

# CONTRATO DE ENCOMENDA DE SOFTWARE E OS DIREITOS MORAIS DO AUTOR

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2022.58.10295>

Recebido em: 3/3/2020

Aceito em: 4/2/2022

***Bárbara Teles Araújo da Silva***

Autora correspondente: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP).  
Av. Bandeirantes, 3900 – Vila Monte Alegre, Ribeirão Preto/SP, Brasil. CEP 14040-906.  
<http://lattes.cnpq.br/8006384354061239>. <https://orcid.org/0000-0002-6369-5220>.  
[barbaratelesas@gmail.com](mailto:barbaratelesas@gmail.com)

***Iara Pereira Ribeiro***

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). Ribeirão Preto/SP, Brasil.  
<http://lattes.cnpq.br/3582646025099690>. <https://orcid.org/0000-0002-4085-695X>.

## RESUMO

O artigo analisa os contratos de encomenda de *software* a partir de sua natureza jurídica e tratamento legal conferido pela Lei nº 9069/1998 (Lei do *Software*) para verificar o direito de propriedade intelectual e o direito moral do desenvolvedor (autor) do programa, com o objetivo de identificar por meio do método dialético com base na análise da legislação e de julgados relevantes, aspectos a se observar na realização de contratos de encomenda de *software*.

**Palavras-chave:** *software*; direitos morais; contrato de encomenda; propriedade intelectual; desenvolvimento.

## PROTECTION OF THE AUTHOR'S MORAL RIGHTS IN SOFTWARE DEVELOPMENT CONTRACTS

## ABSTRACT

The article analyzes software development contracts based on their legal nature and the legal treatment given by Law nº. 9069/1998 (Software Law) to verify the intellectual property right and the moral right of the developer (author) of the program, with the objective of identifying, through the dialectic method based on the analysis of the legislation and relevant judgments, aspects to be observed when carrying out software development contracts.

**Keywords:** software; moral rights; order agreement; intellectual property; development.

## 1 INTRODUÇÃO

Em busca de maior eficiência e produtividade as empresas têm investido em informatização, mecanização e automatização dos sistemas e para tanto celebram contratos de encomenda de *software*, os quais viabilizam um atendimento personalizado e, portanto, mais específico, de características e demandas internas da organização e do tipo de negócio.

O *software* possui uma natureza complexa, que envolve tanto elementos de direitos autorais quanto de propriedade intelectual, fator que levou à elaboração de uma lei específica, a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei do *Software*). Assim, apesar de nos *softwares* predominar a natureza de direito autoral, considerando suas especificidades, alguns aspectos da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998) precisam ser aplicados, como o caso dos direitos morais do autor, conforme será analisado.

Sabe-se que nos direitos de autor, os direitos morais possuem um destaque importante, atrelado à personalidade do autor. Inclusive, em relações contratuais eles são fortemente protegidos e se sobrepõem a outros direitos, contudo isso não ocorre da mesma forma quando se trata de *softwares*. Justamente por conta de sua natureza, não existem tipificações específicas para contratos que os envolvam, inclusive o de encomenda, o que pode gerar certa insegurança para as partes (desenvolvedor e contratante).

A existência de um ponto vago ou obscuro em contrato quanto à propriedade intelectual de *software* desenvolvido pode causar até mesmo a abstenção (temporária ou permanente) do direito de uso do programa<sup>1</sup> até que o problema seja solucionado. Para uma empresa, considerando a importância que um *software* pode ter em seu funcionamento, tal situação é capaz de gerar até mesmo a paralisação de um setor produtivo ou organizacional.

O presente artigo propõe uma análise acerca dos contratos de encomenda de *software*, uma vez que é notória sua importância no cenário atual do mercado e das empresas. Para tanto, o procedimento da pesquisa bibliográfico-documental aponta para a relevância dos dispositivos acerca da propriedade intelectual nos contratos de encomenda de *software* e como os direitos morais do contratado (ou desenvolvedor) podem influenciar na relação contratual. Por meio do método dialético, objetiva compreender as melhores formas e os principais pontos a serem considerados na realização desse tipo de contratação, a fim de que os envolvidos possam atingir a segurança e o equilíbrio contratual almejado, tanto economicamente quanto juridicamente.

## 2 CONCEITOS GERAIS

### 2.1 *Software*

A definição legal de *software* é disposta logo no artigo 1º da Lei do *Software*, definindo-o como programa de computador, que expressa 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”.

Um programa de computador é, portanto, um conjunto de instruções que comandam uma máquina, considerado um instrumento fruto de evolução tecnológica e que pode ser responsável pela promoção de inúmeras atividades socialmente e economicamente relevantes.

Deve-se ressaltar que o desenvolvimento da tecnologia faz parte de um avanço social que demonstra a constante busca do homem pelo aperfeiçoamento da capacidade de transmitir, avaliar, processar, armazenar e até mesmo criar informações. Com isso, é cada vez maior a demanda por novos equipamentos e programas de computador, que podem incluir diversos tipos de bens, sejam eles visíveis, invisíveis, tangíveis ou intangíveis.

O *software* inicialmente surgiu atrelado ao *hardware* e, por isso, por muito tempo, não existia uma separação entre ambos. Dessa forma, máquinas e programas só podiam ser adquiridos conjuntamente

<sup>1</sup> Para fins de leitura e compreensão do presente artigo, serão utilizados como sinônimos: “software”, “programa de computador” e “programa”, de acordo com a definição apresentada no tópico 2.1.

(CARBONI, 2003). Isso gerava uma situação na qual o *software* desenvolvido era adaptado apenas para um uso específico ao qual se destinaria o *hardware*, tornando todo o processo de desenvolvimento extremamente caro. Como bem pontuado por Emir Amad (2002, p. 8), “era como se houvesse a necessidade de se criar um combustível específico para cada tipo de carro produzido”.

O fato de serem apresentados em conjunto advém de o *hardware* ser composto por “circuitos eletrônicos (processador, memória, portas de entrada/saída, etc.) e periféricos eletro-óptico-mecânicos (teclados, mouses, discos rígidos, unidades de disquete, CD ou DVD, dispositivos USB, etc.)” (MAZIERO, 2019, p. 1), enquanto é o *software* que comanda os circuitos, interpreta os dados, fazendo a máquina funcionar.

Deste modo, um *hardware* funciona como um suporte físico para um ou mais *softwares*, respondendo direta ou indiretamente aos comandos destes. Não se deve confundir, portanto, o *corpus mechanicum* (coisa corpórea – *hardware* – que suporta a obra) com a própria obra intelectual (*software*). Como consequência lógica do que foi dito, é possível alguém adquirir a propriedade da coisa corpórea de uma obra criada sem, contudo, adquirir os direitos patrimoniais ou pessoais do autor.

Um exemplo da diferença entre os dois, conforme menciona Carboni (2003), torna-se mais nítida quando se tem a utilização de sistemas operacionais, programas que gerenciam os recursos dos aparelhos (computadores, celulares, etc.). Isso porque esses sistemas integram *software* e *hardware*, adequando um ao outro, sem necessidade de colocá-los em contato direto (MAZIERO, 2019). É por esse motivo que um mesmo aplicativo de celular (*software*) pode funcionar em diferentes tipos físicos (*hardwares*) que possuam o mesmo sistema operacional (como no caso de aparelhos com sistema operacional Android).

A partir do momento em que passou a ser possível separá-los, na década de 60, a indústria do *software* aumentou significativamente. Arelado ao crescimento do consumo de computadores, na década de 70 e nas seguintes, a forma pela qual os *softwares* eram protegidos, em segredo industrial ou contratual, tornou-se inviável. Nas palavras de Denis Borges Barbosa (2017), “os programas passaram a ser vendidos em supermercados como salsicha”.

Dentro dessa separação deve-se ressaltar, ainda, que pode se constituir o direito real de propriedade sobre o *corpus mechanicum* (*hardware*), enquanto sobre o conjunto de instruções (*software*) apenas podem ser constituídos direitos de autor, patrimoniais e morais (pessoais).

Nesse contexto, a ideia de proteção do *software* foi ganhando relevância social e jurídica, surgindo linhas de pensamento que tentavam compreender sua natureza e, a partir disso, entender como encaixá-la nas normas de propriedade intelectual já existentes no mundo.

No Brasil, a previsão de proteção da propriedade intelectual é constitucional (artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX)<sup>2</sup>. Além disso, conforma mencionado no tópico introdutório, apesar da existência das Leis de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998) e de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), o *software*, dada sua natureza jurídica, precisou de um tratamento distinto, motivo pelo qual sua proteção é feita por meio de lei específica, a Lei do *Software* (Lei nº 9.609/1998). Sendo assim, nenhuma das formas existentes de proteção, nem mesmo as que mais abrangem as características do *software*, direito autoral e patente, são capazes de satisfazer os interesses do criador, do proprietário e do público em geral.

A ideia de patenteamento do *software*, por exemplo, relaciona-se a uma utilidade prática e a um efeito físico. Tratando-se de símbolos de diversos tipos, que por si só não afetam nenhum estado da natureza

<sup>2</sup> XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;

(físicos), os *softwares* não seriam suficientemente protegidos por patentes (BARBOSA, 2017). Nesse sentido, a Lei de Propriedade Industrial deixa claro (artigo 10, V)<sup>3</sup>, que *softwares* não são considerados invenções ou modelos de utilidade, o que por si só afasta a ideia de aplicação do modelo patentário. O *software* atrelado ao *hardware*, no entanto, geralmente atende aos requisitos de patenteamento, o que significa que o conjunto dos dois elementos é passível desse tipo de registro.

Já a legislação autoral confere proteção contra violações morais e patrimoniais da criação, o que abrange o código fonte ou a linguagem utilizada que gera os comandos a uma máquina. Protege-se o processo, mas não o produto em si, o que pode levar até mesmo a situações de linguagens diferentes que geram os mesmos comandos, ou seja, o mesmo produto.

Além disso, a obra autoral, em geral, tem sua destinação considerada como fator irrelevante juridicamente. O que definitivamente não é o caso dos *softwares*, uma vez que criados com um intuito específico, uma destinação técnica imediata atrelada ao funcionamento e à atuação de uma máquina. Sem tal resultado, não é possível considerar uma criação como *software* (BARBOSA, 2017).

Apesar de algumas características de patentes e direitos autorais se encaixarem bem aos *softwares*, nenhum satisfaz adequadamente a natureza da criação. No mais, a legislação autoral também abrange os chamados direitos morais de autor, que foram excluídos em grande parte na Lei do *Software*, mas que ainda possui um peso em situações específicas, como será analisado nos tópicos que seguem.

## 2.2 Direitos Morais

Traçando-se um breve histórico, foi em 1884, no Congresso da Associação Literária e Artística Internacional de Bruxelas, que pela primeira vez se discutiu a respeito dos direitos morais do autor. O contexto envolvia a possibilidade da modificação de uma obra, por parte de seu criador, antes que ela fosse publicada. Esse debate proporcionou que alguns anos depois, na Conferência de Berlim de 1908, fosse delimitado o âmbito do direito moral do autor, consolidando sua proteção (LISBOA, 2012).

Atualmente, os direitos morais são entendidos como componentes da esfera do direito autoral. Ou seja, criações e inovações envolvem uma propriedade intelectual. Esta, por sua vez, tornou-se uma área do Direito que se divide em dois campos: direitos autorais e propriedade industrial. Para haver propriedade intelectual e consequente titularidade de direitos autorais é necessário, portanto, um ato de criação intelectual, sem, no entanto, quaisquer condições formais exigidas (COELHO, 2016).

No âmbito da proteção dos direitos de autor estão inclusos os “textos, músicas, obras de arte, como pinturas e esculturas, e também as obras tecnológicas, por exemplo, os programas de computador e as bases de dados eletrônicas” (OMPI; INPI, 2014, p. 3). Além disso, dentro dos direitos autorais também há uma subdivisão: direitos morais e os direitos patrimoniais.

A respeito de quais seriam esses direitos morais, a Lei de Direitos Autorais aponta os seguintes (artigo 24): direito ao ineditismo, à paternidade, à integridade, à modificação, ao arrependimento (retirar ou suspender a circulação) e acesso a exemplar único e raro da obra.

Além disso, algumas características importantes merecem ser destacadas. O artigo 27 da Lei de Direitos Autorais prevê que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. A doutrina, no entanto, acrescentou outros pontos inerentes e importantes a esse direito, quais sejam: intransmissibilidade *inter vivos*, imprescritibilidade, perpetuidade dos direitos morais à paternidade e à integridade e impenhorabilidade (MORAES, 2008).

Considerando tais características, reafirma-se a relevância dada aos direitos morais e, principalmente, como a proteção deles é tão intensa e valorizada nas relações jurídicas que os envolvem. Apesar das divergências doutrinárias sobre serem ou não um direito personalíssimo, na prática a tutela jurídica vem se mostrando uma prioridade perante quaisquer outros direitos, o que remete bastante à proteção conferida aos direitos de personalidade previstos constitucionalmente.

<sup>3</sup> Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: V – programas de computador em si.

Nesse sentido, Adriano de Cupis (2004, p. 336) ensina que os poderes envolvidos no direito moral de autor são considerados paternidade intelectual, representada “pelo vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra”, constituindo “um modo de ser moral da pessoa do próprio autor”.

Isso porque uma obra intelectual consiste na projeção da personalidade do seu autor. É um reflexo, um prolongamento, uma irradiação e manifestação de seu espírito criativo. Nesse sentido, entende-se que o ato de criação externa aflora a personalidade do autor (MORAES, 2008). Partindo desse pressuposto, existe uma conexão intrínseca entre criador e criação. Uma ligação que envolve personalidade. Um elo considerado pela maior parte da doutrina como praticamente inquebrável, cerne dos direitos morais do autor.

Tratando-se de *softwares*, assim como nas demais obras intelectuais protegidas pelo direito de autor, há de fato o exercício de uma atividade intelectual e criativa por parte do desenvolvedor do programa, o que justifica a proteção, conforme apregoa o artigo 7º, XII, da Lei de Direitos Autorais. Nessa lógica, um programa de computador também traduziria a criação do espírito humano. Por outro lado, por meio de uma análise mais técnica, é possível perceber que o *software* não seria propriamente uma expressão da personalidade humana, mas um conjunto de instruções técnicas que agem sobre uma máquina, objetivando um resultado específico (SABINO, 2011).

Atualmente a doutrina majoritária reconhece os direitos morais como direitos personalíssimos. Considerando tal entendimento, além de o fato de que o objeto de proteção no programa de computador não ser uma ideia, mas a expressão de uma solução para um problema técnico, como já mencionado, o que evidencia sua natureza complexa, o legislador brasileiro optou por erradicar o direito moral de autor sobre o *software*, conforme estabelece o artigo 2º, §1 da Lei do *Software*, exceto no tocante ao direito de reivindicar a paternidade do programa e de se opor a quaisquer modificações que possam prejudicar sua honra ou reputação.

O outro ponto relevante acerca do tema, tratado por André Lupi (1998) em sua análise da proteção jurídica do *software* é que este não possui uma natureza jurídica compatível com os direitos morais. Isso porque o mercado de informática é ágil e precisa de certas facilidades, não admitindo faculdades como o direito de arrependimento (Lei de Direitos Autorais, artigo 24, VI) ou o direito de manter a obra intacta (Lei de Direitos Autorais, artigo 24, IV), uma vez que elas dificultariam a velocidade pretendida. Assim, ainda que haja uma equiparação com obras literárias, o *software* desempenha um papel econômico muito forte e, por tal motivo, não é viável ou estratégico que alguns direitos morais dos escritores sejam replicados aos desenvolvedores.

### 2.3 Contrato de Encomenda

A liberdade de contratar é intimamente ligada à autonomia da vontade, tratando-se de uma faculdade assegurada ao indivíduo para que este possa agir segundo seus interesses e conveniência. Embora não ilimitada, essa faculdade busca meios de atender necessidades, resolver conflitos de interesse, criar associações, efetuar o escambo de bens, entre outros, dinamizando a vida em sociedade (SILVA, 2011).

No âmbito dos programas de computador, cada vez mais as empresas necessitam de soluções visando a atender suas demandas internas, o que inclui em muito a área de informática e tecnologia. Assim, umas das formas mais comuns utilizadas para suprir essas demandas é contratação de desenvolvedores de programas. Surge, então, uma relação que pode ser regida por meio das disposições do Código Civil (partes autônomas), por normas de Direito Administrativo (quando envolver a administração pública) ou do Direito do Trabalho (funcionários contratados) (DIAS, 2019).

Uma das espécies de contrato previstas no Código Civil é o contrato de empreitada, utilizado como forma de satisfazer necessidades, sejam elas pessoais ou econômicas, em situações que muitas vezes não é possível satisfazê-las sem a vinculação com outros indivíduos. Isso porque muitas vezes é necessária uma habilidade específica para a execução de uma obra (WALD, 2015).

Quando essa obra que se busca executar é um *software*, tem-se a figura do contrato de encomenda de *software*, que almeja um resultado futuro, com base na criação, a adequação ou a reformulação de um



*software* já existente (DIAS, 2019). Ou seja, esse tipo de contratação tem como uma de suas principais bases o contrato de empreitada.<sup>4</sup>

Nesse sentido, por exemplo, um empresário pode necessitar de um *software* para o gerenciamento dos estoques de uma indústria, que atenda às especificidades do modo de produção do local. Não possuindo habilidades para a elaboração de um programa, justifica-se a realização de contrato de encomenda com profissional que detenha expertise e meios para tanto.

Inclusive, sobre o tema, o professor Denis Borges Barbosa (1998, p. 7) leciona que “*softwares* gerados sob encomenda constituem-se não exatamente numa categoria de objeto de tributação, mas num estágio no sistema de produção e circulação do produto”. Nesse sentido, o programa encomendado pode ser produzido para uso interno e exclusivo do quem solicitou ou, ao contrário, para comercialização como um programa-produto.

De todo modo, inúmeros são os motivos para que seja realizada uma encomenda. O fato é que, nessa relação contratual, ambas as partes aceitam correr riscos próprios e inerentes aos seus deveres contratuais, que envolvem, para uma, a obrigação de executar, por si só ou com auxílio, determinada obra e, para a outra, a obrigação de pagar o preço global ou proporcional ao trabalho realizado (RIZZARDO, 2014).

Ressalte-se que apesar da semelhança com uma prestação de serviço ou um contrato de trabalho, a empreitada visa ao resultado final, enquanto prestar um serviço constitui uma obrigação de meio com a atividade prestada, e um vínculo empregatício envolve subordinação jurídica e continuidade de um dos contratantes em relação ao outro (WALD, 2015). Ao aceitar a encomenda de uma obra, independentemente de como se dará a atividade de meio que ensinará o produto final, a obrigação do criador é com entregar um fim em si e não com o meio que levou ao fim, ainda que tenha de observar normas ou técnicas pactuadas para a execução.

Diante do vínculo existente entre as partes, a remuneração estabelecida se dará segundo a qualidade do trabalho que se desenvolverá, sem necessariamente existir uma parte contratualmente subordinada à outra, como em outros tipos contratuais (RIZZARDO, 2014). Nesse sentido, algumas características interessantes da empreitada e que fazem parte dos contratos de encomenda de software são as espécies e o tipo de remuneração.

Quanto à espécie, é possível que a encomenda seja feita *de labor*, situação na qual o solicitante se incube de tudo, cabendo ao criador apenas contribuir com seu trabalho intelectual; também é possível realizá-la de forma “mista”, “global”, na qual caberá uma responsabilidade maior para o contratado (RIZZARDO, 2014). Ou seja, ao encomendar um *software*, um empresário, por exemplo, pode arcar com os aparatos necessários ou deixar a cargo do desenvolvedor. O que não poderia ocorrer seria o empobrecimento deste último diante de uma variação de preços.

Quanto ao tipo de remuneração, ela pode ser fixa, combinada ou reajustada. O preço fixo remunera a obra inteira, sem consideração com variações durante seu desenvolvimento. Quando combinada, a composição do preço é a soma dos valores estipulados para cada um dos componentes necessários ao desenvolvimento da obra. Já com o reajustamento ou variação leva-se em consideração o reajuste dos custos dos materiais no decorrer do processo de criação (RIZZARDO, 2014).

Por fim, ao encomendar uma obra, o solicitante adquire “direitos patrimoniais relativos à utilização da obra na forma específica avençada”, porém os direitos morais permanecem “na esfera do autor com restrições decorrentes da natureza da obra e do grau de participação do comitente na elaboração” (BITTAR, 1977, p. 99).

Uma empresa que encomenda um *software* precisa, portanto, delimitar muito bem com o contratante a destinação final do produto, uma vez que, se o objetivo não for de uso interno da própria empresa, e

<sup>4</sup> Importante esclarecer que o fato de o contrato de empreitada ser uma das “bases” do contrato de encomenda de *software* diz respeito à própria natureza do objeto do contrato. Isso porque o desenvolvimento de um *software* necessita de algumas disposições específicas, por exemplo, titularidade dos direitos de propriedade intelectual, o que remete também a outras espécies de contrato, ou seja, a outras “bases”.

sim comercialização como programa-produto, além das autorizações contratuais visando a tal finalidade, a remuneração também pode ser afetada, variando de acordo com o alcance das vendas.

Um outro aspecto interessante da encomenda é a limitação da criatividade do desenvolvedor do programa de computador em razão do atendimento do interesse do contratante. Sua liberdade se dá no tocante às opções de caminhos possíveis para o desenvolvimento do *software* (DIAS, 2019). Isso tem relação direta com os já mencionados direitos morais de autor e sobre como *softwares* não são necessariamente uma expressão da personalidade do criador.

Nesse sentido, outro ponto indispensável da empreitada que se relaciona com obras intelectuais e direitos autorais é o disposto no artigo 621 do Código Civil de 2002, no Capítulo VIII, denominado “Da Empreitada”,<sup>5</sup> sobre a inserção de modificações na obra.

Conforme explicado no tópico anterior, dentro dos direitos autorais existem os direitos morais, considerados personalíssimos. A própria Lei de Direitos Autorais (LDA) nos artigos 24, IV e V, e 107, I,<sup>6</sup> dispõe a respeito da realização de modificações na obra e como elas afetam a esfera moral do criador.

Nesse sentido, é possível compreender que, ao assegurar a necessidade de anuência do autor antes que o proprietário, solicitante, introduza modificações, o artigo 621 do Código Civil reafirmou, de certa forma, a tutela dos direitos morais, já garantida pela LDA. É perceptível, portanto, como o contrato de empreitada dialoga e é considerado uma base importante do contrato de encomenda.

### 3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NA LEI DO SOFTWARE

A Lei nº. 9069, de 19 de fevereiro de 1998, denominada “Lei do *Software*”, surgiu para regulamentar e normatizar matéria relativa aos programas de computador e a documentação técnica associada, tanto as de origem nacional como as de origem estrangeira (ORTIZ, 2013). Durante a elaboração do projeto de lei, uma das discussões mais importantes foi a respeito da natureza jurídica do *software* e, a partir disso, qual o regime adequado a ser aplicado.

Antes da vigência da Lei do *Software*, o regime de proteção dos programas de computador seguia, em parte, o da Lei 5.998/1973, antiga lei que regulamentava os direitos autorais. A nova lei, contudo, trouxe várias alterações, dando ao *software* uma natureza tecnológica. Tudo isso partiu de um pressuposto de que o mais adequado seria a adoção de um regime de propriedade intelectual específico para programas de computador, que não seria nem direitos autorais, nem patentes (*tertium genus*)<sup>7</sup> (BARBOSA, 2002).

Apesar das discussões acerca de um regime próprio, prevaleceu a regulação de acordo com a Lei de Direitos Autorais, no que com ela não contrastasse, uma vez que a Lei do *Software* foi elaborada de forma objetiva, visando a resguardar e garantir a propriedade intelectual do *software* em si.

Um dos pontos não aplicados ao *software* é justamente no tocante aos direitos morais do autor, que envolve uma dimensão imaterial com foco nos direitos de personalidade. Apenas algumas disposições foram mantidas, como a reivindicação de paternidade e oposição a modificações não autorizadas, se estas foram aptas a causar prejuízos à honra ou reputação do autor.

Por fim, outro ponto interessante é quanto ao registro. A Lei de Direitos Autorais designou o Escritório de Direitos Autorais (EDA) da Biblioteca Nacional como o órgão responsável pelo registro das obras intelectuais. Atualmente, contudo, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi) é o órgão e entidade designado

<sup>5</sup> “Art. 621. Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária”.

<sup>6</sup> “Art. 24. São direitos morais do autor: 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-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”;

“Art. 107. 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”.

<sup>7</sup> Terceiro gênero: denominação aplicada para caracterizar uma posição diferente entre dois clássicos e aparentemente irreduzíveis ou únicos.

para efetuar o registro dos programas de computador. O EDA apenas registra a expressão das instruções, sem verificar se elas funcionam ou se requerem algum sigilo.

Nesse sentido, conforme bem pontuado por Lúcio Rangel Ortiz (2013), constata-se que a Lei do *Software* instituiu uma proteção jurídica e legal da propriedade intelectual do programa de computador que abrange a Lei de Direitos Autorais no tocante à obra intelectual em si e a Lei de Propriedade Industrial no que se relaciona à invenção industrial.

Deve-se fazer uma ressalva, no entanto, ao fato de que a Lei do *Software* utiliza a expressão “conjunto de instruções”, o que remonta à ideia de aplicabilidade e não apenas ideias e algoritmos. Dessa forma, o registro considerado mais adequado, inclusive pela própria lei, é o de responsabilidade do Inpi, uma vez que a ideia é tutelar o *software* como invenção e não apenas uma mera expressão (ORTIZ, 2013).

Por fim, é interessante mencionar que a jurisprudência é bem clara quanto à impossibilidade de aplicação de disposições sobre propriedade industrial aos *softwares*, havendo decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afastam a possibilidade jurídica de se requerer uma patente de programa de computador, uma vez que a lei não o considera como invenção ou modelo de utilidade.

Inclusive, em seu voto no Recurso Especial (Resp) 2002/0071281-7, a ministra relatora Nancy Andrighi pontuou que como o direito de propriedade industrial rechaça expressamente a proteção ao *software*, a solução seria enquadrá-lo como “modalidade de direito de propriedade intelectual (autoral), pois do contrário ficaria o seu titular despidido de qualquer proteção jurídica a reprimir atos de contrafação”.

Percebe-se, portanto, que apesar das peculiaridades dos *softwares* e até de algumas semelhanças presentes na Lei do *Software* com aspectos tanto da Lei de Direitos Autorais, quanto da Lei de Propriedade Industrial, o entendimento majoritário é pela predominância da natureza autoral.

## 4 O CONTRATO DE ENCOMENDA DE SOFTWARE

Em geral, obras intelectuais são fruto de espontaneidade, conforme entende-se pelos ensinamentos do autor Antônio Chaves (1995). A obra de criação espontânea seria aquela em que é o autor quem escolhe o assunto e o desenvolvimento, tendo ainda a iniciativa de colocar a sua produção indistintamente à disposição de todos os eventuais consumidores ou investidores.

Em situações de encomenda de obra intelectual, fala-se em criação não espontânea, na qual existe um vínculo prévio entre o criador e o contratante. Antônio Chaves (1995) também diferencia obras espontâneas e encomendadas, explicando que, na primeira, o autor escolhe o assunto e o desenvolvimento, enquanto na segunda, um contratante escolhe entre vários autores em potencial aquele que detém aptidões e inclinações que melhor possam lhe proporcionar o resultado objetivado.

O contrato de encomenda trata, portanto, de obra ainda não produzida, e não de transferência de direitos sobre um produto pronto. Com essa distinção feita passa-se à discussão sobre as bases de um contrato de encomenda de *software* e sua relevância no cenário atual.

### 4.1 Contextualização

O desenvolvimento de sistemas sob encomenda é relevante no contexto atual a partir do momento que tem sua finalidade atrelada à informatização, mecanização, automatização e modificação da forma de organização de uma empresa, visando à maior funcionalidade e até mesmo produtividade de uma atividade (CERQUEIRA, 2000).

Conforme já mencionado, por muito tempo o processo de desenvolvimento do *software* era caro e este ainda se encontrava atrelado a um suporte físico, o *hardware*. A partir da década de 60, no entanto, o cenário tornou-se de contratações em massa, economia globalizada e comércio eletrônico. Com isso, atualmente existem inúmeros contratos envolvendo *software*, que se adaptam às mais diversas situações, e envolvem desde contratos de adesão a contratos de cessão de direitos e licenciamento.



Diante deste cenário, e considerando a natureza de obra intelectual do *software*, surgiu a necessidade de criar um mecanismo de proteção ao direito autoral que fosse efetivo, mas que também se adequasse à realidade de ordem prática, ou seja, disponibilizar os produtos no mercado (AMAD, 2002).

Em cada tipo contratual existe uma forma de proteção aos direitos de autor. Por exemplo, em contratos de adesão não existe a necessidade de tratar e negociar a respeito de qualquer cessão de direitos. Já um contrato de encomenda envolve partes com objetivos e necessidades que precisam de uma abrangência muito maior do que a provida por um contrato de adesão.

O *software* elaborado sob encomenda é também denominado *software* serviço e parte de uma atuação conjunta de um desenvolvedor e um contratante, um possível usuário ou revendedor do programa-produto gerado, dependendo de sua intenção final. Ou seja, é uma obra de criação humana desenvolvida segundo as necessidades e especificações do contratante.

No geral, o mais comum é que os *softwares* encomendados sejam utilizados em favor do próprio contratante. Seguindo, no entanto, o que foi acordado no contrato e não havendo restrições de exclusividade, o criador do *software* ou o contratante podem comercializá-lo, posteriormente, para outros usuários, vindo a enquadrá-lo como *software* produto.

Considerando a legislação civil é prudente, portanto, que as partes contratantes definam, no momento da celebração do contrato, quais serão as atribuições e as atividades realizadas pelo desenvolvedor, de modo a deixar evidente qual o resultado esperado da atividade, devendo existir cláusula disposta acerca de a quem caberá o direito intelectual sobre o programa de computador desenvolvido no âmbito da relação contratual (DIAS, 2019).

#### 4.2 Lei do *Software* e os Contratos de Encomenda

Pela Lei do *Software*, a não ser que expressamente disposto o contrário no contrato de encomenda, aquele que contrata o desenvolvimento é titular original do *software* resultante, nos termos previstos no artigo 4º, caput, da referida lei.<sup>8</sup> Ou seja, os direitos do *software* não precisam ser cedidos pelo desenvolvedor, uma vez que nunca de fato pertenceram a ele, salvo qualquer disposição contratual em contrário.

O titular, então, é quem detém os direitos de “exploração” do *software*, ainda que não tenha ajudado na criação, e possui direitos de uso (licença), direito de imagem, direito de publicidade, entre outros. Tais direitos, no entanto, são relacionados a um vínculo patrimonial, existindo, ainda, devido ao tratamento autoral dado ao programa, um vínculo moral com o desenvolvedor, que pode ou não ser abrangido pelo contrato.

Ressalte-se que a expressão utilizada pelo legislador, “salvo estipulação em sentido contrário”, indica que não se trata de uma norma dispositiva, podendo o regramento geral expresso na lei ser livremente alterado pelas partes, de acordo com a autonomia da vontade (DIAS, 2019).

Os direitos morais do autor ficam reduzidos à reivindicação da paternidade do programa de computador e de oposição a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a honra ou a reputação do autor. Assim, devido às restrições ocasionadas pelos direitos morais, ainda que a legislação de *software* os tenha reduzido, em geral recomenda-se que o contrato especifique sobre o assunto, de forma a evitar alguns problemas.

Um exemplo disso é sobre como pode ou não se dar a atualização do programa, de modo a não afetar o direito moral do desenvolvedor relacionado à oposição a alterações não autorizadas. Isso porque é comum que programas precisem ser atualizados e os contratos podem vedar modificações, autorizar apenas se forem seguidas as condições estabelecidas (por exemplo, se o próprio desenvolvedor realizar a atualização), determinar análises periódicas sobre se há ou não necessidade, etc.

<sup>8</sup> “Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos”.

Outra questão relevante é que, apesar de na maioria dos casos a titularidade dos direitos de propriedade intelectual ser do contratante, existem situações nas quais ela permanece com o contratado e este, por sua vez, compromete-se a ceder o código-fonte e dá as devidas autorizações à outra parte, que serão necessárias ao uso do programa. Inclusive, nesse tipo de situação também é comum que as partes assinem um Termo de Cessão de Código-Fonte.

Comumente as partes também delimitam indenizações de uso ou exploração não autorizada. Em casos nos quais a parte contratada pense ser provável que queira se utilizar de parte do código do programa ou de alguma função semelhante futuramente, é importante que seja delimitada no contrato tal possibilidade, evitando problemas com a outra parte, especialmente se a titularidade da propriedade intelectual tiver sido atribuída a esta.

Em recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Resp 1.163.415, cujo caso envolvia um contrato de encomenda com ausência de indicação expressa sobre a titularidade da propriedade intelectual, foi reafirmado o entendimento legal e reforçada a importância de tal delimitação. Na decisão monocrática, o ministro relator dispôs que não havendo disposição contratual expressa em contrário, a titularidade do *software* pertence à contratante, conforme prevê o artigo 4º da Lei do *Software*.

Com relação à violação de direitos autorais, um caso interessante foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação nº 0070701-42.2004.8.19.0001, no qual os autores alegavam utilização não autorizada do *software* desenvolvido sob encomenda. O relator ressaltou que a violação dos direitos morais previstos na lei pode gerar tanto danos materiais como danos morais, no entanto não foi devidamente comprovado que a paternidade dos programas foi questionada ou alterada ou que houve modificação dos programas que propiciasse a violação da honra ou da reputação dos autores.

Ocorre que, apesar da ausência de violação dos direitos morais, mediante uma perícia técnica foi constatado que houve utilização não autorizada, uma vez que os réus tiveram acesso ao código-fonte, configurando-se a contrafação. Apesar de alegarem que o *software* foi desenvolvido por encomenda, moldado às necessidades dos contratantes, o relator entendeu que nem a cláusula de exclusividade do contrato, nem o fato de o *software* ter sido feito para os réus, possibilitava que estes se utilizassem do código e customizassem o programa.

Foi caracterizada, assim, a violação ao direito autoral dos autores. Considerando a cláusula indenizatória existente no contrato que havia sido firmado pelas partes, o relator entendeu pela aplicação da sanção prevista e também determinou que os réus se abstivessem de usar o programa dos autores, sob pena de multa diária.

## 5 CONCLUSÃO

A legislação brasileira sobre *softwares* atribuiu majoritariamente um tratamento de direitos autorais a esse tipo de criação. Sabe-se, no entanto, que o direito de autor não tem como objetivo a proteção de uma inovação técnica, científica e de aplicação comercial ou industrial, ou seja, não há um aspecto técnico no tocante à utilidade da obra. Isso porque seu objetivo maior é a proteção da criatividade e da expressão do autor.

Não se pode ignorar que *softwares* são obras funcionais e, diferente de um livro, eles possuem um propósito e se encaixam em um contexto no qual precisam de facilidades, que a legislação autoral não necessariamente proporcionaria. Ao mesmo tempo em que alguns dispositivos se mostravam excessivamente protetivos, outros se revelavam insuficientes. Assim, a Lei do *Software* buscou realizar uma adequação, visando à aplicação e à contribuição tecnológica da obra.

Considerando tais pontos, verifica-se que a propriedade intelectual de um *software* desenvolvido sob encomenda é um tema que necessita de atenção, pois algumas aplicações da Lei de Direitos Autorais podem abrir uma margem para interpretações capazes de impactar a segurança jurídica da relação contratual. Considerando o fato de que a autonomia da vontade e a base do contrato de encomenda se pautar na legislação civil, é prudente que as partes definam bem as atribuições e as atividades que serão desenvolvidas, bem como a participação que cada um terá e o resultado esperado da atividade.

É extremamente importante, também, que o produto, fruto do objeto do contrato, ou seja, o programa desenvolvido, bem como os direitos a ele atrelados, tenham sua titularidade definida, em especial quanto a quem caberá o direito intelectual. Em alguns casos, é interessante que as partes também tratem de reprodução, utilização externa, modificação, manutenção e atualização, de forma a evitar problemas futuros.

Principalmente nos casos em que a ideia seja utilizar o programa por um longo período, é comum que surja a necessidade de ser realizada uma atualização e sem disposições claras acerca disso pode-se abrir uma discussão sobre violação de direitos autorais e morais do desenvolvedor, caso este não concorde com o que for feito.

Por fim, a jurisprudência vem se posicionando de forma a reconhecer a natureza autoral do *software*. Dessa forma, a maioria dos atos que os desenvolvedores entendem como violação de direitos autorais não têm sido considerados ofensivos, mas sim aptos a gerar apenas indenizações de cunho material, e não de cunho moral. Isso porque na maioria dos contratos não há delimitações específicas suficientemente fortes para proteger o aspecto autoral do programa. Sem isso, o que vale são as normas gerais, que em se tratando de propriedade intelectual nos contratos de encomenda pendem mais para o lado do contratante.

## 6 REFERÊNCIAS

- AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software, shrinkwrap licenses e clickwrap licences*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARBOSA, Denis Borges. *A legislação de propriedade intelectual em vigor*. 2002. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html>. Acesso em: 4 out. 2019.
- BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*. 2001. Disponível em: [http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi\\_tipos\\_direitos.html](http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_direitos.html). Acesso em: 12 out. 2019.
- BARBOSA, Denis Borges. *Comentários ao art. 1o. da Lei de Software*. 1998. Disponível em: [http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi\\_tipos\\_direitos.html](http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_direitos.html). Acesso em: 12 out. 2019.
- BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: a proteção do software, do sigilo dos testes para registro de comercialização, topografia de circuitos integrados*. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra sob encomenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm). Acesso em: 20 out. 2019.
- 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1998a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm). Acesso em: 16 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em 16 out. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) 1.163.415 – RS 2017/0219339-7. Relator: ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 9 de outubro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507995672/agravo-em-recurso-especial-aresp-1163415-rs-2017-0219339-7?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) 443.119 – RJ (2002/0071281-7). Relatora: ministra Nancy Andrighi, Brasília, 8 de maio de 2003. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_443119\\_RJ\\_08.05.2003.pdf?Signature=YXfXBTkOGugMMk%2Fw5ovtuGYkmE%3D&Expires=1575678032&AWSAccessKeyId=AKIARMMMD5JEA0-765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=256a4d21b79fdf6f382527ee58277504](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_443119_RJ_08.05.2003.pdf?Signature=YXfXBTkOGugMMk%2Fw5ovtuGYkmE%3D&Expires=1575678032&AWSAccessKeyId=AKIARMMMD5JEA0-765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=256a4d21b79fdf6f382527ee58277504). Acesso em: 8 nov. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro. Apelação nº 0070701-42.2004.8.19.0001 (2008.001.28599). Relator: desembargador Antonio Saldanha Palheiro, Rio de Janeiro, 12 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036B8B43BE0950E1E91C307EFEC777FAC5FC4020D1A61&USER=>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin. 2003.
- CERQUEIRA, Tarcízio Queiroz. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada. 2000.
- CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. Volume 4.

- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Romana jurídica, 2004.
- DIAS, Leonardo de Sales. 2019. *A propriedade intelectual do programa de computador desenvolvido sob encomenda*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53118/a-propriedade-intelectual-do-programa-de-computador-desenvolvido-sob-encomenda>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LUPI, André Lipp Pinto Bastos. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- MAZIERO, Carlos. *Sistemas Operacionais*: 2019. Conceitos e mecanismos. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/332233385\\_Sistemas\\_Operacionais\\_Conceitos\\_e\\_Mecanismos](https://www.researchgate.net/publication/332233385_Sistemas_Operacionais_Conceitos_e_Mecanismos). Acesso em: 14 out. 2019.
- MENEZES, Tamires. *A natureza jurídica do software e a proteção conferida no direito brasileiro*. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52122/a-natureza-juridica-do-software-e-a-protecao-conferida-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 6 nov. 2019.
- MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- OMPI; INPI. Organização Mundial da Propriedade Intelectual; Instituto Nacional da Propriedade Industrial. *Curso Geral de Propriedade Intelectual a Distância – DL 101P BR, Módulo 03, Direitos Autorais*, 2014.
- ORTIZ, L. R. A. 2013. *A propriedade intelectual na lei do software*. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/149>. Acesso em: 14 out. 2019.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SABINO, Vanessa Cristina. *Um estudo sistemático de licenças de software livre*. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade de São Paulo, Instituto de Matemática e Estatística, São Paulo, 2011. DOI: 10.11606/D.45.2011.tde-14032012-003454. Acesso em: 29 set. 2019.
- SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.
- WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. 22. ed. São Paulo: Sugestões Literárias AS, 2015.

Todo conteúdo da Revista Direito em Debate está  
sob Licença Creative Commons CC – By 4.0