

**LICENÇA DE USO E LOCAÇÃO DE SOFTWARE.**  
**A FUNGIBILIDADE DO PROGRAMA DE COMPUTADOR.**

TARCISIO QUEIROZ CERQUEIRA  
ADVOGADO  
OAB/RJ 43.692 e OAB/SC 22.210<sup>a</sup>  
www.tarcisio.adv.br

**Ou, porque os proprietários ou titulares de direitos sobre software não podem firmar contratos de locação.**

Os contratos de licença de uso de software são, algumas vezes, indevidamente denominados de contratos de locação de software, dada a aparente semelhança que o licenciamento e a locação possuem um com o outro - apenas aparente, porque duas leis: a lei dos direitos autorais e a própria lei do software estabelecem, expressamente, que o programa de computador deve ser comercializado na forma de contratos de licença ou de cessão.

Locação e licença de uso de programas de computador são institutos conceitual e juridicamente diferentes e os produtores e distribuidores de programas **não estão** autorizados a utilizar-se da locação de programas, mas, sim, como determinam as leis **9.609 e 9.610**, ambas de **19/02/98** e como orienta o Código Civil Brasileiro, **devem licenciá-los** para uso, de forma temporária ou definitiva, como queiram, com pagamentos mensais, anuais, de uma só vez, etc..

A cessão ou licença de direito de uso de software não deve se confundir com a locação de bens móveis, em primeiro lugar porque a locação de bens móveis, em geral, é regida pelo **Código Civil, Art. 1.188**. Para os direitos de autor e relativamente aos programas de computador as **Leis 9.609/98 e 9.610/98** (ainda coadjuvadas pelas anteriores **Leis 5.988/73 e 7.646/87**) estabelecem as licenças ou cessões de uso.

Diz o **Art. 1.188**, do Código Civil:

- *“Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.*

O uso - e o usufruto - por seu lado, são regidos pelos artigos **713 a 745 do Código Civil**

Como define a própria lei civil, o aluguel trata do uso e gozo de coisa não fungível, ou infungível. Programa de computador, ou software, considerando-se como tal a expressão do

programa identificada na cópia utilizada<sup>1</sup>, por definição, além de ser do âmbito da propriedade intelectual, regido pelas leis dos Direitos Autorais, é coisa móvel e fungível, em acordo com o que definem o **Código Civil, Art. 50** e a **Lei nº 9.609**, de 19 de fevereiro de 1998, **Art. 1º**, parágrafo único.

A licença ou cessão de uso, por seu turno, como praticada na área de software é ato ‘inter vivos’, oneroso ou gratuito, pelo qual uma pessoa, o licenciante ou cedente, transfere a outrem, o licenciado ou cessionário, o crédito ou direito de uso de que é titular acerca de um bem fungível, de caráter intelectual ou imaterial. Recebe, como pagamento pelos direitos de autor, uma remuneração denominada “royalties”.

Diz o **Art. 50, do Código Civil Brasileiro**:

- *“São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.*

Diz o **Art. 1º, Parágrafo único, da Lei 9.609/98 de 19 de fevereiro de 1998**:

- *“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 de informações, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou similar, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.*

Um programa de computador é um “conjunto de instruções”, que faz uma máquina trabalhar. Isto, ou, melhor definindo, a expressão disto, é o que é protegido pelas Leis **9.609/98 e 9.610/98**. Este conjunto de instruções é o bem imaterial. O desenvolvimento da tecnologia inventou equipamentos e técnicas para guardar essas instruções, ou esse “conjunto de instruções”. As informações ficam gravadas em meios físicos, que podem servir apenas para sua fixação ou para fixação e transporte, de onde são lidas e inseridas para dentro da máquina.

A fungibilidade do programa de computador, ou sua propriedade de ser substituído sem perda de qualidade ou quantidade, reside no fato de que desde que ele solucione o problema humano - do humano que o adquiriu para usar – ficam totalmente satisfeitos os direitos do adquirente. Pode-se afirmar que o usuário paga para que lhe seja fornecido um programa - qualquer cópia, não uma cópia específica - que execute determinadas funções e obtenha determinados resultados, solucionando determinados problemas. Veja-se que quando, por exemplo, se quebra ou se deteriora, de alguma forma, o meio físico que contém determinado software, não importa, para o usuário, que lhe seja enviado outra cópia do software, desde que a cópia enviada substitua eficazmente a anterior. O usuário não é, necessariamente, obrigado a devolver ao dono o bem cedido para uso; há contratos que

---

<sup>1</sup> Considere-se que os Direitos Autorais protegem a expressão da idéia, não a idéia, em si. Por isso quando nos referimos ao software, neste caso, referimo-nos àquela cópia, geralmente em código objeto, na forma executável, gravada em meio físico, que está sendo ou pode ser utilizada.

estipulam, nos casos de sua extinção, que o usuário deva destruir os programas e meios físicos que os contêm, de forma que nenhuma informação permaneça em mãos do usuário após o fim da relação contratual. Acrescente-se que na maioria esmagadora dos casos é transparente para o usuário a tecnologia empregada para a produção do software. Apenas por acaso o usuário possui qualquer conhecimento técnico acerca do programa.

Em outras palavras, em programas, o que interessa ao consumidor é ter um que atenda ao que foi combinado, que execute as funções conforme o licenciante e o licenciado (ou cedente e cessionário) contrataram, ou seja: programas de computador “... podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. (**Código Civil, Art. 50**). São fungíveis.

Também os serviços de suporte e manutenção, especificamente, são considerados fungíveis, ou seja, não carecem ser prestados por uma determinada pessoa natural ou jurídica. O que interessa é o atendimento às necessidades do usuário, e não a identidade da pessoa que o presta.

Mais uma razão para o descabimento da “locação” de programas reside na inaplicabilidade do instituto do aluguel (ou “aluguer”), figura existente no direito das locações, prevista no **Art. 1.190** e outros, do **Código Civil** e regulada por uma tradicional e extensa legislação própria, que trata, de maneira específica, de móveis e imóveis.

O licenciado, ou cessionário de um programa de computador, paga, na periodicidade combinada (anual, mensal, bimensal, semestral, etc., qualquer que seja), pelo direito de usar o programa, uma remuneração, relacionada com os direitos autorais, denominada “royalties”. Além disso, na relação jurídica entre licenciante e licenciado, busca-se proteger a propriedade intelectual do titular dos direitos sobre o programa. Além do simples uso do programa pode, ou não, existir o direito de tirar cópias para o comércio, o direito de transferir o programa para outros, o direito de receber atualizações na forma de novas versões ou novos “releases” e outros. A cessão ou licença de uso de programa de computador possui as figuras do autor, cedente, ou licenciante e do cessionário, licenciado, ou usuário, instituídas pelas já mencionadas leis que lhes cambem. Na locação, por seu turno, encontram-se tradicionalmente o locador e o locatário. Figuras jurídicas submetidas a conceitos e direitos específicos, tradicionalmente conhecidos.

Fornecedores de software tendem a denominar as cessões de uso de “locação” quando querem que os pagamentos sejam feitos em bases mensais, ou bimensais, ou, de qualquer forma, periódicas e temem que as licenças ou cessões apenas estabeleçam pagamentos de uma só vez, com transferência permanente do programa. Confundem-se com a aparente identidade entre ambos institutos.

O entendimento não é correto. Licenças e cessões de uso de programas podem ser celebradas em bases provisórias ou permanentes e com pagamentos mensais, assemelhando substancialmente seus efeitos práticos aos do aluguel, sem que sejam considerados aluguéis ou submetam-se a qualquer tipo de legislação já existente específica sobre aluguéis.