

Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral. Apelação Cível nº 0247646-0. Apelante: Companhia Paranaense de Gás – Compagás. Apelado: Consórcio Carioca-Passarelli. Relator: Des. Lauro Laertes de Oliveira. Curitiba, 11 fev. 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Competência Internacional. Jurisdição concorrente. Foro de Eleição. Ilícito Contratual. O foro local não é o competente, eis que o contrato firmou a competência do Uruguai para eventual demanda, que ora se processa. Não há como se relativizar a competência do foro, eis que os agravados não são hipossuficientes – são autores de outras ações do porte que corre em primeiro grau –, podendo se deslocarem ao foro do Uruguai para se defenderem na demanda que ajuizaram contra o agravante. Agravo provido. Agravo de Instrumento nº 70005228440. Agravantes: Bankboston N A Sucursal Uruguai e Federal Street Investimentos S/A. Agravadas: Ned Smith Junior e Dyrford Investment S/A. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 08 abr. 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Competência internacional concorrente. Homologação pelo STF da decisão proferida no Uruguai. A competência firmada por este Tribunal de Justiça, nos autos do processo de exceção de incompetência suscitada pelo apelante, foi firmada através de critérios internos. O Uruguai julgou-se, de igual forma que o Brasil, competente para o julgamento do divórcio das partes, sendo, ambos os países, segundo suas normas de legislação interna, competentes para o julgamento das respectivas ações. Nestas situações, na esteira do disposto nos artigos 53 a 57, e 396 do Código de Bustamante, e o artigo 22 do Protocolo de Las Leñas, validade terá o julgamento que tiver por primeiro a homologação da decisão proferida pelo Tribunal Superior estrangeiro, ou seja, em tendo a decisão proferida no Uruguai sido homologada perante o Supremo Tribunal Federal, possui esta validade frente ao ordenamento jurídico pátrio. Apelo desprovido. Apelação Cível nº 70008853731. Apelante: I.W.B. Apelado: A.M.C.D. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre, 1 de julho de 2004.

BRASIL, 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Processo de Ação Declaratória nº 024.01.550.024-2. Autor: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Ré: Alma Informática Ltda. Juíza: Selma Maria Marques de Souza. Belo Horizonte, 30 jun. 2003.

3.2 ESTRANGEIRA

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. Gottschalk v. Benson, 409 U.S. 63, de 1972. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/409/63/case.html>>. Acesso: 05 jul. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. Parker v. Flook, 437 U.S. 504, de 1978. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/437/584/case.html>>. Acesso: 05 jul. 2010.

4 BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. *A propriedade informática*. Campinas: Russel, 2006.

ALCANTARA, Telma Lucia. Pedidos de patentes relacionados a software, 17 de novembro de 2006. Rio de Janeiro: INPI. Apresentação recebida por N., Leila. *Re: Sobre patentes de software* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <poareas@hotmail.com> em 01 fev. 2007.

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

ANTUNES, José Manuel Oliveira; MANSO, José António Costa. *Relações internacionais e transferência de tecnologia: o contrato de licença*. Coimbra: Almedina, 1993.

ARAÚJO, Izabella Maria Medeiros e; GALVÃO, Kátia Cheim Pereira; SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. Aspectos tributários das joint ventures no direito brasileiro e seus reflexos na indústria do petróleo. CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO E GÁS, 3, 2005. Salvador: Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP, 2005. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0247_05.pdf>. Acesso: 07 maio 2010.

ARAÚJO, Nádia de; SOUZA Jr., L. G. A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro. In: DREYSIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Revista Decita*, Buenos Aires, n. 2, p. 341-362, 2004.

_____. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARBIX, Glauco et al (orgs.) *Inovação: estratégia de sete países*. Brasília, DF: ABDI, 2010, p. 40.

AREAS, Patrícia de Oliveira. Contrato de licença de uso de software: polêmica do uso em regime de rede nos tribunais brasileiros In: *DeCITA – Propiedad Intelectual*. Assunção (Paraguai): CEDEP, 2009, v.10, p. 267-280.

_____. *Contratos internacionais de software: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

_____. Instituições e inovação: fatores para o desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; BACELAR FILHO, Romeu Felipe (org.). *Integração regional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 97-123.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____; VICENTE, Dário Moura. *Legislação sobre direito de autor e sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra, 2008.

ASSAFIM, João Marcelo. Aspectos do direito de defesa da livre concorrência brasileiro: a Lei nº 10.149/2000 e perspectivas de nova política. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PESQUISA JURÍDICA, III, 2003. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.delimaassafim.adv.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2&Itemid=52>. Acesso: 14 abr. 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE. Mercado brasileiro de software: panorama e tendências, 2009. São Paulo: ABES, 2009. Disponível em: <http://www.abes.org.br/UserFiles/Image/PDFs/Mercado_BR2009.pdf>. Acesso: 09 nov. 2009.

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

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____; SIERRALTA RÍOS, Anibal. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. 2. ed. Lima; São Paulo: Fondo Editorial de la Academia Diplomática del Perú; Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais, 1993.

BAPTISTA, Margarida Afonso Costa. *Política industrial: uma interpretação heterodoxa*. Campinas: Unicamp, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso: 21 out. 2004.

_____. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/4695/4265>>. Acesso: 14 dez. 2009.

_____. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

_____. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular. 2005. p. 31-72.

_____. A Lei da Inovação na prática. In: 9º ENCONTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA, 2006. Rio de Janeiro: REPICT, 2006, p. 230-235. Disponível em: <http://www.redetec.org.br/publique/media/anais_ixrepict.pdf>. Acesso: 16 out. 2009.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais: compra e venda internacional, carta de crédito comercial, o hedge e o contrato de hedge*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BATTIFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Droit international prive*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, tomo I.

BELLEFONDS, Xavier Linant. *L'informatique et le droit*. Paris: Universitaires de France, 1982.

_____. *Informática e o direito: computer law*. Trad. Isabel Maria Brito, 4. ed. Lisboa: GB&A, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

BLASCO PEDRO, Carlos. El outsourcing informático. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 293-310.

_____. Las herramientas de gestión (II). El outsourcing informático. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 293-310.

BRICs helped by Western finance crisis: Goldman. *Reuters*, São Petersburgo, 08 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/idUSL071126420080608?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>>. Acesso: 20 abr. 2010.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CALDAS, Ruy de Araújo. A construção de um modelo de arcabouço legal para ciência, tecnologia e inovação. *Parcerias estratégicas*. Brasília: Centro de Gestão e

- Estudos Estratégicos – CGEE, v. 6, n. 11, p. 5-27, jun. 2001. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/arquivos/pe_11.pdf>. Acesso: 19 jul. 2010.
- CARIBÉ, R; CARIBÉ, C. *Introdução à computação*, São Paulo: FTD, 1996.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Propiedad intelectual e industrial. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, 9. ed, v. II, 2008. p. 661-684.
- CARUSO NETO, J. A.; MORAIS, G. A. A. *Processamento de dados: plataforma para os anos 90*. Tatuapé: Érica, 1997.
- CASSIOLATO, José E. Innovación y cambio tecnológico. In: MARTINEZ, Eduardo (edit). *Ciência, tecnologia y desarrollo: interrelaciones teóricas y metodológicas*. CEPAL-ILPES / UNESCO / UNU / CYTEC, 1994. p. 261-305.
- CASTELLI, Thais. *Propriedade Intelectual: o princípio da territorialidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz & Terra, 2007.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. aum. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto político de desenvolvimento nacional na constituição de 1988*, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.
- CERQUEIRA, Tarcízio Queiroz. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.
- CESAR, Ricardo. Fábrica de software: uma vocação nacional? *Computerworld*, 28 abr. 2003, Negócios. Disponível em: <<http://computerworld.uol.com.br/negocios/2003/04/28/idgnoticia.2006-05-15.3220032523/>>. Acesso: 20 abr. 2010.
- CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTr, 1996.
- COPEL arrenda usina de gás Araucária para a Petrobrás por um ano. *Paranashop*, 4 jan. 2007. Disponível em: <http://www.paranashop.com.br/colunas/colunas_painel.php?id=8225>. Acesso: 29 fev. 2008.
- COPETTI, Michele. As marcas e os programas de computador. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. *A proteção jurídica da propriedade intelectual de softwares: noções básicas e temas relacionados*. Florianópolis: IEL-SC, 2008, p. 123-173.
- CORRÊA, Antenor. Política de software e serviços: ações MCT 2007-2010. In: PAINEL DE COMPROMISSO DO SIBSS, I, 2007, São Paulo. Disponível em:

<http://www.softex.br/portal/softexweb/uploadDocuments/ABERTURA%20MCT_ANTENOR%20CORREA%20VER%20RES.pdf>. Acesso: 08 nov. 2009.

CORREA, Carlos M. *Acuerdo TRIPs: regimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

_____. Protección del dominio público: acceso a datos e información científica y su utilización. In: *Proteção do domínio público: acesso a dados e informação científica e sua utilização*, 2006. Florianópolis [artigo enviado como material-base para o evento].

CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

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

DE'CARLI, Carlos Ricardo. *Embrapa: precursora da Parceria Público-Privada no Brasil*, 2005. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: <<http://www.unbcds.pro.br/publicacoes/CarlosRicardo.pdf>>. Acesso: 10 maio 2010.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesus. In: BERCOVITZ RODRIGUES CANOS, Rodrigo. *Comentários a ley de propiedad intelectual*, 2. ed. Madri: Tecnos, 1997, p. 1.397.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias Público-Privadas. *Jornal Carta Forense*, 1 set. 2005. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=117>>. Acesso: 12 maio 2010.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOSI, Giovanni. Technological paradigms and technological trajectories. In: _____. *Innovation, organization and economic dynamics: an autobiographical introduction*. Pisa: LEM, 1999. p. 47-62.

_____; NELSON, Richard R. An introduction to evolutionary theories in economics. In: DOSI, Giovanni. *Innovation, organization and economic dynamics: an autobiographical introduction*. Pisa: LEM, 1999. p. 337-346.

DREYSIN DE KLOR, Adriana. *El Mercosur: generador de uma nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

FERNANDES, Aguinaldo Aragon; TEIXEIRA, Descartes de Souza Teixeira. *Fábrica de software: implantação e gestão de operações*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho internacional privado: una mirada actual sobre sus elementos esenciales*. Córdoba: Advocatus, 1998.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos A. Desafíos para el derecho de autor y los derechos conexos en la era digital. In: *Seminario internacional de la OMPI sobre el*

uso estratégico de la propiedad intelectual para el desarrollo económico y social, Rio de Janeiro, 21 a 25 de maio de 2007. Disponível em:

<<http://www.wipo.int/search/query.html?charset=utf-8&col=domain+formdocs+hagdocs+madrdocs+notdocs+pctndocs+prdocs+pubdocs+upov+www&qt=medidas+tecnol%C3%B3gicas&st=11>>. Acesso: 29 ago. 2007.

FERNANDEZ MASIÁ, Enrique. *La protección de los programas de ordenador en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Joint ventures e capital estrangeiro. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Direito societário: gestão e controle*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247-269 (Série GVLaw).

FLORES, Cesar. *Segredo industrial e o know how: aspectos jurídicos internacionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. *A economia da inovação industrial*. Trad. André Luiz Sica de Campos e Janaína Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Unicamp, 2008.

FREIRE, Roberto. Motivação e Evolução do Projeto de Lei de Inovação. In: VII ENCONTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA e II WORKSHOP DE PROPRIEDADE INTELECTUAL ANPROTEC, 2004. Rio de Janeiro: REPICT, 2004, p. 94. Disponível em: <<http://www.redetec.org.br/redeseprogramas/redestematicas/repict/encontros.aspx#j avascript>>. Acesso: 19 out. 2009.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. 2.ed. Trad. Cristina Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FUCK, Marcos Paulo; RIBEIRO, Cassio Garcia; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FURTADO, André Tosi. P&D de interesse público: observações a partir do estudo da Embrapa e Petrobrás. *Engevista*, v. 9, n. 2, p. 85-99, dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.uff.br/engevista/2_9Engevista1.pdf>. Acesso: 10 maio 2010.

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

GUTTERMAN, Alan S. *Innovation and competition policy: a comparative study of the regulation of patent licensing and collaborative research & development in the United States and the European Community*. London: Klumer Law, 1997.

HERNANDO COLLAZOS, Isabel. *Contratos informáticos: derecho informático: legislación y práctica*. San Sebastian: Carmelo, 1995.

HISTORY OF PROGRAMMING LANGUAGES CONFERENCE. HOPL III. 2007. San Diego, Califórnia. Disponível em: <<http://portal.acm.org/toc.cfm?id=1238844>>. Acesso: 02 mar 2009; IERUSALIMSKY, Roberto; FIGUEIREDO, Luiz Henrique de;

CELES, Waldemar. The evolution of LUA. In: HISTORY OF PROGRAMMING LANGUAGES CONFERENCE. HOPL III. 2007. San Diego, Califórnia. Disponível em:
<<http://delivery.acm.org/10.1145/1240000/1238846/supp/Lua.pdf?key1=1238846&key2=7882406321&coll=GUIDE&dl=GUIDE&CFID=24345969&CFTOKEN=62299368>>. Acesso: 02 mar. 2009.

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KING, Julia. IT's global itinerary: offshore outsourcing is inevitable. *Computerworld*, 25 set. 2003, Management and carrers. Disponível em:
<http://www.computerworld.com/s/article/84861/IT_s_Global_Itinerary_Offshore_Out_sourcing_Is_Inevitable>. Acesso: 20 abr. 2010.

KLOTZLE, Marcelo Cabus. Alianças estratégicas: conceito e teoria. *Revista Administração Contemporânea* [online]. 2002, vol. 6, n. 1, pp. 85-104. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rac/v6n1/v6n1a06.pdf>>. Acesso: 07 maio 2010.

KORAH, Valentine. Las joint ventures para investigación y desarrollo. Competencia y nulidad de contratos. *Derecho de los Negocios*. Madri, ano 2, n. 18, março 1992, p. 9-18.

_____. Las joint ventures para investigación y desarrollo. Competencia y nulidad de contratos (II). *Derecho de los Negocios*. Madri, ano 2, n. 26, novembro 1992, p. 1-12.

LASTRES, Helena M. M. *Estudo comparativo dos sistemas nacionais de inovação no Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS)*. Rio de Janeiro: RedeSist, 2007. Disponível em: <<http://brics.redesist.ie.ufrj.br/Projeto%20BRICS.pdf>>. Acesso: 20 out. 2009.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEON STEFFENS, A. El principio de la autonomia de la voluntad en el derecho civil internacional. In: BARROS BOURIE, E. (coord.) *Contratos*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: Unesco; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalía, 2006.

_____. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalía, 2004.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurélio. *Contratos internacionales de software*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

LUCA, José Carlos de. Software: um setor estratégico para o país. In: GADELHA, Marcondes (rel.); LINS, Bernardo Felipe Estellita; LOPES, Cristiano Aguiar; NAZARENO, Cláudio. *O mercado de software no Brasil: problemas institucionais e fiscais*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007, p. 19-22.

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

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MANKIN, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

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

MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos em especial*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996.

MATURANA, Humberto J.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Discin. 6. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935. t. II.

_____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 7. p. 29-190.

NASCIMENTO, Célia Joseli. O software brasileiro, a gestão pela qualidade e o mercado externo. In: GADELHA, Marcondes (rel.); LINS, Bernardo Felipe Estellita; LOPES, Cristiano Aguiar; NAZARENO, Cláudio. *O mercado de software no Brasil: problemas institucionais e fiscais*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007, p. 43-46.

NEGRI, Fernanda. Inovar e investir para sustentar o crescimento. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Curitiba: OMPI, INPI, BNDES e TECPAR, 2008. Disponível em: <<http://www.tecpar.br/appi/SeminarioTI/Fernanda%20PDP%20TICS.pdf>>. Acesso: 19 jul. 2008.

- NEITZKE, Ephrain G. *Aplicação de recursos da lei de informática no PPI SOFTEX*. São Paulo, 13 de março de 2008. Disponível em: <http://www.softex.br/portal/softexweb/uploadDocuments/Apresentação%20SOFTEX%20-%20Leis%20de%20Informática%20final%20-%20Evento%20c%20ABINEE_13MAR2008.pdf>. Acesso: 08 nov. 2009.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- NORTH, Douglas C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- PAESANI, Lílíana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PEARCE, Robert. *The growth and evolution of multinational enterprise: patterns of geographical and industrial diversification*. Aldershot: Edward Elgar, 1993.
- _____; SINGH, Satwinder. *Globalizing research and development*. Londres: Macmillan Press, 1992.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O artigo 111 da Lei 8.666 e a Propriedade Intelectual nos Contratos Administrativos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 22, dezembro 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso: 10 maio 2010.
- PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Manual básico de acordos de parceria de PD&I: aspectos jurídicos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- _____. Contratos: introdução aos contratos de prestação de serviços de pesquisa, parceria de pesquisa e desenvolvimento, comercialização de tecnologia e propriedade intelectual de instituições científicas e tecnológicas. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patrícia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar (orgs.). *Transferência de tecnologia: estratégias para a estruturação e gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica*. Campinas: Komedi, 2009a, p. 255-286.
- _____. Introdução à propriedade intelectual e inovação no agronegócio. In: BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio*, Florianópolis: SEAD/UFSC, 2009b.
- _____. (org.). *A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados*. Florianópolis: IEL, 2008, v. 2.
- _____. In: WORKSHOP LEI DE INOVAÇÃO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA AS UNIDADES DE PESQUISA DO MCT, 05 jun. 2008. Belém-PA. Disponível em: <<http://www.museu-goeldi.br/nitt/workshop/Luiz%20Pimentel%20-Belem-5jun2008.pdf>>. Acesso: 04 maio 2010.
- _____. *Propriedade intelectual e contratos: conceitos básicos*. 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.propesquisa.ufsc.br/arquivos/Pimentel-Definicoes-Ago2007.pdf>>. Acesso: 02 maio. 2010.

_____. Contratos de transferência de tecnologia. In: III SEMINÁRIO: A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FATOR DE INTELIGÊNCIA COMPETITIVA. 08 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tecpar.br/appi/seminario/Palestras3/mini-curso%20Luiz%20Otavio%20Pimentel.pdf>>. Acesso: 04 maio 2010.

_____. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

_____. Curso de Atualização: direito da inovação e propriedade intelectual. Apresentação recebida por Luiz Otávio Pimentel. *Revisão conceitos P&D – INOVAÇÃO* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <poareas@hotmail.com> em 29 jun. 2010.

_____. *Direito Industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____; AREAS, Patrícia de Oliveira Areas. *Manual básico de contratos de software e negócios relacionados*. Florianópolis: IEL, 2008, v.1.

_____; AREAS, Patrícia de Oliveira; COPETTI, Michele. Brasil. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos; HARGAIN, Daniel; PALAO MORENO, Guillermo (dirs.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Madri; Montevideo: Edisofer; B&F, 2008, p. 135-170.

PINHEIRO, Luis de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint-venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo: temas de direito petrolífero e de direito do comércio internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995.

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

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.

ROSELINO, José Eduardo. *Uma análise das potencialidades da atividade de software no Brasil à luz das práticas concorrente do setor*, 1998. Dissertação (Mestrado em Economia), Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?down=vtls000188273>>. Acesso: 09 nov. 2009.

SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SAMTLEBEN, J. A nova lei brasileira sobre arbitragem. In: DREYSIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Revista Decita*, Buenos Aires, n. 2, 2004.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1942.

_____. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Trad. Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

_____. *Teoría del desarrollo económico: una investigación sobre ganancias, capital, crédito, interés y ciclo económico*. 2. ed. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1957.

SEINTENFUS, Ricardo (org.). *Legislação internacional*. Barueri: Manole, 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 13-30.

SILVA, Adriana Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SOARES, José Carlos Tinoco. Patentes de programas de computador. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, n. 20, p. 39-46, jan./fev. 1996.

SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*. Madri: Marcial Pons, 1997.

SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

_____. El contrato de desarrollo de software (I): concepto, naturaleza jurídica y caracteres. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 543-584.

_____. El contrato de desarrollo de software (II): las obligaciones de las partes. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 585-667

_____. La fase previa a la contratación o fase precontractual: el deber de información. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 341-384.

_____. Las partes contratantes. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 321-340.

_____; PIATTINI VELTHUIS, Mario; ELIAS I VILA, Eduard. El software. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 57-111.

SPITZ, Francis; BUSCAIL, Jean-Marie. Los contratos informáticos: nuevas tendencias. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 539-542.

STIGLITZ, Joseph E. *Towards a New Paradigm for Development: Strategies, Policies, and Processes*. Ginebra: UNCTAD, 1998. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/prebisch98.pdf>>. Acesso: 25 set. 2006.

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

_____. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso: 04 maio 2010.

TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papyrus, 2008.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

VENCE DEZA, Xavier. *Las teorías evolucionistas de la innovación*, Madrid: Siglo XXI, 1995. p. 216-270.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 3.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VICENTE, Dário Moura. *A tutela internacional da propriedade intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008.

VIEIRA, José Alberto C. *A protecção dos programas de computador pelo direito autoral*. Lisboa: Lex, 2005.

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

WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. Dreaming With BRICs: The Path to 2050. In: *Global economics: paper n. 99*. Goldman Sachs Research, 1 out. 2003. Disponível em: <<http://www2.goldmansachs.com/ideas/brics/book/99-dreaming.pdf>>. Acesso: 20 abr. 2010.

ZAKON, Abraham; NASCIMENTO, Jorge Luiz; SZANJBERG, Mordka. Algumas diferenças entre cientistas, engenheiros, técnicos e tecnólogos. *AdUFRJ Seção Sindical: Opinião*, 4 ago. 2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.eq.ufrj.br/docentes/zakon/2a%20parte.pdf>>. Acesso: 30 abr. 2010.

5 PÁGINAS DE INTERNET

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE (ABES). Disponível em: <<http://www.abes.org.br>>. Acesso: 10 dez. 2010.

BRASIL. Ministério da Cultura. Revisão da Lei de Direito Autoral, 2010. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/>>. Acesso: 27 jun. 2010.

BRASIL. Ministério de Ciência e Tecnologia. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br>>. Acesso: 03 set. 2010.

BRASIL. Ministério de Ciência e Tecnologia. Lei do Bem – capítulo III, 2009. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8586.html>>. Acesso: 14 dez. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/>>. Acesso: 05 jul. 2010.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Disponível em: <<http://www.mp.gov.br/>>. Acesso: 05 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso: 05 jul. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. Projeto do Milênio. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/milenio/>>. Acesso: 28 jul. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/home/>>. Acesso: 28 jul. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Development Programme*. Disponível em: <<http://www.undp.org/>>. Acesso: 28 jul. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm>. Acesso: 01 jun. 2010.

PLATIC: Plataforma de Tecnologia da Informação e Comunicação de Santa Catarina, disponível em: <http://platic.ielsc.org.br/platic_gp/inicio.faca;jsessionid=4263108596D5B311B6248462BEBE6A6E>. Acesso: 21 abr. 2010.

REDETEC. *Inventores do Brasil*. software. Disponível em: <<http://www.redetec.org.br/inventabrasil/ysoftwa.htm>>. Acesso: 13 abr. 2010.

SEI Certification. Disponível em: <<http://www.sei.cmu.edu/certification/process/cmml/>>. Acesso: 21 abr. 2010.

SOFTEX. Excelência em Software. Disponível em: <http://www.softex.br/_home/default.asp>. Acesso: 05 jul. 2010.

UNESCO. Disponível em: <<http://www.brasilia.unesco.org/>>. Acesso: 02 dez. 2009.

6 DICIONÁRIOS

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

CALDAS AULETE, Francisco J.; VALENTE, Antonio Lopes dos Santos. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete*. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2010.

DICIONÁRIO de termos relacionados ao terceiros setor. *Integração*: revista eletrônica do terceiro setor. Disponível em: <<http://integracao.fgvsp.br/ano5/12/administrando.htm#16>>. Acesso: 12 maio 2010.

ENCICLOPÉDIA BRITANNICA. *Encyclopædia Britannica*, 2008. Disponível em: <<http://www.search.eb.com/eb/article-9343827>>. Acesso: 14 set. 2008.

FERREIRA, Aurélio. B. H. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Positivo, 2004.

KONDER, Rosa W. *Longman english dictionary for portuguese speakers*. 1. ed., reimp. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico; Longman, 1995.

LAROUSSE. *Diccionario esencial de la lengua española*. México: Larousse, 2007.

LUCENA CAYUELA, Núria (dir.). *Gran diccionario de la lengua española*. Edição eletrônica. Barcelona: SPES, 2003.

OXFORD. *Oxford advanced learner's compass*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SITIOS ESPAÑA.COM. *Diccionario de computación e informática*, 2008. Disponível em: <http://www.sitiosespana.com/paginas/diccionario_informatica/index.htm>. Acesso: 13 set. 2008.

APÊNDICE A - O software e o programa de computador: conceitos e diferenças

Considerando que o tema proposto envolve contratos de P&D de software, é mister conhecer as possibilidades de proteção jurídica do mesmo e seus eventuais efeitos para o contrato de P&D. Além disso, também relaciona-se as etapas de desenvolvimento do software, identificando as inseridas no processo de P&D.

O computador é a máquina que faz o processamento de dados, da informação, também chamado de hardware. Seu surgimento foi baseado no sonho de que um dia “o raciocínio humano pudesse ser substituído pelo simples girar de uma alavanca”.⁷¹² Ele permite o processamento de unidades de informação do mesmo modo que faria um ser humano, mas com mais velocidade e eficiência.⁷¹³ Assim, sua função é justamente a de facilitar o tratamento da informação.

Contudo, para que o computador seja capaz de processar a informação, são necessários outros elementos que, juntos, formam o sistema computacional: o hardware, o firmware e o software – que inclui o programa de computador. Hardware é a forma física e rígida do computador, formada por componentes eletrônicos. O firmware é composto pelos pequenos programas (microcódigos) que ficam armazenados em circuitos integrados no hardware (BIOS, por exemplo).⁷¹⁴ O software, por sua vez, é a parte não-física do computador, que coordena as funções do hardware passando instruções para que o computador processe as informações.

⁷¹² CARUSO NETO, J. A.; MORAIS, G. A. A. *Processamento de dados: plataforma para os anos 90*. Tatuapé: Érica, 1997, p. 1 et seq.

⁷¹³ FERNANDEZ MASIÁ, Enrique. *La protección de los programas de ordenador en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 33.

⁷¹⁴ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 32 et seq. LAROUSSE, Dicionário esencial de la lengua española. 62 reimp. México: Larousse, 2007; CARIBÉ, R.; CARIBÉ, C. *Introdução à computação*. São Paulo: FTD, 1996, p. 10 et seq; SITIOSESPAÑA.COM, Dicionário de Computación e Informática, 2008. Disponível em: <http://www.sitiosespana.com/paginas/diccionario_informatica/index.htm>. Acesso: 13 set. 2008; VIEIRA, J. A. C. *A protecção dos programas de computador pelo direito de autor*. Lisboa: Lex, 2005, p. 20.

Freqüentemente, o conceito de software é utilizado como sinônimo de programa de computador, mas são elementos diferentes.⁷¹⁵ Programa de computador é o conjunto de instruções que permite que o hardware (computador) execute uma série de operações conforme determinado pelo profissional que o desenvolve.⁷¹⁶ Em outras palavras, é o código-fonte e o código-objeto do software.⁷¹⁷ Segundo Manoel Joaquim Pereira dos Santos, modernamente os programas de computador são compostos de três partes: a) a interface de usuário; b) os chamados *code modules*, responsáveis pelo gerenciamento de dispositivos; e c) o “setor de processamento de dados, que é o coração do programa” (onde funcionam as estruturas de dados e os algoritmos).⁷¹⁸

Conforme o conceito legal do art. 1º da Lei nº 9.609, de 13 de fevereiro de 1998 (Lei de Programa de Computador – LPC), 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.

Em outras palavras, é a expressão, em forma de linguagens, de instruções que serão obedecidas pela máquina ao fazer o tratamento das informações. Código-fonte e código-objeto se diferenciam pelo critério de acessibilidade. Código-objeto é a linguagem binária, acessível à máquina, enquanto código-fonte é a tradução destas instruções para uma linguagem mais acessível ao ser humano.

⁷¹⁵ Ante o freqüente uso destes termos como sinônimos, alguns autores, dentre eles Liliana Minardi Paesani, ao tratar da natureza jurídica do software, afirmam que este possui dois sentidos: no sentido estrito, software é o programa de computador; no sentido amplo, abarcaria o programa de computador, “o suporte magnético, o manual de instruções e a documentação acessória”. PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26.

⁷¹⁶ Conforme o censo demográfico do ano 2000, realizado pelo IBGE, são considerados profissionais de informática: especialista em computação (2121); engenheiros em computação – desenvolvedores de software (2122); especialista em informática (2123); analista de sistemas (2124) e programadores de informática (2125). INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Classificação de ocupações: censo demográfico 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2001. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/concla/download/cbo_censo.zip>. Acesso: 03 jun. 2006.

⁷¹⁷ LAROUSSE, 2007, p. 537.

⁷¹⁸ SANTOS, 2008, p. 28.

Estas linguagens são classificadas em quatro tipos: de máquina, de baixo nível, de médio nível e de alto nível, dependendo do grau de acessibilidade e inteligibilidade pelo ser humano.⁷¹⁹

A primeira linguagem é a de máquina, também chamada de linguagem binária ou código-objeto, acessível ao computador. Sua inteligibilidade pelo ser humano é muito complexa, já que é formada por *bits*⁷²⁰ e representada pelos números 0 e 1. Para compreensão humana é necessária sua tradução por meio de outras linguagens, passando tais instruções para os demais níveis.

A segunda linguagem é a de baixo nível, a mais próxima da linguagem de máquina. É conhecida como *assembly* e, apesar de utilizar algumas palavras inteligíveis na língua inglesa, seu entendimento também é restrito.

A terceira linguagem é a de médio nível e possui maior interação. Finalmente, a linguagem de alto nível é a mais próxima do ser humano, utilizando-se de instruções complexas ou afirmações lógicas ou matemáticas, de forma a facilitar o trabalho dos desenvolvedores de software. Exemplos desta linguagem são COBOL⁷²¹, FORTRAN⁷²², APL⁷²³ e JAVA⁷²⁴, entre outros.

⁷¹⁹ WACHOWICZ, 2004, p. 73 et seq. Veja-se também Fernández Masiá, que classifica as referidas linguagens em três tipos: linguagem de máquina, linguagem de baixo nível e linguagem de alto nível. FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 44-45; SANTOS, 2008.

⁷²⁰ BIT é sinónimo da palavra *Binary Digit* e representa cada sinal elétrico que o computador processa. O computador reconhece essencialmente duas coisas: passagem ou não-passagem de corrente elétrica. Assim, os bits são representados pelos números 0 (ausência de corrente elétrica) e 1 (presença de corrente elétrica). Somente um único bit não seria capaz de representar todas as letras, números, caracteres da informação que se processa no computador – então os bits são agrupados em conjuntos de seis, sete ou oito e cada grupo é chamado de BYTE. Cada byte equivale a um único caractere (uma letra, um número etc.). O padrão mais comum de código é o *American Standar Code for Information Interchange – ASCII*, onde cada byte tem 8 bits. Assim, a informação no computador é representada por bytes e para medir a quantidade de informação, memória da máquina, capacidade de armazenamento, utilizam-se múltiplos de bytes: KILOBYTE, MEGABYTE, GIGABYTE y TERABYTE. Um KILOBYTE equivale a 1024 bytes (ou 1024 caracteres); um MEGABYTE equivale a 1024 Kbytes ou 1.048.576 bytes; um GIGABYTE equivale a 1024 Mbytes ou 1.073.741.824 bytes e um TERABYTE equivale a 1024 Gbytes. Cf. CARUSO NETO, J. A.; MORAIS, G. A. A. *Processamento de dados: plataforma para os anos 90*. Tatuapé: Érica, 1997, p. 30-36.

⁷²¹ *Common Business Oriented Language*, criada por CODASYL (*Committee on Data Systems and Languages*) em 1959. Informações de Encyclopædia Britannica, 2008, Encyclopædia Britannica Online, 09 agosto 2008. Disponível em: <<http://www.search.eb.com.w10049.dotlib.com.br/eb/article-248114>>. Acesso: 14 set. 2008.

⁷²² *Formula Translation Language*. ENCYCLOPÆDIA Britannica, 2008.

⁷²³ É a sigla de *A Programming Language*, criada por Kenneth Eugene Iverson em 1962 como uma linguagem de alto nível. Informações de “Britannica Book of the Year, 2005”, in: Encyclopædia Britannica Online, 09 de agosto 2008. Disponível em: <<http://www.search.eb.com.w10049.dotlib.com.br/eb/article-9400007>>. Acesso: 14 set. 2008.

⁷²⁴ Criada no início da década de 1990 pela *Microsystems, Inc.*, JAVA é uma linguagem de programa utilizada principalmente para a *World Wide Web* (www). Informaciones de Encyclopædia Britannica,

O código-objeto é a linguagem de máquina ou binária. Já o código-fonte equivale às linguagens de baixo, médio e alto nível. Assim, para que o computador execute as funções determinadas pelo desenvolvedor, é necessário que o código-fonte seja transformado em código-objeto. Tal tarefa é realizada por programas de computador específicos chamados de intérpretes ou compiladores.⁷²⁵

Já o software é o conjunto formado pelo programa de computador, descrição do programa e todo o material de apoio utilizado. Portanto, o programa de computador (código-fonte e código-objeto) é apenas um dos elementos do software, sendo este mais abrangente que aquele.⁷²⁶

Esta diferenciação está expressa nas Disposições Tipo da Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁷²⁷ (OMPI) para a proteção do software.⁷²⁸ O software, conforme esse documento, é formado pelo conjunto de três elementos: o programa de computador, a descrição do programa e a documentação auxiliar.⁷²⁹

2008, Encyclopædia Britannica Online, 10 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.search.eb.com.w10049.dotlib.com.br/eb/article-248124>>. Acesso: 30 jun. 2009.

⁷²⁵ FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 45; WACHOWICZ, 2004, p. 73.

⁷²⁶ No mesmo sentido expressa-se Denis Borges Barbosa, quando afirma que “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 (nº 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 9.609/1998”. BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso: 21 out. 2004, p. 8; BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 141.

⁷²⁷ A OMPI foi criada em 14 de julho de 1977 com o objetivo de administrar o Convênio da União de Berna (CUB) e o Convênio da União de Paris (CUP). Estes dois convênios regulam os temas de propriedade intelectual (direito autoral e propriedade industrial).

⁷²⁸ Publicadas em 1978 pela OMPI, estas disposições são fruto de um trabalho de seis anos e destacam, dentre outros pontos, a importância da proteção jurídica do software de forma independente. Tal necessidade justifica-se pelas seguintes razões: investimentos e prazos necessários; maior parte dos gastos em sistemas informáticos em software; proteção como incentivo à divulgação; proteção como estimulante do comércio; vulnerabilidade do software. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Dispositions types sur la protection du logiciel*. Genebra: OMPI, 1978, p. 1-4 (“Investissements et delais requis”; “evolution probable”; “protection en tant qu’incitation à la divulgation”; “protection en tant que stimulant du commerce”; “vulnérabilité du logiciel”) (*tradução livre*).

⁷²⁹ Segundo o art. 1º das Disposições Tipos da OMPI, programa de computador é um conjunto de instruções que, uma vez transportadas para um suporte legível pela máquina, pode indicar, provocar ou obter uma função, tarefa ou resultado particular de uma determinada máquina capaz de tratar informação. Descrição do programa, por sua vez, é uma apresentação completa das operações, sob a forma verbal, esquemática ou outra, suficientemente detalhada para determinar o conjunto de instruções que constituem o programa de computador correspondente. E documentação auxiliar é qualquer outra documentação além do programa de computador ou descrição do programa, criada para facilitar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, como descrições de problemas e instruções de uso ao usuário (*tradução livre*). (“Article premier. Definitions. Aux fins de la presente loi, Il faut entendre par: i) ‘programme d’ordinateur’: un ensemble d’instructions pouvant, une

Na legislação brasileira, a diferença é ressaltada em alguns dispositivos legais, com destaque para os arts. 3º e 43 da Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984 (Lei de Informática).⁷³⁰ Na prática, a regulamentação do programa de computador e dos demais elementos do software, no que se refere à proteção jurídica, será diferenciada.⁷³¹ naquilo que não for contrário à sua natureza, a proteção do programa de computador é regida basicamente pela LPC e pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA); os demais elementos do software (material de apoio e descrição do programa), pela LDA.

fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information; ii) 'description de programme', une présentation complete d'operations, sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'instructions constituant un programme d'ordinateur correspondant; iii) 'documentation auxiliaire', toute documentation autre qu'un programme d'ordinateur ou uma description de programme, crée pour faciliter la compréhension ou l'application d'un programme d'ordinateur, par exemple des descriptions de problème et des instructions à l'usage d'un utilisateur; iv) 'logiciel', un ou plusieurs des objets mentionnés aux points i) à iii); v) 'propriétaire', la personne physique ou morale à laquelle appartiennent les droits conférés par l'article 2.1) de la présente loi, ou son ayant selon l'article 2.2)"). Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Dispositions types sur la protection du logiciel*. 1978. No mesmo sentido, ver: FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 40; TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004; WACHOWICZ, 2004, ps. 71-72; STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998, p. 413; BARBOSA, 2001; BARBOSA, 2003, p. 141; VIEIRA, 2005, p. 14; LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalia, 2006, ps. 104 et seq.

⁷³⁰ 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 abrangência, serão objeto de leis específicas, a serem aprovadas pelo Congresso Nacional”.

⁷³¹ Denis Borges Barbosa explica que a intenção do legislador da Lei 9.609/1998 foi a de 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 natureza. BARBOSA, 2001.

APÊNDICE B - Proteção jurídica do software por meio da propriedade intelectual

Com o desenvolvimento do software independente do hardware⁷³² foram realizados estudos jurídicos para definir o tipo de proteção legal que este deveria receber. Qual o regime adequado para a proteção? Várias hipóteses foram levantadas: por patente (propriedade industrial); por direito de autor; por concorrência desleal; por segredo industrial ou por um direito *sui generis*.⁷³³

Em 1964, nos EUA, John F. Banzhaf publicou um estudo que vislumbrava a proteção dos programas de computador por meio do direito autoral. Em 1966, o registro destes programas passou a ser admitido pelo *Copyright Office*, da mesma forma que o *Patent Office* determinou que os programas de computador não pudessem ser patenteados quando carecessem de “passos utilitários”. Para que fosse possível o patenteamento era necessário que o programa envolvesse a transformação física de um computador, convertendo-o em uma máquina com propósitos especiais. Na metade da década de 1970 foram publicados os estudos do alemão Eugen Ulmer, realizados a pedido da UNESCO e da OMPI. Ulmer concluiu que a proteção do programa de computador pelo direito autoral era possível considerando a “equivalência entre o ingresso do programa de computador e a fixação de uma obra”. Assim, tal posição foi-se impondo e o programa de computador é visto como uma obra do intelecto que passa por um processo criativo similar ao que demanda uma obra literária, por exemplo.⁷³⁴

⁷³² Sobre o tema, ver: SANTOS, 2008; VIEIRA, 2005; CARIBÉ, R.; CARIBÉ, C. *Introdução à computação*. São Paulo: FTD, 1996; CARUSO NETO; MORAIS, 1997.

⁷³³ Conforme Vieira, no fim da década de 1960 e início da década de 1970, a opção de direito industrial era forte. VIEIRA, 2005, p. 23. Sobre o tema, ver também: SANTOS, 2008; BARROS, 2007; FERNANDEZ MASIÁ, 1996; LIPSZYC, 2006; BARBOSA, 2001.

⁷³⁴ LIPSZYC, 2006, p. 106-107.

Na Europa, em 1973, foi aprovada a Convenção de Concessão de Patentes Européias, conhecida como Convenção de Munique de 5 de outubro. Ela também excluiu a possibilidade de patenteamento de invenção envolvendo software. Nos EUA, a adoção pelo Congresso do Relatório da Comissão Nacional sobre novos usos tecnológicos de trabalhos protegidos por *copyright* (CONTU)⁷³⁵, em 1979, representou um forte golpe à possibilidade de proteger o software por propriedade industrial, sugerindo-se a proteção por *copyright*. Este relatório gerou alterações nos §§ 101 e 117 da Seção 17 do *US Code*, em 1980.⁷³⁶

Em 1978, a OMPI divulgou sua proposta de Disposições Tipos para a proteção do software, encomendada pela Organização das Nações Unidas (ONU), onde defendia a criação de uma proteção especial (nova categoria de direito de propriedade intelectual) do software baseada genericamente nas normas de Direito de Autor e na concorrência desleal. Segundo Santos, a “finalidade básica das Disposições Tipo era orientar os países na adoção de normas visando à proteção de programas de computador” e não uma exigência para que fossem “implementadas como lei especial”.⁷³⁷

Começa, então, forte pressão internacional, tanto por parte dos EUA como da Europa, para convencer os demais sócios comerciais a proteger o software pelo direito autoral. Seguiram-se as adesões da Austrália, em 1984, e do Japão, Alemanha, França e Reino Unido, em 1985.⁷³⁸ No âmbito internacional, a proteção por direito autoral foi primeiramente uniformizada pelo Acordo sobre Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC)⁷³⁹, que é o Anexo C do acordo da Rodada do Uruguai, o qual criou a Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994. Em 1996, no âmbito da OMPI, surge o Tratado sobre Direito de Autor (WCT⁷⁴⁰), que aborda a proteção do software por meio do direito

⁷³⁵ CONTU é a sigla para *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, criada em 1976 pelo Congresso norte-americano.

⁷³⁶ Antes da decisão de alteração por parte do Congresso, o Supremo Tribunal Federal norte-americano já decidira que o programa de computador não poderia ser protegido por patente. Veja-se *Gottschalk v. Benson* (409 U.S. 63, de 1972); *Damm v. Johnston* (425 U.S. 219, de 1976); e *Parker v. Flook* (437 U.S. 504, de 1978). Também: LIPSZYC, 2006, p. 106-107.

⁷³⁷ SANTOS, 2008, p. 58.

⁷³⁸ VIEIRA, 2005, p. 25-26.

⁷³⁹ Este acordo ADPIC, também conhecido por sua sigla em inglês TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que “promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT”.

⁷⁴⁰ Sigla utilizada pela OMPI referente ao nome em inglês do referido tratado: *WIPO Copyright Treaty*.

autoral. Juntamente com o Tratado sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas (WPPT⁷⁴¹), eles integram os chamados Tratados Internet, que visam adequar as normas de direito autoral à nova realidade tecnológica.⁷⁴²

Portanto, com o comprometimento de Europa e EUA, a corrente de proteção por meio de propriedade industrial malogrou. Vários autores⁷⁴³ criticam o enquadramento do software na proteção por direito autoral, explicando que isso deveu-se à forte pressão dos países desenvolvidos.⁷⁴⁴

Apesar de todas as críticas e seus fundamentos consistentes, o direito de autor tornou-se útil na proteção do software, já que permite, por meio das exceções e limitações do regime autoral, maior acesso ao software e, principalmente, ao programa de computador, além de garantir aos titulares maior segurança nos países onde é comercializado. Assim, a não-proteção do algoritmo, da sua funcionalidade – que ocorreria se fosse garantida exclusivamente por propriedade industrial –, tem sido vantajosa considerando a dicotomia interesse público *v.* interesse privado. Com isso propiciou-se maior avanço tecnológico deste bem intangível e maior acessibilidade a esta tecnologia por recentes desenvolvedores, pequenas empresas,

⁷⁴¹ Sigla utilizada pela OMPI referente ao nome em inglês do referido tratado: *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

⁷⁴² LIPSZYC, 2006, p. 108-110. Destaca-se que o Brasil não firmou qualquer destes dois tratados.

⁷⁴³ José de Oliveira Ascensão afirma que o programa de computador não pode ser considerado como obra literária ou artística, mas como um processo (não obstante se trate de uma linguagem destinada à máquina). Portanto, não deveria ser protegido pelo direito de autor (o programa de computador escapa à noção de obra, já que é um processo ou esquema de ação). O direito de autor tutela uma forma e não uma técnica para chegar a um resultado. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 665-667. Com base na funcionalidade que o programa de computador apresenta, Carlos Correa também questiona sua proteção por direito de autor. CORREA, Carlos M. *Acuerdo TRIPs: regimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 58. Fernández Masía explica que “la decisión de integrar a los programas de ordenador como un nuevo objeto de protección por derecho de autor parece venir marcada por consideraciones económicas más que jurídicas, y en especial por la presión ejercida por las grandes empresas informáticas, no cabe duda de que tal decisión parece hoy irreversible”. FERNANDEZ MASÍA, 1996, p. 87. Ver também: SANTOS, 2008.

⁷⁴⁴ Segundo Ascensão, tal pressão ocorreu por vários motivos convenientes a esses países: 1) o direito de autor oferece uma proteção maior comparado aos demais direitos intelectuais, o que convinha ao país-líder na produção de programas; 2) o direito de autor permite uma proteção automática, sem a obrigação de revelar o método do programa, ao contrário do que ocorreria com a patente; 3) a qualificação como direito de autor permitiria exigir o tratamento nacional, com amparo da Convenção de Berna e outras convenções multilaterais, não necessitando esperar a elaboração de um novo convênio e o lento movimento de ratificações; e 4) a qualificação como direito de autor também permitiria sustentar que o programa de computador seria tutelado pelas leis nacionais sobre direito autoral, independentemente da aprovação de leis específicas sobre programa de computador. ASCENSÃO, 1997, p. 668.

que puderam aprender com os softwares já desenvolvidos e criar novos, com funcionalidades parecidas.⁷⁴⁵

Contudo, partindo do pressuposto de que o instituto de propriedade intelectual surgiu para proteger a criação do ser humano, garantindo-lhe uma exclusividade temporária, a proteção jurídica do programa de computador não é eficaz do ponto de vista da criação. Em outras palavras, o que o direito de autor protege é a forma de expressão do programa de computador, e não a função que este tem. Na prática, considerando a repercussão do software no meio industrial, o direito autoral não abrange de forma eficaz o elemento criativo do software – qual seja, a própria lógica do programa. A finalidade do programa de computador, assim, e coadunando com os autores que criticam a posição de proteção por direito autoral, é determinar um processo, um método, pelo qual a máquina executará suas funções.⁷⁴⁶

O software atualmente assumiu uma importância primordial na sociedade, encontrando-se em todos os setores, de uma simples comunicação até o controle de grandes redes de logística, indústria, comércio, governo etc. Com isso, suas funções vão além de uma expressão de linguagem para a máquina, passando a fazer parte de grandes inventos. Daí a polêmica e a possibilidade de proteção deste intangível por outros institutos da propriedade intelectual, tais como patente de invenção, marca, desenho industrial, concorrência desleal e segredo industrial.⁷⁴⁷

a) Proteção por direito autoral

Seguindo a tendência internacional, o Brasil adotou o direito de autor como instrumento de proteção do programa de computador – o que foi feito pela primeira

⁷⁴⁵ No mesmo sentido, ver: LIPSZYC, 2006, p. 108-110; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurélio. *Contratos internacionales de software*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 253 et seq. SANTOS, 2008.

⁷⁴⁶ Sobre a natureza do software, sua proteção por direito de autor e por outros institutos que tentam garantir maior proteção, ver: SANTOS, 2008.

⁷⁴⁷ Neste sentido, ver: SANTOS, 2008, p. 65 et seq., PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados*. Florianópolis: IEL, 2008, v. 2.

vez através da Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987.⁷⁴⁸ Em seu art. 2º, a lei determinava que o regime de proteção seria o de direito autoral, à época regido pela Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.⁷⁴⁹

Desde o início, o Brasil optou por uma lei especial para regulamentar a proteção do programa de computador, demonstrando as peculiaridades inerentes a este ativo intangível.⁷⁵⁰

A Lei nº 7.646/1987 foi revogada pela Lei nº 9.609/1998 (LPC), promulgada juntamente com a Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA). A LPC regulamenta tão somente o programa de computador, sendo os demais elementos do software protegidos pela regra geral do direito autoral (LDA).⁷⁵¹

No que tange à proteção autoral do programa de computador, um dos principais pontos a ser observados no contrato de P&D de software refere-se à autoria e titularidade do software, já que estes contratos envolvem desenvolvedores, equipes de pesquisadores e contratantes.

Autor é o criador do programa de computador, aquele que exerceu a atividade intelectual para expressar uma obra; *titular* é o proprietário dos direitos provenientes da obra criada. A LPC não possui um dispositivo específico sobre a

⁷⁴⁸ Carla Eugenia Caldas Barros chama atenção para o fato de que já em 1971, na Lei n. 5.772, de 21 de dezembro (que então regulamentava a propriedade industrial), o art. 9º, *caput*, alínea “a”, previa como criações intelectuais não-privilegiáveis os “sistemas e programações”, juntamente com os planos ou esquemas, entre outros. BARROS, 2007, p. 426.

⁷⁴⁹ Art. 2º, Lei n. 7.646/1987. “O regime de proteção à propriedade intelectual de programas de computador é o disposto na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, com as modificações que esta lei estabelece para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador”.

⁷⁵⁰ Destaca-se a observação feita por SANTOS, quando assevera que o Brasil “se enquadra entre os poucos que implementaram uma legislação específica, derogatória do direito de autor comum”. SANTOS, 2008. José de Oliveira Ascensão também acentua 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. Assim, nem todas as disposições legais referentes ao direito de autor são aplicáveis a programas de computador. Nos termos de Ascensão: “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 excluída”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 668.

⁷⁵¹ Segundo Barbosa, “a intenção do legislador da LPC, 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 natureza”. BARBOSA, 2001, p. 09.

autoria, motivo por que se aplica o art. 11 da LDA: “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Portanto, só admite-se autoria para pessoa física.

Conceito diverso é o da titularidade, que admite a inclusão de pessoa física ou jurídica. Titularidade é a qualidade de proprietário do software, ou seja, quem determinará o destino deste ativo intangível – se será comercializado, cedido, licenciado etc. Existem dois tipos de titularidade: originária e derivada.

Titularidade originária é a que surge com a criação da obra intelectual, sendo normalmente do autor, com exceções – como no caso de programador empregado, funcionário ou contratado para tanto, e de obras coletivas.

Já a titularidade derivada é aquela oriunda de uma transmissão de direitos autorais, seja por meio contratual, seja por *causa mortis* do autor.

Ainda que o art. 11 da LDA determine que a autoria somente caberá à pessoa física, seu parágrafo único dispõe que “a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”. É o que ocorre, por exemplo, com as obras coletivas, oriundas da participação de diferentes autores cujas contribuições se fundem numa criação autônoma. Tais obras são criadas por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica que as publica sob seu nome ou marca (art. 5º, VIII, *h*, da LDA).⁷⁵² Isso não significa, contudo, uma exceção à regra de que somente a pessoa física pode ter a autoria. No caso em epígrafe, o que será concedido à pessoa jurídica é a proteção garantida ao autor com a titularidade originária.

Portanto, com base na conceituação acima, pode-se considerar como obra coletiva o programa de computador desenvolvido por uma empresa de software. O autor sempre será a pessoa física que criou o programa, ao passo que a pessoa jurídica não será autora, mas titular originária do programa, podendo exercer os direitos provenientes de tal titularidade (art. 28, LDA).⁷⁵³

Mesmo sendo o programa de computador uma obra coletiva, o mesmo teve como co-autores pessoas físicas, programadores, empregados, os quais têm o

⁷⁵² Art. 5º, LDA. “Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VIII - obra: [...] 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; [...]”.

⁷⁵³ Art. 28, LDA. “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

direito moral de reivindicar sua participação individual e de opor-se a alterações não-autorizadas que possam denegrir sua imagem. É o que determina o art. 17 da LDA, c/c art. 2º, § 1º, da LPC.⁷⁵⁴ Manteve-se o caráter personalíssimo do direito autoral para a proteção do programa de computador, ainda que limitado.

Os direitos morais do programador são garantidos como exceção, ou seja, não são aplicados ao programa de computador, exceto o de reivindicar a paternidade e o de integridade. É o disposto no art. 2º, § 1º, da LPC.⁷⁵⁵

O direito de reivindicar a paternidade do programa de computador garante ao autor a faculdade de exigir que seu nome conste como autor do programa. Importa ressaltar que o direito é o de reivindicar e não o de ter o nome nos créditos do software, de forma que a reivindicação deste direito não acarreta necessariamente efeitos patrimoniais – salvo na hipótese de indenização por danos morais ou outros prejuízos supervenientes, que deverão ser demonstrados.⁷⁵⁶

Já o direito do autor opor-se a alterações não-autorizadas – quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa, que venha a

⁷⁵⁴ Art. 17, 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”.

⁷⁵⁵ Art. 2º, § 1º, LPC: “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 deformações do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou sua reputação”.

⁷⁵⁶ Antonio Chaves critica este direito, afirmando que “a própria indicação do nome do autor em cada exemplar da obra no que diz respeito aos programas de computação torna-se dificultosa ou impraticável pela circunstância que, em geral, resulta da colaboração de várias pessoas”. A realidade atual da criação do programa de computador é a da participação de vários autores, situação que se destaca, por exemplo, com o software livre. Contudo, não se está de acordo sobre ser impossível a menção aos autores ou a indicação da paternidade do programa de computador – do contrário seria igualmente impossível relacionar os muitos participantes de uma grande obra audiovisual ou qualquer outra obra coletiva. Neste ponto, o programa de computador, em si, tem mais possibilidades do que outras obras, por estar em ambiente virtual. O importante, entretanto, é identificar onde está a criação da obra e quem realmente participou de seu desenvolvimento, situação que é dificultada, por vezes, até pela imprecisão legal no que se refere a este ponto. (Ressalte-se que a obra do referido autor foi publicada em 1996, ainda na vigência da Lei n. 7.646/1987, na qual os direitos morais eram mais amplos. Contudo, com relação ao direito de paternidade não houve mudanças na lei atual.) CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTr, 1996, p. 148. Tarcizio Cerqueira, por exemplo, destaca o benefício que o exercício deste direito pode trazer aos autores do programa. CERQUEIRA, Tarcizio Queiroz. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000, p. 27. Vieira também corrobora esta posição. VIEIRA, 2005, ps. 533 et seq. Sobre o assunto, ver também: AREAS, Patrícia de Oliveira. *Contratos internacionais de software: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

prejudicar sua honra ou reputação – garante ao mesmo exercer tais direitos principalmente quando não seja mais titular do programa de computador. Em outras palavras, mesmo não sendo mais o titular dos direitos patrimoniais, o autor pode impedir alterações não-autorizadas que descaracterizem o programa ou lhe prejudiquem a reputação ou a honra. Este direito, contudo, não poderá ser garantido se as alterações tiverem sido autorizadas pelo autor.⁷⁵⁷ Esta observação é muito importante no que tange ao contrato de P&D de software e, principalmente, aos contratos realizados com as pessoas físicas envolvidas no projeto.

Os direitos morais são personalíssimos – só podem ser exercidos pelos autores como pessoas físicas, e não pelas jurídicas. Pontes de Miranda discorda, todavia, defendendo que o exercício, e tão somente este, poderá ser praticado pela pessoa jurídica, na qualidade de representante dos interesses dos autores (pessoas físicas). Assim, apesar de serem direitos específicos do autor – ou seja, pessoa física –, poderá a pessoa jurídica titular de direitos reivindicá-los no que se refere a obras coletivas.⁷⁵⁸

Outro dispositivo referente aos direitos morais na LDA e que pode ser aplicado ao programa de computador é o art. 27⁷⁵⁹, que determina a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos morais, ainda que se possa interpretar que a aplicação de tais direitos como exceção derroga o art. 27 da LDA no que diz respeito ao programa de computador. Contudo, não se está de acordo com esta posição, já que a não-possibilidade de renúncia e alienação faz parte da própria natureza personalíssima destes direitos, devendo, portanto, ser observada no que se refere ao programa de computador.

Logo, mesmo que o autor faça constar em contrato que não reivindicará a menção de sua autoria no programa, tal cláusula será nula e a qualquer tempo o direito poderá ser reclamado. O mesmo ocorre com o direito de opor-se a alterações não-autorizadas – também poderá ser reivindicado a qualquer tempo e é

⁷⁵⁷ Para Cerqueira, este direito pode ser inaplicável e até problemático para a indústria e comércio de software. CERQUEIRA, 2000, p. 28. Também corroboram esta posição 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, p. 64.

⁷⁵⁸ “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”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 7. p. 190.

⁷⁵⁹ Art. 27, LDA. “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

irrenunciável. Observa-se que o direito moral é válido apenas para as alterações não-autorizadas, ainda que na prática isso possa significar uma espécie de renúncia do autor.

Vale lembrar, todavia, que a autoria, no caso do software como um todo, envolverá não apenas a autoria do programa de computador, mas a dos direitos de autor provenientes da descrição do programa e dos demais materiais de apoio. Portanto, os criadores destes elementos também deverão ser considerados co-autores do software, embora não do programa de computador em si. Esta diferenciação é importante principalmente no que tange ao procedimento de registro de programas de computador junto ao INPI⁷⁶⁰, o qual – apesar de permitir a proteção das demais obras intelectuais envolvidas no software – diferencia a autoria e a titularidade do programa de computador.

Os direitos morais também deverão ser observados no que se refere aos autores dos demais elementos do software (material de apoio e descrição do programa). A estes, contudo, deverá ser aplicado o constante no art. 24 da LDA.⁷⁶¹

Mais além da co-autoria entre desenvolvedores dos vários elementos do software, existe a possibilidade de falar-se em co-autoria do programa de computador, ainda que o co-autor não tenha participado diretamente da “programação” em si – isto é, da escrita do código-fonte e/ou código-objeto do software.

Da interpretação literal do art. 1º da LPC, só seria considerado autor quem descrevesse o programa de computador (código-fonte e/ou código objeto). Contudo, há precedente jurisprudencial no Brasil no sentido de também incluir como autor

⁷⁶⁰ Decreto n. 2.556, de 20 de abril de 1998.

⁷⁶¹ Art. 24, LDA. “São 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”.

quem tenha participado de outras fases do desenvolvimento do programa de computador⁷⁶² afora a da codificação em si.

Tal concepção foi adotada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais em 2004. O caso envolvia a discussão de co-autoria de um software. O autor da ação procurou a empresa de desenvolvimento de software (ré) com uma solução para o problema de controle de gado bovino. A empresa fez o código-fonte e ambos comercializaram o software juntos. Contudo, após alguns anos, a empresa dispensou os serviços do Autor 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. Segundo a perícia, foi constatado que o Autor participou, no mínimo, das duas primeiras e da última fase. O juízo *a quo* deferiu o pedido alegando, entre outras coisas, que o indivíduo foi “co-autor” do software, e concedendo-lhe participação em 25% sobre os rendimentos de sua comercialização, com deduções fiscais. A decisão foi mantida pelo juízo de segunda instância, baseando-se nas fases do ciclo de vida do software e reconhecendo a co-autoria do apelado por ter participado, pelo menos, das duas primeiras e da última fase.⁷⁶³

Observa-se que, no acórdão em análise, ainda que se tenha falado na diferença entre “propriedade” e autoria, não restaram claras as efetivas conseqüências da declaração da co-autoria do software – se seria somente o reconhecimento da paternidade do software com participação nos lucros ou se implicaria efetiva co-titularidade.

Constata-se o fato da decisão do agravo de instrumento interposto à cautelar inominada proposta pelo autor da ação de conhecimento de primeira instância. Neste agravo foi deferida a “antecipação de tutela para que haja administração conjunta dos atos de comercialização do produto e para que se deposite o equivalente a 25% do proveito auferido, a fim de garantir a execução do julgado e prevenir o risco de prejuízo à parte”. Dentre os fundamentos da decisão está o fato de que “foi reconhecida a co-autoria do programa de software ‘Congado’, e o direito

⁷⁶² Sobre as fases do desenvolvimento do software, veja-se Apêndice C.

⁷⁶³ 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.

do Agravante a receber 25% da receita auferida pela comercialização do produto, com deduções fiscais”. Além disto foi afirmado que “a participação do Agravado nos atos de administração e comercialização do programa de computador é pertinente, em face do seu interesse jurídico, já que participou da criação do produto”.

Percebe-se, a princípio, que a participação na criação garantiria ao “co-autor” o direito de decisão sobre o software, quase como equiparado a um “co-titular”, ainda que não se defina isto expressamente nas decisões de segunda instância.⁷⁶⁴

Dessa forma, foi necessário analisar a sentença de primeira instância para verificar se foi estabelecida a diferenciação entre autoria e “propriedade”, e suas conseqüências para a lide.

Nesta r. sentença, o Autor alegou que detinha conhecimentos técnicos tanto na área de veterinária (sua profissão) quanto na de informática⁷⁶⁵, os quais foram utilizados para o desenvolvimento do software em questão: *Congado*. Ainda no relatório da sentença, nota-se que entre as alegações do Autor estaria a da “copropriedade”, como se verifica neste trecho: “Argumentou que a diferença na percepção da renda gerada pelo produto, se deu exclusivamente, em razão dos gastos da Ré [...], pois a propriedade do programa pertence às partes, em igual proporção [...]”.⁷⁶⁶

Restou provado no processo, por meio da perícia, que o Autor possui “noções em lógica de programação, desenvolvimento de sistemas e conhecimento de linguagem de programação”. Com isto, o perito concluiu que o Autor participou do “desenvolvimento do sistema ‘CONGADO’, efetiva e especificamente na Análise

⁷⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento - Antecipação de tutela - Coparticipação - Programa de computador - Reconhecimento - Administração conjunta - Possibilidade - Depósito prévio a título de cumprimento do julgado - Conta judicial - Necessidade. Havendo reconhecimento de co-participação na criação de programa de computador, garantindo ao co-autor os direitos decorrentes da propriedade do produto, é cabível a antecipação da tutela para que haja administração conjunta dos atos de comercialização do produto e para que se deposite o equivalente a 25% do proveito auferido, a fim de garantir a execução do julgado e prevenir risco de prejuízo à outra parte. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.500852-4/000(1). Agravante: Alma Informática Ltda. Agravado: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte. Belo Horizonte, 20 de setembro de 2005.

⁷⁶⁵ Vale lembrar, como já assinalado na seção 4.3, que a profissão de desenvolvedor carece de regulamentação, não sendo necessários documentos oficiais para comprovar a capacidade técnica nesta área.

⁷⁶⁶ BRASIL, 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Processo de Ação Declaratória nº 024.01.550.024-2. Autor: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Ré: Alma Informática Ltda. Juíza: Selma Maria Marques de Souza. Belo Horizonte, 30 jun. 2003, fls. 466.

Estruturada⁷⁶⁷, fornecendo dados e informações técnicas ligados, especialmente, ao ramo da veterinária, segundo os termos explicitados”. A juíza fundamentou a decisão na perícia e também nas testemunhas que afirmavam que o Autor era sócio da Ré ou idealizador do programa. Também prestou testemunho o ex-sócio da Ré, afirmando que o Autor desenvolveu o software juntamente com o sócio da Ré e que os dois tomavam as decisões sobre o software conjuntamente.⁷⁶⁸

Com base em tais provas, além de outras circunstâncias do processo – como o interesse de compra do software por terceiro, o que desencadeou todo o conflito –, a juíza decidiu por conceder a “co-propriedade” do software ao Autor, juntamente com o pagamento da participação acordada de 25% “da receita auferida pelo programa, descontados o valor [...]”. Com relação à cobrança, a juíza concedeu com base na comprovada “declaração de co-autoria do Autor em relação ao programa de software”.⁷⁶⁹

Com a análise da sentença de primeira instância e comparada com a decisão de segunda instância, verifica-se que naquela também não foi analisada a diferença entre “propriedade” (titularidade) e autoria, sendo concedida ao Autor por vezes a “co-propriedade” e por vezes a “co-autoria”. A juíza baseou-se, em parte, na prova de co-autoria quando, utilizando as conclusões do perito, afirmou que o Autor participou da “criação intelectual” do software. Mas também utilizou provas de “co-propriedade”, com os testemunhos, a participação nas decisões sobre o software e a renda advinda de sua comercialização.

⁷⁶⁷ Vale reproduzir a citação feita na sentença da explicação do perito acerca da análise estruturada e da programação: “Dentre as fases de desenvolvimento de sistema de informática, duas merecem destaque: Análise Estruturada e Programação. Análise Estruturada é a fase no desenvolvimento de sistema em que se realizam levantamentos e estudos de viabilidade, que irão produzir as especificações dos requisitos do sistema a ser construído. O principal objetivo da análise é especificar o sistema, definindo a estrutura do problema a ser resolvido de acordo com a visão do cliente. Análise Estruturada é muito importante no desenvolvimento de um sistema, pois as demais fases dependem diretamente daquela. Na fase de programação o desenvolvedor recebe as especificações (diagrama, dicionário, processo e etc.) levantadas na fase anterior e escreve o programa, a escrita do programa é denominada código-fonte”. BRASIL, 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Processo de Ação Declaratória nº 024.01.550.024-2. Autor: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Ré: Alma Informática Ltda. Juíza: Selma Maria Marques de Souza. Belo Horizonte, 30 jun. 2003, fls. 468-469.

⁷⁶⁸ BRASIL, 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Processo de Ação Declaratória nº 024.01.550.024-2. Autor: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Ré: Alma Informática Ltda. Juíza: Selma Maria Marques de Souza. Belo Horizonte, 30 jun. 2003, fls. 469-470.

⁷⁶⁹ BRASIL, 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Processo de Ação Declaratória nº 024.01.550.024-2. Autor: Virgílio Cançado Paculdino Ferreira. Ré: Alma Informática Ltda. Juíza: Selma Maria Marques de Souza. Belo Horizonte, 30 jun. 2003, fls. 471; 470.

Fica demonstrada, portanto, a confusão entre autoria e titularidade, não restando evidente o que foi de fato concedido pela juíza. Considerando as provas produzidas de participação nas decisões, bem como a participação nos resultados financeiros, reforçada pela tutela antecipada para a “co-administração do software” em outra demanda, se pode concluir que o concedido, na realidade, foi a co-titularidade.

Ainda que o escopo da tese não seja o de esmiuçar a propriedade intelectual do software e nem o estudo de caso desta lide, é importante analisá-la e ressaltar alguns elementos no que tange à proteção jurídica do software e do programa de computador no Brasil, e que poderão ter conseqüências para o próprio contrato de P&D de software:

a) insegurança jurídica do Judiciário: verifica-se que no Judiciário, não só nas decisões sobre o caso do software *Congado* mas em várias outras, não resta clara a diferenciação entre elementos básicos da propriedade intelectual, tais como autoria e titularidade; programa de computador e software; cessão e licença; cópia privada e cópia de segurança⁷⁷⁰, entre outros. Este fato, como será relatado na seção 6, demonstra insegurança jurídica, sendo um empecilho para o desenvolvimento e o propósito de criação de um ambiente sistêmico para a inovação no Brasil. Daí a importância de utilizar-se cláusulas contratuais claras e detalhadas a respeito da proteção jurídica do software desenvolvido no contrato de P&D, bem como de sua autoria e titularidade;

b) problemas na diferenciação entre autoria e “propriedade” (titularidade): ainda que não possa ser considerados uma lacuna legal, já que a LDA é clara neste sentido e aplicável ao programa de computador no que não for contrário à sua natureza. Seria aconselhável repetir tal norma na LPC, adequando-a às nuances próprias do programa de computador e, quiçá, do software como um todo. Ainda que a LPC tenha “derrogado” alguns dispositivos da LDA, não se tem claro o que não é efetivamente aplicado à proteção jurídica do software; e

c) não-proteção expressa dos demais documentos preparatórios do programa de computador: observa-se da decisão que a proteção concedida pela juíza, com a qual se concorda em parte, foi fundamentada mais em seu efeito prático

⁷⁷⁰ Sobre o assunto, ver: AREAS, Patrícia de Oliveira. Contrato de licença de uso de software: polêmica do uso em regime de rede nos tribunais brasileiros In: *DeCITA – Propiedad Intelectual*. Assunção, Paraguai: CEDEP, 2009, v.10, p. 267-280.

do que na própria natureza da propriedade intelectual do software.⁷⁷¹ A juíza analisou: o que efetivamente foi criado – o ato de criação; se houve participação importante neste ato; que, sendo a propriedade intelectual instrumento de proteção da criação, deve-se proteger a documentação preparatória. Logo, ela baseou-se no conceito que o perito tem de criação e no que, para ele, deve ser de fato protegido. Isso serve para demonstrar, por si, a falta de adequação do marco legal de proteção do software à sua realidade e natureza técnica.

Portanto, mais do que a diferença entre autoria e titularidade, em si, a decisão também envolve outro tema polêmico dentro da proteção autoral do software: o da proteção dos documentos preparatórios, tais como o projeto, a arquitetura, o fluxograma etc.

Sobre o tema, Santos analisa jurisprudências de vários países, além de doutrina de direito comparado, demonstrando a tendência de considerar também o material preparatório expressão da idéia – e por isso passível de proteção autoral juntamente com o programa de computador. É o caso, por exemplo, da Diretiva 91/250/CEE, de 14 de maio de 1991, da Comunidade Européia, sobre programa de computador, que protege, juntamente com este, a documentação preparatória.⁷⁷²

Interessante destacar, nas observações de Santos, sua concordância com a interpretação de que o ponto de interesse central da proteção ainda é o “programa operacional em si (código-fonte e/ou código-objeto)”, já que este é o resultado final do processo de desenvolvimento. Ele reconhece o caráter criativo presente nos documentos preparatórios do programa de computador, mas adverte para o fato de

⁷⁷¹ Na Lei de Propriedade Intelectual espanhola (Real Decreto Legislativo 1/1996), por exemplo, o programa de computador é protegido como obra literária, contudo, o art. 96.1 inclui na proteção a documentação preparatória e os demais elementos do software. Como segue: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador”.

⁷⁷² “Considerando que, para efeitos da presente directiva a expressão « programa de computador » inclui qualquer tipo de programa, mesmo os que estão incorporados no equipamento; que esta expressão inclui igualmente o trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, desde que esse trabalho preparatório seja de molde a resultar num programa de computador numa fase posterior”. “Artigo 1º Objecto da protecção. 1. De acordo com o disposto na presente directiva, os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas. Para efeitos da presente directiva, a expressão « programas de computador » inclui o material de concepção”.

que, ainda que as legislações contemplem a proteção deste juntamente com o programa de computador, não trazem uma conceituação precisa do que seja incluído no conceito de documentos preparatórios.⁷⁷³

A própria Diretiva 91/250/CEE, de 14 de maio de 1991, é um dos instrumentos legais que protegem a documentação preparatória, mas não definem o que faz parte dela.⁷⁷⁴

Jesus Delgado Echeverría, por sua vez, defende que a documentação preparatória do software é protegida independentemente da finalização do desenvolvimento do programa de computador. Esta conclusão, segundo ele, é extraída da própria Diretiva 91/259/CEE, que em seu sétimo *considerando* determina bastar a potencialidade de existência de um programa de computador para que a documentação técnica seja protegida.⁷⁷⁵

Soler Matutes *et al.* destacam ainda que a mesma conclusão pode ser extraída da análise do art. 99.2 da Lei de Propriedade Intelectual espanhola⁷⁷⁶, por exemplo, quando determina que somente serão transmitidos direitos de uso do programa de computador na medida estrita para satisfazer as necessidades do

⁷⁷³ Santos ressalta que “a documentação de descrição do programa já desenvolvido e aquela gerada para a utilização deste, que compõem a documentação auxiliar, não se enquadram no conceito legal de documentação preparatória”. Tais documentações podem, sim, ser protegidas se “atendidos os requisitos de originalidade, contudo não com a mesma proteção do programa de computador”. Destaca-se que a proteção será autoral e não recairá sobre o conteúdo técnico dos manuais. SANTOS, 2008, p. 147 et seq.

⁷⁷⁴ No que tange à proteção desta diretiva, Santos afirma restar “evidente que o redator da norma distingue entre, de um lado, o programa de computador propriamente dito e, de outro lado, o material de concepção preparatória. O que se pretende é assimilar este material de concepção ao programa para fins de proteção legal, quando na verdade ambos são espécies do gênero ‘software’”. Conclui, por fim, que “os diplomas normativos ora em discussão carecem efetivamente de definições legais, com a abrangência que continham as Disposições Tipo da OMPI, de forma a evitar imprecisões terminológicas que, eventualmente, podem determinar uma aplicação incorreta da norma jurídica”. SANTOS, 2008, p. 156-157.

⁷⁷⁵ Nos termos de Delgado Echeverría: “El preámbulo de la Directiva parece exigir sólo la potencialidad para originar un programa (aunque luego éste no llegue a existir), y esta interpretación parece más acorde con la finalidad de la norma, para cuya aplicación no habremos de esperar hasta que el programa llegue a su fase final (entonces, retroactivamente) o definitivamente se malogre”. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesus. In: BERCOVITZ RODRIGUES CANOS, Rodrigo. *Comentários a ley de propiedad intelectual*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1997, p. 1.397.

⁷⁷⁶ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Art. 99.2: “A tales efectos, cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario. La primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo”.

usuário. Assim, segundo eles, a restrição exclui a transmissão de quaisquer direitos sobre a documentação preparatória do software, salvo disposição em contrário.

Ademais, os mesmos autores exemplificam a problemática prática desta proteção, independente da documentação preparatória do software no que tange ao contrato de desenvolvimento, o que é um ponto importante para a tese em questão.

Assim, quando uma das partes renuncia ao contrato antes que o software seja concluído, mas já existindo o “material preparatório”⁷⁷⁷, cabe indagar se este material independente é passível de proteção e, em caso afirmativo, quem será o titular de propriedade intelectual sobre ele. Segundo os autores, a propriedade seria do desenvolvedor, a menos que o contrário seja estipulado em contrato, limitando, assim, o aproveitamento do material preparatório pelo contratante (“empresa cliente”).⁷⁷⁸

Enquadrando o mesmo exemplo no ordenamento jurídico brasileiro, repetem-se aqui as duas indagações feitas anteriormente: a) se o material preparatório é passível de proteção; b) e, em caso afirmativo, a quem caberia a titularidade diante da renúncia do contrato de desenvolvimento antes de desenvolvido o software.

Para facilitar a análise, separam-se estes questionamentos em dois itens:

- i. É possível a proteção do material preparatório do programa de computador pela legislação brasileira, ainda que o software não tenha sido desenvolvido?

Não há na LPC qualquer menção à proteção do material preparatório. Jurisprudencialmente, até o momento, apenas uma decisão entrou na temática para proteger a autoria ou “propriedade” destes documentos juntamente com o programa de computador (conforme referido acima), mas sem analisar pormenorizadamente sua proteção específica.

Imagine-se o caso em que um software é projetado por uma empresa, a qual apenas terceiriza a “confecção” do programa de computador (programação) a outra

⁷⁷⁷ Para Soler *et al.*, o termo mais adequado seria “material preparatório”, já que, antes mesmo de começar a elaboração do software, se faz um “protótipo”. SOLER MATUTES, 2006, p. 67.

⁷⁷⁸ Nos seus termos: “Esta dicción restrictiva del precepto excluye, a nuestro entender, y salvo transmisión expresa de los derechos del programa al cliente, la transmisión de cualesquiera derechos sobre la documentación preparatoria del mismo”. SOLER MATUTES, 2006, p. 66-67.

empresa.⁷⁷⁹ A criação em si (criatividade), na prática, foi da empresa que projetou todo o material preparatório, ficando a cargo da empresa de programação representar, por meio do código-fonte, o que foi projetado pela empresa contratante.

Pode-se fazer a analogia do caso com a construção civil. O material preparatório seria o projeto do edifício e a programação seria feita pelo “pedreiro”. Claro que a analogia deve respeitar as devidas proporções, já que, no caso do software, a forma como a programação é feita representa muito no resultado final, além do fato de que a empresa contratada não poderia “construir” o código-fonte conforme projetado pela empresa contratante se não tivesse tecnologia adequada (ou conhecimento). Ademais, existem várias formas de criar-se este material preparatório, sendo que alguns destes “projetos” não possuem tantos detalhes e originalidade suficiente para protegê-los como obra independente.

Portanto, pode-se concluir que ambos os documentos (expressões de idéia do software) devem ser protegidos, seja pela “criatividade” do material preparatório, seja pela “técnica” da própria programação. E tal proteção, dependendo do caso, deve ser garantida independente da existência do outro documento, principalmente no que se refere à P&D de software. Como já afirmado pelo Manual de Frascati e analisado na seção 3.2.2, o não-sucesso do projeto não descaracterizaria o processo de P&D, porque toda pesquisa e trabalhos realizados podem servir de base a outros projetos que não especificamente o objetivado a princípio.

No exemplo referido, se houver renúncia ao contrato antes que o software tenha sido desenvolvido, cabe proteção independente ao material preparatório, desde que este apresente o requisito da originalidade e detalhamento suficiente para caracterizá-lo como obra autônoma.

Como ressaltado no Apêndice C, sobre as fases de desenvolvimento do software, a própria metodologia de desenvolvimento vem evoluindo, aumentando consideravelmente a capacidade de detalhamento do material preparatório para a criação do programa de computador. Ainda que o programador (aquele que fará a criação do programa de computador em si, a implementação) tenha algum poder discricionário durante seu trabalho, este será muito reduzido devido à descrição criteriosa do material preparatório. Assim, defende-se que o material preparatório

⁷⁷⁹ Este fato, inclusive, é o que mais acontece nos contratos de *offshore outsourcing*, onde grandes multinacionais terceirizam a programação para empresas em países em desenvolvimento, os quais possuem vantagens comparativas, como mão-de-obra barata. Veja-se seção 2.2.

pode possuir elementos de originalidade e criatividade suficientes para constituir-se em criação autônoma, sendo caracterizado como expressão da idéia e passível de proteção pela LPC, considerando sua natureza, e pela LDA, considerando o caráter amplo do art. 7º dessa lei.

No que se refere à possibilidade de proteção, não obstante o silêncio legal, conclui-se que é possível. Considerando a declaração de co-autoria pela decisão anteriormente analisada; a não-exclusão expressa da proteção da documentação preparatória pela legislação; a proteção concedida pelo direito autoral aos demais elementos do software; o caráter criativo existente na documentação preparatória e sua consideração como expressão de idéia (e não como idéia em si); a análise de direito comparado e a tendência jurisprudencial internacional, pode-se afirmar que a documentação preparatória é passível de proteção pelo direito brasileiro, embora este não seja expresso quanto ao assunto.⁷⁸⁰

Ressalve-se que não se defende, aqui, uma substituição de proteção jurídica – não se deixará de proteger o programa de computador para proteger o material preparatório. O que se pretende é a proteção de ambos, ainda que envolva um mesmo ativo intangível. Numa analogia às situações envolvendo obras coletivas literárias divisíveis (e ainda que o programa de computador não seja uma obra literária⁷⁸¹), é possível a existência jurídica conjunta da obra, ou individual. E cada qual terá sua proteção, patrimonial e moral.

ii. Em caso afirmativo, de quem será a titularidade deste material?

Como a resposta à indagação anterior é afirmativa – isto é, o material preparatório pode ser protegido independentemente da criação do programa de computador, principalmente no que tange ao contrato de P&D de software – cabe verificar agora a quem cabe a titularidade.

⁷⁸⁰ A conclusão também advém da própria interpretação da natureza do art. 7º da LDA, que apresenta um rol exemplificativo de obras intelectuais passíveis de proteção e não-taxativo – o que não demonstra o caráter amplo de proteção de obras.

⁷⁸¹ Não obstante os antigos questionamentos sobre o enquadramento do programa de computador nas tutelas jurídicas já existentes. Observe-se que, na Europa, o programa de computador é considerado obra literária, assim como na Lei de Propriedade Intelectual da Espanha. Pelo fato de o Brasil ter promulgado uma lei à parte para a proteção do programa de computador, o legislador pátrio não o equiparou à obra literária, mas tão somente concedeu a ele proteção por direito autoral. Sobre o assunto, ver: Apêndice B e ASCENSÃO, 1997.

Para tanto, analisa-se o preceito do art. 4º da LPC⁷⁸², quando trata do caso de programa de computador desenvolvido sob a vigência de contrato de trabalho, prestação de serviço ou vínculo estatutário.⁷⁸³

Como afirmado, nem sempre o autor será titular originário dos direitos advindos da criação do software. Além da obra coletiva, garantida pela LDA, existe o caso do programador empregado, contratado ou funcionário público que, em determinados casos, não será o titular originário – este é o contratante, empregador ou órgão público. Tal dispositivo aproxima-se mais das disposições da Lei de Propriedade Industrial (LPI) – Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996 (art. 88⁷⁸⁴) – do que da LDA.

São três os casos em que a titularidade originária será do contratante, empregador ou órgão público, salvo disposição contratual em contrário:

- contratos de trabalho, de prestação de serviço ou vínculo estatutário expressamente destinados à pesquisa e desenvolvimento; ou
- contratos de trabalho, de prestação de serviço ou vínculo estatutário cuja atividade de desenvolvimento de programa de computador pelo empregado, contratado ou servidor público, seja expressamente prevista; ou

⁷⁸² Art. 4º, LPC. “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. § 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado. § 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”.

⁷⁸³ Este artigo será analisado pormenorizadamente a seguir.

⁷⁸⁴ Art. 88, LPI. “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. § 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado. § 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício”.

- contratos de trabalho, de prestação de serviço ou vínculo estatutário em que a própria natureza dos encargos concernentes ao vínculo determina a titularidade exclusiva do empregador, contratante ou órgão público.

Considerando a delimitação temática da tese, se analisará o primeiro ponto com mais detalhes, já que se refere especificamente ao contrato de P&D.

É estipulado no referido artigo que a titularidade exclusiva será do contratante, empregador ou órgão público se o contrato destinar-se expressamente à “pesquisa e desenvolvimento”. Segue o trecho do artigo:

[...] 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 [...]. (*grifos inexistentes no original*)

O primeiro ponto a ser analisado é o da vinculação do contrato à P&D, de forma generalizada e não especificamente à P&D de software. Deduz-se que tal regra é aplicável a qualquer contrato de P&D que tenha como resultado ou um dos resultados um programa de computador que, por sua vez, não necessita ser o objeto principal do contrato. Os programas de computador desenvolvidos na vigência desses contratos serão de titularidade exclusiva daquele que contratou ou do órgão público, salvo disposição contrária.

O segundo ponto refere-se ao próprio conceito de P&D, que não consta do texto do art. 4º da LPC. Tal dispositivo somente determina que o contrato deve ser “expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento”. A partir desta disposição surge um questionamento: basta que conste no contrato o termo expresso “pesquisa e desenvolvimento” para que a titularidade seja do contratante, ou o contrato deverá ter como objetivo o desenvolvimento de um projeto de caráter inovador, baseado no conceito do art. 24 do Dec. nº 5.906/2006?

Convém destacar que o referido decreto foi promulgado somente em 2006, posteriormente à LPC, que é de 1998. Desta forma, não parece que o legislador tenha intencionalmente pensado no conceito de P&D envolvendo TI determinado por este dispositivo.

Conforme já analisado nas seções 3.1.4 e 3.2.3, sobre o marco legal de P&D no Brasil, observa-se que a maior parte das leis que trazem algum conceito de P&D é posterior à LPC. São elas: Dec. nº 5.798/2006 (que regulamenta a Lei do Bem e

apresenta a P&D identificável pelo elemento inovador); Dec. nº 4.324/2002; Dec. nº 4.179/2002; Dec. nº 4.157/2002; Dec. nº 4.143/2002; Dec. nº 3.874/2001; Dec. nº 3.867/2001; Dec. nº 3.866/2001. Os últimos já não deixam tão claro o elemento inovação da P&D.

Pode-se citar, contudo, o Dec. nº 949/1993, que regulamentava a Lei nº 8.661/1993, revogada pela Lei do Bem. Ele é anterior à LPC e traz em seu art. 3º o mesmo conceito de P&D disposto no Dec. nº 5.798/2006. O artigo conceitua P&D utilizando suas atividades básicas: pesquisa básica dirigida, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental. Ademais, acrescenta em todas elas o elemento inovação: “novos fenômenos”, “novos conhecimentos”, “novos produtos, processos, sistemas ou serviços” e “aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos”.⁷⁸⁵

Logo, ainda que não existisse um conceito de P&D específico para TI à época da LPC, a legislação nacional já tinha o critério inovação como respaldo de caracterização do processo de P&D. Ademais, como visto no primeiro ponto desta análise, a referida P&D do art. 4º está disposta de forma generalizada e não vinculada expressamente à TI ou a programa de computador. Daí afirmar-se que o disposto no art. 24 do Dec. nº 5.906/2006 é passível de utilização para interpretar o conceito de P&D do art. 4º da LPC, por não ser contrário ao critério inovação já presente na legislação da época.

Esclarecida a possibilidade de utilização do conceito do art. 24 do Dec. nº 5.906/2006, volta-se ao questionamento feito anteriormente sobre se basta a expressão do termo P&D no contrato, ou se este deve envolver o critério inovação

⁷⁸⁵ Estes conceitos já foram analisados na seção 3.1.4. Contudo, transcreve-se novamente o disposto no art. 3º do Dec. nº 949/1993 para facilitar a leitura: “Para efeito do disposto neste decreto, serão consideradas atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico industrial e agropecuário as realizadas no País, compreendendo a pesquisa básica dirigida, a pesquisa aplicada, o desenvolvimento experimental e os serviços de apoio técnico necessário ao atendimento dos objetivos dos programas. 1º Enquadram-se como pesquisa básica dirigida os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenômenos, com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores. 2º Enquadram-se como pesquisa aplicada os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas. 3º Enquadram-se como desenvolvimento experimental os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos preexistentes, visando à comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos. 4º Enquadram-se como serviços de apoio técnico aqueles que sejam indispensáveis à implantação e à manutenção das instalações e dos equipamentos destinados exclusivamente às linhas de pesquisa e desenvolvimento tecnológico dos Programas, bem como à capacitação dos recursos humanos dedicados aos mesmos”.

para que seja possível a titularidade exclusiva do contratante com base no primeiro caso do art. 4º da LPC.

Defende-se que não basta constar em contrato o termo “pesquisa e desenvolvimento” para que se aplique a disposição do art. 4º da LPC. O contrato deve efetivamente envolver o objetivo real de P&D, qual seja, o elemento inovação.

Assim, todo contrato que expressamente tenha como objetivo promover um progresso evolucionário utilizando o software, de forma a proporcionar a resolução sistemática de uma incerteza científica e/ou técnica, a partir de um trabalho teórico ou experimental que vise atingir a um objetivo específico, descobrir novas aplicações ou obter a compreensão ampla e precisa dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados, poderá ser considerado contrato de P&D para fins de aplicação do art. 4º da LPC.

Na jurisprudência brasileira, até o momento, não há decisões cuja titularidade seja determinada por contratos de P&D, ou nas quais se tivesse a oportunidade de discutir o próprio conceito deste processo. A maior parte está atrelada ao caso cujo contrato ou vínculo estatutário tenha como cláusula expressa a função de desenvolvimento de programa de computador.⁷⁸⁶

Destacada a questão da titularidade do programa de computador desenvolvido por empregado, contratante ou servidor público, volta-se ao exemplo

⁷⁸⁶ Observa-se que na jurisprudência, por exemplo, não se questiona a presença da pesquisa e desenvolvimento como elemento do contrato, tampouco seu conceito. Dentre algumas decisões, citam-se: BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais. Cooperativa médica que alega ter adquirido os direitos de propriedade sobre software criado pelo réu. Insubsistência. Réu que, na qualidade de presidente da cooperativa, desenvolveu espontaneamente e sem vínculo obrigacional, programa de computador para facilitar o manejo das atividades do grupo e implementar a qualidade de sua gestão. Direito deste de, ao deixar o órgão, levar o programa consigo. Inteligência do art. 5º, § 2º, da lei n.º 7.646/87. Conduta ilícita inexistente. Requisitos dos arts. 159 do código civil de 1916 (art. 186 do cc/2002) e 927 do atual código civil igualmente não configurados. Sentença de parcial procedência reformada. Recurso da autora desprovido. Recurso do réu provido. Apelação Cível n. 2007.045896-5, de Araranguá. Apelantes e Apelados: Unimed Vale do Araranguá Cooperativa de Trabalho Médico e Jorge Luís Beluco. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 14 de outubro de 2008. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível – Interposição contra sentença que julgou procedente medida cautelar preparatória de busca e apreensão e ação declaratória de posse e propriedade de programas de computadores e códigos-fonte c.c. multa cominatória. Apelada que faz jus à propriedade do programa de computador objeto do contrato de prestação de serviços que firmou com os apelantes. Aplicação da regra contida no artigo 4º, caput, da Lei n.º 9.609/98, Estipulação de multa em caso de uso do programa de computador em questão pelos apelantes que se afigura correta, nos termos do que preconiza o artigo 287 do Código de Processo Civil. Sentença correta. Apelação Cível de revisão n.º 979.222-00/0 – São Paulo. Apelantes: Mega Apoio Informática e Márcio Noberto. Apelada: EFG Engenharia S/C Ltda. Rel. Des. Mario A. Silveira. São Paulo, 30 de maio de 2007.

proposto anteriormente sobre a renúncia do contrato de desenvolvimento cuja documentação preparatória foi concluída, mas o software não.

Passa-se à segunda indagação: uma vez protegida pelo direito autoral, quem será o titular? Sobre tal questionamento a polêmica é maior. Primeiramente devem ser analisadas as cláusulas contratuais, se havia alguma determinação a respeito da titularidade do programa de computador, juntamente com sua documentação preparatória. Se não, devem-se analisar as regras contratuais de rescisão contratual unilateral.

A determinação do art. 4º da LPC visa proteger o investimento realizado na P&D. Desta forma, para verificar a quem cabe a titularidade do material preparatório do programa de computador, há que se verificar qual o estado do cumprimento das obrigações pelas partes, se a contratante pagou retribuições suficientes pela titularidade do material preparatório, ou não, bem como as circunstâncias pelas quais deu-se a renúncia unilateral. Assim, se a contratante efetuou pagamento suficiente para ter a titularidade do material preparatório, aplica-se o art. 4º da LPC. Caso contrário, aplica-se o preceito do art. 11 da LDA, cuja autoria é da pessoa física, como também a titularidade originária, cabendo à empresa que desenvolveu a P&D.

Até aqui a análise foi feita com base no modelo de contrato obrigacional, onde uma parte é responsável por cumprir a obrigação principal e a outra por pagar a retribuição.

Aplicadas ao caso de modelo cooperativo, onde ambas as partes são responsáveis por cumprir a obrigação principal, as mesmas regras terão outros efeitos, principalmente no que se refere à determinação da titularidade originária regulamentada pelo art. 4º da LPC.

A titularidade deverá ser definida em contrato. No caso de silêncio das partes, devemos ater-nos ao caso concreto e verificar qual o grau de participação e interesse de cada parte no projeto. Assim, partindo do pressuposto de que ambas as partes atuaram e investiram no projeto de forma equivalente, pode-se aplicar analogicamente o disposto no art. 91 da LPI⁷⁸⁷, determinando a co-titularidade das partes.⁷⁸⁸

⁷⁸⁷ Art. 91, LPI. “A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais,

Ainda no que se refere à titularidade do programa de computador, cabe ao titular o exercício dos direitos patrimoniais⁷⁸⁹, sendo estes os que garantem o poder de utilizar, fruir e dispor do programa (art. 28, LDA). No caso de derivações de programa de computador já existente, também deverá existir autorização do titular. O art. 5º da LPC garante que os direitos sobre esta derivação serão de quem a fizer, incluindo sua exploração econômica, salvo estipulação em contrário.⁷⁹⁰

No exercício dos direitos patrimoniais, a LPC determina algumas obrigações ao titular. Uma delas é a necessidade de constar o prazo de validade técnica da versão do programa de computador comercializado, seja no contrato de licença de uso, seja no documento fiscal correspondente, seja nos suportes físicos ou respectivas embalagens.⁷⁹¹ Este prazo é o que determinará o período de tempo durante o qual o titular dos direitos patrimoniais ou de comercialização do programa de computador deve assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares, para garantir o adequado funcionamento conforme as especificações técnicas. Esta obrigação persistirá mesmo que o programa de computador tenha sido retirado de comercialização. Na falta de prazo de validade técnica, a obrigação persistirá enquanto o usuário necessitar do programa.⁷⁹²

instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário. § 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário. § 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração. § 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas. § 4º No caso de cessão, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência”.

⁷⁸⁸ Observa-se a regra do art. 4º do Dec.-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil – LICC): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁷⁸⁹ Esta observação é importante considerando que o resultado de um contrato de P&D de software é um bem intangível que terá um titular, o qual tem a prerrogativa de tais direitos.

⁷⁹⁰ Art. 5º, LPC, “Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário”.

⁷⁹¹ Art. 7º, LPC. “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”.

⁷⁹² Art. 8º, LPC. “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”.

No caso da comercialização do software, a LPC determina que o uso deverá ser objeto de contrato de licença. O contrato poderá ser comprovado pelo documento fiscal de aquisição ou licenciamento da cópia.⁷⁹³ Já no que se refere aos atos e contratos de licença de comercialização de programas de computador de origem externa, os mesmos deverão fixar o responsável pelo pagamento dos tributos e encargos exigíveis e a remuneração dos direitos autorais do titular de tais programas. Cláusulas que porventura limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições legais, ou que eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor, serão consideradas nulas. Os documentos desta transação devem ser guardados por cinco anos.⁷⁹⁴

Para que produzam efeitos contra terceiros, os contratos de transferência de tecnologia de programa de computador deverão ser registrados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).⁷⁹⁵

Tais direitos patrimoniais, porém, não são absolutos. A própria LPC os limita em seu art. 6º.⁷⁹⁶ Dentre as limitações destaca-se a que permite a existência de

⁷⁹³ Art. 9º, LPC. “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”.

⁷⁹⁴ Art. 10, LPC. “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”.

⁷⁹⁵ Art. 11, LPC. “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”.

⁷⁹⁶ Art. 6º, LPC. “Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador: I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda; II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos; III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou

outro programa similar a um programa preexistente sem que se infrinjam os direitos do titular deste. Isto porque o direito autoral não protege a funcionalidade do programa de computador, tampouco a idéia do programa em si – o que se protege é a expressão desta idéia. Assim, só haveria infração no caso de o programa de computador ser uma cópia de um programa preexistente ou uma derivação, sem a respectiva autorização.

Tal exceção pode influenciar de forma específica o contrato de P&D, já que legalmente é possível a qualquer pessoa, servindo-se de conceitos utilizados (idéia) por outro software, desenvolver programas com a mesma funcionalidade – concorrentes, portanto. Ou seja, as empresas ou institutos envolvidos no contrato de P&D não poderão, por meio da proteção do direito autoral, impedir que os desenvolvedores que participarem do projeto criem softwares concorrentes partindo da sua idéia central. Isto somente será possível por meio do direito concorrencial e de cláusulas contratuais de proteção de segredo industrial, know-how etc. Outra possibilidade seria o patenteamento do efeito técnico do software, se este cumprir os respectivos requisitos de invenção.⁷⁹⁷

Os direitos patrimoniais do programa de computador têm prazo de proteção diferente do regime geral dos direitos autorais. O programa de computador em si será protegido por 50 anos, computados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou criação (art. 2º, § 2º, LPC).⁷⁹⁸ Este prazo, contudo, quando aplicado ao software como um todo, pode trazer algumas divergências. A proteção de 50 anos é garantida somente ao programa de computador (código-fonte e código-objeto); os demais elementos do software (descrição do programa e material de apoio) serão protegidos durante toda a vida do autor, mais 70 anos, computados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à

operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu”.

⁷⁹⁷ Sobre as demais formas de proteção jurídica do software, ver itens seguintes.

⁷⁹⁸ Art. 2º, LPC. “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei. [...] § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação”.

morte do mesmo. Se existir mais de um autor para tais documentos, o prazo começará a contar a partir da morte do último autor sobrevivente (art. 42, LDA).⁷⁹⁹

Portanto, na proteção do software como um todo, serão computados dois prazos distintos: o de 50 anos para o código-fonte e código-objeto, e durante toda a vida do autor, mais 70 anos, para os demais documentos técnicos. Essa diferença de prazos, com a evolução e importância do software na sociedade, poderá gerar controvérsias complexas que deverão ser resolvidas pela jurisprudência.

Por fim, destaca-se que a proteção autoral do software como um todo é garantida independente de registro⁸⁰⁰, a partir da data de sua criação⁸⁰¹ ou publicação. O efeito do registro, realizado no INPI⁸⁰², é declaratório de direito e não se faz análise de mérito do software. Ademais, a proteção é garantida internacionalmente, nos países signatários da CUB/OMPI e da OMC.

Feitas estas observações, passa-se à análise dos demais instrumentos legais capazes de proteger o software.

⁷⁹⁹ Art. 42, LDA. “Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes. Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores”.

⁸⁰⁰ Art. 2º, § 3º, LPC: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.
Art. 3º, LPC. “Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia. § 1º O pedido de registro estabelecido neste artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações: I - os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas; II - a identificação e descrição funcional do programa de computador; e III - os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo. § 2º As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular”.

⁸⁰¹ Considera-se que o programa de computador está criado a partir do momento que ele seja capaz de executar todas as funções para as quais foi projetado. Art. 1º, § 1º, da Resolução INPI 58/1998: “O registro de programa de computador poderá ser solicitado ao INPI, para segurança dos direitos autorais a ele relativos, imediatamente após sua data de criação. § 1º Para fins desta Resolução, considerar-se-á data de criação aquela em que o programa tornou-se capaz de atender plenamente as funções para as quais foi concebido”.

⁸⁰² O procedimento do registro de programa de computador está regulado pelo Decreto n. 2.556/1998, Resolução do INPI n. 58, de 14 de julho de 1998, e n. 201, de 10 de março de 2009.

b) Proteção por patente de invenção

Como observado anteriormente, a proteção autoral é débil considerando o potencial criativo do software (inovativo) e sua importância, cada vez maior, na sociedade como um todo. Em virtude disso, outros institutos da propriedade intelectual são utilizados para complementar a proteção deste bem intangível. Um deles é o da patente de invenção.⁸⁰³

A LPI determina em seu art. 10, V⁸⁰⁴, que programas de computador em si não são considerados invenção. Ocorre que, como já explanado, o direito autoral protege tão somente a expressão da idéia do programa de computador e não a sua funcionalidade.

Há que se diferenciar entre o programa de computador em si e o efeito técnico que o mesmo proporciona, ou seja, sua funcionalidade.⁸⁰⁵ De fato, legalmente, não há como fazer uma patente de invenção do programa de computador em si – isto é, do código-fonte e/ou do código-objeto, que são objetos de proteção por direito autoral. Não se pode dizer o mesmo, entretanto, do efeito técnico que o programa proporciona. Vários softwares são responsáveis por invenções ou parte de invenções⁸⁰⁶, que cumprem os requisitos de patenteabilidade: atividade inventiva, novidade e aplicabilidade industrial (art. 8º, LPI).⁸⁰⁷

Ainda que a finalidade da presente tese não seja a de analisar a proteção jurídica do software, é importante destacar a possibilidade de patente de invenção.⁸⁰⁸ Considerando que P&D de software inclui necessariamente um

⁸⁰³ Ressalte-se, contudo, que o foco desta análise não é esgotar o tema, mas destacar alguns pontos importantes para o próprio contrato de P&D que envolve potencial inventividade.

⁸⁰⁴ Art. 10, LPI. “Não se considera invenção nem modelo de utilidade: [...] V - programas de computador em si”.

⁸⁰⁵ SANTOS, 2008, p. 67 et seq.

⁸⁰⁶ Alguns exemplos podem ser destacados: PI 9305030-5: “Método para processamento e filtragem digitais de sinais em aplicações de controle industriais”; PI 9611518-1: “Método de alinhamento de códigos legíveis por máquina para pixels de impressora”; PI 0202561-2: “Dispositivo e método de avaliação de desempenho de canto” (ainda não concedida). Mais informações sobre os dois últimos inventos em: REDETEC. *Inventores do Brasil: software*. Disponível em: <<http://www.redetec.org.br/inventabrasil/ysoftwa.htm>>. Acesso: 13 abr. 2010.

⁸⁰⁷ Art. 8º, LPI. “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

⁸⁰⁸ Sobre o tema, ver: 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, 2005, p.

elemento de inovação (mas não necessariamente invenção), existe potencialidade de utilizar-se patente para proteger uma eventual invenção envolvendo software desenvolvido por parceria ou encomenda de P&D. Daí a importância da ciência desta possibilidade e o destaque de alguns pontos importantes da lei.

A proteção por meio de patente garantirá a exclusividade sobre a funcionalidade do software, sendo, por isso, uma proteção que restringe mais as possibilidades de uso do software se comparada com a do direito autoral. Desta forma, quando o efeito técnico é protegido, não se pode desenvolver outros softwares que cumpram a mesma funcionalidade (art. 42, LPI)⁸⁰⁹ durante o período de vigência da patente: 20 anos, contados da data do pedido (art. 40, LPI).

No que tange à titularidade, da mesma forma que na regra autoral de programa de computador, a mesma será do empregador quando a pesquisa ou a atividade inventiva da invenção, objeto de patente, tiver sido realizada sob a vigência de um contrato de trabalho (art. 88, LPI).⁸¹⁰ A titularidade será exclusivamente do empregado no caso de a invenção ser realizada fora do âmbito do contrato de trabalho e sem a utilização de recursos, meios, dados e outros elementos da empresa (art. 90, LPI). E será em regime de co-titularidade se resultar da colaboração pessoal do empregado e de recursos, meios, dados etc., do empregador (art. 91, LPI).⁸¹¹ As mesmas regras aplicam-se ao caso de trabalhador autônomo, contratado ou estagiário, além de empresas contratantes e contratadas

23 et seq.; ALCANTARA, Telma Lucia. Pedidos de patentes relacionados a software, 17 de novembro de 2006. Rio de Janeiro: INPI. Apresentação recebida por N., Leila. *Re: Sobre patentes de software* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <poareas@hotmail.com> em 01 fev. 2007.

⁸⁰⁹ Art. 42, LPI. “A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente”.

⁸¹⁰ Art. 88, LPI. “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. [...]”.

⁸¹¹ Art. 91, LPI. “A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário. [...]”.

(art. 92, LPI).⁸¹² Também é permitido que seja estipulada participação nos ganhos econômicos ao inventor (art. 89, LPI).⁸¹³

Nos EUA, a concessão de patentes envolvendo software é mais freqüente, enquanto na Europa a matéria ainda é polêmica e contraditória.⁸¹⁴

Além do direito autoral e da patente de invenção, outros institutos podem ser utilizados para proteger o software.

c) Proteção por marca

Ainda que não seja uma proteção do programa de computador em si, ou do efeito técnico, a marca é muito útil na proteção do nome comercial do software enquanto marca.

Observe-se que no próprio registro do programa de computador, no INPI, há a possibilidade de proteger-se o nome comercial do software, desde que esse nome não seja descritivo e nem evocativo da funcionalidade do software.⁸¹⁵ Contudo, nada impede que ele seja protegido também como marca, caso preencha os requisitos legais para tal registro.

Marca é o sinal distintivo, visualmente perceptível, que tem o condão de identificar e distinguir serviços e produtos (art. 122, LPI⁸¹⁶). Tal sinal pode ser

⁸¹² Art. 92, LPI. “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”.

⁸¹³ Art. 89, LPI. “O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa. [...]”.

⁸¹⁴ Sobre o tema, ver: SANTOS, 2008, p. 69 et seq.

⁸¹⁵ RESOLUÇÃO INPI n. 58, de 14 de julho de 1998. Conforme especificado no Manual do usuário “f) Nome Comercial: a proteção ao Nome Comercial do Programa de Computador pode ser obtida concomitantemente com a providência relativa ao Registro (Lei n. 9.610/98, de 20 de fevereiro de 1998), bastando para tanto que aquele seja informado como título do programa no ato da apresentação do pedido de Registro”. INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Manual do usuário*: programa de computador. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_manual/index_html#cap211>. Acesso: 13 abr. 2010. Ademais, a utilização indevida de nome comercial alheio é proibida pelo art. 195, V, da LPI, como crime de concorrência desleal. Veja-se COPETTI, Michele. As marcas e os programas de computador. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. *A proteção jurídica da propriedade intelectual de software*: noções básicas e temas relacionados. Florianópolis: IEL-SC, 2008, p. 124.

⁸¹⁶ Art. 122, LPI. “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

nominativo, figurativo, misto ou até tridimensional, e pode ser registrado como marca desde que não proibido por lei (art. 124, LPI⁸¹⁷). Os requisitos da marca são: distintividade (ainda que relativa), novidade e licitude, e o registro deve ser feito no INPI.⁸¹⁸

No caso do programa de computador, a marca pode ser utilizada para identificar o próprio programa como produto ou até mesmo o serviço de desenvolvimento do software. Também poderá ser utilizada pela empresa que a desenvolve. Na hipótese de criar-se nova empresa para a realização do projeto de

⁸¹⁷ Art. 124, LPI. “Não são registráveis como marca: I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação; II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva; III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração; IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público; V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos; VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva; VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda; VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo; IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina; XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza; XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154; XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento; XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país; XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular; XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir; XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia; XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva; XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico; XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia”.

⁸¹⁸ COPETTI, 2008, p. 125.

P&D, ela também poderá ser identificada por um sinal distintivo, que pode ser registrado como marca.

d) Proteção por desenho industrial

Não obstante o foco do desenho industrial não ser a funcionalidade e tampouco a expressão da idéia do programa de computador, ele pode ser útil para a proteção da interface⁸¹⁹, elementos utilizados na interface e até mesmo embalagens do mesmo software. Há, porém, que tecer algumas considerações.

O desenho industrial tem como finalidade proteger a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores aplicado a um produto. O resultado visual deve ser novo e original na sua configuração externa, de forma a que possa servir para fabricação industrial.⁸²⁰ Assim, o padrão ornamental da interface ou do elemento a ser protegido por este instituto deverá ser original, novo e com aplicabilidade industrial. Além disso – e mais importante – não poderá ser volátil (o que é uma característica intrínseca aos softwares e ao meio virtual), ou seja, perder-se com o tempo e as mudanças constantes. Já existem exemplos no Brasil de padrões ornamentais abarcados no software, não-voláteis e protegidos por desenho industrial (INPI): DI6603561-9 e DI6501592-4, dentre outros.⁸²¹

O prazo de proteção será de dez anos, renovável por mais três vezes cinco anos – um máximo de 25 anos, portanto, se renovado pelo titular.⁸²²

⁸¹⁹ Para mais detalhes sobre elementos da interface passíveis de proteção, ver: SANTOS, 2008, p. 273 et seq.

⁸²⁰ Art. 95, LPI. “Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

⁸²¹ Fontes: Revistas de Propriedade Industrial (RPI) publicada pelo INPI. RPI 1883, 06/02/2007, e RPI 1829, 24/01/2006, respectivamente.

⁸²² Art. 108, LPI. “O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada. [...]”.

e) Proteção por segredo

O programa de computador também pode ser protegido como segredo, tutelado pelo art. 195 da LPI, referente à concorrência desleal.⁸²³ Este é um instrumento muito importante no que se refere aos contratos de P&D de software, já que muitas informações trocadas entre as partes parceiras ou criadas no decorrer do desenvolvimento do projeto de P&D poderão ser tratadas como informações confidenciais, ou seja, mantidas em segredo, em sigilo.

Manter em sigilo significa manter em “estado de reserva ou de confidencialidade imposto à autoridade, às partes de um negócio ou a terceiros que dele venham a ter conhecimento por força de posição profissional ou comercial”.⁸²⁴ Para que uma informação seja considerada confidencial, portanto, é necessário que todos os que tenham contato com ela o saibam, daí recomendar-se a inserção de cláusulas de confidencialidade no próprio contrato.⁸²⁵ Também nos documentos em

⁸²³ Art. 195, LPI. “Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; [...] Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. [...]”. Além desses dois incisos, ainda pode-se citar o inciso XIV, que determina como agente de crime de concorrência desleal quem “divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos”. Observa-se que este artigo é utilizado, especialmente, para proteger os dados de prova referentes a medicamentos. Sobre o tema de proteção de dados de prova, ver: CORREA, Carlos M. *Protección del dominio público: acceso a datos e información científica y su utilización*. In: *Proteção do domínio público: acesso a dados e informação científica e sua utilização*, 2006. Florianópolis [artigo enviado como material-base para o evento]. Sobre o tema segredo industrial, ver: FLORES, Cesar. *Segredo industrial e o know how: aspectos jurídicos internacionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁸²⁴ BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p. 255.

⁸²⁵ Conforme Pimentel, nestas cláusulas “costuma-se dispor que todos os dados, informações e conhecimentos aportados pelas partes para a execução do contrato deverão ser tratados como confidenciais, assim como todos os resultados gerados na execução de P&D ou contrato que resulte em nova criação intelectual protegida, durante e após a vigência do instrumento”. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Contratos: introdução aos contratos de prestação de serviços de pesquisa, parceria de pesquisa e desenvolvimento, comercialização de tecnologia e propriedade intelectual de instituições científicas e tecnológicas*. In: SANTOS, Marli Elizabeth Ritter dos; TOLEDO, Patrícia Tavares Magalhães de; LOTUFO, Roberto de Alencar. *Transferência de tecnologia: estratégias para a estruturação e gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica*. Campinas: Komedi, 2009a, p. 269.

que se veicula tais informações deve constar o aviso de “confidencial”, “segredo”, “sigilo” ou qualquer outro termo que indique esse sentido.⁸²⁶

Dentre as informações confidenciais se incluem as não-passíveis de proteção ou que, por escolha do titular, não foram protegidas por algum dos instrumentos de propriedade intelectual. Podem ser: *know how* ou *savoir-faire*⁸²⁷; segredo de fábrica⁸²⁸ ou segredo industrial⁸²⁹; e segredo de negócio.⁸³⁰

Segundo Pimentel, não são tratados como dados, informações ou conhecimentos confidenciais:

- Aqueles que tenham se tornado de conhecimento público pela publicação de pedido de patente ou de registro público, bem como de outra forma que não por meio das partes;
- Aqueles cuja divulgação se torne necessária:
 - (1) para obtenção de autorização governamental para comercialização de produto ou uso de processo industrial;
 - (2) quando exigida por lei, para cumprir determinação judicial e/ou governamental;
 - (3) nos casos previstos antes, itens 1 ou 2, a parte que deva cumprir a norma administrativa, lei, mandado judicial ou a ordem administrativa, deve notificar imediatamente a outra parte ou demais partes e requerer segredo no seu trato judicial e/ou administrativo.⁸³¹

⁸²⁶ O acordo ADPIC, em seu art. 39, detalha os requisitos para que uma informação seja considerada secreta: “1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no artigo 10bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo. 2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação: a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; b) tenha valor comercial por ser secreta; e c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta. [...] 13. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal”.

⁸²⁷ *Know how*, *savoir faire* ou o “saber fazer” são os “conhecimentos ou informações provenientes de experiências ou da realização prática de certa técnica ou atividade”. BASTOS, 1997, p. 137.

⁸²⁸ “É a inovação ou o processo de fabricação original, que, embora seja suscetível de ser privilegiável, prefere o fabricante não divulgá-lo, mantendo-o oculto, não permitindo que terceiros dele tomem conhecimento”. BASTOS, 1997, p. 253.

⁸²⁹ “Compreende todo conhecimento reservado sobre idéias, produtos e procedimentos industriais que o empresário, por seu valor competitivo para a empresa, deseja manter oculto”. BASTOS, 1997, p. 254.

⁸³⁰ “Segredo relativo à profissão, como, por exemplo, os métodos de negociação ou de comercialização, desenvolvidos no interior de uma empresa, e, portanto, não divulgados externamente, ou, ainda, listas de clientes ou contas em bancos”. BASTOS, 1997, p. 254.

⁸³¹ PIMENTEL, 2009a, p. 271.

Outra forma de manter a informação em segredo, no tocante ao programa de computador, é utilizar medidas de proteção tecnológica (criptografia, por exemplo) para manter o código-fonte e/ou código-objeto em sigilo. Com a utilização deste mecanismo caracteriza-se a informação como confidencial, o que permite reivindicar a sanção penal do art. 195 da LPI independentemente das sanções civis cabíveis envolvendo perdas e danos. Em seu art. 107⁸³², inclusive, a LDA determina que as perdas e danos referentes à transposição desses dispositivos de segurança não poderão ser inferiores às penalidades do art. 103 e parágrafo único da LDA.⁸³³

Não se pode afirmar, entretanto, que só o fato de transpor as medidas de proteção tecnológicas já signifique que a pessoa incorreu em ato criminoso ou passível de sanções civis.⁸³⁴ Ela deve utilizar estas informações conforme tipificado no art. 195 da LPI ou provocar perdas e danos contra o titular do direito autoral, conforme o art. 107 da LDA.

⁸³² Art. 107, LDA. “Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização”.

⁸³³ Art. 103, LDA. “Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos”.

⁸³⁴ A posição brasileira é diversa da recomendada, por exemplo, nos Tratados da OMPI de 1996 (Tratados da OMPI sobre Direito de Autor – conhecido como TODA ou WCT, na sigla em inglês – e sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas – TOIEF ou WPPT, na sigla em inglês), que determinam, no art. 11, que “as partes Contratantes proporcionarão proteção jurídica adequada e recursos jurídicos efetivos contra as ações elusivas das medidas tecnológicas efetivas que sejam utilizadas [...] em relação com o exercício de seus direitos [...] e que [...] restrinjam atos que não estejam autorizados [...], concernentes ou permitidos pela Lei”. Também protegem as medidas de proteção tecnológica os EUA (*Digital Millenium Copyright Act* – DMCA –, em 1998, art. 1.201, 1.203 e 1.204) e a União Européia (Diretiva 2001/29/CE de 22 de maio de 2001, art. 6 e considerandos 47 a 51). Sobre o tema, ver: LIPSZYC, Délia. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalía, 2004, p. 120 et seq; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos A. Desafíos para el derecho de autor y los derechos conexos en la era digital. In: Seminario internacional de la OMPI sobre el uso estratégico de la propiedad intelectual para el desarrollo económico y social, Rio de Janeiro, 21 a 25 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.wipo.int/search/query.html?charset=utf-8&col=domain+formdocs+hagdocs+madrdocs+notdocs+pctndocs+prdocs+pubdocs+upov+www&qt=medidas+tecnol%C3%B3gicas&st=11>>. Acesso: 29 ago. 2007, p. 5 et seq.

f) Proteção por concorrência desleal

Além da proteção das informações confidenciais por meio da concorrência desleal, os demais atos que possam interferir na livre concorrência são passíveis de sanção. No que se refere aos contratos de P&D de software, inclusive, a tutela concorrencial será fundamental.

No que tange à proteção jurídica do software deve-se observar, além do art. 195 da LPI, as normas concorrenciais, como as da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 e da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Eis alguns atos envolvendo software que poderão ser sancionados como concorrência desleal: usar indevidamente o nome comercial de software de terceiro ou substituir pelo seu próprio nome o nome comercial deste⁸³⁵; vender produto adulterado ou falsificado⁸³⁶; receber vantagens de empregado de empresa concorrente ou empregado oferecer tais vantagens⁸³⁷; falsa informação de produto ou serviço protegido por propriedade intelectual⁸³⁸; e venda casada⁸³⁹, entre outros.

⁸³⁵ Art. 195, V e VI, LPI: “V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências”; “VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento”.

⁸³⁶ Art. 195, VIII, LPI: “VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave”.

⁸³⁷ Art. 195, IX e X, LPI: “IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem”; “X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”.

⁸³⁸ Art. 195, XIII, LPI: “XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser”.

⁸³⁹ Lei n. 8.884/1994, art. 21, XXIII: “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

APÊNDICE C - Etapas de desenvolvimento do software

Para ser desenvolvido, o software passa por fases, num processo chamado “ciclo de vida do software”.⁸⁴⁰ A programação em si – ou seja, a construção do programa de computador (código-fonte e código-objeto) – é apenas uma dessas etapas.

Analisando referências bibliográficas, principalmente jurídicas, observa-se que, apesar de seguir uma mesma linha lógica, existem algumas diferenças na relação destas etapas.

Santos, por exemplo, relaciona três “etapas de desenvolvimento de software”: a) descrição do problema, em que se realizam o exame das funcionalidades⁸⁴¹ e a definição dos problemas a ser solucionados, caracterizando uma fase conceitual ou de análise funcional. O resultado desta etapa será a “lista ou caderno de especificações”; b) descrição do programa, onde será desenvolvido o método geral para a solução dos problemas anteriormente identificados, juntamente com o algoritmo⁸⁴² correspondente, caracterizando a etapa de projeto do programa ou “análise orgânica”. O resultado é o fluxograma do programa⁸⁴³ e o

⁸⁴⁰ FERNANDES, TEIXEIRA, 2007.

⁸⁴¹ Funcionalidade é o próprio efeito técnico do software, as funções para as quais ele está sendo programado. Santos explica também que elas são chamadas de “especificações externas” do software. SANTOS, 2008, p. 45.

⁸⁴² O algoritmo é um dos elementos mais importantes do programa de computador/software, já que muitas vezes é nele que está a solução principal para o problema, da mesma forma que ao falar-se em efeito técnico novo (invenção). Segundo o Dicionário Aurélio, algoritmo é o “conjunto de regras e operações bem definidas e ordenadas, destinadas à solução de um problema, ou de uma classe de problemas, em um número finito de etapas”. AURÉLIO. *Novo dicionário eletrônico Aurélio*, versão 5.11. 3. Curitiba: Positivo, 2004. CD-ROM. Segundo Santos, “é um elemento central na programação porque todo tipo de programa envolve alguma espécie de algoritmo. [...] Em programação, o algoritmo representa o conjunto de operações necessárias para transformar os dados iniciais nos resultados desejados. [...]”. SANTOS, 2008, p. 30.

⁸⁴³ Também chamado de diagrama de bloco, diagrama lógico ou diagrama de programação, é a “representação gráfica do algoritmo”. SANTOS, 2008, p. 46.

pseudocódigo⁸⁴⁴. Também são desenvolvidas nesta fase as interfaces, os módulos e os subprogramas; e c) desenvolvimento da codificação, quando são elaboradas as instruções do programa em linguagem simbólica (código-fonte), posteriormente traduzidas para linguagem legível por máquina (código-objeto).

Roberto Chacon de Albuquerque também distingue três etapas, com algumas diferenças quanto à classificação de Santos: a) a primeira etapa também consiste na análise preliminar do problema a ser tratado, sendo que ao final já será elaborado um fluxograma que “descreve a lógica do tratamento de dados, mas sem entrar em muitos detalhes”; b) na segunda etapa o fluxograma será pormenorizado, compondo o esqueleto do programa; e c) na terceira, será redigida “a seqüência de instruções que descreve as tarefas a serem executadas”.⁸⁴⁵

Já Barbosa divide as fases básicas de desenvolvimento do software em seis: a) concepção da idéia que soluciona o problema técnico; b) formulação do método que deverá ser seguido, normalmente “expresso em fórmulas matemáticas ou lógico-matemáticas” (algoritmo); c) organograma ou plano de solução (que resulta do algoritmo); d) texto em linguagem de programação (programa-fonte ou código-fonte); e) texto em linguagem intermediária (*assembly* ou de compilação); e f) um texto legível pela máquina (código-objeto).⁸⁴⁶

Outros autores⁸⁴⁷ também descrevem tais fases, por vezes diferenciando-se quanto ao número, mas concordes em relação à seqüência lógica. Resumidamente, são elas: a) identificação do problema; b) sua solução, expressa por meio de um algoritmo e de um organograma ou fluxograma⁸⁴⁸; c) confecção do código-fonte em si e do código-objeto; e d) procedimentos para aperfeiçoar o software criado.

Como se vê, ainda que a seqüência lógica do desenvolvimento do software seja parecida, existem vários modelos a ser seguidos. A título de exemplo,

⁸⁴⁴ “Que funciona como uma ferramenta de programação”. SANTOS, 2008, p. 46.

⁸⁴⁵ Segundo o autor, “em termos de categoria de representação, podemos dividir os produtos das etapas de desenvolvimento de um programa de computador em fluxogramas e algoritmos, que correspondem, respectivamente, à descrição de natureza gráfica e lingüística das funções a serem executadas pelo software”. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. *A propriedade informática*. Campinas: Russel, 2006, p. 33-36.

⁸⁴⁶ BARBOSA, 2001. p. 15.

⁸⁴⁷ Sobre o assunto, ver ainda: LUPI, André Lipp Basto Pinto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 20-21; FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 43.

⁸⁴⁸ Organograma, também chamado de fluxograma (mais específico para o meio informático), é a representação gráfica da solução apresentada pelo algoritmo ou conjunto de algoritmos. É o projeto do programa de computador a ser codificado. Segundo o Dicionário Aurélio, fluxograma é a “representação gráfica, por meio de símbolos geométricos, da solução algorítmica de um problema”. AURÉLIO, 2004.

relacionam-se alguns presentes na obra de Soler Matutes *et al.* Dentre eles estão os “clássicos”, que abrangem os “modelos em cascata” e “modelos em V”, e que têm o inconveniente de não prever retrocessos no processo. Também são mencionados os “de desenvolvimento de software em espiral”, que utilizam como base a idéia de fazer protótipos do software a ser desenvolvido para avaliar sua eficiência e possíveis erros, muito útil na criação de softwares experimentais (novos).⁸⁴⁹

Outros exemplos são os modelos “fonte” ou “redemoinho”, nos quais existe maior grau de sobreposições entre as atividades do processo de desenvolvimento. Posteriormente, os autores citam o caso especial dos “sistemas baseados em componentes”, em que o software é construído com a utilização de “peças pré-fabricadas”, desenvolvidas em momentos diversos, por pessoas distintas e, possivelmente, com objetivos de uso diferentes. A finalidade é reduzir custos, tempo e esforço, além de melhorar a qualidade, com base no princípio da reusabilidade⁸⁵⁰ de componentes de software já desenvolvidos. Tais componentes podem ser criados na própria empresa, por equipes diversas, ou comprados de outras empresas, cujos componentes são conhecidos como COTS (*Commercial Off-The-Shelf*).⁸⁵¹

Fernandes e Teixeira explicam as mudanças na forma de desenvolver o software como integrando a própria evolução da indústria. Eles a dividem em três ondas, sendo a primeira atrelada ao modelo de ciclo de vida do software,

⁸⁴⁹ Cf. SOLER MATUTES, Pere et al.; PIATTINI VELTHUIS, Mario; ELIAS I VILA, Eduard. El software. In: SOLER MATUTES, Pere (dir.). *Manual de gestión y contratación informática*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 86 et seq.

⁸⁵⁰ Reuso e reusabilidade são conceitos importantes nesta etapa de maturidade do software. Reuso, segundo Jorge Henrique Cabral Fernandes, é o “processo de se utilizar múltiplas cópias de um componente de software pré-existente em vários sistemas e configurações novas. O reuso das funções providas pelo componente deve ser feito utilizando-se apenas da interface deste. Em outras palavras, não deve haver modificações no código deste componente para que ele possa ser reusado. Ato ou processo de reusar um módulo ou componente com propriedade de reusabilidade”. Reusabilidade, por sua vez, é “o grau de facilidade ou de potencialidade que um componente possui para ser reusado. Está relacionado à alta coesão e baixo acoplamento com outros módulos”. Cf. FERNANDES, Jorge Henrique Cabral. *Definição de reuso e reusabilidade*, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~jhcf/MyBooks/iess/Reuso/Reusoereusabilidade.pdf>>. Acesso: 21 abr. 2010.

⁸⁵¹ Segundo os autores, o ciclo de vida conforme tal modelo pode ser resumido em: “(1) encontrar componentes (COTS e não-COTS); (2) selecionar os componentes mais adequados para o sistema; (3) criar uma solução composta que integre a seleção prévia; (4) adaptar os componentes selecionados de maneira a que se ajustem ao modelo de componentes ou aos requisitos da aplicação; (5) compor e distribuir o produto; e (6) realocar versões anteriores ou manter as partes COTS e não-COTS do sistema” (tradução livre). [“1 - encontrar componentes (COTS y no-COTS); 2 - seleccionar los componentes más adecuados para el sistema; 3 - crear una solución compuesta que integra la selección previa; 4 - adaptar los componentes seleccionados de manera que se ajusten al modelo de componentes o a los requisitos de aplicación; 5 - componer y distribuir el producto; 6 - reemplazar versiones anteriores o mantener las partes COTS y no-COTS del sistema”]. Cf. SOLER MATUTES; PIATTINI VELTHUIS; ELIAS I VILA, 2006, p. 86 et seq.

“representado pelo modelo cascata e pelos métodos estruturados”. A segunda onda, que está em voga atualmente, é um movimento de maturidade⁸⁵² que “não somente vê o processo de software representado pelas fases do ciclo de vida, mas abrange todos os aspectos do processo de desenvolvimento de software e atividades de suporte”. Já a terceira onda é a da própria industrialização do software e está “surgindo com a evolução da tecnologia de orientação para objetos; a aplicação da linha de produto de software [...] representa passos consistentes nesta direção”. Aqui se encontra o paradigma da “fábrica de software”, explicado pelos autores em sua obra.⁸⁵³

Considerando que o foco da presente tese é analisar o contrato de P&D de software, contextualizado numa realidade globalizada de “industrialização” deste ativo intangível, se adotará a classificação feita por Fernandes e Teixeira, que explicam as fases de desenvolvimento do software adequadas ao paradigma da “fábrica de software”, já mencionado na seção 2.2.

Segundo os autores, “a produção de software pode ser vista sob três categorias, conforme a abrangência do processo e de acordo com o ciclo de vida”. São elas: 1) “projeto de desenvolvimento de software”, que segue todo seu ciclo de vida até a entrega do produto; 2) “processo de manutenção do software”; e 3) “programação”.⁸⁵⁴

⁸⁵² Ainda que não seja o foco do presente trabalho, é interessante destacar que este movimento de maturidade do software veio com os trabalhos de Watts Humphrey, que, junto ao *Software Engineering Institute* da Carnegie Mellon University, liderou o desenvolvimento do modelo *Capability Maturity Model for Software*, mas conhecido como CMM. O objetivo do movimento era o de aprimorar a gestão da qualidade do software, evitando a alta taxa de insucesso de projetos. Observa-se o grau de importância deste movimento nas próprias iniciativas governamentais para incentivar a adequação das empresas desenvolvedoras a tal modelo. Citam-se alguns exemplos: Programa de Investimento da Comissão Européia – *European Systems and Software Initiative* (ESSI), Ministério de Defesa da Inglaterra e Forças Armadas alemãs, entre outros. FERNANDES; TEIXEIRA, 2007, p. 47. Como exemplo mais próximo pode-se citar até mesmo o projeto para a criação da Plataforma de Tecnologia da Informação e Comunicação de Santa Catarina (PLATIC), gerenciado pelo Instituto Euvaldo Loidi (IEL-SC). O projeto “tem como objetivo contribuir para ampliar a competitividade das empresas catarinenses de tecnologia de informação e comunicação, para que possam se transformar em empresas de classe mundial”. Dentre suas metas, as duas primeiras objetivam dar suporte às empresas para receberem a certificação *Capability Maturity Model Integration* (CMMi), que é uma evolução dos conceitos do modelo CMM. Para mais informações sobre PLATIC, ver: PLATIC: Plataforma de Tecnologia da Informação e Comunicação de Santa Catarina, disponível em: <http://platic.ielsc.org.br/platic_gp/inicio.faca.jsessionid=4263108596D5B311B6248462BEBE6A6E>. Acesso: 21 abr. 2010. Para mais informações sobre CMM e CMMi, ver: FERNANDES; TEIXEIRA, 2007, p. 47-90 e SEI Certification. Disponível em: <<http://www.sei.cmu.edu/certification/process/cmmi/>>. Acesso: 21 abr. 2010.

⁸⁵³ FERNANDES; TEIXEIRA, 2007, p. 48.

⁸⁵⁴ Id., Ibid, p. 47.

Na primeira categoria, que será a abordada, estão as fases principais do ciclo de vida do software, que geralmente são: 1) planejamento; 2) especificação de requisitos; 3) projeto de especificação; 4) especificação física; 5) construção (que abrange a programação); 6) implantação; e 7) transição (passagem para a produção). Já na segunda categoria estão os processos de manutenção, que é classificada em corretiva, adaptativa e evolutiva. A terceira categoria abrange especificamente a programação do software, ou seja, a criação do código-fonte e do código-objeto.⁸⁵⁵

Essas observações são importantes para justificar e enquadrar os contratos de P&D de software numa nova realidade. Atualmente, o software e seu desenvolvimento estão sendo modificados, passando por novos conceitos e paradigmas. Hoje fala-se em fábrica de software, em empresas parceiras no desenvolvimento de determinado produto ou serviço, principalmente no que tange ao comércio internacional em larga escala. O processo de desenvolvimento não está mais concentrado⁸⁵⁶, passando a envolver vários parceiros, seja por meio de contratos, seja através de empresas *offshore*, *joint ventures*. Esta realidade globalizada da própria “produção do software”, evidentemente, também influi em seu processo de desenvolvimento.⁸⁵⁷

Como se vê, conforme seu escopo de fornecimento a fábrica de software é classificada em fábrica de projetos (ampliada), fábrica de projetos de software ou fábrica de projetos físicos e fábrica de programas.⁸⁵⁸ A fábrica de projetos ampliada abrange a própria arquitetura da solução – é, portanto, um estágio anterior ao do software. Nessa etapa se analisará o problema e de que forma ele será solucionado, podendo o software representar apenas um dos elementos da solução. Também cabe observar que cada um destes escopos pode ser realizado por uma única

⁸⁵⁵ Segundo Fernandes e Teixeira, “eventualmente, dependendo da instalação, também se pode visualizar o *teste do software* (teste de integração, teste do software e de interfaces) como outra categoria”. FERNANDES; TEIXEIRA, 2007, p. 47-48.

⁸⁵⁶ Até na própria legislação de incentivos fiscais à P&D está prevista a possibilidade de terceirização e a transferência da obrigação de investimento em P&D para fazer jus aos incentivos legais. Veja-se: art. 26 do Dec. n. 5.906, de 26 de setembro de 2006, que “regulamenta o art. 4º da Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, os arts. 4º, 9º, 11 e 16-A da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e os arts. 8º e 11 da Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, que dispõem sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologias da informação”.

⁸⁵⁷ E, conseqüentemente, na propriedade intelectual. Ela não é, contudo, o objetivo principal desta tese, apesar de sua importância ao abordar-se a contratação em si (seção 4.6.1).

⁸⁵⁸ Segundo os autores, “em nosso entender, a Fábrica de Software pode ter vários escopos de atuação, desde um projeto de software completo, até um projeto físico ou a codificação de programas de computador”. TEIXEIRA, 2007, p. 115.

empresa ou por empresas parceiras. De igual modo se vislumbra o desenvolvimento conjunto, por mais de uma empresa, em cada um desses tipos de fábrica.⁸⁵⁹

Para exemplificar a complexidade de tal modelo, determinada empresa, juntamente com um instituto de pesquisa, pode desenvolver uma arquitetura de solução e em seguida repassá-la a uma terceira parceria, que desenvolverá o projeto conceitual do software e sua especificação lógica. Em seguida, o projeto pode ser transferido a uma quarta parceria, que desenvolverá o projeto detalhado, encaminhando-o para outra, que fará a codificação. Os testes, por sua vez, podem ser realizados por mais duas ou três parceiras, que verificarão a viabilidade do projeto. Logo, somente no desenvolvimento de um único software (que pode representar apenas um elemento dentro de um projeto maior), foram envolvidos oito entes diferentes.

No mesmo exemplo pode-se figurar a utilização de COTS (componentes já desenvolvidos por terceiras empresas) juntamente com componentes originais.

Como se observa, tal evolução na indústria de software tem conseqüências diretas até mesmo na matéria de proteção jurídica da propriedade intelectual. Veja-se, por exemplo, o caso do direito autoral, que protege a expressão da idéia por meio do programa de computador e cujo requisito para proteção é a originalidade. Desta forma, em um único programa de computador (código-fonte/código-objeto) podem ser encontrados vários componentes não-originais (COTS), ou pode ocorrer uma mescla de COTS e componentes originais. O trabalho do programador foi o de justapor os componentes e fazer com que trabalhem juntos, o que pode configurar uma criação, passível de proteção ou não, dependendo de como se deu a justaposição e de sua originalidade.⁸⁶⁰

Em tal realidade, definições legais mais precisas – seja sobre o âmbito de proteção do software e de seus diversos elementos, seja sobre a possibilidade de negócios jurídicos envolvendo o software e até mesmo sobre o próprio processo de P&D – serão fundamentais para proporcionar a segurança jurídica necessária para a Política de desenvolvimento nacional e para o fomento da inovação, como a proteção jurídica do programa de computador, do material preparatório.

⁸⁵⁹ TEIXEIRA, 2007, p. 118-119.

⁸⁶⁰ O tema sobre a proteção jurídica do software por meio do direito autoral foi tratado na subseção anterior.

Não se quer, aqui, afirmar que o programa de computador não possui qualquer critério de originalidade e que os programadores não devem ter garantidos seus direitos de autoria e eventual titularidade. O que se pretende com a observação é tão somente levantar um questionamento sobre o futuro da indústria de software e a necessidade de adequação do marco legal a essa realidade. É demonstrar que a originalidade e o conceito de obra relacionados a software podem ser mais abrangentes do que apenas o programa de computador, envolvendo também seu projeto (material preparatório), ou seja, uma fase anterior à da codificação ou construção do programa de computador.⁸⁶¹

Considerando que o foco da política brasileira está justamente em fomentar a inovação na área estratégica do setor de software por meio do investimento em P&D, a proteção do material preparatório pode ser estratégica. Ainda mais quando observa-se o potencial de internacionalização da prestação de serviços em P&D por parte das empresas, universidades e institutos brasileiros.

Feitos estes apontamentos generalizados a respeito das etapas de desenvolvimento do software, é possível verificar que o contrato de P&D de software deverá envolver cláusulas e determinações que objetivem suprir lacunas legislativas, principalmente no que tange à proteção total do software e incluído seu material preparatório.⁸⁶² Para tanto devem ser observadas todas as possibilidades de proteção garantidas pela propriedade intelectual: segredo, patentes de invenção, marcas, concorrência desleal, direito autoral e desenho industrial.

⁸⁶¹ O tema será melhor analisado na seção 4.5.1.1.

⁸⁶² Ainda que o assunto da proteção da propriedade intelectual do software frente à realidade do novo paradigma da "fábrica de software" mereça análise mais vertical, esta foge ao escopo proposto pela presente tese. O foco, no momento, é a análise de Direito Internacional Privado dos contratos internacionais envolvendo P&D de software.