

**ASPECTOS DA RELAÇÃO CONTRATUAL QUE TEM
POR OBJETO A ENCOMENDA DE UM PROGRAMA
DE COMPUTADOR – ENFOQUE SOB O PLANO DE
*DESENVOLVIMENTO E LICENÇA DE USO.***

Escrito por FULVIO MACHADO FARIA

POUSO ALEGRE - MG

2012

RESUMO

O objetivo deste trabalho é levantar aspectos da relação contratual que tem por objeto o desenvolvimento do Programa de Computador com enfoque no plano de desenvolvimento e licença de uso. Como suporte ao tema, apresentamos a definição de Programa de Computador, suas características gerais, sua natureza jurídica e críticas a ele. Também como suporte ao tema, apresentamos a teoria geral dos contratos naquilo pertinente a esta relação. No plano de desenvolvimento, expomos a peculiaridade do objeto (desenvolvimento do Programa de Computador), e possíveis soluções contratuais para um contrato justo à relação, usando como parâmetro geral a cognoscibilidade dos requisitos e, decorrente deste, a escolha de um contrato completo ou incompleto. No plano de licença de uso, expomos a condicionante de sua existência na relação em estudo e, quando existir na relação, os aspectos que as partes contratantes devem levar em consideração na celebração contratual.

ABSTRACT

The objective of this research is to raise issues of the contractual relationship that has as object the development of the computer program focusing in the side of development and license. We introduce the definition of computer program, its overall technical features, its legal nature and its criticism as aid to the theme. Also as aid we introduce the general theory of contracts related to this relationship. From development side we expose the details of the object (development of computer program) and possible contractual solutions for a equitable contract, using as general parameter the knowability of the requirements and as consequence the decision for a complete or incomplete contract. From license side we expose the condition of its existence and when it exists which aspects should be considered by contracting partners for the conclusion of the contract.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
1.1. Instrumentos para a informação	4
1.1.1. Alguns instrumentos	5
1.1.2. O novo instrumento e o Direito	6
1.2. Relevância temática	6
2. PROGRAMA DE COMPUTADOR	8
2.1. Software ou Programa de Computador?	8
2.2. Análise da definição legal de Programa de Computador	11
2.2.1. Expressão.....	11
2.2.2. Instruções	13
2.2.3. Para Fins Determinados.....	14
2.3. Situação atual do Programa de Computador como Propriedade Intelectual	15
2.4. Natureza jurídica do Programa de Computador	17
2.5. Tipologia da obtenção do Programa de Computador	18
3. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	21
3.1. Introdução	21
3.2. Princípios	22
3.2.1. Princípio Contratual da Autonomia Privada e do Consensualismo	22
3.2.2. Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos	23
3.2.3. Princípio do Dirigismo Contratual ou da Intervenção Estatal na Autonomia Privada	24
3.2.4. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos e da Teoria da Imprevisão	25
3.2.5. Princípio da Boa-Fé Objetiva	26
3.3. Classificação desta relação contratual	28
3.4. Fases contratuais	29
3.4.1. Fase pré-contratual	29
3.4.2. Formação do Contrato	32
3.4.3. Local da celebração do contrato	34
3.4.4. Execução do Contrato.....	34
4. DESENVOLVIMENTO DE UM PROGRAMA DE COMPUTADOR	36
4.1. Processo de software.	37
4.1.1. O processo de desenvolvimento de um Programa de Computador e suas etapas.	38
4.2. Os requisitos do programa e sua influência sobre as características do contrato	40
4.2.1. Contrato do tipo terceirização	41
4.2.2. Implicações dos requisitos sobre o contrato	42
4.2.3. Diagrama entre os requisitos e o contrato	44
4.3. Teoria dos contratos incompletos	47
4.3.1. O contrato incompleto e a análise econômica do direito	48
4.4. O tipo contratual de acordo com o Código Civil Brasileiro	51
4.5. Conclusões	54
5. LICENÇA DE USO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR	55
5.1. O art. 4º da Lei 9.609/98 e suas implicações nos direitos relativos ao titular do programa de computador	55
5.2. A licença de uso do programa de computador	57
6. CONCLUSÃO GERAL	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
ANEXO - CONTRACTUAL AND RELATIONSHIP FRAMEWORK	64

1. INTRODUÇÃO

1.1. INSTRUMENTOS PARA A INFORMAÇÃO

Sem o concurso de instrumentos ou máquinas, é manifestamente impraticável conseguir-se em qualquer grande obra a ser empreendida pela mão do homem o aumento do seu poder, simplesmente, pelo fortalecimento de cada um dos indivíduos ou pela reunião de muitos deles.¹

Seja conscientemente ou inconscientemente, o homem sempre armazenou informação de forma organizada com o intuito de agregá-la a determinada tarefa, a qual será mais bem cumprida. Assim, investiga instrumentos capazes de potencializar cada vez mais uma forma adequada de armazenar e gerir estas informações.

Paralelamente, para encontrar meios de aumentar seu poder, o homem percebeu ao longo dos séculos que conhecimento é poder. Para tanto, precisava de meios a acumulá-lo e usá-lo de forma eficaz. Usando do próprio corpo como supositório para armazenar informações ao longo da vida seria impossível, buscando, assim, o armazenamento em objetos externos ao corpo.

Toda esta busca por instrumentalizar cada vez mais a informação, vem propositalmente do interesse do homem, sejam eles para melhor desempenhar determinadas atividades ou conquistar poder, como há de ser perceber didaticamente no documentário *A persistência da Memória de Carl Sagan*²; por fim, propositalmente ao interesse da própria vida como propulsora de toda vontade³.

¹ BACON, Francis. *Nova Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. Pág. 29

² *Cosmos*. Carl Sagan. Vídeo-áudio. KCET e Carl Sagan Productions, 1980.

³ Sugestão SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. São Paulo: UNESP, 2007.

1.1.1. Alguns instrumentos

Percebemos, assim, desde os primeiros relatos históricos sobre o homem o uso de instrumentos que guardam informações, como pinturas rupestres, papiros e etc.

Num outro momento, quanto ao uso da informação, um grande salto na história do homem foi a invenção da máquina de impressão do alemão Johannes Gutenberg. Este engenho possibilitou reprodução rápida dos livros, causando grande impacto na sociedade local e, logo após, na sociedade mundial devido à distribuição rápida e segura das informações.

Outro grande salto, a enorme propulsão causada pelos instrumentos mecânicos que nominou nosso tempo de *Era da Informação* que tem como fatores principais: *os computadores e as redes de computadores (World Wide Web)*.

Nos últimos dez anos, os computadores sofreram progressos extraordinários, quer reduzindo suas dimensões, quer aumentando a velocidade da operação, quer na simplicidade operativa. As astronaves Gemini, por exemplo, possuíam um sistema de computadores do tamanho de uma máquina de escrever portátil, tão preciso que tornou possível realizar os primeiros encontros orbitais da História.⁴

A *Era da Informação* surgiu na história no fim do século XX. Esta era, que ainda é presente, surgiu devido aos instrumentos mecânicos desenvolvidos pelas ciências que potencializaram em muito o armazenamento, o acesso, a distribuição, a organização e o processamento da informação, e por fim do conhecimento. Presenciamos o uso contínuo dos computadores e das redes de computadores, que são os símbolos máximos desta Era, nas nossas vidas e dificilmente conseguiremos dissociá-los dos nossos hábitos.

A *Era da Informação* “é geralmente associada à “tecnologia da informação”, conhecida em alguns países, incluindo o Brasil, como informática”⁵.

⁴ WELLS, H.G. *História Universal: O Mundo Contemporâneo*. V. 7. São Paulo: Edigraf, 1972. Pág. 146

⁵ DOS SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. *A proteção Autoral de programas de computador*. Coleção Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 7.

1.1.2. O novo instrumento e o Direito

A informática cresceu tão rapidamente que o mundo jurídico ficou sem tempo hábil para doutrinar se poderíamos usar institutos jurídicos existentes com capacidade plena para protegê-la ou seriam necessários novos institutos com esta capacidade. Com os problemas surgidos sobre a autoria dos objetos advindos da informática, e a forma de comercialização destes objetos, a doutrina percebeu que os institutos coexistentes àquela época não eram suficientes a proteção destes novos objetos, viram-se, então, expelidos a criar novos institutos. Conferências e comitês internacionais realizaram-se para chegarem a um consenso e orientarem os países signatários das observações necessárias para se proteger um Programa de Computador e usarem destas observações no momento legislativo. Hoje as orientações que prevalecem são as dadas pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e as dadas pelas TRIPs, que serão assunto mais adiante.

O mundo da informática transfigura-se a cada momento declinando os países a observarem estas mudanças e se enquadrem a elas, forçando muitas das legislações buscarem conceitos jurídicos largos aptos a proteger qualquer nova forma que venha a ter sentido de objeto da informática, e, por última, da intelectualidade humana, o que será sempre um desafio para os estudiosos e aplicadores do direito.

1.2. RELEVÂNCIA TEMÁTICA

Hoje, o computador, que agrega suporte físico e também virtual, é uma ferramenta em potencial para as intenções do homem em instrumentalizar a informação. E o papel do suporte virtual, normalmente denominado de *software*, destaca-se nas relações econômicas, sociais e políticas em geral, necessitando o direito dar guarida a estas relações.

Com o desenvolvimento de um sistema global de informação baseado numa infra-estrutura tecnológica em que a programação constitui a argamassa fundamental, a forma de proteção desse elemento nuclear representa uma questão essencial, porquanto afeta diretamente a própria disponibilidade do sistema e o exercício da liberdade de comunicação pela sociedade moderna.⁶

Os Programas de Computador (conferir no Capítulo 2.1. a diferença entre Software e Programa de Computador) têm um gama inumerável de aplicação numa atividade que depende muito das vezes, para este sucesso, das condições técnicas e criativas do programador.

Podem ser vários os motivos para se produzir um Programa de Computador, mas normalmente são dois os motivos principais, **o primeiro**, por uma idéia do próprio programador-empresendedor que percebe a carência de um Programa no mercado em uma determinada atividade e, portanto, produz um Programa apto a satisfazer esta atividade carente, ou, **a segunda**, em que um cliente obtém um Programa de Computador, pois precisa implantar um ou trocar o antigo por um mais moderno e eficaz, que correspondem à satisfação destas necessidades.

Este trabalho se concentra no estudo da obtenção de um Programa de Computador via encomenda por um cliente, pois este não encontra no mercado Programa que satisfaça desde já e não encontra um que possa ser adaptado às necessidades da sua atividade. Desta maneira, o cliente busca um programador para que este possa desenvolver um Programa de Computador apto a satisfazer tais necessidades. Dessa relação, nós nos propusemos a dar substrato e bons alvitres jurídicos para os estudiosos do direito e profissionais da área, sem a intenção de esgotar todo o tema que, como se verá a frente, está em constante transformação.

⁶ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 9.

2. PROGRAMA DE COMPUTADOR

2.1. SOFTWARE OU PROGRAMA DE COMPUTADOR?

Ora dizemos Programa de Computador, ora Software, haveria diferença entre um e outro? Ou são termos equivalentes?

Conforme o *Draft Treaty of Legal Protection of Computer Software* realizado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual a diferença é patente, vejamos:

“(i) “Programa de computador” significa um conjunto de instruções capazes, quando incorporadas em um meio legível em máquina, produzindo nesta máquina capacidade de processar informações, que indicam, realizam ou arquivam uma função particular, tarefa ou resultado;

(ii) “descrição do programa” significa uma apresentação completa e procedimental da forma literal, diagramática ou outra forma, em detalhes suficientes para determinar um conjunto de instruções constituindo um programa de computador correspondente;

(iii) “material de suporte” significa qualquer material, exceto um programa de computador ou uma descrição de programa, criada para auxiliar o entendimento ou aplicação do programa de computador, por exemplo, descrições do problema e instruções de usuário;

(iv) “software de computador” significa qualquer ou vários dos itens referidos no (i) a (iii)”⁷⁻⁸

⁷ Tradução livre com colaboração de Túlio Vitor Machado Faria, do original, como se segue: “(i) “Computer program” means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or archive a particular function, task or result; (ii) “program description” means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine a set of instructions constituting a corresponding computer program; (iii) “supporting material” means any material, other than a computer program or a program description, created for aiding the understanding or application of a computer program, for example problem descriptions and user instructions; (iv) “computer software” means any or several of the items referred to in (i) to (iii);”

Ratificando a distinção entre os dois termos, o professor MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS, que também estudou a definição dada pelo *Draft Treaty*, entende acertadamente que Software é gênero do qual Programa de Computador é espécie:

Tecnicamente, tem sido estabelecida uma distinção conceitual entre os dois termos, designando-se por programa de computador, propriamente dito o conjunto de instruções dirigidas ao computador, e por “*software*”, o conjunto formado não só pelo programa de computador, mas também pela metodologia de operação, pela documentação completa e, eventualmente, por outros elementos relacionados com o programa de computador.⁹

Não obstante a diferença entre os termos, é comum na prática comercial o uso dos dois termos como sinônimos. Para nosso trabalho é importante frisarmos nesta diferenciação. Na relação contratual que propusemos a estudar, o objeto final é o Programa de Computador. Sendo assim, não abarcaria o Software que compreende outros elementos como a documentação e materiais necessários ao Programa de Computador.

Na nossa legislação os termos sempre se distinguiram, por serem influenciados pelo *Draft Treaty* da OMPI. A Lei nº 9.609/98 traz no seu art. 1º a definição de Programa de Computador, não mencionando nesta definição os demais elementos do Software.

A chamada Lei de Informática (Art. 43 da Lei nº 7.232/84) já em 1984 tratava “*software*” como o conjunto englobando o programa e a documentação técnica associada, e tanto a Lei nº 7.646/87 quanto a Lei nº 9.609/98 distinguem claramente programa de computador dos demais elementos integrantes do conceito de “*software*”.¹⁰

Abaixo as definições legais referentes ao Programa de Computador que em nossa legislação viveu sendo a última definição a que ainda vigora:

LEI Nº 7.232, DE 29 DE OUTUBRO DE 1984.

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.

LEI No 7.646, DE 18 DE DEZEMBRO DE 1987.

Art. 1º, Parágrafo único. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada,

⁸ “Documento LPCS/II/3-Feb., 24, 1983” inteiro teor no url: <http://www.wipo.int/mdocsarchives/LPCS_II_83/LPCS_II_3_E.pdf>

⁹ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 3.

¹⁰ Ibid. Pág. 4.

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, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

LEI Nº 9.609 , DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998.

Art. 1º 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.

Ficou compreensível que Programa de Computador não se confunde com Software, o primeiro é espécie do segundo. Na nossa legislação o Programa de Computador tem definição legal dada pelas disposições da Lei 9.609/98.

Os demais elementos do Software não são protegidos pela Lei 9.609/98, mas serão protegidos, quando atenderem aos requisitos necessários, pelos Direitos Autorais, pelo Direito Patentário ou por qualquer outra disposição vigente aplicável.

Quanto a isso, vejamos o entendimento do professor MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS:

Em primeiro lugar, entendemos que o programa de computador em si não se confunde com o material de concepção preparatória e que sua proteção no mesmo diploma legal não pode significar uma assimilação dos termos. Em segundo lugar, parece-nos claro que as bases de dados, que atualmente possuem autonomia conceitual, não podem integrar a noção de “*software*”. Em terceiro lugar, a tecnologia em si escapa ao âmbito da proteção autoral do programa, por constituir o “o conteúdo ideativo” da obra. Resta, portanto, a chamada “documentação do programa”, definida como o material contendo (a) a descrição do programa (documentação técnica), destinada a programadores e que inclui as informações técnicas e funcionalidades; e (b) as instruções de uso de operação (documentação auxiliar), destinadas ao usuário.¹¹

Para entendermos melhor a diferenciação, exemplificadamente, você adquire um Programa de Computador por *internet*, após alguns dias você o recebe em casa. Mas o Programa não vem por si só, ele deve estar incorporado a um *DVD-disc* o qual incorpora também outros elementos como a *documentação de ajuda, tutoriais para uso, demonstrações da funcionalidade do Programa* e *etc.* Junto com o *DVD-disc* vem documentos impressos, como *certificado de garantia, certificado de compra* (tipo de licença ao usuário) e *etc.* Todos estes elementos compõem o que chamamos de *Software*. Já o Programa de Computador, que poderá ser executado de acordo com a vontade do usuário, seria o “.exe” contido dentro do *DVD-Disc*.

¹¹ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 5.

Estes elementos com exceção do Programa de Computador não recebem proteção específica, mas podemos encontrar amparo, quando atendidos os requisitos, no Direito Autoral, no Direito Patentário ou em qualquer outro dispositivo legal.

Nosso legislador não definiu o que venha a ser Software, talvez assim o quisesse por podermos utilizar de outros institutos tradicionais¹² que tem conceituação ampla e, assim, possam proteger “*any material*” ou “*a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form*”.

Abaixo analisaremos a definição legal dada ao Programa de Computador pela Lei 9.609/98, de forma a ampliar sua noção, para que possamos saber melhor balizar a confecção da relação contratual objeto de estudo deste trabalho.

2.2. ANÁLISE DA DEFINIÇÃO LEGAL DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

O art. 1º da Lei 9.609/98 estabelece a definição legal de Programa de Computador. Vamos analisá-la pormenorizadamente ampliando o conceito desta definição para que numa relação contratual o que considerarmos nas negociações por Programa de Computador possa ser protegido pela Lei 9.609/98.

Art. 1º 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.

2.2.1. Expressão

O termo *expressão* contido na definição legal do Programa de Computador é o conectivo entre Programa de Computador (espécie) e os objetos protegidos pelas normas de Direito Autoral (gênero).

¹² Conferir legislação sobre Direitos Autorais (Lei n. 9.610/99) e Direito Patentário (Lei n. 9.279/96).

A definição de programa de computador na legislação brasileira (Leis nºs 7.646/87 e 9.609/98), à semelhança do que ocorre com a legislação australiana e a mexicana, refere-se à “*expressão de um conjunto de instruções*”. Portanto, o grande efeito dessa redação é explicitar que a proteção autoral se restringe ao programa de computador enquanto *forma de expressão* de um conjunto de instruções, e não enquanto conjunto de instruções em si mesmas, ou seja, enquanto soluções técnicas ou método de operação.¹³

Desta maneira, o Programa de Computador, que tem diploma legal específico que é a Lei 9.609/98, é também protegido pela lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), cujo requisito principal para ser protegido é ser *expressão*, possuir uma forma objetiva, e não ao contrário, como no Direito Patentário, *ideia* ou *invento*. Conforme, assim, depreendemos do art. 7º da Lei 9.610/98:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, **expressas por qualquer meio** ou **fixadas em qualquer suporte**, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...] (grifo nosso)

Do mesmo modo o art. 1º da Lei 9.609/98 refere-se à *expressão* quando traz no seu dispositivo a definição legal de Programa de Computador, vejamos:

Art. 1º Programa de computador é a **expressão de um conjunto organizado de instruções** em linguagem natural ou codificada [...] (grifo nosso)

Há ainda discussão doutrinária e em casos do direito de países estrangeiros¹⁴ se o Software ou Programa de Computador se enquadram no Direito Patentário (*ideia*) ou no Direito Autoral (*expressão*), ou que não se enquadram nem em um e nem em outro, e sim em um *tertium genus* o qual deve trazer no seu bojo novas noções jurídicas desta nova forma da Propriedade Intelectual.

Hoje países como Brasil, China, Portugal, entre outros já pacificaram este assunto nos seus sistemas de normas, o que não inviabiliza a jurisprudência destes países se manifestarem de modo diverso.

Nestes países, Programa de Computador e Software encontram abrigo jurídico em lei especial e de forma concomitante no Direito Autoral. Neste sentido, por exemplo, o art. 2º da nossa Lei 9.609/98:

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.

¹³ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 139-140.

¹⁴ Que melhor explana sobre o assunto, conferir: DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit.

Esses países seguem as orientações do projeto de tratado “*for protection computer software*” dada pela OMPI e pelas TRIPS, em que o diploma legal do Programa de Computador é o Direito Autoral e, se necessário, lei especial para aclarar pormenorizadamente o novo fenômeno. Os países os quais seguem estas orientações facilitam a transação internacional do Programa de Computador e do Software produzidos no seu território, por haver comunhão de direitos entre o país fornecedor e o país receptor. Estimulando, assim, a comercialização para fora dos limites do país de origem.

2.2.2. Instruções

E o que são instruções? Já vimos que instruções são comandos em forma de código, que estabelecem uma seqüência de operações e que são interpretados e executados pelo computador a fim de que este realize funções ou atividades determinadas. Em sentido técnico, instruções compreendem as descrições em linguagens de computador (BASIC ou COBOL, por exemplo) bem como os processos preparatórios e subseqüentes relativos a essas descrições.¹⁵

As instruções estão para sua função, assim, como no processo civil, o procedimento está para o Processo. Neste, sua função é atingida por meio do procedimento, então, quando alguém quer buscar no judiciário Tutela de Conhecimento (função) deverá passar por um procedimento (instruções) para se atingir a Tutela de Conhecimento, assim como, na busca pela Tutela de Execução e Tutela Cautelar. Dessa maneira, queremos deixar claro que as instruções do Programa de Computador são meio para se atingir seu fim, qual seja, sua função para a qual foi desenvolvido.

Instruções são, portanto, comandos em forma de código, que estabelecem uma seqüência de operações e que são interpretados e executados pela máquina. Para que isso ocorra é necessário que o programa esteja em “linguagem de máquina”, ou seja, escrito no código que pode ser compreendido pelo computador, constituído por elementos binários. Porém, a programação é iniciada em linguagem simbólica, com uma sintaxe muito próxima da linguagem convencional. Por essa razão, esta é chamada de “linguagem de alto nível”, enquanto aquela, “linguagem de baixo nível”.¹⁶

¹⁵ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 141.

¹⁶ Ibid. Pág. 28.

MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS deixa bem claro a conexão existente entre instruções e código, já que esta é a forma como se exterioriza aquela. Esta conclusão podemos também induzir da própria disposição no art. 1º da Lei 9.609/98, *in verbis*: “Art. 1º [...] um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada [...]”.

2.2.3. Para Fins Determinados

Na parte final do art. 1º da Lei 9609/98 temos a seguinte redação: “art. 1º [...] para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”. Esta redação deixa claro, que para se caracterizar como Programa de Computador, as instruções devem atingir determinado fim, desde que seguidas de suas circunstâncias dispostas no art. 1º: “[...] 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 [...]”. O que isso quer dizer? Diz que o Programa de Computador só será considerado como tal desde que funcione para um fim determinado. Isso terá implicações como veremos em capítulos posteriores, pois quando o cliente busca o desenvolvedor para criar um Programa que satisfaça determinada atividade, o que se busca é o desenvolvedor produzir um conjunto de instruções em um tipo de linguagem que rode em determinado hardware e que tenha por fim satisfazer ao interesse do cliente (fins determinados pelo cliente). O cliente dará os fins determinados, com os quais o desenvolvedor terá de seguir esta mira e criar as instruções necessárias para tal fim.

2.3. SITUAÇÃO ATUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO PROPRIEDADE INTELECTUAL

A expansão do mercado de “*software*” representou uma crescente preocupação com a tutela legal dos programas de computador, uma vez que os sistemas, não sendo mais vinculados a equipamentos determinados (“*software proprietário*”), mas sim de circulação massificada, precisavam ser defendidos contra a possibilidade de sua duplicação.¹⁷

Houve muitas propostas de regimes protetivos *sui generis*, mas os de mais peso foram, e são, as organizadas pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). “A proposta da OMPI merece um exame especial devido à influência que suscitou na época e em trabalhos posteriores”¹⁸.

As provisões organizadas pela OMPI colocaram o regime do Programa de Computador numa posição *sui generis* baseada no regime do Direito Autoral.

O Departamento Internacional (*Internacional Bureau*) da OMPI preparou as Cláusulas Padrões sobre Proteção do Programa de Computador (*Model Provisions on the Protection of Computer Software*), que tinha por filosofia “orientar os países na adoção de normas visando à proteção de programas de computador”¹⁹, não forçando a serem implementadas por lei especial nos países signatários.

As *Model Provisions* trouxeram a definição de Programa de Computador, Software, descrição do programa, material de apoio e etc. O Projeto de Tratado (Draft Treaty), também produzido pela OMPI, seguiu igualmente as definições das *Model Provisions*, com o fim de tornar comum na legislação dos países signatários o tratamento legal do Programa de Computador e do Software.

Esse Projeto de Tratado “foi abandonado depois que um Comitê de Especialistas Governamentais, reunido em Genebra em junho de 1983, manifestou dúvidas sobre a oportunidade de se convocar uma conferência diplomática para a adoção de um tratado nessa matéria”²⁰.

Mesmo o Projeto de Tratado ter sido abandonado,

do ponto de vista metodológico a solução proposta pela OMPI afigurou-se correta por estabelecer uma nova categoria de direito da propriedade

¹⁷ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 51.

¹⁸ Ibid. Pág. 52.

¹⁹ Ibid. Pág. 58.

²⁰ Ibid. Pág. 56

imaterial a um produto das novas tecnologias ao qual institutos já consolidados não se adaptavam adequadamente.²¹

Atualmente muitos países possuem legislação influenciada pelas *Model Provisions* e, seguidamente, pelo *Draft Treaty*. O Brasil²² é um dos países que recebeu forte influência. A China²³, a qual possui diploma legal muito semelhante, também recebeu forte influência.

Esta comunhão de disposições na proteção do Programa de Computador facilita a transação destes, e, também, estimula altos investimentos das empresas, pois estas empresas sabem da compatibilidade dos diplomas legais referentes ao Programa de Computador nos países em que têm atividade e se sentem seguras quanto a sua comercialização.

Por fim, sem muitos detalhes por faltar espaço para esta discussão, ainda não é assente qual instituto jurídico protege devidamente o Programa de Computador, a discussão perdura, alguns países se reportam ao Direito Patentário, outros ao Direito Autoral. Ao longo do tempo a experiência nos demonstrará qual instituto será adequado, seja usando institutos consagrados do Direito ou novos institutos a se desenvolverem que compreenderão este novo fenômeno. Mas, no cenário atual a maioria dos países situa o Programa de Computador como bem imaterial pertencente ao Direito Autoral²⁴.

²¹ DOS SANTOS, M. J. Pereira. Op. cit. Pág. 63.

²² Lei 9.609/98 – Lei do Programa de Computador.

²³ Decreto n. 339 do Conselho de Estado da República Popular da China. Este tratado está disponível em tradução inglesa no *website* da OMPI <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=131055>

²⁴ Mais sobre esta discussão, conferir o excelente trabalho do professor: DOS SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. *A proteção Autoral de programas de computador*. Coleção Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

2.4. NATUREZA JURÍDICA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

De acordo com a legislação brasileira o Programa de Computador é bem móvel imaterial²⁵ pertencente à classe da Propriedade Intelectual, sendo sua natureza jurídica de Direito Autoral. Além do mais possui tratamento especial pela Lei nº 9.609/98, não desvirtuando sua natureza jurídica de Direito Autoral, como ratifica seu Art. 2º e §§:

Art. 2º 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.

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

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

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

§ 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.

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

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

Necessário se faz aqui o dizer da professora DEANA WEIKERSHEIMER sobre a natureza jurídica do Programa de Computador:

A natureza jurídica do software é de direito autoral, acompanhando a tendência do mundo moderno em assim caracterizá-lo e, como consequência, não se opera a tradição, nas operações de comercialização

²⁵ Vide Art. 82, III do Código Civil Brasileiro de 2002 e Art. 3º da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

de software, valendo dizer que a mesma se restringe a uma licença ou prestação de serviços pertinentes.²⁶⁻²⁷

Veamos o importante e belo voto de NANCY ANDRIGHI, ministra do STJ, ratificando a natureza jurídica de Direito Autoral do Programa de Computador, assim, como dispõe a Lei n. 9.609/98:

As questões relativas à natureza jurídica do *software* e aos critérios legais aplicáveis para a definição do *quantum* a ser indenizado restaram devidamente prequestionadas no acórdão recorrido.

O *software*, ou programa de computador, como disciplinado em *leis específicas* (9.609/98 e 9.610/98), possui natureza jurídica de *direito autoral* (trata-se de 'obra intelectual', adotado o regime jurídico das *obras literárias*), e não de *direito de propriedade industrial*.

Esse entendimento resulta não apenas da *exegese literal* dos arts. 7º, inc. XII da Lei nº. 9.610/98 e 2º da Lei nº. 9.609/98 e das expressivas contribuições de diversos doutrinadores, mas também da interpretação, *a contrario sensu*, do dispositivo da lei de propriedade industrial (Lei nº. 9.279/96, art. 10, inc. V) que afasta a possibilidade jurídica de se requerer a patente de programa de computador, por não o considerar seja *invenção*, seja *modelo de utilidade*.

Se o direito de propriedade industrial, como positivado no Brasil, expressamente rechaça proteção ao *software*, não resta outra solução senão a de aceitá-lo enquanto modalidade de *direito de propriedade intelectual (autoral)*, pois do contrário ficaria o seu titular despidido de *qualquer proteção jurídica* a reprimir atos de contrafação.²⁸

2.5. TIPOLOGIA DA OBTENÇÃO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

Tomada a definição de Software e a definição e natureza jurídica de Programa de Computador, cumpre-nos observar as formas de obtenção do Programa de Computador.

²⁶ WEIKERSHEIMER, Deana. *Comercialização de software no Brasil: uma questão legal a ser avaliada*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Pág. 12.

²⁷ Nesta passagem da professora WEIKERSHEIMER é necessário considerarmos "Software" por "Programa de Computador", de acordo com a diferenciação apontada no Capítulo 2.1. deste trabalho.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 443.119 - RJ (2002/0071281-7). Programa de computador (*software*). Natureza jurídica. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: Brasília (DF), 08 de maio de 2003.

Usualmente na prática comercial relevam-se três modos comuns de aquisição do Programa de Computador. Estes tipos aparecem a partir da análise das necessidades dos clientes.

O primeiro tipo (empresas usualmente denominadas *Software House*) é quando as necessidades do cliente não encontram guarida em algum Programa de Computador em circulação no mercado ou pela dificuldade de se adaptar um Programa existente às necessidades dele. A partir disso o cliente encomenda o Programa a um fornecedor para que este supra as necessidades da atividade do cliente. Vejamos o entendimento do professor ALEXANDRE DIAS PEREIRA quanto a este tipo de obtenção:

Se não existir correspondência entre os programas que existem no mercado (mesmo adaptados) e as necessidades específicas de um particular cliente, este contrata com uma empresa de desenvolvimento de programas (*software-house*), normalmente, por intermédio de um distribuidor – actuando este, em tais casos, na qualidade de agente, *de direito ou de facto*, consoante o caso concreto –, a criação *ex novum* de um programa com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, bem como os termos da respectiva utilização de uma cópia. (grifo do autor)²⁹

No segundo tipo o cliente encontra um Programa de Computador no mercado que atenda às suas necessidades, mas desde que este Programa sofra adaptações. Em outras palavras, o Programa de Computador em circulação corresponde incompletamente às necessidades do cliente, e para tanto, o fornecedor ou, como de *praxis*, o próprio distribuidor realiza as adaptações necessárias no programa, tornando-o, por completo, a satisfazer as necessidades do cliente.

Se for possível adaptar um programa existente no mercado às suas necessidades, a adaptação poderá ser efectuada pelo próprio distribuidor, nos termos da respectiva licença de distribuição.³⁰

Este tipo de obtenção é intermediário entre o primeiro e o terceiro tipo, ficando sua caracterização subordinada ao emprego caso a caso.

Por último no terceiro tipo (*Standard Software*) temos o Programa de Computador que se enquadra às necessidades do cliente sem uso de adaptações.

²⁹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Eletrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*. In: Revista da Ordem dos Advogados. Portugal, 1998. Pág. 925.

³⁰ Ibid. Pág. 925.

Se existir correspondência entre as necessidades do cliente e um programa “tal e qual” cujas cópias são distribuídas no mercado, o cliente limita-se a obter a respectiva licença de utilização junto do distribuidor.³¹

Vistas as situações mais usais de se obter um Programa de Computador, nosso trabalho se atentará apenas ao primeiro tipo, no qual o cliente não encontra no mercado de Programas de Computador um que corresponda às suas necessidades e para satisfazê-las precisa seja feito um contrato com um determinado fornecedor para que este construa um Programa de Computador que satisfaça suas necessidades.

A confecção do Programa de Computador se dará numa relação contratual entre fornecedor e cliente. No próximo capítulo vamos fazer uma análise dos principais institutos do Direito Contratual brasileiro, bem como dos princípios de peso que devem ser observados na formação e execução desta relação contratual. Posteriormente, será estudada esta relação contratual sob dois planos, o do desenvolvimento do Programa e o das formas de uso e gozo (licença) do Programa de Computador, os quais devem ser observados na confecção do contrato.

³¹ PEREIRA, A. L. Dias. Op. cit. Pág. 925-926.

3. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

3.1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho nos propusemos a fazer um estudo da relação contratual que tem por objeto a encomenda de um Programa de Computador, com foco em dois planos: o plano do desenvolvimento e o plano da licença de uso do Programa de Computador.

Desta maneira, como a teoria dos contratos é extensa, vamos apenas tratar de institutos que acreditamos influenciar nestes dois planos. Pois seria demais custoso divagar sobre outros institutos do Direito Contratual, os quais não têm forte influência sobre os dois planos.

Destarte, vamos estudar alguns princípios contratuais e gerais de direito que são importantes nesta relação contratual; apresentar, sem ser estanque, aspectos gerais deste negócio jurídico.

3.2. PRINCÍPIOS

3.2.1. Princípio Contratual da Autonomia Privada e do Consensualismo

As pessoas são livres para contratar, disso resulta este princípio. É da vontade dos interessados que se deve originar a relação contratual. Está diretamente ligada à liberdade dos contratantes de disporem de parte de seu patrimônio seja ele material ou imaterial.

Nas palavras de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.³²

E ainda nesse sentido:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.³³

Este princípio tem papel muito importante no nosso estudo, pois como veremos adiante, esta relação contratual é regida pela espécie contratual de prestação de serviços, que contém poucas *cláusulas inderrogáveis*³⁴, e tão pouca as *derrogáveis*, ou seja, há poucos dispositivos de ordem pública que limitam a autonomia da vontade quanto a esta categoria jurídica. Dando, assim, ampla margem à liberdade contratual dos contratantes (elementos particulares), sendo

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v.3: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 41.

³³ *Ibid.* Pág. 41.

³⁴ O que é cláusula inderrogável? São disposições que decorrem da lei e se aplicam imediatamente ao fato, não podendo as partes convencionar de forma diferente, já que são inderrogáveis. Diz-se essenciais ou naturais por decorrerem da lei, enquanto que acidentais por decorrerem da vontade da parte ou partes. Inderrogável, porque a parte ou partes não podem dispor de forma diferente do previsto na lei, enquanto que, derogável, podem a parte ou partes dispor de forma diferente da lei, a qual poderá surtir efeitos se não se manifestem. Um exemplo prático a esta última situação, típica cláusula natural derogável, é o art. 4º da Lei 9.609/98, que terá estudo apropriado no último capítulo deste trabalho. Sugestão inicial sobre estudo do assunto, embora existam outros doutrinadores que discorrem sobre o tema: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva.

necessárias “muitas cláusulas minudenciando todos os direitos e obrigações que o compõem”³⁵.

Atualmente, este princípio, sob a nova ótica principiológica, dada pela Constituição de 1988 e pelo novo Código Civil de 2002, tem sofrido limitações de acordo com o tipo contratual; como, p.ex. o princípio da dignidade da pessoa humana e da função social, que dependendo da situação concreta são capazes de subcolocar a autonomia das partes na relação contratual, de maneira a limitar sua atuação.

Para ficar desprovido de qualquer vício, o princípio da autonomia da vontade deve sempre ser praticado pelas partes com observância do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana (enunciado do STJ n. 23, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).³⁶

Podendo as partes manifestar livremente suas vontades de contratar e suas vontades contratuais, deve haver o encontro dessas vontades para que delas surja o consenso quanto ao conteúdo fixado, formando, assim, a relação contratual almejada. Vejamos as palavras de PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA a respeito: “O encontro de vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual”³⁷.

3.2.2. Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos

Os contratos em geral só produzem seus efeitos em relação às partes contratantes, desta maneira não pode ser posto num contrato obrigação a terceiros sem a anuência destes. Tem relação com o Princípio da Autonomia da Vontade e

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. Pág. 42.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 23-24.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, v.4*. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 34.

com o Princípio do Consensualismo, pois se um sujeito não quis contratar, ele não assume qualquer obrigação. Da mesma maneira que se um sujeito contrata obrigações estas só a ele produz efeitos.

O Princípio da Relatividade dos Efeitos do contrato pode sofrer exceções. Como p.ex. o uso da Estipulação em Favor de Terceiros (arts. 436 a 438) e da Promessa de Fato de Terceiros (arts. 439 e 440) contidas no Código Civil de 2002.

3.2.3. Princípio do Dirigismo Contratual ou da Intervenção Estatal na Autonomia Privada

No curso do século XX, com o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções que redesenhariam a arquitetura geopolítica do mundo, o *individualismo liberal* cederia lugar para o *intervencionismo do Estado*, que passaria a se imiscuir mais e mais na atividade econômica, abandonando o vetusto dogma francês do *laissez-faire*.³⁸

O trecho acima é a demonstração do que chamamos hoje por *dirigismo contratual*. Surgiu necessariamente como meio a inibir abusos a direitos constitucionalmente estabelecidos. Reduz, dependendo da relação jurídica, a autonomia privada da vontade das partes.

As leis civis, portanto, pouco a pouco, deixariam de ser meramente abstencionistas, passando a intervir na seara das relações negociais, coibindo abusos e reequilibrando a balança contratual por meio da previsão de instrumentos ou mecanismos jurídicos em favor do hipossuficiente econômico (inversão do ônus da prova, responsabilidade civil objetiva, desconsideração da pessoa jurídica, teoria da imprevisão etc.)³⁹

Alguns exemplos práticos na nossa legislação são “favorecendo o empregado, pela criação do Direito do Trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor”⁴⁰.

Na relação que nos propusemos a estudar, a intervenção estatal se dá pelo respeito às cláusulas gerais dos contratos bem como o respeito ao contrato de prestação de serviços devido à natureza do negócio, o respeito às disposições da Lei 9.609/98 e, é claro, às disposições normativas dada pela Constituição de 1988.

³⁸ GAGLIANO, P. Stolze; FILHO, R. Pamplona. Op. cit. Pág. 35.

³⁹ Ibid. Pág. 35.

⁴⁰ WALD, Arnold. *O contrato: Passado, Presente e Futuro* apud GAGLIANO, P. Stolze; FILHO, R. Pamplona. Op. cit. Pág. 35

3.2.4. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos e da Teoria da Imprevisão

O contrato é feito para ser cumprido nos seus termos, pois as partes não estipulariam obrigações e direitos, com os quais não quisessem se obrigar. Daí decorre o princípio da força obrigatória dos contratos (*pact sunt servanda*), que, se não existisse, perduraria uma grande incerteza jurídica, da qual em vão seria a finalidade do direito contratual.

No Código Civil Brasileiro de 2002 podemos perceber traços normativos do princípio da força obrigatória dos contratos nos arts. 427 a 435 atinentes à formação dos contratos.

Podemos facilmente perceber como o *pact sunt servanda*, nos dias que correm, tornou-se visivelmente menos rígido, da mesma forma como vislumbramos no princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.⁴¹

A obrigatoriedade dos contratos tem sofrido limitações em face de situações imprevisíveis que levam a uma das partes a uma onerosidade excessiva para o cumprimento do contrato. Tal fenômeno jurídico teorizado na Teoria da Imprevisão ou da Onerosidade Excessiva está hoje normatizado no nosso ordenamento nos arts. 478 a 480 do nosso Código Civil de 2002.

Quando ocorrem situações capazes de onerar excessivamente uma das partes para o cumprimento das obrigações constantes no contrato, a parte onerada poderá utilizar das disposições normatizadas da Teoria da Imprevisão para o contrato ser revisto judicialmente, buscando, assim, uma reforma do contrato que fará seguir sua execução de forma menos danosa, ou na impossibilidade de consegui-la, a resolução da relação contratual.

Vejamos a conceituação deste instituto por PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA:

A teoria da imprevisão, construída a partir da revivescência da vetusta cláusula *rebus sic stantibus* do direito canônico, é invocada quando um acontecimento superveniente e imprevisível torna excessivamente onerosa a prestação imposta a uma das partes, em face da outra que, em geral, se enriquece à sua custa ilicitamente.⁴²

É importante nos atermos a este instituto que consagra ainda mais o princípio da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato, e ainda,

⁴¹ GAGLIANO, P. Stolze; FILHO, R. Pamplona. Op. cit. Pág. 40.

⁴² Ibid. Pág. 39.

como dito no tópico anterior, consagra o *dirigismo contratual* pela reta persecução do bem comum. Ele recai sobre relações contratuais de execução continuada ou diferida, e a relação em estudo é da espécie continuada. Desta maneira, no desenvolver do Programa de Computador, quando ocorrer fato que onere excessivamente a uma das partes, poderá esta se valer desta teoria normatizada no nosso código para pedir em juízo a revisão do contrato, ou na impossibilidade de obtê-la, a sua resolução.

Mesmo com a normatização da teoria da imprevisão, esta não pode ser usada desmesuradamente. Só em casos excepcionais será aplicada na relação contratual. Desta maneira, resta íntegro o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, que somente em casos excepcionalíssimos ficará sobrestado quando a relação contratual apresentar onerosidade excessiva sobre uma parte.

3.2.5. Princípio da Boa-Fé Objetiva⁴³

O novo código civil, por influência da constituição de 1988, remodelou o direito privado brasileiro, com escopo no princípio da eticidade, da socialidade e da operabilidade das relações privadas, com a finalidade de atingir os valores éticos e sociais em consonância com a sociedade. Destes três princípios emergiu o princípio da boa-fé.

No princípio

importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de

⁴³ A quem participa constantemente das relações contratuais faz-se necessário um estudo dirigido da boa-fé objetiva estabelecida na porta das relações jurídicas por nosso novo Código Civil de 2002, como também da função social dos contratos e da dignidade humana. Pois hoje estes institutos são influentes numa relação contratual tanto para quem contrata nestes limites como para quem intervém na relação, como ex. o Estado Juiz.

comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública”.⁴⁴

Ademais no princípio da boa-fé objetiva

as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traíndo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc.⁴⁵

Desta maneira as partes quando dispostas a negociar o Programa de Computador deverão zelar pela boa-fé objetiva nesta negociação, de modo a projetar boas intenções quanto ao que será pactuado, devendo-se evitar intenções obtusas com escopo inteiramente exploratório em relação à outra parte, ou seja, um dos contraentes não vir a participar da relação contratual com malícias, com intenções de prejudicar o outro contraente e etc.

Como estabelecido no art. 422, as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais –, o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte, estendendo-se às fases pré e pós-contratual.⁴⁶

Por fim, os contratantes devem dirigir os efeitos da relação contratual de forma a cumprir a função social, a qual se traduz na satisfação do bem comum da sociedade em que surtirá efeitos a relação contratual. Em outras palavras, os efeitos da relação contratual, levando em consideração também a fase pré e pós-contratual, devem surtir efeitos positivos no ambiente em que for praticado (função social). Com o escopo final de sempre respeitar a dignidade da pessoa humana constitucionalmente estabelecida.

Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, podemos afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana.⁴⁷

⁴⁴ REALE, Miguel. *A Boa-Fé no Código Civil*. 16/08/2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acessado em: 6 de Setembro de 2011.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Pág. 33.

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 86.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v.3. São Paulo: Método, 2007. Pág. 77.

3.3. CLASSIFICAÇÃO DESTA RELAÇÃO CONTRATUAL

A relação contratual que tem por objeto a encomenda de um Programa de Computador classifica-se quanto às partes como uma relação bilateral ou plurilateral e ainda se referindo as partes classifica-se como uma relação personalíssima ou impessoal; quanto à maneira que se aperfeiçoam, como contratos não solenes; quanto às vantagens patrimoniais, normalmente, como uma relação onerosa, nada impedindo de uma parte cumprir suas obrigações sem qualquer vantagem econômica; quando onerosos podem ser comutativos ou aleatórios, o primeiro quando as prestações são certas e determinadas, sem envolver risco, a segunda quando pelo ao menos uma das partes não pode antever o resultado final da relação contratual; quanto ao tratamento entre as partes classifica-se como contrato paritário.

Esta relação contratual classifica-se em relação à liberdade contratual das partes como contrato misto, pois é em parte um contrato típico e nominado quando se trata do plano de desenvolvimento e em parte um contrato atípico e inominado quando se trata do plano de licença de uso.

Quanto à forma de execução esta relação contratual classifica-se como contrato de execução diferida em relação ao plano de desenvolvimento do Programa de Computador, e de execução continuada em relação ao plano da licença de uso do Programa.

3.4. FASES CONTRATUAIS

3.4.1. Fase pré-contratual

Todo negócio jurídico, especialmente uma relação contratual, começa por conversas, trocas de informações, ou seja, uma discussão entre os contraentes com fim de delimitar e definir o objeto da relação contratual, e ainda mais, criar uma afinidade entre os contraentes de forma a eles próprios confinarem investimentos próprios para a futura e promissora relação contratual. E para a relação contratual aqui em estudo, não é diferente. Há alguns doutrinadores que denominam esta fase de pontuação ou também de negociações preliminares.

É neste momento prévio que as partes discutem, ponderam, refletem, fazem cálculos, estudos, redigem a minuta do contrato, enfim, contemporizam interesses antagônicos, para que possam chegar a uma proposta final e definitiva.⁴⁸

Nesta fase as partes aclaram os pontos sobre os quais serão tratados na execução do contrato. De modo a preverem o que se realizará na futura relação contratual. Assim, é importante as partes definirem bem os pontos da relação contratual evitando termos que levem a interpretações ambíguas ou contraditórias de determinado ponto que podem levar as partes a desconforto na execução contratual.

Faz-se necessário, se convier ao caso, p. ex. o Programa de Computador que tem sua confecção muita extensa, as partes estabelecerem pontos que serão definidos num momento posterior, podendo até mesmo optar por definirem-nos na fase de execução do contrato. Esta medida com amparo na boa-fé das partes possibilita a elas uma formação mais rápida da relação contratual e o início da execução contratual dos pontos já definidos, e concomitantemente se obrigam a definir os demais pontos não definidos durante a execução do contrato.⁴⁹

É de se atentar que nesta fase não há o consentimento necessário para firmar e criar uma relação contratual. Falta este elemento que se dará na fase seguinte denominada fase de formação.

⁴⁸ GAGLIANO, P. Stolze; FILHO, R. Pamplona. Op. cit. Pág. 84.

⁴⁹ Ver Capítulo 4.3., Teoria dos Contratos Incompletos.

Nem sempre a formação do contrato se dá instantaneamente. Na fase das tratativas ou negociações preliminares, as partes não se obrigam (devendo-se observar a boa-fé).⁵⁰

Mas não se exclui aqui a responsabilidade das partes quanto à expectativa de uma parte gerada na outra de uma próspera relação contratual a ser formada. Uma das partes percebendo os vultos e gastos levantados pela outra parte para a formação da relação contratual, e nada manifesta, senão a vontade de contratar, mas ao momento de fecharem o contrato a parte não celebra, colocando a outra em grave prejuízo pelos vultos até então levantados, enseja a reparação, por ser justa sua aplicação, visto a parte que levantou os gastos estar de boa-fé.

Dizer, portanto, que há direito subjetivo de não contratar não quer dizer que os danos, daí decorrentes, não devam ser indenizados, haja vista que, como vimos, independente da imperfeição da norma positivada, o princípio da *boa-fé objetiva* também é aplicável a esta fase *pré-contratual*, notadamente os deveres acessórios de lealdade e confiança recíprocas.

Apenas a título exemplificativo, podemos pensar na idéia de reparação dos prejuízos da parte que efetivou gastos na certeza da celebração do negócio, se todos os indícios da negociação iam nesse sentido.⁵¹

Nesta fase de pontuação as partes podem confeccionar um instrumento costumeiramente chamado de minutada, que nada mais é do que reduzir a escrito (em documento) os pontos já definidos, já que serão as futuras cláusulas do contrato, de maneira a servir de arquétipo para a formação do contrato definitivo.

Neste sentido acertadamente leciona MARIA HELENA DINIZ:

Das negociações preliminares as partes podem passar à minuta (puntuazione, como preferem os italianos), reduzindo a escrito alguns pontos constitutivos do conteúdo do contrato (cláusulas ou condições) sobre os quais já chegaram a um acordo, para que sirva de modelo ao contrato que depois realizarão, mesmo que nem todos os detalhes tenham sido acertados. Ainda assim não se tem vínculo jurídico entre as partes.⁵²

E por último,

embora não previstos no código civil, esses acordos provisórios são admitidos em direito ante o princípio da autonomia privada ou da liberdade contratual, que permite a criação de modalidades contratuais não correspondentes aos modelos legais.⁵³

⁵⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A atual teoria geral dos contratos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7267>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

⁵¹ GAGLIANO, P. Stolze; FILHO, R. Pamplona. Op. cit. Pág. 85.

⁵² DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Pág. 41.

⁵³ Ibid. Pág. 41.

No meio empresarial, antes da minuta e até mesmo das primeiras negociações, a parte interessada em um negócio normalmente adota a *carta de intenções* que serve para definir suas intenções com um determinado destinatário para a realização de um futuro negócio, tem intuito mesmo de criar uma afinidade negocial antes mesmo dos negociantes se comprometerem juridicamente, isso tem reflexos positivos, pois a relação dificilmente se desgastará. Abaixo esclarecimentos a respeito da carta de intenções por GUSTAVO MORAES STOLAGLI e SERGIO BRONSTEIN.

A primeira delas é a antecipação dos termos e das condições básicas do negócio a ser concretizado. Para isso, as partes contratantes devem listar na carta de intenções os pontos considerados essenciais para a conclusão da operação, sugerindo parâmetros ou condições precedentes a serem alcançados. O objetivo é que, ao fim de um processo de auditoria e de negociação dos contratos definitivos, todos sintam-se confortáveis em seguir adiante com o projeto inicialmente considerado. Tais parâmetros variam de negócio a negócio, mas, basicamente, costumam disciplinar a previsão, seja de eventuais problemas a serem solucionados ou equacionados pelas partes antes do fechamento da operação, seja a ocorrência de determinado evento ou resultado por elas levados em conta.

Outro ponto a ser destacado refere-se ao prazo de validade e ao período de exclusividade dentro do qual o negócio deverá ser fechado. Especialmente usadas em processos de aquisição de empresas e importadas do direito norte-americano, as famosas *shop provisions* visam, como o próprio nome indica, impedir que a empresa vendedora (em alguns casos tal obrigação estende-se ao comprador) possa iniciar ou continuar tratativas com terceiros. Isso garante exclusividade e demonstra a firme intenção da(s) parte(s) em concluir o negócio.

Tal período de exclusividade mostra-se, muitas vezes, crucial para conferir certo conforto à parte compradora ou interessada em uma associação. Esse conforto serve como contrapeso aos custos, em dinheiro e em tempo, normalmente incorridos pelo adquirente para a realização da sua due diligence, procedimento este indispensável à validação das premissas contidas na carta de intenções para a concretização ou não da operação. Na negociação da exclusividade, vale ao comprador adotar certa cautela e estimar um prazo menos otimista e conservador para a conclusão da operação. Isso porque, na grande maioria das vezes, os procedimentos de auditoria estendem-se mais do que o inicialmente previsto, e a discussão dos contratos definitivos pode demandar esforços consideráveis para a superação de impasses existentes.

Outro ponto importante, especialmente em virtude da legislação brasileira, consiste na questão relativa a tornar a carta de intenções um instrumento vinculativo entre as partes. Quando isso é feito, torna-se menos provável a decisão do comprador ou do vendedor de desistir do negócio quando ele se encontra em estágio avançado. O risco associado com a vinculação, por outro lado, envolve questões concorrenciais, especialmente devido ao disposto no artigo 54, § 4º, da Lei 8.884/94, e na Resolução CADE 15/98. Esses dispositivos determinam que atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes, deverão ser submetidos à apreciação do CADE, previamente ou no prazo máximo de 15 dias úteis de sua realização. Como o prazo entre a

celebração de uma carta de intenções e a conclusão do negócio supera, invariavelmente, esse período, as partes contratantes devem atentar para essa peculiaridade e analisar caso a caso a melhor forma de lidar com a decisão sobre esse instrumento.

Em linhas gerais e, como o próprio nome antecipa, a intenção das partes deve ser traduzida em um instrumento objetivo e direcionado a alcançar os objetivos projetados. Quanto maior for o esforço para antecipar pontos cruciais ou até mesmo potencialmente controversos, mais dinâmica e eficiente tende a ser a conclusão do negócio.⁵⁴

3.4.2. Formação do Contrato

Na visão clássica dos contratos tem-se que as declarações de vontade não são emitidas ao mesmo tempo, ou seja, ocorrem com um intervalo entre a emissão de uma e a emissão de outra declaração de vontade.

Há uma parte que toma iniciativa, dando início à formação do contrato e formulando a proposta, que constitui, portanto, uma declaração inicial de vontade cuja finalidade é a realização de um contrato. [...] A oferta, por sua vez, traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico.⁵⁵

Em contrapartida à primeira emissão (proposta) tem-se a aceitação, que é a segunda emissão para que o negócio seja formado e possa produzir seus efeitos.

Vem a ser a manifestação de vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante.⁵⁶

Há algumas implicações nesta fase, a proposta feita vincula o ofertante, ao passo que terá de fixar prazo ou convencionar modo para haver a aceitação. A proposta obriga o ofertante nos termos dela. Por isso, o proponente ou formula bem os termos finais para a conclusão do contrato, ou se exime da vinculação jurídica da proposta por termo disposto nela que exclui a sua vinculação jurídica, como faculta nosso Código Civil no seu art. 427, *in verbis*:

⁵⁴ STOLAGLI, Gustavo Moraes; BRONSTEIN, Sergio. *Cuidados para a formalização de carta de intenções*. Fusões e Aquisições. Veirano Advogados. In: Revista Capital Aberto. Disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=71&i=2895>. Acessado em: 5 jan. 2012.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Pág. 48.

⁵⁶ Ibid. Pág. 56.

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

Há também a não vinculação da proposta no rol fixado pelo art. 428, *in verbis*:

Art. 428. 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.

No artigo acima o que se precisa é a respeito do tempo e lugar em que o aceitante tomará conhecimento da proposta, e, dependendo do tempo e lugar, fará ou não da proposta sua obrigatoriedade, isso se dá para não trazer insegurança jurídica para o proponente que poderia cair numa proposta com vinculação *ad eternum*.

Ocorrendo a aceitação o contrato está formado e pronto para produzir seus efeitos nos seus termos.

Como é comum nesta relação contratual em estudo ser complexo o Programa de Computador face sua natureza e às necessidades do cliente, o momento da proposta e da aceitação são praticamente no mesmo momento, pois as partes nas negociações preliminares já estabeleceram os limites do objeto contratual, não fazendo sentido nominar a uma das partes de peticitante e a outra de aceitante, pois ambas são peticitante e aceitante em vista de já terem fixados os pontos necessários para o contrato, ou seja, não é possível aferir o momento exato de quem foi proponente e quem foi aceitante, momento este que é irrelevante e por si só não prejudica o negócio. Nada obsta que se siga o previsto no Código Civil de uma proposta ser seguida de uma aceitação, mas mister se faz nesta relação contratual as partes terem como princípio a cooperação para a realização do objeto contratual e formação deste.

3.4.3. Local da celebração do contrato

É importante frisar este ponto, pois determinará a legislação aplicável, bem como o foro judiciário se as partes não dispuserem a respeito. Regra geral,

de acordo com o disposto no art. 435 do Código Civil, o negócio jurídico contratual reputar-se-á celebrado no lugar em que foi proposto. Esse local é aquele em que a proposta é expedida ou em que é conhecida.⁵⁷

Conclui MARIA HELENA DINIZ,

A determinação do lugar onde se tem por concluído o contrato é de enorme importância no direito internacional privado, porque dele depende não só a apuração do foro competente, mas também a determinação da lei a ser aplicada à relação contratual. Todavia, há contratos que, embora celebrados no estrangeiro, se submetem à lei brasileira. Deveras, a Lei de introdução ao código civil, art. 9º, § 2º, prescreve que a “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Logo, se o ofertante residir no Brasil e o oblato na Alemanha, o negócio reger-se-á pela lei brasileira. Se o proponente residir em Portugal e o solicitado no Brasil, sendo o contrato proposto naquele país, por meio de carta, ficará ele sob a égide da lei portuguesa, que regerá seus efeitos.⁵⁸

3.4.4. Execução do Contrato

Tomando o contrato sua existência, ele passa para o plano da eficácia, que nada mais é que a fase de execução do contrato, onde as partes cumprem os termos do contrato, pois jurídica é sua existência e conseqüentemente jurídica também será seus efeitos.

Como veremos em capítulo adiante, nem sempre este tipo de objeto contratual em estudo será possível na fase da formação do contrato a previsão total de todos os dispositivos a serem executados na fase de execução do contrato. Em outras palavras, as partes darão existência ao contrato, que não está completo nos seus termos que deverão ser executados, mas, nos termos já existentes deverão ser ajustados os momentos em que darão existência aos termos restantes necessários para a completude do contrato.

É necessário perceber que de início estamos na existência dos termos (plano da existência), que se dá pela formação do contrato e logo após estaremos

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Pág. 64.

⁵⁸ Ibid. Pág. 64.

no plano de execução destes termos (plano da eficácia), em que os termos existentes deverão ser cumpridos para serem eficazes. Diz-se existentes por estarem previstos no mundo jurídico, e se dizem eficazes por resultarem modificação no mundo jurídico e por força no mundo real. Quanto ao assunto vejamos uma exposição breve por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO.

Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, *eficácia jurídica*. Por isso mesmo, a maioria dos autores define o fato jurídico como o fato que produz efeitos no campo do direito. “Fatos jurídicos são acontecimentos em virtude dos quais relações de direito nascem e se extinguem”. Há até mesmo, quem veja nessa eficácia jurídica dos fatos jurídicos a sua essência. Em tese, porém, o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (*plano da existência*); depois, suposta a existência, verificar se ela passa a produzir efeitos (*plano da eficácia*).⁵⁹

Para os entendidos da área da informática, é sabido que determinados programas tem requisitos (pontos) incompletos ou desconhecidos na formação do contrato e que só poderão tornar-se completos na medida em que os primeiros pontos já fixados sejam executados, em que estes darão suporte cognoscível para a fixação dos demais pontos antes incompletos. Para resolver esta dificuldade contratual, que se verifica em várias relações contratuais de várias atividades, trataremos no capítulo próximo possíveis soluções.

⁵⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 23-24.

4. DESENVOLVIMENTO DE UM PROGRAMA DE COMPUTADOR

Na relação contratual que tem por objeto a confecção de um Programa de Computador devem as partes se atentarem muito às disposições do contrato quanto ao desenvolvimento do programa, pois este será a parte que dará à obra final uma vida própria. Um contrato que não definiu corretamente os modos como deve se iniciar o desenvolvimento do Programa ou/e para qual fim irá servir poderá ter como resultado um Programa que não atenda às expectativas almejadas pelo cliente.

Percebendo isso, é de suma importância o desenvolvedor seguir um *processo de desenvolvimento* para que possa dar previsibilidade de como será desenvolvido o Programa, lançando no contrato os passos necessários para a conclusão, dando um campo de visão ao cliente do objeto final.

Isso implica que deverá haver uma forte comunicação entre cliente e desenvolvedor para o contrato obter sucesso na execução, tendo o cliente o compromisso de fornecer as necessidades (requisitos) que o Programa deve fomentar e o desenvolvedor fornecer a viabilidade de tal fomento.

Abaixo vamos expor a respeito de *processo de software*, que reconhecidamente na área da informática influencia no desenvolvimento do Programa de Computador. E em seguida vamos fazer um reflexo entre os requisitos, que são uma fase do processo de desenvolvimento do Programa de Computador e o contrato, já que este deve prever o que será executado por parte do desenvolvedor e por parte do cliente.

4.1. PROCESSO DE SOFTWARE.

Os Programas de Computador apresentam flexibilidade e mutabilidade muito grande tanto na confecção quanto na sua aplicação a determinada atividade. Diante disso, o seu desenvolvimento não precisa de regras preestabelecidas para o Programa ser alcançado.

Mas o tempo mostrou que uma má gestão do projeto do Programa de Computador o levaria ao insucesso, seja porque no fim não atingiu aos requisitos propostos, ficou custoso seu desenvolvimento, e etc. Ao invés, se houvesse uma boa gestão os riscos e gastos com o desenvolvimento seriam baixos. A par desta situação, na área dos Programas de Computadores, ganhou força uma disciplina denominada *Engenharia de Software* a qual tem por escopo buscar o melhor processo para o desenvolvimento de um Programa de Computador, estabelecendo modelos para que os desenvolvedores possam construir o Programa de Computador com qualidade.

O estudo da Engenharia de Software nos trouxe paradigmas, processos, modelos, métodos para o desenvolvimento de um Programa. Nas palavras de PRESSMAN, isso se deve porque,

quando você elabora um produto ou sistema é importante percorrer uma série de passos previsíveis – um roteiro que o ajuda a criar a tempo um resultado de alta qualidade. O roteiro que você segue é chamado de *processo de software*.⁶⁰

O Processo de Desenvolvimento do Software é objeto de estudo da Engenharia do Software.

É um conjunto de atividades, parcialmente ordenadas, com a finalidade de obter um produto de software. [...] sendo considerado um dos principais mecanismos para se obter software de qualidade e cumprir corretamente os contratos de desenvolvimento, sendo uma das respostas técnicas adequadas para resolver a Crise do software.⁶¹

⁶⁰ PRESSMAN, Roger S. *Engenharia de Software*. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. Pág. 16.

⁶¹ *Processo de desenvolvimento de software*. In: WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_de_desenvolvimento_de_software>. Acesso em 24 de outubro.

Enfim, PRESSMAN, define “*processo de software* como um arcabouço para as tarefas que são necessárias para construir softwares de alta qualidade”⁶². Isso é importante “porque fornece estabilidade, controle e organização para uma atividade que pode, se deixada sem controle, tornar-se bastante caótica”⁶³. E termina enfatizando a agilidade necessária que um processo deve apresentar:

Uma abordagem moderna da engenharia de software precisa ser “ágil”. Precisa exigir apenas aquelas atividades, controles e documentação adequados à equipe de projeto e ao produto que deve ser produzido.⁶⁴

Como vimos um processo de software visa garantir qualidade do software. Além da qualidade, ele traz previsibilidade no desenvolvimento do Programa, claro que não absoluta, mas o suficiente, com isso, a tornar a relação contratual menos arriscada e menos aleatória. Destarte, vamos tratar das etapas mais usuais no desenvolvimento do Programa de Computador, de maneira a trabalhar sua base lógica na confecção do contrato entre programador e cliente.

4.1.1. O processo de desenvolvimento de um Programa de Computador e suas etapas.

Um processo genérico para o desenvolvimento de um Programa de Computador apresenta cinco etapas elementares, que são aplicáveis à grande maioria dos projetos de software, e também são usadas para descrição dos modelos específicos os quais se adequarão a determinado tipo de software em face de sua forma de construção.

A primeira etapa é a comunicação em que “essa atividade [...] envolve alta comunicação e colaboração com o cliente (e outros interessados) e abrange o levantamento de requisitos e outras atividades relacionadas”⁶⁵.

Nesta fase a comunicação entre fornecedor do Programa de Computador e o cliente deve se intensificar, pois nela são levantados os requisitos⁶⁶, os quais o Programa de Computador deve satisfazer. Esta fase é marcada como genitora do

⁶² PRESSMAN, R. S. Op. cit. Pág. 16.

⁶³ Ibid. Pág. 16.

⁶⁴ Ibid. Pág. 16.

⁶⁵ Ibid. Pág. 19.

⁶⁶ Requisitos são as necessidades que o cliente quer vê-las satisfeitas pelo Programa de Computador.

primeiro projeto a ser seguido pelo programador e também devemos levar em consideração que esta fase tem início nas negociações pré-contratuais e tem fim na formação final do contrato.

Por requisitos entendemos serem os pontos fixados no contrato, na primeira fase do desenvolvimento do Programa de Computador, que devem ser satisfeitos na execução final do contrato, ou seja, da conclusão do programa. Alguns contratos os especificam de forma genérica na formação do contrato e ao longo da execução do contrato vão fixando os requisitos remanescentes específicos de cada parte do Programa para que em seguida sejam também executados, em outros contratos todos os requisitos são especificados na formação da relação contratual tanto os gerais quanto os específicos. Mais adiante examinaremos esta questão. O que devemos perceber é que certos contratos podem apresentar todos seus requisitos no momento da sua existência, bastando no momento da eficácia a execução dos seus termos, enquanto que outros contratos no momento da sua existência não apresentam todos os requisitos do Programa de Computador, em que na medida da eficácia dos termos já existentes, outros terão existência para também serem executados até se atingir o objeto final, qual seja, o Programa de Computador.

A segunda etapa é o planejamento em que “essa atividade estabelece um plano para o trabalho de engenharia de software que se segue. Descreve as tarefas técnicas a ser conduzidas, os riscos prováveis, os recursos que serão necessários, os produtos de trabalho a ser produzidos e um cronograma de trabalho”⁶⁷.

A terceira etapa é a modelagem em que “inclui a criação de modelos que permitam ao desenvolvedor e ao cliente, entender melhor os requisitos do software e o projeto que vai satisfazer a esses requisitos”⁶⁸.

A quarta etapa é a construção em que “combina geração de código (quer manual ou automática) e os testes necessários para revelar os erros no código”⁶⁹.

A quinta etapa é a implantação em que “o software (como entidade completa ou incremento parcialmente completo) é entregue ao cliente, que avalia o produto entregue e fornece *feedback* com base na avaliação”⁷⁰.

⁶⁷ PRESSMAN, R. S. Op. cit. Pág. 19.

⁶⁸ Ibid. Pág. 19.

⁶⁹ Ibid. Pág. 19.

⁷⁰ Ibid. Pág. 19.

Essas etapas são elementares no uso dos modelos, os quais o desenvolvedor irá escolher um ou combinar vários para se orientar na construção do programa.

“Essas cinco atividades genéricas [...] podem ser usadas durante o desenvolvimento de pequenos programas, durante a criação de grandes aplicações para a internet e para a engenharia de grandes e complexos sistemas baseados em computador”⁷¹.

O que cada modelo tem de particular num processo de desenvolvimento de um Programa de Computador são a forma de rotatividade e de disposição das etapas acima abordadas.

“Os detalhes do processo de software serão muito diferentes em cada caso, mas as atividades de arcabouço permanecem as mesmas”⁷².

Ademais a existência de um processo de software não é a garantia de que o software será um sucesso, o importante é o programador, cientificando seu cliente quando necessário, escolher e adaptar o melhor método escolhido de processo de desenvolvimento do Programa de Computador para que sua equipe possa cumprir os prazos e seu cliente receba um produto de qualidade.

4.2. OS REQUISITOS DO PROGRAMA E SUA INFLUÊNCIA SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO

Parte do contrato precisa prever os requisitos que normalmente são levantados na primeira fase de um processo de desenvolvimento de um Programa de Computador. Os requisitos fazem do projeto final o seu sucesso ou não para quem o esperava. Nele são estabelecidas as necessidades do cliente com o qual quer suprir com o futuro programa. Por isso uma comunicação eficiente entre cliente

⁷¹ PRESSMAN, R. S. Op. cit. Pág. 19.

⁷² Ibid. Pág. 19.

e desenvolvedor definindo corretamente o que o cliente precisa de maneira minuciosa leva a um Programa de Computador com qualidade e sucesso.

Mas nem sempre o cliente consegue apresentar todos os requisitos (as necessidades que o Programa deve satisfazer, os fins a que deverá servir) num primeiro momento para o desenvolvedor, porém precisa ver iniciado o desenvolvimento e funcionamento de partes do Programa de Computador para que os demais requisitos sejam apresentados ao longo do projeto. Claro e óbvio é que o cliente deve apresentar no mínimo no contrato inicial requisitos gerais para que o desenvolvedor possa iniciar o desenvolvimento.

Em outras palavras, existem clientes que apresentam todos os requisitos necessários do Programa de Computador na formação do contrato, e outros que apresentam requisitos gerais na formação do contrato e os demais requisitos ao longo da execução do contrato.

4.2.1. Contrato do tipo terceirização

A relação contratual que estamos a estudar é de terceirização (outsourcing). Pois o cliente não dispõe de contingente próprio para desenvolver o programa, sendo necessário celebrar um contrato com terceiros à sua atividade (terceirização) para desenvolver o programa.

GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS também apresentam dados a respeito dos contratos de terceirização (outsourcing), é perceptível que pertencem a um processo dinâmico, o que nos parece que dependem para seu sucesso do bom comprometimento do cliente e do desenvolvedor em confeccionar um contrato com os pontos que melhor atendem ao Programa a ser desenvolvido.

Terceirização é também revelada pela pesquisa como um processo dinâmico. Contra projeções gerais de uma tendência no aumento da terceirização, quase um terço das organizações, a quem tem experimentado terceirizações, cancelou nos últimos cinco anos contratos ao invés de diretamente renová-los. Na metade desses contratos, o contrato foi subseqüentemente renegociado, mas, um adicional, 28% dos casos

envolveu mudança de fornecedor, enquanto o restante de 22% viram o trabalho da IT trazido de volta para casa.⁷³⁻⁷⁴

4.2.2. Implicações dos requisitos sobre o contrato

Temos dois tipos contratuais mais usados e identificados na relação em estudo, um tipo de contrato em que prevê todos os requisitos na formação da relação contratual (cognoscibilidade cheia na formação do contrato) e outro tipo em que parte dos requisitos não são conhecidos na formação do contrato (cognoscibilidade baixa na formação do contrato). O primeiro gera um tipo de contrato em que pode ser calculado seu tempo de execução total, que tem por resultado o Programa de Computador, pois o desenvolvedor tem a certeza do objeto do contrato. O segundo tipo tem seu tempo exato de conclusão mitigado, pois o tempo será o de definição de todos requisitos necessários ao Programa de Computador, assim, o desenvolvedor no início não sabe em tese a dimensão do objeto a ser desenvolvido. No primeiro caso os custos do Programa para o cliente são mais baixos em relação ao segundo, já que este apresenta incerteza de quanto investimento haverá do desenvolvedor, em consequência os custos para se fazer o Programa serão elevados.

O primeiro caso é típico de contrato completo, em que ajustes quase nenhum serão necessários durante a execução do contrato. Enquanto que o segundo tipo é contrato incompleto que adiante trataremos em capítulo próprio⁷⁵.

O que se leva em conta também são os riscos na formação desses contratos, pois nem sempre é vantajoso para um desenvolvedor se manter num contrato incompleto com poucos requisitos definidos, já que leva tempo considerável

⁷³ Tradução livre diretamente do original, como se segue: "Outsourcing is also revealed by the survey as a dynamic process. Against general projections of a rising trend in outsourcing, nearly a third of organizations who have experienced outsourcing have in the past five years canceled contracts as opposed to straightforwardly renewing them. In one half of these cases, the contract was subsequently re-negotiated, but a further 28% of the cases involved a change of vendor, while the remaining 22% saw the IT work brought back in-house."

⁷⁴ FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. *Contracts and Partnerships in the Outsourcing of IT, 1994*. ICIS 1994 Proceedings. Paper 8. Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/icis1994/8>>. Pág. 93.

⁷⁵ Ver Capítulo 4.3., Teoria dos Contratos Incompletos.

para a conclusão do programa, assim impossibilitando-lhe trabalhar em outras atividades de interesse.

GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS apresentam fonte de pesquisa em que os clientes preferem por contratos com longevidade pequena face ao mundo globalizado que a cada dia pede agilidade e rapidez das relações.

O cumprimento do contrato com base na pesquisa (cobrindo 226 contratos) revela que organizações, a partir de 1993, não estão indo para contratos de longo prazo. A vasta maioria (95%) são de menos de cinco anos de duração e 49% são de menos de dois anos. Organizações em geral parecem relutantes para entrar altamente nas mais divulgadas relações a longo prazo tais como observadas no caso da Eastman Kodak e IBM no US ou BAe e CSC na UK.⁷⁶⁻⁷⁷

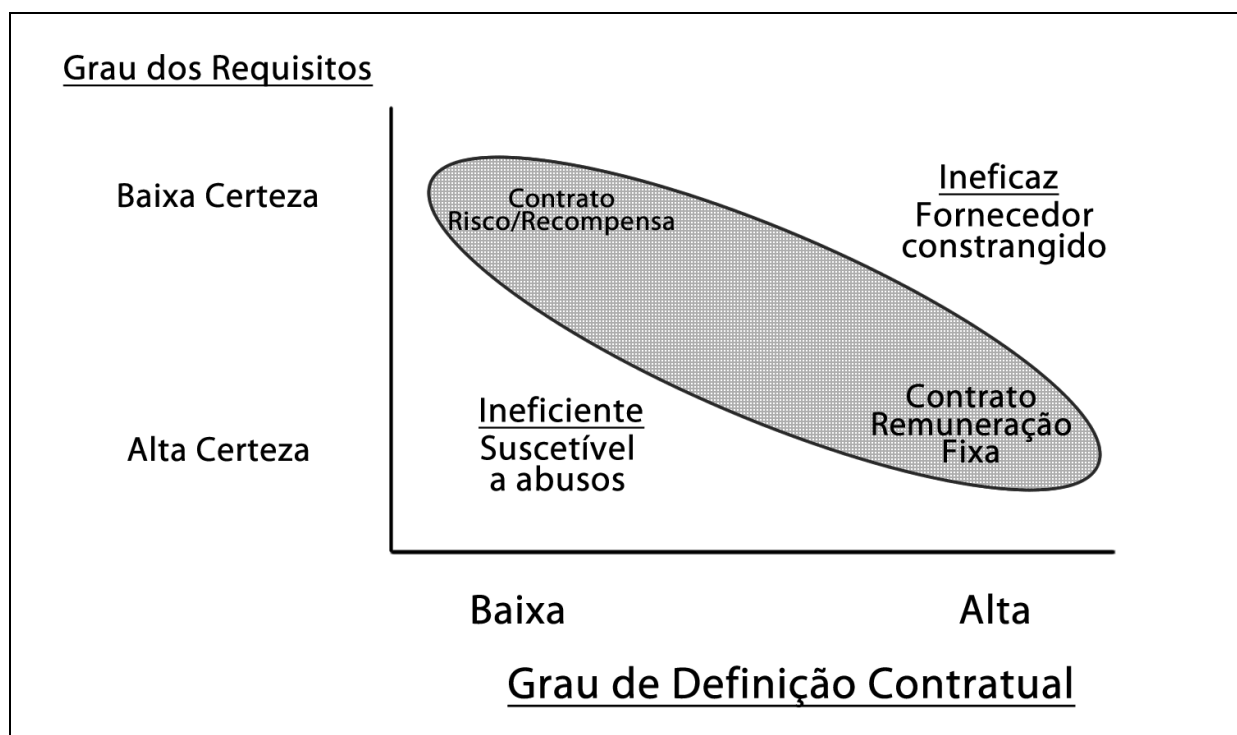
⁷⁶ Tradução do original, como se segue: "The length of contracts based on the survey (covering 226 contracts) reveals that organizations, as of 1993, are not going in for long-term contracts. The vast majority (95%) are of less than five years in duration and 49% are of less than two years. Organizations in general appear reluctant to enter into the more highly publicized long-term relationships such as those seen in the case of Eastman Kodak and IBM in the US or BAe and CSC in the UK."

⁷⁷ FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. Op. cit. Pág. 93.

4.2.3. Diagrama entre os requisitos e o contrato

Abaixo vamos apresentar um diagrama que demonstra os tipos de contrato que devem ser confeccionados de acordo com os requisitos definidos. E, logo após, explicação suficiente pelos próprios autores do gráfico, GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS.

Figura 1. Diagrama de GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS.⁷⁸



Fonte: FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. *Contracts and Partnerships in the Outsourcing of IT*, 1994.⁷⁹

A fim de facilitar e explorar essas questões, nós desenvolvemos um quadro, o qual é provido na Figura 1. Aqui marcamos o grau de definição contratual ao longo do plano horizontal num contínuo entre não definido e definido. Um contrato não definido é o tipo em que apenas os elementos fundamentais dos requisitos de serviço são delineados no contrato e que outros elementos do contrato estão ausentes ou totalmente indefinidos, como acontece quando as circunstâncias mudam. Um contrato bem definido é o oposto, em que todos os aspectos do plano de serviço requerido e outros elementos são muito especificadamente definidos em detalhes importantes.

⁷⁸ Para melhor se interpretar a figura, na coluna usamos como categoria classificatória a expressão “Grau dos Requisitos” por melhor designar se os requisitos do cliente sobre o objeto são de “Baixa Certeza” ou “Alta Certeza”, como será melhor examinado no capítulo a seguir face ao problema da cognoscibilidade do objeto *ex ante* ou *ex post* à formação da relação contratual. No plano da linha, usamos como categoria classificatória o termo “Grau de Definição Contratual” conforme a figura original, podendo ser “Baixa” ou “Alta” a definição dos termos contratuais conforme será estudado.

⁷⁹ Figura adaptada do original: FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. *Contracts and Partnerships in the Outsourcing of IT*, 1994. ICIS 1994 Proceedings. Paper 8. Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/icis1994/8>>. Pág. 95-97.

Os contratos que estão entre estes dois tipos são relativamente bem definidos, mas também tratam aspectos que dizem respeito com a flexibilidade e alterações das circunstâncias negociais e técnicas.

No eixo vertical da figura é o tipo de terceirização sob discussão e onde representamos o grau com o qual os requisitos do cliente podem ser totalmente definidos e especificados. Isto inclui a definição inicial, requisitos sobre a duração do contrato, e os requisitos de término do contrato. Isto também é expresso continuamente entre os requisitos que são basicamente bem conhecidos e compreendidos e sobre aqueles que são substancialmente entendidos e desconhecíveis. Caracterizamos isso na figura como sendo conhecidos/não-conhecidos.

Típico destes contratos conhecidos são as transações de tipo terceirização de processamento/mainframe os quais as empresas têm entrado. A empresa cliente tem uma vasta experiência através dos anos sobre o que é conhecido para a duração do contrato, como e quais caminhos são mais comuns de mudar. Isto nem sempre significa que a especificação dos requisitos é uma tarefa fácil, eles precisam ser trabalhados em grande detalhe, mas em princípio, com um esforço necessário, eles são definíveis.

No fim do outro eixo é o tipo de terceirização que é difícil de especificar por causa da variedade de incertezas correntes e futuras. Típico deste tipo poderia ser a alteração para arquitetura cliente-servidor, ou sistemas abertos, ou projeto e desenvolvimento de novos sistemas e funcionalidades, ou uma redefinição nas atividades do processo, etc. Isso é um degrau alto de incerteza da técnica ou do negócio, ou de ambos. Alhures nós temos alegado que isto é imprudente e arriscado para terceirizações nestas situações (Feeny, et al 1993). De qualquer modo, é claro que apesar disso algumas organizações fazem terceirizações nestas circunstâncias. E onde elas fazem, é claro que o contrato padrão com preço fixo não é relevante, pois, por definição, todos os requisitos não podem ser especificados. Tais circunstâncias são melhores tratadas por meio de acordo contratual que compartilha os riscos e benefícios decorrentes da incerteza. Existem varias posições intermediárias de menos ou grande incerteza que podem envolver uma variedade de tipos de contratos de incentivo discutidos previamente na seção Tipo de Contrato.

O propósito do diagrama é para ilustrar que certas posições no diagrama são mais prováveis a levar a terceirização para o sucesso e sustentabilidade, enquanto outras posições são mais prováveis serem situações de risco ou ineficiência. Por exemplo, é argumentado que situações de relativa certeza deveriam ser acompanhadas por um contrato muito bem definido para melhores resultados. A definição forte significa que o contrato é relativamente fácil e preciso seus preços e que fornecedores podem ser comparados. Tais situações são melhores organizadas por meio de um contrato tipificando honorários fixos e o resultado provavelmente será um custo de contrato agudo e realista. Expõe a organização-cliente a riscos desnecessários para situações em que um contrato está amplo, isto é, onde o fornecedor pode cobrar extras por qualquer coisa não especificada totalmente no contrato. Para o fornecedor não ser tentado a fazer isso, eles tem que sentir que estavam fazendo dinheiro suficiente com o contrato e não querer comprometer a situação. É provável que isso signifique que o cliente não está recebendo o melhor negócio que é potencialmente alcançado.

Nas condições de incerteza, um contrato fortemente definido é muito difícil de alcançar e certamente é provável ser contraproducente. Um contrato fortemente definido, em situações de incerteza, implica que várias suposições sobre o futuro poderão não ser suscetíveis de verdade. Em

situações extremas de incerteza, há probabilidade de haver mudanças fundamentais e imprevisíveis, talvez até mesmo mudança no *quantum*, em vez de desenvolvimentos incrementais. A essência dessas situações é a necessidade por flexibilização e um contrato fortemente definido pode restringir o fornecedor da maneira que o cliente queria que ele reagisse ao contrato; por exemplo, se o volume de transações cair em uma área e aumentar em outra o fornecedor pode não ser capaz de reagir e dedicar recursos na área de desenvolvimento, por causa das estipulações do contrato. Não obstante, o cliente não pode simplesmente deixar a situação em aberto e esperar que o fornecedor vá realizar no caminho certo simplesmente na confiança. Seria muito arriscado. Portanto, o risco deve ser minimizado por uso de compartilhamento de riscos/recompensas tipificadas no acordo contratual, mas com uma definição de contrato aberta, em termos do nível do serviço e cláusulas penais, etc., para garantir a flexibilização. O incentivo para o fornecedor para fazer o que é melhor para o cliente é eles compartilharem as recompensas resultantes das realizações combinadas (ou minimizar as perdas) entre fornecedor/cliente, quase independente da definição original do contrato. Isto é talvez mais perto da definição comercial normal de parcerias, como discutido acima.

O diagrama tenta ilustrar que uma visão mais sofisticada das relações de terceirização é necessária do que as visões simplistas que são abundantes na terceirização mundial. A noção de que o caminho para alcançar sucesso são as empresas clientes moverem-se para contratos mais apertados e estes contratos mais apertados na sua definição estão corretos somente em certas situações, isto é, em situações de relativa certeza e estabilidade em ambos, a tecnologia e os negócios da área devem ser terceirizadas. Existem algumas evidências que muitas terceirizações são deste tipo. Por exemplo, um estudo recente (Mitchell 1994) indica que em termos de maturidade tecnológica, a grande maioria das terceirizações foi classificada em média ou alta maturidade, onde o médio foi mais de três anos de experiência e o alto foi mais de seis. Isso amplamente se encaixa com a noção que organizações não devem terceirizar um problema e ainda nosso estudo sugere que, por qualquer motivo, organizações às vezes o fazem. O estudo de Mitchell também indicou que a situação está mudando e que a tendência está para as organizações serem cada vez mais terceirizadas nas áreas da tecnologia que foram classificadas com baixa maturidade tecnológica. Em situações de incerteza crescente, se as empresas insistem em terceirização, elas não devem se esforçar por contratos e níveis de serviço fortemente definidos, como isso é irrealista, mas para minimizar os riscos eles devem construir seus contratos em um caminho que aborda a incerteza. Isso significa que o contrato deve ter alguma flexibilidade dentro dele, o que pode implicar um esquema básico de taxas a mais de incentivo ou, em situações de alta incerteza, um contrato de partilha integral de riscos/recompensas.

Isso tem também implicações para parcerias. **Terceirizações no lado inferior direito do diagrama é fundamentalmente uma linha reta, bem definida, obtendo acordos entre comprador e fornecedor de serviços. Isso pode e deve ser entregue sem qualquer recurso às noções de parceria. Isso não é dizer que uma boa relação de trabalho não será desenvolvida, esperamos isso, mas a essência do acordo é especificada no contrato. Terceirização no lado superior esquerda do diagrama não é uma transação simples e requer a construção de relações de parceria a fim de que seja bem sucedida. Como sempre, a parceria não é baseada em conforto e sobre o pagamento do fornecedor, mas sobre a partilha de recompensas mutuamente**

geradas, o quadro de trabalho para que está especificado no contrato.
(grifo nosso)⁸⁰⁻⁸¹

Percebemos do exposto que contratos bem definidos devem necessariamente conter requisitos bem definidos, ao passo que quanto menos definidos forem os requisitos mais aberto deve ser nos seus termos o contrato. Neste último o contrato vai se definindo ao passo em que os requisitos vão sendo definidos, podendo as partes fixar momentos para pontuarem as questões que no início não foram pontuadas. Importante que nessa última situação é indispensável nos recorrermos ao forte suporte da teoria dos contratos incompletos que iremos abordar em seguida.

4.3. TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

Como apresentado no diagrama anterior temos de um lado um contrato bem definido, completo *per se*, e de outro um contrato com poucas definições no início, e que deverá se definir na medida em que seja executado. Este último tipo de contrato, que é típico contrato incompleto, tem estudo próprio, já que é corrente seu uso no meio empresarial.

Antes de apresentarmos a definição de contrato incompleto é interessante apresentarmos a definição do seu oposto, o contrato completo.

Para JOSÉ ALBERTO ALBENY GALLO contratos completos são:

Aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro.

Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução, já que o instrumento delinearía todas

⁸⁰ Tradução livre com colaboração de Túlio Vitor Machado Faria do texto original, como segue no anexo deste trabalho: ANEXO - CONTRACTUAL AND RELATIONSHIP FRAMEWORK.

⁸¹ FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. Op. cit. Pág. 95-97.

as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação.

Contudo, sob certas condições de incerteza, o custo da especificação das possíveis contingências futuras em um contrato completo (e complexo) seria proibitivo.

Nestas circunstâncias, também seriam elevados os custos de policiamento e de solução de disputas com obrigatoriedade por força de lei em cortes jurídicas, quando da detecção de violações, o que nos leva a crer que dificilmente as práticas empresariais chegarão a ponto de elaborar contratos que sejam considerados no todo completos, com previsão de todas as possíveis contingências.⁸²

A definição proposta por GALLO é suficiente e além, pois nos últimos dois parágrafos ele apresenta as dificuldades de um contrato completo, cujo objeto se define ao longo do tempo, assim restando senão oportunamente se confeccionar um contrato incompleto, cuja definição:

Poderíamos definir [...] como instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça no momento em que o desempenho ocorre.⁸³

4.3.1. O contrato incompleto e a análise econômica do direito

Modernamente, vislumbra-se o surgimento de um novo movimento, denominado “Law and Economics”, que tenta desvendar relações existentes entre Direito e Economia.⁸⁴

Não só desvenda relações existentes entre Direito e Economia, como demonstra a indissociabilidade das duas matérias, posto, num exemplo simples, que qualquer operador do direito não executaria determinada tarefa jurídica sem antes analisar os custos, o concorrente e etc. elementos esses da economia. De modo macro, como as instituições dependem dessa análise econômica dos custos e dependem da segurança que o direito traz, faz-se necessário tratá-las na mesma

⁸² GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos Incompletos*. 2009. 70f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, 2009. Pág. 53.

⁸³ *Ibid.* Pág. 53.

⁸⁴ *Ibid.* Pág. 51.

medida, por isso essa tendência da análise econômica do direito (*Law and Economics*).

Ainda segundo Sztajn (2005), as áreas em que a interação entre Direito e Economia produzem resultados mais positivos são “propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente envolvem instituições sociais e institutos jurídicos”. (SZTAJN, 2005, p. 75).⁸⁵

Um Programa de Computador como objeto apresenta muita flexibilidade e dinâmica no período de sua confecção, ele está suscetível às tecnologias que vão sendo trocadas a cada dia e a inúmeros outros fatores. Como objeto numa relação contratual muito das vezes não é possível defini-lo por completo na celebração do contrato. E isso não seria um escolho a ultrapassar, pois a doutrina dos contratos incompletos nos socorreu com seus fortes ensinamentos. Força os contratantes ao uso da boa-fé e da cooperação para a pontuação do restante do objeto contratual enquanto se executa os já pontuados. Forte apoio para esta situação e elaboração de estratégias eficientes para coibir custos desnecessários fica a sugestão da Teoria dos Jogos, hoje muito difundida nos meios acadêmicos e empresariais.

Diante de uma situação que requeira a elaboração de um contrato incompleto, as partes devem se preocupar com a necessidade de adaptação em caso de mudanças das circunstâncias. Conforme as contingências vão surgindo, as partes envolvidas devem lidar com os eventos, exigindo algum grau de discernimento durante a execução do contrato. Neste caso, o desejo por acordos flexíveis pode ser preferível.⁸⁶

Bem pontua MARCOS NÓBREGA, pertinente às razões da incompletude de um contrato por implicações do seu objeto:

Existem várias razões para essa incompletude. Em linhas gerais estabelecer contratos completos demandaria imensos custos de transação, de negociação e esforço para colocar todas as cláusulas capazes de serem previstas. Esses custos de transação surgiriam porque as partes possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista. Como estabelecer todas as cláusulas detalhadamente pode ser extremamente custoso, a barganha pode ser racional na medida em que seja mais barata do que elaborar (ou tentar) modelar um contrato.⁸⁷

⁸⁵ SZTAJN, Rachel. *Law and economics: Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p.75. apud GALLO, J. A. Albeny. Op. cit. Pág. 51.

⁸⁶ GALLO, J. A. Albeny. Op. cit. Pág. 55.

⁸⁷ NÓBREGA, Marcos. *Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 17 de set/2011. Pág. 10.

Essa incompletude decorre do problema da cognoscibilidade das partes, pois elas não possuem elementos informacionais suficientes do objeto contratual aptos a formar um contrato completo em que reduza todo o objeto a ser executado em hipóteses (cláusulas) pré-estabelecidas. E o esforço para que estas informações se revelem *ex ante*⁸⁸ seriam demais custosas para toda a relação, restando às partes revelarem as informações desconhecidas na medida em que o contrato vai sendo executado.

MARCOS NÓBREGA propõe medidas para que o contrato incompleto possa se tornar completo na medida em que é executado (*ex post*).

Se houver elevados custos de transação *ex ante*, a melhor solução seria uma incompletude deliberada, caracterizando um cotejamento entre os benefícios e os custos marginais do complementamento do contrato. Essa postura, vai postergar para o momento *ex post* (durante a execução contratual) a tentativa de minimizar esses custos. Dessa forma, três alternativas são viáveis para tal feito. A primeira delas seria a possibilidade de renegociação periódica entre as partes que permitiria, pelo princípio da revelação, um ajustamento adequado entre os interesses das partes desde que os custos dessa renegociação não sejam proibitivos e que não seja ineficiente a ponto de gerar *hold up* pela geração de relevantes custos de agência.

A segunda possibilidade seria uma terceira via decisória (judiciária ou arbitral) que colmataria as imperfeições do contrato. Essa possibilidade faria que fossem economizados custos *ex ante*, embora grande dificuldade possa ainda existir diante da dificuldade desses terceiros de captar todas as informações necessárias para a tomada de decisão. A última possibilidade seria uma estrutura organizacional que promova arranjos contratuais como direito de opções, contratos específicos de distribuição ou até mesmo a integração vertical. Esses abordagem explícita a necessidade de um arranjo sofisticado em contratos de infraestrutura para economizar custos de transação quando uma empresa escolhe complementar internamente sua rede de fornecedores com o fito de maximizar as suas perdas com ineficiência informacional. Tal assertiva, por óbvio, fica adstrita às particularidades de cada ramo de atividade e cada mercado específico. Esse argumento será extremamente útil em projetos estruturados sob a forma de *Project finance* quando uma rede de contratos deverá ser estruturada com o objetivo de levar a termo o empreendimento. Assim, quando mais custo-eficiente for esse arranjo multicontratual mais ganhos serão obtidos. Nesse mesmo diapasão, uma correta estratégia de governança desses contratos deve ser estabelecida para obtenção dos melhores resultados.⁸⁹

Devemos ter em mente que a melhor estratégia para um contrato incompleto deverá ser elaborada caso a caso. Por isso um estudo de qual método usar para

⁸⁸ *Ex Ante* significa em termos gerais *antes do evento*; e, *Ex Post* significa *depois do evento*. Neste trabalho o evento se refere ao momento da formação da relação contratual, momento de existência do contrato. Os significados dos termos acima foram intuídos de: *Ex-ante*. In: Wikipédia. A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ex-ante>>. Acesso em: 30 jan 2012.

⁸⁹ NÓBREGA, Marcos. Op. cit. Pág. 10-11.

feitura do programa (seu modo de programar) orientará os contratantes sobre a forma de se complementar o contrato na medida em que seja executado.

Para encerrar o tema, que não se esgota nessa nossa exposição, importante os argumentos de MACEDO JÚNIOR quanto à boa-fé e aos contratos incompletos:

Em primeiro lugar, a boa-fé lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes.

Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios.

Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio.⁹⁰

4.4. O TIPO CONTRATUAL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Tratando de contratos típicos de acordo com o Código Civil, a relação contratual que tem por objeto o desenvolvimento de um Programa de Computador passa por dois momentos contratuais, o de desenvolvimento e o momento final que é o de licença de uso do programa.

Quanto ao teor contratual que rege sobre a parte de desenvolvimento do programa, as partes devem se balizar pelas disposições referentes ao contrato de prestação de serviços, constante nos art. 593 a 609 do nosso Código Civil. No início desse estudo tínhamos por convicção que esta parte melhor se enquadraria ao tipo contratual por empreitada. Mas por interpretação das normas contidas na Lei 9.609/98 decorrente da interpretação do art. 4º e seus §§ podemos perceber que o

⁹⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*. 2008. Apud GALLO, J. A. Albeny. Op. cit. Pág. 57.

tratamento para esta relação se faz pela prestação de serviços. E também ao longo do estudo percebemos que o melhor instituto é realmente o da prestação de serviços, por ser mais abrangente que a empreitada, claro não dispensando o que é pertinente nas disposições normativas e doutrinárias desta.

Temos por definição do contrato de prestação de serviços segundo MARIA HELENA DINIZ:

O locador (prestador) se compromete a prestar certos serviços que o locatário (tomador) se obriga a remunerar, de forma que a obrigação de fazer do primeiro se contrapõe à de dar do segundo. Para melhor compreensão, poder-se-á dizer, como R. Limongi França, que solicitante é aquele que necessita do serviço e o remunera, e executor é aquele que o leva a efeito e faz jus à remuneração.⁹¹

O objeto da relação contratual é uma obrigação de fazer, no caso em estudo, o desenvolvimento do Programa de Computador.

A remuneração constitui elemento essencial da relação, pois ela será o devido ao desenvolvedor. É livre sua forma de pactuação, mas em casos que as partes nada dizem, aplica-se o disposto no art. 596, *in verbis*: “Art. 596. 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.”.

O artigo 598 dispõe que os contratos de prestações de serviços não poderão ter prazo de duração acima de quatro anos.

Art. 598. 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.

Isso causa implicações sérias na relação em estudo, pois podem existir projetos de programas de computadores que a relação no mínimo dura 4 (quatro) anos. A redação é perigosa, aproveita ao prestador (desenvolvedor), pois a intenção normativa é de não prender pessoas a uma relação por prazo indeterminado. Por causa disso, é importante os contratantes fixarem cláusulas forçando a renovação contratual até à conclusão da obra; caso descumprido, fixarem disposições aplicando multas e sanções ao caso. Daqui se fez necessária a boa-fé das partes para produzir relações frutíferas.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. Pág. 292.

O artigo 605 pontua que o tomador dos serviços não pode transferir seu direito de receber os serviços a outrem, ou seja, o cliente não pode transferir seu crédito em relação aos serviços para terceiros. Já a recíproca é permitida desde que haja anuência por parte do cliente (tomador dos serviços), ou seja, o desenvolvedor (prestador dos serviços) pode transferir sua obrigação de prestar os serviços para outrem, desde que o cliente concorde com tal transferência.

“Art. 605. 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.” (Código Civil de 2002)

Importante não olvidar que as disposições do contrato de empreitada podem ser utilizadas como parâmetro no caso, pois sua feição muito se afigura ao objeto estudo dessa relação.

O teor que rege sobre a licença do Programa será abordado adiante. Envolvendo nesta relação contratual estes dois tipos contratuais (prestação de serviços e licença de uso) e outros que se fizerem necessários de acordo com o caso; na classificação tipológica, configurará essa relação como sendo mista. Ou seja, este tipo contratual se classifica como sendo do tipo misto, pois envolve de um lado a prestação de serviços e de outro a licença de uso, sem considerar outros tipos contratuais ou atípicos que podem estar inseridos no contrato, como p. ex., o contrato de comodato.

Para efeitos gerais em outros ramos jurídicos e afins e como a relação contratual em estudo envolve muitos contratos típicos como também atípicos, temos que observar qual a forma contratual mais presente na relação, que, no caso, advém do **desenvolver um Programa**. Este nos dará qual a forma contratual geral formada, qual seja a de prestação de serviços. Isso tem como efeito a tributação da relação pelo ISSQN (Imposto sobre serviços de qualquer natureza).⁹²

⁹² Programas de Computador produzidos em decorrência da relação contratual ora em estudo entende-se que sobre esta transação há incidência do ISSQN, e não do ICMS, conforme precedentes do STJ: AgAREsp 79.386/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe: 16.02.12; AgAREsp 32.547/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 27.10.11; AgAREsp 2.281/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30.05.11; AgA 1.192.255/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 20.04.10.

4.5. CONCLUSÕES

Sobre o teor contratual em que consta as etapas do desenvolvimento do Programa de Computador não há regra absoluta de como proceder sua construção. Deverão ser regradas caso a caso.

Quanto mais o cliente objetivar os requisitos do produto e transmiti-las ao desenvolvedor, mais preciso será o contrato, e conseqüentemente mais completo, ao passo que quanto menos requisitos objetivados, menos preciso será o contrato, ensejando a desistência da relação contratual ou seu ajuste nos parâmetros de um contrato incompleto. Tudo vai depender da capacidade cognitiva das partes sobre o objeto, quanto maior esta capacidade na formação do contrato mais completo será, em contrapartida, se esta cognição for escassa na formação do contrato, ensejará sem dúvida um contrato incompleto.

A par disso, apresentamos o diagrama montado por GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS para melhor ilustrar estas duas extremidades. As partes devem bem analisar esta fase principalmente referente aos custos, em que diz respeito da importância em investir ou não recursos para se ter a cognição completa do objeto na formação do contrato (*ex ante*) ou completar a cognição durante a execução contratual (*ex post*).

A cognição do objeto permite a fixação de cláusulas exatas, por isso seu domínio e modo de adquirir refletem na relação contratual, como nos apontam GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS refletindo sobre o diagrama.

É muito comum nas relações contratuais que tem por objeto o desenvolvimento do Programa de Computador uma fase cognoscente baixa na formação do contrato, decorrente do cliente não conseguir levantar todos os requisitos do Programa de Computador. Por isso dedicamos uma seção à teoria dos contratos incompletos.

Neste capítulo, 4. *Desenvolvimento De Um Programa De Computador*, não esgotamos os temas expostos, mas deixamos ferramentas suficientes para as partes poderem investigar de forma adequada a situação em que se encontram concernente à formação contratual.

5. LICENÇA DE USO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

Pelo processo comum o Programa de Computador é projetado, desenvolvido e por fim ganha autonomia para ser usado. Quando acabado seu desenvolvimento se torna um objeto, que pode ser licenciado ao cliente e sofrer manutenções.

Antes de tratarmos da licença de uso, precisamos tratar das implicações da norma contida no art. 4º da Lei 9.609/98, já que é condicionante para a existência da licença de uso do Programa de Computador.

5.1. O ART. 4º DA LEI 9.609/98 E SUAS IMPLICAÇÕES NOS DIREITOS RELATIVOS AO TITULAR DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

O artigo 4º estabelece da Lei 9.609/98:

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. (grifos nosso)

Trazendo a redação do artigo ao nosso caso: Pertencerão exclusivamente ao contratante dos serviços (cliente) os direitos relativos ao Programa de Computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência do contrato, em que a atividade do contratado dos serviços (desenvolvedor) seja prevista.

Considera-se, portanto, como regra que o titular dos direitos é o tomador do serviço (comitente), a não ser que, expressamente, previsto de forma diferente no contrato, quando, então, se estabelece que pertencerá ao desenvolvedor (comissário), os direitos daí inerentes.⁹³

Para os direitos de autoria relativos ao Programa de Computador pertencerem ao desenvolvedor, deverão as partes estipularem expressamente este disposto no contrato de prestação de serviços que tem por objeto o desenvolvimento do Programa de Computador. Caso não seja expreso, ocorrerá a incidência do art. 4º da Lei 9.609/98.

O momento em que o cliente adquire os direitos relativos ao Programa de Computador, se não houver estipulação em contrário, é da quitação das suas obrigações constantes no contrato. A partir desse momento ele passa a ter direito da coisa como sua. Claro que enquanto não encerrada a relação contratual podem as partes ajustarem quanto à aplicação ou não do disposto no art. 4º da Lei 9.609/98, desde que seja motivada por ambas as partes, nunca por uma isoladamente.

Se houver estipulação expressa estabelecendo que os direitos relativos ao Programa de Computador pertencerão ao desenvolvedor, logo em seguida, deverá ser estabelecido no contrato as formas de licença de uso, já que o cliente usará de atividade intelectual expressa de outrem (desenvolvedor).

Típica *cláusula natural derogável* (ver nota de rodapé n. 33). Decidindo as partes pela não aplicação do disposto no art. 4º da Lei 9.609/98, terá vez a licença de uso do Programa de Computador, já que a propriedade intelectual sobre o Programa pertence ao desenvolvedor que dará licença de uso do Programa para o cliente.⁹⁴

⁹³ WEIKERSHEIMER, Deana. Op. cit. Pág. 18.

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 37-38: “[...] cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*). Os primeiros são *inderrogáveis*, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são *derrogáveis*, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de *onus de se manifestar*, se quiserem afastá-los)”.

5.2. A LICENÇA DE USO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

Ultrapassada a não incidência do art. 4º da Lei 9.609/98, há várias formas de comercialização do Programa de Computador, temos a distribuição, a locação, a licença de uso entre outros. O que nos interessa nesta seção é a licença de uso.

Sua disciplina legal decorre Capítulo IV da Lei 9.609/98, *in verbis*:

CAPÍTULO IV

DOS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO, DE COMERCIALIZAÇÃO E DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

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

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

Transcrevemos o disposto no artigo 9º que é claro em dizer que o Programa de Computador para seu uso ser comercializado no Brasil dependerá de contrato de licença de uso. Em caso de inexistência do contrato, o documento fiscal relativo à transferência do produto será meio hábil a comprovar seu uso.

É de se entender que acabado o desenvolvimento do Programa de Computador e se a autoria do Programa for do desenvolvedor conforme examinado anteriormente, deverá estar disposto no contrato as formas de uso do Programa acabado e pronto para uso.

A licença de uso deve fixar elementos quanto ao uso do objeto desenvolvido. Podemos apontar alguns elementos que por si só não exauzem a pactuação livremente de outros elementos:

a) uso exclusivo pelo cliente ou a permissão de terceiros usarem, nesse elemento é necessário um exame da atividade em que o Programa vai ser implantado, dela delimita-se o uso do Programa a quem pode usá-lo.

b) prazo de vigência da licença, definir lapso temporal em que persistirá o uso por parte do cliente; no caso em estudo, normalmente à versão acabada do Programa de Computador as partes fixam prazo indeterminado, pois o cliente-empresa adquiriu para uso na sua atividade que em tese não tem prazo para

acabar, salvo se a atividade do cliente for temporária, caso em que as partes poderão negociar a respeito.

c) garantias e responsabilidade oferecidas juntamente com a licença de uso.

Decorre da Lei 9.609/98 *cláusula inderrogável* a respeito, *in verbis*:

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

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

É garantia dada ao usuário, que, mormente sua hipossuficiente capacidade técnica em relação ao produto, tem direito ao uso funcional do produto, cuja funcionalidade foi fixada no contrato. Quando o produto estiver finalizado, portanto, na relação contratual, que tem por objeto o desenvolvimento do Programa de Computador, deve ser possível mensurar os requisitos, ou seja, as funções que o Programa deve atender, as necessidades que deve fomentar. Atendida essas necessidades e desde que haja validação do cliente do que foi combinado na relação contratual, o Programa estará finalizado. A partir daí o desenvolvedor fica obrigado a assegurar ao respectivo cliente a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, considerados os seus requisitos iniciais fixados na relação contratual. Evidente que o problema na funcionalidade deve decorrer de culpa do desenvolvedor, casos existirão em que o cliente não capacitou seu contingente pessoal adequadamente fazendo do Programa seu mau uso, o que não será hábil a acionar o dispositivo em tela.

d) suporte técnico ao uso do computador, podem as partes pactuar suporte técnico em que consistirá em contingente do desenvolver que instruirá contingente pessoal do cliente para o uso adequado do Programa de Computador.

Percebível é que cada caso dirá os elementos que deverão compor as disposições referentes à licença de uso do Programa de Computador e sua forma de atuação. A exposição acima foi apenas elementos orientadores mais comuns neste tipo de relação no que concerne à licença de uso.

Como parâmetro jurídico para a confecção da licença de uso num contrato podem as partes utilizar como ajuda as disposições no código civil atinente à

Locação de Coisas (arts. 565 a 578 do CC/02) e ao Comodato (arts. 579 a 585 do CC/02).

6. CONCLUSÃO GERAL

Posto tudo isso, a proposta do estudo desta relação contratual encontra seu auge jurídico, já que este trabalho teve como objetivo elucidar a importância da relação contratual que tem por objeto o desenvolvimento de um Programa de Computador, mostrando principalmente suas peculiaridades decorrentes da natureza do Programa de Computador que tem natureza autoral, também elucidou a importância de princípios contratuais que não podem ser esquecidos, e, por fim, sugeriu possíveis formas para se confeccionar um contrato adequado à realidade do objeto conforme o caso.

Este trabalho examinou a relação contratual que tem por objeto o desenvolvimento de um Programa de Computador. Para tanto, como suporte ao tema, apresentamos as características de um Programa de Computador, sua definição e etc., bem como noções da teoria dos contratos pertinente à relação contratual em estudo. Em seguida fizemos exame da relação contratual sobre dois planos, o de desenvolvimento e o da licença de uso.

No primeiro plano, o de desenvolvimento, concluímos que as partes envolvidas na relação devem formar a cognoscibilidade completa do objeto não importando o momento para tanto, desde que estejam cientes das implicações de uma formação tardia (*ex post*) ou uma formação antecipada (*ex ante*), sendo nesta a possibilidade de se formar um contrato completo, enquanto, naquela, a possibilidade de se formar um contrato incompleto, devendo as partes levar em conta a cognoscibilidade, a definição, a mensuração do objeto. O gráfico de GUY FITZGERALD e LESLIE WILLCOCKS dá forte suporte e entendimento a esta análise, que envolvem estudo dos custos para a formação completa da cognoscibilidade de acordo com o objeto e dos custos da transação.

No segundo plano examinado, o de licença de uso, as partes antes de se atentarem a ele devem analisar a quem incumbirá a autoria do Programa de

Computador, se incumbirá ao desenvolvedor, sendo necessário dispositivo expresso pelas partes nesse sentido, ou se incumbirá ao cliente bastando as partes nada manifestarem a respeito.

A questão da autoria é condicionante à existência da licença de uso, pois se for do cliente, este não precisará de licença para usufruir do próprio programa, enquanto que se a autoria pertencer ao desenvolvedor, este deverá liberar uma licença ao cliente para que possa usar do objeto.

Superada esta questão, apresentamos as disposições constantes na Lei 9.609/98 pertinentes à licença de uso do Programa de Computador e elementos comuns que as partes devem observar na formação do contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Documento LPCS/II/3-Feb., 24, 1983” inteiro teor no url: <http://www.wipo.int/mdocsarchives/LPCS_II_83/LPCS_II_3_E.pdf>

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACON, Francis. *Nova Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A atual teoria geral dos contratos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7267>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 443.119 - RJ (2002/0071281-7). Programa de computador (*software*). Natureza jurídica. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: Brasília (DF), 08 de maio de 2003.

Cosmos. Carl Seagan. Vídeo-áudio. KCET e Carl Sagan Productions, 1980.

Decreto n. 339 do Conselho de Estado da República Popular da China. Este tratado está disponível em tradução inglesa no *website* da OMPI <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=131055>.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOS SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. *A proteção Autoral de programas de computador*. Coleção Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ex-ante. In: Wikipédia. A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ex-ante>>. Acesso em: 30 jan 2012.

FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. *Contracts and Partnerships in the Outsourcing of IT, 1994*. ICIS 1994 Proceedings. Paper 8. Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/icis1994/8>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, v.4*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos Incompletos*. 2009. 70f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v.3: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NÓBREGA, Marcos. *Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 17 de set/2011.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Eletrônicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*. In: Revista da Ordem dos Advogados. Portugal, 1998.

PRESSMAN, Roger S. *Engenharia de Software*. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

Processo de desenvolvimento de software. In: WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_de_desenvolvimento_de_software>. Acesso em 24 de outubro.

REALE, Miguel. *A Boa-Fé no Código Civil*. 16/08/2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acessado em: 6 de Setembro de 2011.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STOLAGLI, Gustavo Moraes; BRONSTEIN, Sergio. *Cuidados para a formalização de carta de intenções. Fusões e Aquisições*. Veirano Advogados. In: Revista Capital Aberto. Disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=71&i=2895>. Acessado em: 5 jan. 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v.3. São Paulo: Método, 2007.

WEIKERSHEIMER, Deana. *Comercialização de software no Brasil: uma questão legal a ser avaliada*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WELLS, H.G. *História Universal: O Mundo Contemporâneo*. V. 7. São Paulo: Edigraf, 1972.

ANEXO - CONTRACTUAL AND RELATIONSHIP FRAMEWORK

“[...]”

3.2 Contractual and Relationship Framework

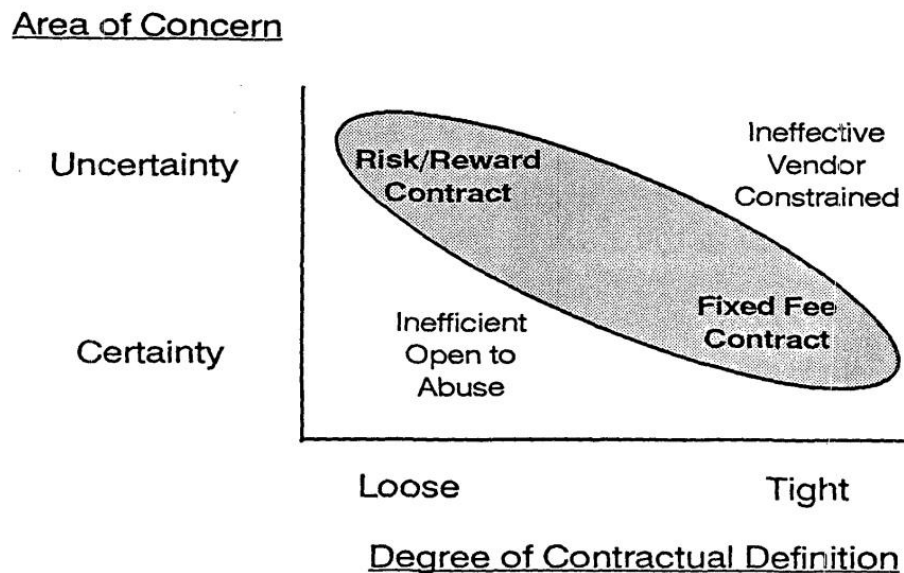


Figure 1. Type of Contract/Relationship

There seems to be a number of somewhat conflicting trends in outsourcing arrangements and a significant degree of misunderstanding. First, as we have seen, the concept of partnership is not well understood; second, we believe notions of partnership cannot be divorced from that of the type of contract; and third, that the type of contract depends on the type of outsourcing under consideration.

In order to facilitate and explore these issues, we have developed a framework that is provided in Figure 1. Here we plot the degree of contractual definition along the bottom on a continuum between loose and tight. A loose contract

is one where only the fundamental elements of the service requirements are outlined in the contract and where other elements of the contract such as what happens when circumstances change are absent or not fully defined. A tight contract is the opposite where all aspects of the service level required and the other elements are very specifically defined in considerable detail. Somewhere in the middle are contracts which are relatively well defined but also address aspects concerned with flexibility and changing business and technical circumstances.

The vertical dimension in the figure is the type of outsourcing under consideration and we represent this as the degree to which the requirements of the client can be fully defined and specified. This includes the initial definition, requirements over the duration of the contract, and the requirements on termination of the contract. This is also expressed as a continuum between requirements that are basically fully known and understood and those that are substantially unknown and unknowable. We characterize this in the figure as certainty/uncertainty. Typical of those that are known are the transaction processing/mainframe type of outsourcing that many companies have entered into. The client companies have a wealth of experience over a number of years of what is required and know for the duration of the contract how and in what ways these are likely to change. This does not always mean that the specification of the requirements are an easy task, they may need to be worked at in great detail, but in principle, with the necessary effort, they are definable.

The other end of the continuum is the type of outsourcing that is difficult to specify because of the range of uncertainties both current and future. Typical of this type might be the move to client-server architectures, or open systems, the design and development of new business systems and functions, or business process redesign activities, etc. That is a high degree of technical or business uncertainty, or both. Elsewhere we have argued that it is unwise and risky to outsource in such situations (Feeny, et al 1993). However, it is clear that nevertheless some organizations do outsource in just such circumstances. Where they do, it is also clear that standard fixed fee type contractual arrangements are not relevant because, by definition, the full requirements cannot be specified. Such circumstances are best dealt with via a contractual arrangement that shares the risks and rewards arising from the uncertainty. There exist various intermediate positions of lesser or greater

uncertainty that might involve the variety of incentive type contractual arrangements discussed earlier in the section on Contract Type.

The purpose of the diagram is to illustrate that certain positions in the diagram are more likely to lead to successful and sustainable outsourcing, while other positions are more likely to be situations of risk or inefficiency. For example, it is argued that situations of relative certainty should be accompanied by a very tightly defined contract for best results. The tight specification means that the contract is relatively easily and accurately priceable and that vendors can be compared. Such situations are best organized via a fixed fee type of contract and the result is likely to be a keen and realistic contract price. To be in a loose contract situation exposes the client organization to unnecessary risk, i.e., where the vendor can charge extras for anything not fully specified in the contract. For the vendor not to be tempted to do this they would have to feel that they were making enough money from the contract not to wish to jeopardize the situation. This is likely to mean that the client is not getting the best deal that is potentially obtainable.

In conditions of uncertainty, a tight contract is very difficult to achieve and indeed is likely to be counter-productive. A tight contract, in uncertain situations, implies that various assumptions about the future are being made which are unlikely to be true. In extreme situations of uncertainty, there are likely to be fundamental and unpredictable changes, perhaps even quantum change, rather than incremental developments. The essence of the situation is the need for flexibility and a tight contract may constrain the vendor from reacting in the way that the client may wish; for example, if transaction volumes fall in one area and increase in another the vendor may not be able to react and devote resources to the developing area because of the stipulations of the contract. Nevertheless, the client cannot just leave the situation open and hope that the vendor will perform in the right way simply on trust. It would be too risky. Therefore, the risk must be minimized by the use of the sharing of risk/reward type of contractual arrangement but with a looser contract definition, in terms of service levels and penalty clauses, etc., to ensure flexibility. The incentive for the vendor to do what is best for the client is for them to share the rewards resulting from the combined vendor/client performance (or to minimize the losses), almost irrespective of the original contract definition. This is perhaps closer to the normal business definition of partnership as discussed above.

The diagram attempts to illustrate that a more sophisticated view of outsourcing relationships is required than the simplistic views that abound in the outsourcing world. The notion that the way to achieve success is for client companies to move to tighter and tighter contracts is correct only in certain situations, i.e., in situations of relative certainty and stability in both the technology and the business of the area being outsourced. There is some evidence that much outsourcing is of this type. For example, a recent study (Mitchell 1994) indicates that in terms of technological maturity, the great majority of outsourcing was classified as medium or high maturity, where medium was three plus years experience and high six plus. This broadly fits with the notion that organizations should not outsource a problem and yet our study suggests that, for whatever reason, organizations sometimes do. The Mitchell study also indicated that the situation is changing and that the trend is for organizations to increasingly be outsourcing technology areas which were classified as low in technological maturity. In situations of increasing uncertainty, if companies insist on outsourcing, they should not strive for tighter and tighter contractual and service level definitions, as this is unrealistic, but to minimize the risks they should construct their contracts in a way that addresses uncertainty. This means that the contract should have some built-in flexibility, which might imply a basic fee plus incentive scheme or, in situations of high uncertainty, a full risk/reward sharing contract.

This also has implications for partnership. Outsourcing in the lower right hand side of the diagram is fundamentally a straight, well defined, purchase arrangement between buyer and service provider. This can and should be delivered without any recourse to notions of partnership. That is not to say that a good working relationship will not develop, hopefully it will, but the essence of the arrangement is specified in the contract. Outsourcing in the top left side of the diagram is not a straightforward transaction and requires the building of partnership relations in order for it to be successful. However, the partnership is not based on comfort and over-payment of the vendor but on the sharing of mutually generated rewards, the framework for which is specified in the contract.

[...]"

Fonte: FITZGERALD, Guy; WILLCOCKS, Leslie. *Contracts and Partnerships in the Outsourcing of IT*, 1994. ICIS 1994 Proceedings. Paper 8. Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/icis1994/8>>.