

Insper Instituto de Ensino e Pesquisa
LL.M. em Direito dos Contratos

Paulo Henrique Bonomo

**CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM
CONTRATOS DE LICENÇA OU CESSÃO DE SOFTWARE**

São Paulo
2013

Paulo Henrique Bonomo

**Cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos
de licença ou cessão de software**

Monografia apresentada ao curso L.LM.
em Direito dos Contratos, como requisito
parcial para a obtenção do Grau de Pós
Graduação *Lato Sensu*.

Orientador: Prof. Andre Antunes Soares
de Camargo

Bonomo, Paulo Henrique Bonomo.

Cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software / Paulo Henrique Bonomo; orientador Andre Antunes Soares de Camargo. – São Paulo: Insper, 2013.

Monografia (LL.M. em Legal Law Master). Programa de pós-graduação em Direito. Área de concentração: LL.M. em Direito dos Contratos. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

1. Software. 2. Licença ou cessão de uso. 3. Limitação de responsabilidade.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Paulo Henrique Bonomo

Cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software.

Monografia apresentada ao Programa de LL.M. em Direito dos Contratos Insper, como requisito parcial para a obtenção do título de pós graduado em Direito dos Contratos.

Aprovado em: ___/2013

Banca examinadora

Prof. Dr. André Antunes Soares de Carmargo

Assinatura: _____

Instituição: Insper Instituto e Pesquisa

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

Instituição:

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

Instituição:

Resumo

BONOMO. Paulo Henrique,. Cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software. São Paulo, 2013. p. L.LM. em Direito dos Contratos. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

O presente trabalho pretende analisar se as cláusulas que limitam ou isentam responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software, regidos por lei brasileira, são válidas especificamente sob a ótica da Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (*Lei do Software*), da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (*Código Civil*), da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código de Defesa do Consumidor*), e da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (*Lei n. 8.666/1993*).

A análise sob a perspectiva dos diplomas mencionados no parágrafo anterior é necessária na medida em que a qualificação da contratada nos contratos de licença ou cessão de software impõe a aplicação, conforme o caso, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n. 8.666/1993, sem prejuízo sempre da aplicação da Lei do Software.

Tanto o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.666/1993, possuem normas que impactam diretamente a possibilidade de se limitar ou isentar responsabilidade da licenciante ou cedente de um programa de computador, as quais este trabalho pretende examinar.

Palavras-chave: Software. Uso. Licença. Cessão. Limitação de responsabilidade.

Lista de Abreviaturas e Siglas

| | |
|--|---|
| ABES..... | Associação Brasileira de Empresas de Software |
| BIOS..... | <i>Bio Input Output System</i> |
| Código Civil..... | Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 |
| Código de Defesa do Consumidor..... | Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990 |
| Ente Público..... | Órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. |
| IDC..... | <i>International Data Corporation</i> |
| Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro..... | Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 |
| Lei de Propriedade Intelectual..... | Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 |
| Lei do <i>Software</i> | Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 |
| Lei n. 7646/1987..... | Lei n. 7.646, de 18 de dezembro de 1987 |
| Lei n. 8.666/1993..... | Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 |

Sumário

| | |
|--|-----------|
| I. INTRODUÇÃO..... | 8 |
| II. O SOFTWARE NO BRASIL..... | 14 |
| 2.1. O conceito de software..... | 14 |
| 2.2. O software no ordenamento jurídico brasileiro..... | 16 |
| 2.3. Cláusulas consideradas nulas em contratos de licença ou cessão de software e as consequências para limitação de responsabilidade das partes contratantes..... | 22 |
| III. O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO..... | 26 |
| 3.1. A aplicação do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor ou Lei n. 8.666/1993 aos contratos de licença ou cessão de software regidos por lei brasileira..... | 26 |
| 3.2. A responsabilidade civil no direito brasileiro..... | 31 |
| 3.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual..... | 35 |
| 3.2.2 O conceito de dano no direito brasileiro..... | 39 |
| 3.2.2.1. Danos materiais..... | 40 |
| 3.2.2.2. Danos morais..... | 44 |
| 3.2.3. Circunstâncias excludentes de responsabilidade..... | 49 |
| 3.3. Regras específicas aplicáveis aos contratos de licença ou cessão de software conforme lei de regência..... | 54 |
| 3.3.1. As normas do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis aos contratos de licença ou cessão de software regidos por lei brasileira..... | 54 |
| 3.3.1.1. O conceito de consumidor – aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor..... | 55 |
| 3.3.1.2. A vulnerabilidade do consumidor..... | 61 |
| 3.3.1.3. A responsabilidade objetiva dos fornecedores no Código de Defesa do Consumidor..... | 62 |
| 3.3.2. As normas da Lei n. 8.666/1993 aplicáveis aos contratos de licença ou cessão de software regidos por lei brasileira..... | 64 |
| 3.3.2.1. Contratação com Ente Público sem prévia licitação – hipóteses de dispensa e inexibibilidade..... | 66 |
| 3.3.2.1.1. Hipótese de dispensa ou inexibibilidade de licitação na contratação de uma licença ou cessão de software de um particular..... | 69 |
| IV. A LIMITAÇÃO OU EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE EM CONTRATOS DE LICENÇA OU CESSÃO DE SOFTWARE REGIDOS POR LEI BRASILEIRA..... | 74 |
| 4.1. A limitação ou exclusão de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software regidos pelo Código Civil..... | 74 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.1. Pré-fixação contratual de indenização e cláusula penal..... | 78 |
| 4.1.2. Em que medida é válida a limitação de responsabilidade em contratos regidos pelo Código Civil?..... | 82 |
| 4.2. A limitação ou exclusão de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software regidos pelo Código de Defesa do Consumidor..... | 89 |
| 4.2.1. Consequências da inserção de cláusulas nulas em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor..... | 95 |
| 4.3. A limitação ou exclusão de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de software regidos pela Lei n. 8.666/1993..... | 101 |
| V. CLÁUSULAS LIMITADORAS OU EXONERADORAS DE RESPONSABILIDADE POR DEMANDAS DE TERCEIROS..... | 107 |
| 5.1. Cláusulas limitadoras de responsabilidade por demandas de terceiros em contratos de cessão ou licença de software regidos pelas normas do Código Civil e da Lei do Software..... | 107 |
| 5.2. Cláusulas limitadoras de responsabilidade por demandas de terceiros em contratos de cessão ou licença de software regidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Software..... | 111 |
| 5.2.1. Contratos em que a licenciada ou cessionária é consumidor pessoa física..... | 112 |
| 5.2.2. Contratos em que a licenciada ou cessionária é consumidor pessoa jurídica..... | 113 |
| 5.3. Cláusulas limitadoras de responsabilidade por demandas de terceiros em contratos de cessão ou licença de software regidos pela Lei n. 8.666/1993..... | 115 |
| VI. CONCLUSÃO..... | 117 |

I. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil se tornou um grande alvo para investidores estrangeiros. Esse interesse se reflete no elevado número de operações de envolvendo a aquisição de empresas nacionais por grandes grupos multinacionais, no aumento constante do número de empresas internacionais iniciando suas atividades no Brasil e na expansão do volume de negócios dessas empresas no mercado interno.

No ano de 2012, por exemplo, o Brasil teve um crescimento no setor de tecnologia e informação de 10,8% comparativamente ao ano de 2011. Dentro desse setor, somente o mercado de *software* e de serviços movimentou cerca de US\$ 25 bilhões em 2012, sendo que, desse montante, US\$ 9,5 bilhões estão exclusivamente relacionados ao mercado de *software*, segundo estudo preparado pela Associação Brasileira de Empresas de *Software* juntamente com a International Data Corporation (IDC) do Brasil¹.

Considerando o mercado global de tecnologia da informação, bem como de *software* e serviços relacionados, que cresceu em média 5,9% entre 2011 e 2012, o Brasil teve posição de destaque, ocupando a sétima colocação. A título de comparação, os Estados Unidos da América, em primeiro lugar no mercado mundial de *software* e serviços, movimentou US\$ 399 bilhões no mesmo período.²

Ainda de acordo com o referido estudo, o mercado brasileiro de *software* compreende cerca de 10.700 empresas brasileiras orientadas ao desenvolvimento, produção e distribuição de *software*, bem como de serviços relacionados, das quais, 93% são consideradas micro ou pequenas empresas que atuam somente no

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE *SOFTWARE*. **Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências, 2013**. Disponível em: <http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/dados-2011>. São Paulo. Acesso em: 23 de novembro de 2013. p. 5

² Idem, ibidem.

desenvolvimento e produção desses programas³.

Atualmente, a demanda do mercado interno de programas de computador é dividida da seguinte forma: (i) 71% diz respeito a *softwares* sob encomenda, em que uma empresa contrata a criação de um determinado programa para atender certa finalidade; e (ii) 29% envolve *software* de prateleira, ou seja, programas replicáveis e sem nenhum (ou quase nenhum) tipo de customização. Indica-se que 78% dessa demanda, correspondente a US\$ 4,9 bilhões, é referente a programas desenvolvidos por empresas estrangeiras.⁴

Nesse sentido, apesar de o Brasil apresentar desde meados dos anos 2000 uma elevada taxa anual de crescimento médio no mercado de *software* e serviços relacionados, este mercado ainda é dominado essencialmente por grandes empresas internacionais⁵. Em alguns casos, os contratos de licença ou cessão de *software* acabam, até mesmo, sendo celebrados diretamente com as empresas desenvolvedoras estrangeiras.

Porém, recentemente, uma tendência que tem se mostrado evidente é que muitas dessas empresas, em uma tentativa de aproximar os negócios de seus clientes, têm procurado estabelecer-se localmente por meio da criação de subsidiárias no Brasil.

Não obstante os contratos de licença e cessão de *software* serem geralmente celebrados entre duas empresas nacionais – a subsidiária da desenvolvedora estrangeira e o cliente – ainda assim é preciso atentar para existência de contextos jurídicos distintos que exercerão influência sobre cada uma delas.

Vale destacar que, em regra, verificam-se grandes entraves na negociação dos termos e condições que regerão a licença ou a cessão do *software* para o cliente local. Enquanto a subsidiária da empresa estrangeira, muitas vezes, tem

³ Idem, ibidem.

⁴ Idem, ibidem.

⁵ Idem, ibidem.

como base jurídica o sistema jurídico da *common law*, notadamente conhecido pela ausência de leis extensas e por contratos demasiadamente complexos e exaustivos a respeito de todas situações possíveis; o cliente brasileiro, com origem em um sistema jurídico da *civil law*, conta com um amplo acervo de normas e leis que o resguardam em adição aos termos e condições contratuais, que costumam ser mais simples.

Como conciliar contextos tão distintos entre si? A negociação dos contratos nesta situação significa necessariamente que haverá inúmeras discussões, mas uma coisa é certa: se nenhuma das partes estiver disposta a fazer concessões, dificilmente o contrato será celebrado.

Naturalmente, a empresa desenvolvedora do *software* se preocupa em assegurar que a sua subsidiária brasileira observe um modelo de negócios uniforme e isso resulta, muitas vezes, na “importação” para os contratos que serão utilizados no Brasil de cláusulas e condições de instrumentos que seriam originalmente celebrados sob a regência de leis estrangeiras.

Entre as cláusulas mais frequentemente incorporadas nos contratos que são utilizados pelas subsidiárias brasileiras para regular as relações com o cliente local estão aquelas que definem ou limitam o regime de responsabilidade das partes.

Comumente, tais cláusulas procuram restringir ao máximo a responsabilidade da licenciante ou cedente por quaisquer danos decorrentes do uso e operação do *software* pelo cliente, que, por sua vez, sempre procura refutar tais limitações.

Nesse contexto, o propósito deste trabalho é justamente analisar se as cláusulas de definição e limitação de responsabilidade, tal como usualmente “importadas” de contratos estrangeiros, são válidas em contratos regidos pela lei brasileira ou se elas são abusivas e podem ser questionadas.

Tendo em vista que os Estados Unidos da América são um grande pólo

desenvolvedor e exportador de *software*, sendo o primeiro colocado mundial no setor, é natural que o mercado de *software* brasileiro seja dominado por empresas de origem norte-americana, as quais procuram se isentar completamente responsabilidade por danos indiretos.

Para analisar a validade de cláusulas de limitação de responsabilidade nos contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira, analisaremos inicialmente a Lei do *Software*. Após essa análise inicial, vamos abordar as regras gerais aplicáveis a todos os contratos regidos por lei brasileira previstas pelo Código Civil.

Feito esse exercício, atentaremos para a qualificação da licenciada ou cessionária desses contratos de forma a verificar se as normas do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n.º 8.666/93 serão aplicáveis para reger a relação entre as partes. A validade das cláusulas de limitação de responsabilidade será verificada sob o prisma desses diplomas, abordando as limitações específicas impostas por cada um desses conjuntos normativos.

Também será analisada a questão da validade das cláusulas que isentam ou limitam responsabilidade por demandas de terceiros. Ou seja, se pode haver isenção de responsabilidade das partes em virtude de demandas desse tipo que tenham relação direta com o contrato de licença ou cessão de *software*.

Para responder às questões e pontos levantados nesse trabalho, serão analisadas leis, doutrina e jurisprudência a respeito do tema, bem como a nossa experiência prática na atuação de casos envolvendo contratos de licença ou cessão de programas de computador regidos por lei brasileira.

O resultado da atividade de pesquisa para a redação deste trabalho apontou grande escassez de fontes doutrinárias e jurisprudenciais específicas acerca do assunto. Há múltiplas fontes analisando a validade de cláusulas de exoneração de responsabilidade em âmbito mais geral, porém, poucas referências no contexto dos contratos de licença ou cessão de *software*.

Como se verá adiante, no direito brasileiro, a imputação de responsabilidade e a pagamento de indenização são momentos jurídicos distintos. Aliás, quando se fala em cláusulas que limitam ou isentam responsabilidade da licenciante ou cedente do *software*, é mais correto designá-las como cláusulas que limitam o montante indenizatório devido sob uma circunstância que gera um dano.

Esclarecido este ponto inicial, veremos que cláusulas que limitam o máximo montante indenizatório pagável pela licenciante ou cedente do programa de computador são válidas nos contratos regidos pela Lei do Software e o Código Civil, bem como quando, apesar da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e diante de situações justificáveis, a parte licenciada ou cessionária for uma pessoa jurídica.

No que diz respeito aos contratos de licença ou cessão de *software* em que há uma relação de consumo e a licenciada ou cessionária é uma pessoa física, veremos que não é válida a cláusula que limita o valor da indenização devido pela licenciante ou cedente.

Nos contratos em que a licenciada ou cessionária é um Ente Público, o artigo 70 da Lei n. 8.666/1993 permite a interpretação de que a licenciante ou cedente é responsável pelos danos integralmente causados, sem fazer qualquer ressalva acerca da possibilidade de se limitar o montante indenizatório máximo, o que nos leva a conclusão de que cláusulas nesse sentido podem ser consideradas inválidas.

No que diz respeito às cláusulas que limitam o montante indenizatório em virtude de demandas de terceiros que tenham causalidade imediata e direta com o contrato de licença ou cessão de *software*, o mesmo racional explicado nos últimos parágrafos também pode ser aplicado.

Em outras palavras, nas relações regidas pela Lei do *Software* e Código Civil, a cláusula que limita o montante indenizatório pagável pela licenciante ou cedente em virtude demandas de terceiros diretamente prejudicados pelo contrato de licença

ou cessão de software são válidas.

Nos contratos em que há relação de consumo e a licenciada ou cessionária é uma pessoa jurídica, a limitação do montante indenizatório em virtude de demandas de terceiros é válida sob situações justificáveis. Por sua vez, quando a licença ou cessão do *software* for feita a uma pessoa física consumidora, tal cláusula não será válida.

Por último, nos contratos de licença ou cessão de *software* em que a Lei n. 8.666/1993 for aplicável, em virtude da redação de seu artigo 70, a cláusula que limita o montante indenizatório em virtude de demandas de terceiros por danos que lhes foram diretamente causados em virtude do contrato também não será válida.

II. O SOFTWARE NO BRASIL

2.1 O conceito de *software*

Um computador é uma máquina que aceita entradas estruturadas de dados e as processa de acordo com regras pré-estabelecidas, produzindo resultados. As instruções que configuram tais entradas são feitas com base em um sistema binário, linguagem em que todas as informações eram traduzidas, armazenadas e utilizadas no computador⁶.

A linguagem binária, posteriormente, passou a ser codificada, de forma a comportar a evolução da complexidade dos programas de computador. Essa linguagem representa uma instrução para que o computador realize uma série de ações com um objetivo determinado.

O programa de computador ou *software* é justamente um conjunto de linguagens que, uma vez instalado, contém uma série de instruções que ditam ações que devem ser seguidas por uma máquina mediante um comando humano para se atingir determinada finalidade.

Os *softwares* podem ser agrupados em três grandes categorias, quais sejam: (i) o *firmware*; (ii) os sistemas operacionais; e (iii) os aplicativos⁷. Vejamos brevemente as principais características de cada categoria.

O *firmware* corresponde ao programa de computador instalado nas unidades de memória básicas de um computador, sendo responsável por permitir o seu funcionamento e recebimento de outros *softwares*. O *firmware* mais conhecido é o BIOS – *Bio Input Output System* – que tem controle sobre o *hardware* da máquina.

⁶ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **A Boa-fé nos Contrato de Licença de Uso de Software**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Software2.pdf. Rio de Janeiro. Acesso em 5 de março de 2013, 20:30. p. 8.

⁷ Idem, *ibidem*. p. 10.

Trata-se do primeiro programa a funcionar quando se liga um computador, executando atividades básicas de processamento. Esse tipo de programa de computador não é comercializado como os demais, mas sim costuma vir pré-instalado nos computadores⁸.

Os sistemas operacionais, por sua vez, como o próprio nome sugere, são os programas que controlam as funções gerais de uso de um computador, tais como o gerenciamento dos processos em execução, a alocação de memória e o controle de arquivos. Os exemplos mais famosos de sistemas operacionais são o Windows, da fabricante Microsoft, assim como o OSX Lion, utilizado em computadores da Apple.

Dessa maneira, os sistemas operacionais são os *softwares* que permitem aos usuários interagir diretamente com os computadores, usando-os para as finalidades desejadas.

Por último, se tem os programas aplicativos, que são *softwares* criados para finalidades específicas. Hoje, por exemplo, programas como o *Word* ou o *Excel* não são mais vendidos juntamente com os sistemas operacionais da Microsoft, mas sim como aplicativos comercializados de forma separada.

Os aplicativos ainda podem ser divididos em duas sub-categorias: (i) *software* produto, o qual é desenvolvido sem customizações para uma finalidade específica, com objetivo de atender a uma necessidade mais geral, como, por exemplo, um programa que permite a edição de textos; e (ii) *software* sob encomenda, que é criado especificamente para atender uma determinada finalidade, conforme demanda da parte encomendante⁹.

Os usuários do *software* produto, em geral, celebram contratos de adesão denominados licença de uso, ao passo que os *softwares* por encomenda são objeto

⁸ Idem, *ibidem*. p. 10.

⁹ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *op. cit.* p. 11.

de um contrato específico por meio do qual o desenvolvedor se compromete a criar o programa desejado pela contratante e, posteriormente, cede o seu uso para fins comerciais.

2.2. O *software* no ordenamento jurídico brasileiro

A primeira lei efetivamente criada para regulamentar o *software* no ordenamento jurídico brasileiro surgiu em 18 de dezembro 1987 - a Lei n. 7.646/1987. Essa lei foi altamente controversa por conter regras que refletiam a então vigente Política Industrial e Tecnológica brasileira, a qual, por sua vez, trazia mecanismos de controle e substituição de importações, bem como reserva de mercado em favor das empresas desenvolvedoras de *software* nacionais.

Dentre outros propósitos, a referida lei pretendia resguardar o mercado de *software* nacional por meio da imposição de meios que dificultavam a comercialização de *software* estrangeiro, prejudicando a competição e o acesso do consumidor brasileiro a novas tecnologias na área.

A respeito do tema, vale citar os comentários de Manoel J. Pereira dos Santos:

A Lei do *Software* de 1987 derivou de um Projeto de Lei do Executivo enviado ao Congresso em dezembro de 1986, em plena vigência da Lei de Informática. Por isso, continha normas reguladoras da comercialização de programas de computador, que refletiam a Política Industrial e Tecnológica vigente, baseada em conceitos tradicionais como controle de importação (similaridade), substituição de importações e proteção das empresas brasileiras (reserva de mercado)¹⁰.

O grande avanço na área do *software* no Brasil veio em 19 de fevereiro de 1988, com a Lei n. 9.609/1998, também conhecida como a “Lei do *Software*”, que refletiu e consolidou mudanças gradativas na política governamental para o

¹⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Software – Acesso ao Código Fonte e Transferência de Tecnologia*. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações (RDIT)**. Belo Horizonte. Editora Fórum. Ano 6, n.º 11, jul./dez. 2011. p. 70.

software.

A Lei do *Software* afastou os mecanismos ultrapassados de reserva de mercado em favor dos programas de computador nacionais, substituindo-os por uma nova legislação mais objetiva, com ênfase no consumidor do *software* e na proteção dos direitos do autor.

No que diz respeito à definição jurídica de programa de computador, o artigo 2º da Lei do *Software* basicamente manteve o conceito da lei anterior, acrescentando apenas o termo “análoga”. Dessa forma, nos termos da referida lei, o programa de computador é definido da seguinte maneira:

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.

Em outras palavras, nos termos da legislação de regência, o *software* é um programa de computador que contém uma série de comandos cuja finalidade é fazer um hardware – uma máquina ou um computador – desempenhar uma determinada função, na linha do que foi explicado no capítulo anterior deste trabalho.

Cabe notar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o *software* é considerado uma obra intelectual protegida, de acordo com o previsto no artigo 7, inciso XII da Lei de Propriedade Intelectual. Dessa forma, na medida em que houver lacunas em âmbito de proteção de propriedade intelectual da Lei do *Software*, os preceitos da Lei de Propriedade Intelectual serão aplicáveis.

Importante observar que o artigo 2º da Lei do *Software* confere para o desenvolvedor do programa de computador direito autoral sob a sua obra, mas não lhe atribui direitos morais sobre esta. Entretanto, será permitido ao desenvolvedor reivindicar “paternidade” do *software*, bem como se opor a alterações não autorizadas quando impliquem deformação, mutilação ou modificação outra que prejudique a sua honra ou reputação.

Outro ponto de significativo avanço da Lei do *Software* consiste na ampliação do prazo de proteção dos direitos relativos ao *software* de 25 para 50 anos, que serão contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou, na ausência dessa, a partir de sua criação, e não mais de seu “lançamento”.

Confira-se abaixo os termos do artigo 2º, §2º da Lei do *Software*:

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. (...)

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

Diferentemente, a antiga lei determinava que o período de proteção passava a contar a partir do “lançamento” do *software*, termo que trazia grandes dificuldades práticas devido à sua própria definição, qual seja, a partir do momento que o autor do programa utilizasse ou colocasse o programa de computador à disposição de outrem.

Convém ressaltar também que a Lei do *Software* aboliu a necessidade de registro para atestar a titularidade do *software*, assim como não faz mais nenhuma exigência no sentido do cadastramento de programas de computador ou aprovação de contratos relativos à sua comercialização. Trata-se de uma iniciativa muito elogiada pelo mercado doméstico e estrangeiro no sentido de facilitar a dinâmica dos negócios nesse mercado.

Muito embora o sistema de registro de programa de computador como meio de comprovação de titularidade não seja mais necessário, isso não significa que os desenvolvedores não podem mais fazê-lo. A Lei do *Software* confere a prerrogativa do registro perante órgão ou entidade designada por ato do Poder Executivo, no

caso, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Art. 3º Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia. ([Regulamento](#))

O racional por trás da possibilidade de tal registro no INPI está em conferir segurança ao desenvolvedor no sentido de que, caso haja algum conflito a respeito da autoria do programa de computador, haverá prova documental acerca da data em que esse foi registrado.

Em diversos casos, um desenvolvedor cria um programa cuja aplicação prática só ocorre após alguns anos. Na eventualidade de um utilizador tentar se qualificar como titular do *software*, caso o desenvolvedor original não tenha nenhum documento constatando a data em que o programa foi criado, os mecanismos de prova serão enfraquecidos.

Se o desenvolvedor, no entanto, fez o registro do programa, os mecanismos de prova sob a circunstância delineada no parágrafo anterior ficam fortalecidos, devido à publicidade que é conferida ao registro. Note-se que a publicidade do registro não implica divulgação pública do código-fonte do *software*, mas apenas que o seu registro foi promovido pelo desenvolvedor em uma data específica.

Nos termos do artigo 3º, §2º da Lei do *Software*, muito embora o pedido de registro deva conter trechos do programa de computador e outros dados que sejam suficientes para identificá-lo, bem como caracterizar sua originalidade, essas informações terão caráter sigiloso, só podendo ser divulgadas mediante ordem judicial ou a requerimento do titular.

Art. 3º Os programas de computador poderão, a critério do titular dos respectivos direitos, ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI.

§ 1º O pedido de registro de que trata este artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:

I - os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas;

II - a identificação e descrição funcional do programa de computador; e

III - os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade.

§ 2º As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Outro grande marco da Lei do *Software* quanto à queda de medidas protecionistas ao mercado brasileiro consiste na preocupação do legislador pátrio em assegurar aos estrangeiros desenvolvedores de *software* os mesmos direitos de propriedade intelectual, desde que o seu país de origem conceda aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil direitos equivalentes. Tal medida garante grande segurança jurídica aos negócios envolvendo empresas estrangeiras (ou suas subsidiárias brasileiras) com clientes brasileiros.

Vale transcrever o dispositivo que assegura tal proteção:

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. (...)

§ 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

Quanto aos contratos que versem sobre a comercialização de *software* regida por lei brasileira, a Lei do *Software* prevê algumas obrigações específicas, dentre elas, que o contrato de licença de uso do programa de computador ou o documento equivalente deverão consignar o prazo de validade técnica da versão comercializada.

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

O prazo de validade técnica da versão de um programa de computador corresponde ao período durante o qual o desenvolvedor ou titular dos direitos de

comercialização do *software* fica obrigado a assegurar aos utilizadores a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao funcionamento adequado do programa com base em suas especificações. Note-se que essa obrigação perdurará mesmo que o programa seja retirado de circulação durante o termo de validade técnica, a não ser que seja paga correspondente indenização por prejuízos causados.

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.

No que diz respeito à formalização dos negócios de comercialização de *software*, o artigo 9º da Lei do *Software* determina que o uso de programa de computador no Brasil será objeto de contrato de licença. Neste ponto, é preciso fazer uma nota de esclarecimento, pois o contrato de licença pode ser uma licença em sua acepção técnica, que não deve ser confundida com a cessão.

No caso da licença propriamente, está-se diante de um negócio jurídico por meio do qual a licenciada paga ao licenciante pelo uso do *software*. A cessão, por sua vez, implica necessariamente a transferência de titularidade do *software* do cedente ao cessionário.

Em outras palavras, a licença de uso de um programa de computador não resulta na transferência de sua propriedade, representando tão-somente uma autorização de uso e gozo, análoga à locação; e, diferentemente, a cessão diz respeito a uma alienação.

Sobre o tema, Manoel J. Pereira dos Santos afirma o quanto segue:

A concessão de uma licença de uso ou de exploração econômica não implica a cessão da titularidade do direito patrimonial do autor. Em seu sentido técnico, cessão é um ato de alienação, enquanto a licença, a concessão e a autorização são negócios jurídicos de uso e gozo, como a

locação e o comodato.

(...) a titularidade plena dos direitos patrimoniais de autor transmite-se exclusivamente mediante cessão global e definitiva, como explicita o inciso I do art. 49 da Lei n.º 9.610/98, reiterando o Legislador que tal transmissão só se admite mediante estipulação contratual escrita (inciso II). Nos demais casos, ocorre apenas transferência temporária do exercício de um ou mais direitos autorais. Com efeito, as licenças e as autorizações criam vínculos obrigacionais e não a efetiva transmissão das faculdades de direito de autor.¹¹

Dessa forma, apesar da Lei do *Software* mencionar a licença como negócio jurídico adequado à formalização da comercialização de *software*, tendo em vista que as disposições da Lei de Propriedade Intelectual aplicam-se subsidiariamente, é possível concluir que o desenvolvedor pode recorrer à figura da cessão caso o intuito seja a efetiva transmissão de titularidade do programa de computador.

Nesse sentido, deve-se destacar o artigo 49 da Lei de Propriedade Intelectual, que elenca as figuras jurídicas que podem ser utilizadas em negócios que digam respeito a direitos de autor:

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

2.3. Cláusulas consideradas nulas em contratos de licença ou cessão de *software* e as consequências para limitação de responsabilidade das partes contratantes

Feitos os devidos esclarecimentos acerca das figuras aplicáveis a negócios jurídicos envolvendo *software* regidos por lei brasileira, em âmbito contratual, a Lei do *Software* ainda dispõe a respeito de quais cláusulas serão consideradas nulas nos contratos de licença ou cessão de programa de computador e, portanto, não produzirão efeitos.

¹¹ Idem, ibidem. p. 72

Com efeito, o artigo 10, §§1º e 2º da Lei do *Software* prevê o seguinte:

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

§ 1º Serão nulas as cláusulas que:

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

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

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

Tendo em vista a matéria que se pretende analisar neste trabalho, merece especial atenção o conteúdo do inciso II do §1º do artigo 10 supra, de acordo com o qual serão nulas quaisquer cláusulas que eximam qualquer dos contratantes de responsabilidade por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos do autor.

Neste ponto encontramos a primeira grande limitação legal no direito brasileiro quanto às cláusulas que restringem a responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software*: de acordo com o texto legal, são inadmissíveis quaisquer disposições que isentem responsabilidades de qualquer das partes contratantes nas circunstâncias delineadas acima.

No entanto, o que se impende observar é que existe uma clara diferenciação no direito brasileiro entre a imputação de responsabilidade e o dever indenizar. Ou seja, muito embora as partes não possam excluir sua responsabilidade nos termos do artigo 10, §1º, inciso II da Lei do *Software*, ainda assim, à primeira vista, elas seriam livres para pré-fixar contratualmente o montante indenizatório devido.

Esta é a interpretação defendida neste trabalho. O que o imperativo da Lei do *Software* pretende evitar são cláusulas que afastam a imputação de

responsabilidade por parte das partes contratantes, não fazendo qualquer ressalva ou restrição a respeito de cláusulas que limitam o valor da indenização devida. Note-se que a na cláusula que limita a indenização há imputação de responsabilidade das partes.

A respeito do assunto, ensina Wanderley Fernandes:

No caso da exclusão de responsabilidade temos a verdadeira exceção ao princípio da reparação integral do dano (conforme artigos 402 e 944 do Código Civil Brasileiro), enquanto que a limitação do valor da indenização apenas atenua esse princípio, tal como, aliás, a cláusula penal poderá servir para a prefixação do valor devido, ainda que o dano seja superior ao valor da penalidade.

(...)

Ademais, parece-nos que a existência ou não de um dever de indenizar já é fato suficiente para que possa ser traçada a distinção entre as duas figuras. (...) Dessa forma, enquanto a cláusula de exoneração de responsabilidade privaria, totalmente, o credor do seu direito à indenização, no caso da limitação do dever de indenizar, o credor poderá receber integralmente o valor da indenização devida se o teto for superior ao dano efetivamente sofrido.¹²

Esse aspecto peculiar será abordado em detalhes nos próximos capítulos deste trabalho. Como se depreende do exposto acima, excetuadas suas disposições expressas, a Lei do *Software* deixou grande margem para que as partes possam exercer sua liberdade de contratar e definir as cláusulas que melhor convierem para regular a relação entre elas.

A Lei do *Software* e a Lei de Propriedade Intelectual não fornecem normas extensas e detalhadas a respeito das cláusulas que devem constar nos contratos de licenças ou cessão de *software*. Pelo contrário, a finalidade precípua destes diplomas é assegurar um regime de proteção para os direitos de autor para os desenvolvedores de programas de computador, bem como dar normas e diretrizes gerais para a formalização de negócios relativos à comercialização de *software*

¹² FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. 1º Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 115.

regidos por lei brasileira, sem trazer regras muito específicas e pontuais.

Como consequência lógica, será necessário recorrer a outras fontes normativas para preencher eventuais lacunas relativas à regência desses negócios jurídicos por lei brasileira. Como se verá nos capítulos seguintes, dependendo do caso concreto, podem ser também aplicáveis o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor ou a Lei n. 8.666/1993 ao tema.

III. O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO

Para endereçar de maneira adequada as regras aplicáveis à responsabilidade das partes em contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira, sabe-se que as normas da Lei do *Software* e de Propriedade Intelectual não são suficientes, sendo necessário recorrer a outros diplomas legais para preencher as lacunas legislativas deixadas por estas leis.

Conforme se verá mais adiante, a qualificação da licenciada ou cessionária do *software* é de grande importância na hora de definir o conjunto de normas jurídicas que será aplicável supletivamente à Lei do *Software* e de Propriedade Intelectual. Nesse sentido, é preciso atentar para a existência de três conjuntos normativos distintos, previstos no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e na Lei n. 8.666/1993.

Todos esses diplomas, cuja aplicação varia de acordo com a qualificação da licenciada ou cessionária, possuem regras específicas que impactam diretamente a validade de cláusulas que limitam ou restringem responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software*. Faz-se necessário, no entanto, avaliar em que circunstância qual ou quais desses conjuntos normativos é aplicável a um caso concreto.

3.1. A aplicação do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor ou Lei n. 8.666/1993 aos contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira

A definição de qual dos referidos arcabouços regulatórios é aplicável a um caso específico requer uma análise específica do artigo 2 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, abaixo transcrito:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

As regras contidas no dispositivo em questão fornecem diretrizes para definir a aplicação de uma lei a um caso específico. No caso em estudo neste trabalho, tanto o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.666/1993, não são de vigência temporária, ou seja, continuarão em vigor até que existam leis supervenientes capazes de modificá-los ou revogá-los.

Além disso, note-se que os diplomas em análise não são conflitantes entre si, ou seja, não há qualquer antinomia entre suas regras, mas elas regulamentam situações diferentes, sendo que muitas vezes, na ausência de normas específicas do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n. 8.666/1993, as regras gerais do Código Civil acabam sendo aplicáveis a uma situação concreta.

A respeito do tema, ensina Maria Helena Diniz que:

É inegável a existência de conflitos normativos, porque a realidade demonstra que essa rigorosa coerência lógica não é requisito essencial do direito, mas do sistema jurídico. [...]. Em razão da impossibilidade de o legislador conhecer todas as normas que existem no ordenamento jurídico, é plausível a edição de normas antinômicas, de sorte que a antinomia, diante da dinamicidade do direito, poderá ser encarada pelo jurista como decorrência da própria estrutura do sistema jurídico, que, além de dinâmico, é aberto e prospectivo¹³.

Nesse sentido, cabe ressaltar também o disposto no artigo 54 da Lei n. 8.666/1993, o qual faz referência expressa à aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 74.

O fato é que, ao analisar os contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira, está-se diante de um cenário em que os três diplomas até aqui ora estudados possuem normas capazes de regular a relação entre as partes, variando sua aplicação conforme a qualificação dessas. Entretanto, é preciso apoiar-se em algum critério para definir qual dos diplomas será aplicável ou, até mesmo, se há circunstância em que mais de um deles poderia se aplicar em caráter complementar.

Conforme já enunciado, o direito brasileiro fornece alguns critérios para definir, em caso de antinomia, qual norma será aplicável. No caso em análise, estamos diante de um cenário em que o critério de especialidade da norma deverá servir como parâmetro principal.

Tal critério determina que a lei especial deve preponderar sobre a lei geral (*Lex specialis derogat legi generali*). Ou seja, dependendo das características de uma circunstância fática, a norma que fornece critérios mais objetivos e concretos deve ser aplicável primariamente e somente na ausência de disposições específicas, é que se deve recorrer à norma geral.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz comenta quanto à definição da norma especial e da norma geral:

Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na norma geral. O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica¹⁴.

¹⁴ Idem, ibidem. p. 78.

A preponderância do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n. 8.666/1993 para determinar o regime de responsabilidade aplicável às partes de um contrato de licença ou cessão de *software* não implica que as normas do Código Civil deverão ser completamente ignoradas, mas apenas que, havendo disposição do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n. 8.666/1993 específica, essas deverão ser aplicadas. Em caso de lacuna normativa nesses diplomas, no entanto, deverá o interprete recorrer ao Código Civil.

Portanto, pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor ou a Lei n. 8.666/1993 não afastam completamente o Código Civil, mas apenas de substituem sua aplicação diante de um cenário concreto em que existem normas específicas para regular a relação contratual entre as partes.

Em outras palavras, no caso dos contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira, quando a relação entre as partes for de consumo, as normas do diploma consumerista serão primariamente aplicáveis, sendo complementadas, em caso de lacuna legislativa, pelas regras do Código Civil.

O mesmo raciocínio é válido para os contratos em que a licenciada ou cessionária for um Ente Público, ou seja, as normas referentes à teoria geral dos contratos e o direito privado serão aplicáveis em caráter supletivo às regras da Lei n. 8.666/1993.

A título de exemplo, as normas do Código de Defesa do Consumidor não contêm definições sobre danos diretos, materiais ou morais. Dessa forma, ainda que o diploma consumerista determine ser nula a cláusula que limita responsabilidade de fornecedores perante consumidores, para saber o limite da extensão dos danos indenizáveis no direito brasileiro, será necessário recorrer ao Código Civil.

Por outro lado, quando a relação entre as partes contratantes não for de consumo ou a licenciada ou cessionária do *software* não for um Ente Público, não há que se falar na aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n. 8.666/1993, mas apenas do Código Civil juntamente com as disposições das Leis do *Software* e de Propriedade Intelectual.

Na realidade, convém ressaltar que, modernamente, a ideia do conflito de normas e a seleção de critérios específicos para decidir a aplicação de um diploma jurídico em detrimento de outro parece ter sido superada pela necessidade de haver harmonização entre diferentes regulamentos aplicáveis a um caso concreto. Esse é exatamente o caso nos contratos de licença ou cessão de software analisados neste trabalho.

A respeito do assunto, nos ensina Claudia Lima Marques que:

(...) a doutrina atualizada, porém, está a procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão.

(...)

É o chamado 'diálogo das fontes' (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, Recueil des Cours, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.

(...)

O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.

'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).¹⁵

15 MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

3.2. A responsabilidade civil no direito brasileiro

Conforme explicado na última seção deste trabalho, há determinados assuntos que o diploma consumerista ou a Lei n. 8.666/1993, em virtude da especificidade dos assuntos que regulam, torna necessário recorrer às normas do Código Civil, de caráter mais geral, para compreender as regras básicas aplicáveis aos conceitos de dano, indenização ou responsabilidade civil.

Antes de entrarmos especificamente nas cláusulas de responsabilidade das partes nos contratos de licença ou cessão de *software*, é importante analisar o regime geral de responsabilidade civil previsto no Código Civil, cujas regras são aplicáveis também aos contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei n. 8.666/1993.

Inicialmente, cumpre destacar a regra geral de que quaisquer atividades que gerem prejuízos criam responsabilidade e a obrigação de indenizar.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa a respeito do tema:

(...) o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.¹⁶

O principal objetivo da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio patrimonial e moral, ou seja, trazer a situação da pessoa, jurídica ou natural, para o *status* anterior ao da conduta danosa.

Os artigos que são a espinha dorsal do regime de responsabilidade imposto pelo Código Civil são os seguintes:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11^ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 1.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dessa forma, considerando o teor dos dispositivos acima, todo agente que agir ou omitir-se, violando direitos e causando danos, assim como cometer abuso de direito, incorre em um ato ilícito. Os danos decorrentes de atos ilícitos devem ser indenizados.

Contudo, para determinar a responsabilidade civil, é preciso observar se alguns elementos estão presentes, quais sejam: (i) o dano; (ii) a conduta do agente; e (iii) o nexo de causalidade.

Sobre o tema, ensina Caio Mario da Silva Pereira:

A obrigação de pagar indenização respectiva tanto pode resultar da apuração de uma culpa contratual como aquilana, e numa como noutra está subordinada a princípios comuns:

A) O fundamento primário da reparação está, como visto, *no erro da conduta* do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria noção de culpa ou dolo. (...)

B) O segundo momento, ou o segundo elo dessa cadeia, é a *ofensa a um bem jurídico*. É freqüente a referência a este requisito como sendo a verificação de um “dano ao patrimônio”. (...)

C) Em terceiro lugar, cumpre estabelecer uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.¹⁷

O nexo de causalidade é o que liga o dano à conduta do agente. Mesmo nos casos em que a responsabilidade civil é objetiva, ou seja, independente da culpa do

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume II, Teoria Geral das Obrigações**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 319.

agente, ainda assim faz-se necessário verificar se há tal nexos. Confirmam-se as lições de Sílvio de Salvo Venosa a respeito do conceito de nexos de causalidade:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.¹⁸

A conduta do agente corresponde ao ato (ação ou omissão) voluntário imputável que causa um dano, dessa forma, criando o direito da parte lesada reclamar indenização. A responsabilidade fundada em ato ilícito é pautada pelo elemento subjetivo, qual seja a existência de culpa por parte do agente, ao passo que a responsabilidade independente de culpa, chamada de objetiva, pauta-se pela ideia de risco.

A regra geral imposta pelo Código Civil é a de que a responsabilidade depende do elemento de culpa, portanto, é subjetiva. Somente em hipóteses previstas expressamente, o legislador brasileiro determina que a responsabilidade é objetiva, sendo a mais notória em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços nas relações de consumo.

Sobre o assunto, carece ressaltar as palavras de Arnaldo Wald:

O direito brasileiro mantém como princípio geral básico dominante no campo da responsabilidade civil o da culpa, mas atendendo a razões excepcionais e dentro de certos limites, consagra o princípio do risco, seja na própria legislação (arts. 927, parágrafo único, 931 e 933 do CC), seja na jurisprudência (no passado, em virtude de construção, a adoção da presunção *juris et de jure* – não admitindo prova em contrário – da culpa do preponente quando provada a do preposto).¹⁹

Agir ou omitir-se com culpa significa que, diante a circunstância causadora do dano, o agente responsável poderia ter agido de maneira diversa, de forma a evitá-

¹⁸ Idem, *ibidem*. p. 56.

¹⁹ WALD, Arnaldo. **Direito Civil. Introdução e Parte Geral**. 11^o Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 275.

la.

A respeito do tema, Maria Helena Diniz diz o seguinte:

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de maneira diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa.²⁰

Vale mencionar que, em nosso ordenamento jurídico, a culpa em sentido amplo pode ser dividida em duas subcategorias. Quando o agente viola de maneira intencional o direito de outrem, está-se diante de circunstância designada como dolo. Não é necessário que se configure a vontade de violar direito alheio, basta que o agente tenha consciência da infração e reconheça o dano correspondente. Nesse sentido, merece destaque o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:

Dolo é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir. A vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas consequências conhecidas. (...) Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação. (Ruggiero). Basta, a caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e esteja ciente do dano que lhe siga.²¹

Por outro lado, quando o dano resulta de conduta caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência do agente, trata-se culpa em sentido estrito. Caio Mário da Silva Pereira conceitua tal modalidade de culpa da seguinte forma:

Na *culpa* encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação. A culpa é a inobservância de uma conduta razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianos. A ação é voluntária, no que diz respeito à materialidade do ato gerador das consequências danosas. Mas o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, bem procede com a consciência da infração. Daquela ação derivam consequências prejudiciais, que não podem ficar livres de

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil. 7º Volume – Responsabilidade Civil.** 21ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 39.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit.. p. 313.

reparação.²²

Portanto, o dolo compreende a vontade deliberada de violar o direito de outrem, com objetivo de atingir um fim ilícito, ao passo que a culpa em sentido estrito abrange circunstância na qual o agente age deliberadamente, porém, de maneira negligente, imprudente ou inepta causando dano a outrem.

No caso de culpa em sentido estrito, a imperícia pode ser definida como a inaptidão para praticar determinado ato. Já a negligência corresponde ao descumprimento de regras e normas comumente exigíveis para a realização de uma obrigação jurídica. A imprudência, por sua vez, significa que o agente age sem cautela no cumprimento de tal obrigação.

Maria Helena Diniz bem conceitua tais termos:

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou ato de proceder sem cautela. Não responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se trata de responsabilidade objetiva.²³

Restando caracterizado, portanto, a existência de um dano e a ligação deste com a conduta do agente (nexo de causalidade), haverá o dever de indenizar. Frise-se que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência brasileira, a indenização deve englobar a totalidade dos danos materiais e morais sofridos, sem prejuízo dos lucros cessantes.

3.2.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Cumprido observar que, em termos de responsabilidade civil, é possível analisar a questão sob a ótica da esfera contratual e extracontratual ou aquiliana. Em linhas gerais, a responsabilidade civil contratual resulta de um ato danoso

²² Idem, *ibidem*. p. 314.

²³ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 41.

referente a uma obrigação preexistente em um contrato, acordo ou negócio jurídico.

A respeito do tema, explica Arnoldo Wald:

A responsabilidade pode ser *legal*, quando o dever não cumprido é imposto pela lei ou contratual, quando decorre de convenção entre as partes. A responsabilidade legal também é denominada *aquilana* por ter sido a Lei Aquilia uma das primeiras, no direito romano, a tratar da matéria. Há responsabilidade legal quando alguém causa a outrem lesão corporal (p.ex., violação do direito da personalidade referente à integridade física), e responsabilidade contratual, quando é infringida uma cláusula contratual (v. g., o depositário não devolve a coisa depositada, em virtude de contrato, ao depositante).²⁴

Porém, em termos práticos, nem sempre a existência de um contrato ou negócio jurídico é muito clara, mesmo porque a forma só é requisito essencial de sua formação quando a lei expressamente exige, de tal forma que é comum que haja um ponto de encontro entre ambas as espécies de responsabilidade discutidas neste capítulo.

Conforme ensina Silvio de Salvo Venosa:

A grande questão nesta matéria é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral. Enfatizamos anteriormente que nem sempre resta muito clara a existência de um contrato ou de um negócio, porque tanto a responsabilidade contratual como extracontratual, com frequência se interpenetram e ontologicamente não são distintas: quem transgride um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual.

Advertimos, contudo, que, quando em doutrina é feita referência singela à responsabilidade civil, devemos entender que se trata de responsabilidade extracontratual. No Código Civil, muitos dos temas tratados quanto à forma de indenização referem-se à responsabilidade contratual ou negocial, como veremos.

(...)

Por vezes, a existência de um contrato ou de um negócio unilateral não aflora de forma clara.²⁵

²⁴ WALD, Arnoldo. op. cit. p. 273/274.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 22/23.

O Código Civil determina em seu artigo 389 que “*não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária e honorários advocatícios*”. Ou seja, no cenário em que uma parte pré-assume uma obrigação e deixa de cumpri-la, na esfera da responsabilidade contratual deverá indenizar também as perdas e danos, que, por sua vez, são definidas pelos artigos 402 e 403 do mesmo diploma.

Note-se que os artigos 186 e 187 do Código Civil, pilares centrais da responsabilidade dita extracontratual, também fazem clara referência à definição de dano contida nos artigos 402 e 403 supracitados.

Maria Helena Diniz trata a respeito da indenização por perdas e danos, com base na legislação de regência:

Nosso Código Civil, no art. 389, ao prescrever que, “*não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios*”, e no art. 395 ao dispor: “*responde o devedor pelos prejuízos que sua mora der causa, mais juros, atualização de valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”, sujeita o inadimplente e contratante moroso ao dever de reparar as perdas e danos devidos ao credor, que abrangem, segundo o Código Civil, art. 402, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Estabelece, ainda, esse diploma legal, no art. 403, que “*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*”²⁶.

Portanto, apesar de o Código Civil fazer expressa distinção entre o regime de responsabilidade civil contratual e extracontratual, na prática, o que se deve observa é a existência de um dano, do nexo de causalidade e a conduta do agente. Sendo possível identificar e estabelecer uma co-relação entre esses três elementos, seja diante de uma circunstância contratual ou extracontratual, há dever de indenizar.

Sobre o assunto, explica Arnoldo Wald:

Ao contrário do negócio jurídico, que é uma declaração de vontade, o ato ilícito é um ato material (ato ou omissão) que, infringindo dever legal ou

²⁶ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 133.

contratual, causa dano a outrem.

Assim o ato ilícito pressupõe sempre uma relação jurídica originária lesada e a sua consequência é uma responsabilidade, ou seja, o dever de indenizar ou ressarcir o dano causado pelo inadimplemento do dever jurídico existente na relação jurídica originária.²⁷

A regra geral da responsabilidade contratual é baseada no conceito de culpa, exceto quando a lei expressamente determina ser uma circunstância de responsabilidade objetiva. Nesse sentido, o inadimplemento contratual culposos verifica-se na conduta dolosa do agente ou pela violação dos deveres de diligência, perícia ou prudência.

Assim sendo, como a culpa é, via de regra, o fundamento principal da responsabilidade contratual, o dever de reparação existe somente quando o inadimplemento é imputável a uma das partes do contrato.

A respeito do tema, ensina Orlando Gomes:

A impropriamente denominada responsabilidade contratual funda-se na culpa. (...) A inexecução culposa verifica-se, portanto, quer pelo inadimplemento intencional, quer pela violação do dever de diligência que ao devedor cumpre observar. (...) Em casos excepcionais, o devedor responde sem culpa: 1º) quando esta em mora, 2º) quando pactuou a responsabilidade pelo caso fortuito.

Sendo a culpa o principal fundamento da responsabilidade contratual, o dever de indenizar surge somente quando o inadimplemento é ato, ou omissão, imputável ao devedor. Importa, pois, para exata fixação da responsabilidade, apreciar a sua conduta a fim de verificar se, de sua parte, houve falta da diligência requerida ou malícia. Do contrário, não será responsável.²⁸

Se há uma diferença que justifica, no entanto, a existência dessa classificação de responsabilidade em contratual e aquiliana, esta reside na questão do ônus probatório. Na responsabilidade extracontratual, o agente que sofrer o dano terá o ônus de provar a ocorrência da conduta danosa, o dano e a respectiva causalidade;

²⁷ WALD, Arnaldo. op. cit. p. 273.

²⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito.** 16ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 181.

ao passo que, na responsabilidade contratual, como há uma prestação pré-definida em avença entre as partes, ocorrendo inadimplemento, incumbirá ao agente “responsável” provar a razão de não ter satisfeito sua obrigação.

Sobre o assunto discorre Caio Mário da Silva Pereira:

Não obstante confundirem-se ontologicamente a culpa contratual e a aquiliana, e nos seus efeitos identificarem-se, pois que toda culpa está sujeita a prova, a distinção ainda sobrevive em razão do ônus desta. Enquanto na culpa extracontratual ao queixoso incumbe demonstrar todos os extremos da sua responsabilidade, evidenciando a transgressão, o dano e a relação de causalidade, na culpa contratual, há uma inversão desse encargo. A razão está em que, quando há contrato, existe um dever positivo específico consistente em prestação definida na relação obrigacional, a que o devedor faltou, o que só por si lhe impõe a responsabilidade, a não ser que comprove a razão jurídica de sua falta, porque os demais extremos derivam do próprio inadimplemento, que pressupõe o dano, e induz a relação de causalidade entre este e a transgressão. Em contraposição a isto, na culpa aquiliana o dado único é o dever negativo, ou obrigação de não prejudicar, e para que se concretize a responsabilidade é necessário que se encontre não uma transgressão temática da norma, porém ainda que a infração percuta na órbita jurídica do queixoso, causando-lhe um dano específico.²⁹

3.2.2. O conceito de dano no direito brasileiro

Quando se fala em reparação de dano, é preciso atentar para a definição legal desse termo, o qual, de acordo com o direito brasileiro, compreende a totalidade dos prejuízos que devem ser ressarcidos a uma pessoa em decorrência direta e imediata de conduta imputável ao agente que o causou.

Conforme assevera Arnaldo Marmitt:

A expressão *perdas e danos* indica a soma de prejuízos a serem satisfeitos por quem os causou a outrem, ou seja, o responsável pelo ato ou fato ensejador dos danos. Juridicamente, a locução *perdas e danos* representa uma só coisa: os prejuízos sofridos por alguém.³⁰

Note-se, o dano consiste na diferença entre o patrimônio do agente lesado antes e após a conduta danosa. O patrimônio pode ser negativamente afetado de

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit.. p. 317.

³⁰ MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. 4^o Ed. Rio Grande do Sul: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 13.

maneira a sofrer uma redução ou eliminando-se a possibilidade de ganho de valores que seriam auferidos caso não houvesse o dano.

A respeito do tema, ensina Orlando Gomes:

O dano consiste na diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato danoso não se tivesse produzido (*id quod interest*).

Por dois modos pode um patrimônio ser prejudicado: ou sofrendo efetiva diminuição ou privando-se de valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado o obstáculo ao ganho. Na primeira hipótese, o dano é positivo, na outra, negativo.

Quando a perda consiste em efetiva diminuição do patrimônio, designa-se pela expressão *damnum emergens*. Quando representada pela frustração do ganho, *lucrum cessans*.³¹

No direito brasileiro, o conceito de dano é subdividido em duas categorias: (i) o dano material; e (ii) o dano moral. Vejamos em maiores detalhes a seguir.

3.2.2.1. Danos materiais

Os danos materiais ou patrimoniais são aqueles que lesam bens passíveis de apreciação pecuniária. No Brasil, compreendem os danos efetivamente sofridos e os lucros cessantes, conforme artigo 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Os danos efetivamente sofridos correspondem ao que a doutrina convencionou chamar de danos emergentes, ou seja, que resultam na perda ou redução de bens patrimoniais. Trata-se de uma real diminuição no patrimônio da vítima. O ressarcimento pode ser dar por três vias: restauração do bem danificado; cumprimento da obrigação assumida (quando possível, nestes dois últimos casos); ou indenização pelos danos sofridos. Em todos os casos, a finalidade é sempre

³¹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 75.

reparar o patrimônio ao estado anterior à existência do dano.

A respeito do tema, Orlando Gomes comenta acerca das formas possíveis de indenização:

O credor tem o direito a receber, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. O dano emergente é representado pela diminuição patrimonial, seja porque depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo. (...)

O conteúdo da indenização varia conforme a qualidade da obrigação que deixou de ser cumprida. O interesse do credor é obter a prestação prometida. Nestas condições, se ainda for possível consegui-la mediante execução coativa sob forma específica, prefere compelir o devedor a satisfazê-la, obtendo, por esse modo, resultado mais interessante do que a indenização substitutiva. Neste caso, a indenização é complementar, limitando-se ao ressarcimento do prejuízo decorrente da mora. (...)

Se o cumprimento específico se torna impossível ou uma execução tardia vem a ser inútil para o credor, o conteúdo do direito de crédito se altera, convertendo-se em pretensão de indenização. A prestação originária é substituída por outra equivalente, satisfazendo-se em dinheiro.³²

Na mesma linha, Maria Helena Diniz ensina:

Dano positivo ou emergente, que consiste em um *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição de sua fortuna, seja porque depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. (...) Na condenação relativa ao dano emergente, a indenização poderá processar-se de duas formas: o lesante será condenado a proceder à restauração do bem danificado ou a pagar o valor das obras necessárias a essa reparação. A indenização relativa ao dano emergente pretende restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava.³³

Arnaldo Marmitt traça um paralelo muito elucidativo a respeito do assunto ao esclarecer a diferença entre o dano emergente e o lucro cessante, conforme se extrai abaixo:

No dano emergente, há efetiva diminuição patrimonial, porquanto no lucro cessante a expectativa de lucro deixou de agregar-se ao patrimônio do lesado. (...)

³² GOMES, Orlando. GOMES, Orlando. **Obrigações. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito.** 16^o Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 183.

³³ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 67 e 68

Por se projetarem às mais das vezes ao futuro, não há critério firme para determinar os lucros cessantes. A dificuldade recrudescer com a intervenção de causa impeditiva do lucro esperado. No dano emergente, o interesse é atual, e o direito à reparação surge imediatamente. No lucro cessante, porém, o objeto ainda não se definiu. (...)

Assim, o dano emergente é de fácil determinação, sendo avaliado através de orçamento de firmas idôneas, ao passo que difícil será apurar o lucro cessante, sempre ligado a acontecimentos futuros, de complexa previsão (...).³⁴

Sem prejuízo do exposto acima a respeito do conceito de danos materiais no ordenamento jurídico brasileiro, se impende observar que o artigo 403 do Código Civil determina que os prejuízos indenizáveis devem ser decorrentes direta e imediatamente do ato ilícito que lhe deu origem.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Nesse sentido, com base estritamente nas regras de responsabilidade civil previstas no Código Civil, a responsabilidade por danos indiretos não é aplicável no direito brasileiro. Para que possamos compreender a amplitude dessa exclusão de responsabilidade expressa no direito material brasileiro, é preciso verificar o que se entende por dano direto e indireto.

O dano direto é aquele que afeta diretamente o patrimônio da vítima, sendo seus efeitos mensuráveis prontamente, diferentemente do que ocorre com os danos indiretos, cujas repercussões são somente determináveis futuramente. O dano indireto é, dessa forma, um resultado possível, mas não necessário do dano constatado, como por exemplo, um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia da parte lesada.

Em outras palavras, os danos emergentes e lucros cessantes devem ser previsíveis ou decorrentes direta e imediatamente da conduta lesiva, não havendo baliza legal para reclamar indenização por danos que não o sejam assim.

³⁴ MARMITT, Arnaldo. op. cit. p. 13.

Orlando Gomes ensina o seguinte a respeito do tema:

A indenização das perdas e danos limita-se às que forem consequência direta e imediata da inexecução. A existência desse nexo causal é necessária à configuração da responsabilidade do devedor. Da indenização devem ser excluídos, por conseguinte, os prejuízos que não decorrem diretamente do inadimplemento. Não se indenizam os danos indiretos. Não basta a existência das condições necessárias à verificação de prejuízos; é preciso, em suma, que o inadimplemento seja a causa imediata dos danos. O Código Civil adotou essa orientação dispondo que o princípio da causalidade imediata deve ser observado, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor.³⁵

Ademais, Maria Helena Diniz comenta sobre o conceito de dano direto e indireto:

Considera-se direito o dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima (...); e indireto o que atinge interesses jurídicos extrapatrimoniais do lesado, como os direitos da personalidade, causando, de forma mediata, perdas patrimoniais. (...) O dano patrimonial indireto é, portanto, uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial, constituindo um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido.³⁶

Sobre o mesmo assunto, Alexandre Marmitt discorre o seguinte:

O texto do art. 403 do Código Civil consagra a irressarcibilidade do dano indireto, tanto o defluente de relações contratuais, como o extracontratuais. Doutrina a propósito Antônio Carlos Costa e Silva que a “nossa lei precisa que a indenização, embora se diga que ela deve ser a mais completa possível, deve observar somente o dano emergente e o lucro cessante (art. 402, CC), que seja previsível (inexecução por culpa do devedor) ou efeito direto e imediato da inexecução (descumprimento por dolo do devedor – art. 403, CC). Não há lugar, portanto, para indenização do chamado dano indireto, e remoto, mesmo que haja dolo do devedor.”³⁷

Portanto, conforme se depreende da posição doutrinária acima transcrita, os danos efetivamente sofridos e lucros cessantes são os prejuízos decorrentes direta e imediatamente da conduta danosa do agente.

Muito embora os lucros cessantes tenham elementos que poderiam levar a conclusão que são uma forma de danos indiretos, tal alusão é incorreta na medida

³⁵ GOMES, Orlando. op. cit. p. 183.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 67/68.

³⁷ MARMITT, Arnaldo. op. cit. p. 18.

em que os lucros cessantes devem ser consequência direta e imediata, resultante do desenrolar natural das circunstâncias do caso concreto, não sendo, portanto, fundados em mera expectativa de lucro, mas sim em real e efetiva possibilidade.

A respeito do tema, ensina Orlando Gomes:

O dano direto é o que resulta do fato como sua consequência imediata. O dano indireto o que decorre de circunstâncias ulteriores que agravam o prejuízo diretamente suportado.

Não se confundem dano indireto e lucro cessante. Se, em consequência do dano, a vítima se vê privada de obter ganho que lograria com a utilização da coisa danificada, a frustração desse ganho constitui lucro cessante. O dono de um táxi, danificado por outrem, tem direito não somente à indenização do prejuízo efetivo que sofreu, mas, também, ao que deixou de ganhar durante o tempo em que o veículo ficou paralisado para o conserto. Nesse caso, o dano constitui não dano indireto.

De regra, são indenizáveis apenas os danos diretos.³⁸

3.2.2.2. Danos morais

Os danos morais resultam da violação de interesses não materiais, tais como aqueles resultantes da ofensa aos direitos da personalidade uma pessoa (física ou jurídica).

Conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa sobre o assunto:

Os danos morais têm em mira justamente indenizar por ofensas ao direito da personalidade. (...)

Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos de personalidade.³⁹

Nos termos do artigo 11 do Código Civil, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer qualquer tipo de limitação. A

³⁸ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 78/79.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 332/333.

título exemplificativo, pode-se mencionar os seguintes direitos da personalidade: (i) a honra; (ii) a imagem; (iii) a moral; e (iv) o nome.

Um dos maiores problemas enfrentados na seara do dano moral reside na dificuldade de sua mensuração, o que, porém, não deve impossibilitar sua fixação, sob prejuízo de: (i) deixar de compensar o sofrimento da vítima; e (ii) permitir que qualquer ofensa aos direitos de personalidade seja impune.

O montante indenizatório devido em caso de dano moral é pleiteado pela parte lesada. Contudo, a parte lesada não pode estipular uma quantia sem qualquer critério objetivo, sendo necessário fixá-la de maneira razoável e adequada. Havendo abusos ou arbitrariedades, poderá a parte responsável pelo dano questionar o montante e caberá ao juiz ajustá-lo de acordo com as circunstâncias concretas do caso.

A respeito do tema ensina Alexandre Marmitt:

A dificuldade em encontrar em muitos casos uma estimativa adequada ao dano moral, ao sentimento íntimo de pesar, não deve jamais impedir a fixação de uma quantia compensatória, que mais se aproxime do justo, ao menos para abrandar a dor e para servir de lenitivo à prostração sofrida. Não se exige uma exata e equitativa reparação, mas que simplesmente pareça justa e razoável para cada caso. (...)

O valor a ser dado a essas causas de interesses morais é estimado pelo demandante, mas deve sê-lo de forma razoável e adequada. Se arbitrário for, a outra parte pode impugná-lo, cabendo ao julgador, dentro de seu equilíbrio, fixá-lo de acordo com a relevância e o significado da causa para os litigantes que disputam a decisão judicial.⁴⁰

Portanto, qualquer conduta danosa aos direitos de personalidade gera indenização por danos morais. Nesse sentido, não há dúvida que o dano à imagem, a moral, à honra ou ao nome de uma pessoa física são integralmente indenizáveis, afinal, são intimamente relacionados à sua personalidade.

A questão que assume distinta relevância é a análise das hipóteses em que uma pessoa jurídica tem legitimidade para reclamar indenização quando a sua

⁴⁰ MARMITT, Arnaldo. op. cit. p. 110.

imagem ou reputação é afetada em virtude de uma conduta lesiva.

A esse respeito, deve-se destacar o artigo 52 do Código Civil, o qual determina serem extensíveis à pessoa jurídica, na medida do possível, todos os direitos relativos à proteção da personalidade. Por óbvio, é impossível refutar que a imagem e reputação de uma empresa no mercado são elementos de seu patrimônio intangível, sendo que quaisquer danos nesse sentido podem implicar o fracasso de sua atividade econômica, afinal, uma empresa com uma reputação ruim dificilmente conseguirá prosseguir de forma bem sucedida em seus negócios.

Até meados da década de 1990, grande parte da doutrina e jurisprudência entendia ser incabível a reclamação de indenização por danos morais por pessoas jurídicas. No entanto, o entendimento mais recente acerca da matéria passou a reconhecer a possibilidade de indenização nestas circunstâncias.

Nesse sentido deve-se destacar a Súmula n. 227 do Supremo Tribunal Federal, de 8 de setembro de 1999, que expressamente determina que “*a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.*” A partir da edição da referida súmula, passou-se a uniformizar a jurisprudência sobre o tema, tendo ficado para trás correntes contrárias a tal posicionamento.

Atualmente, parte da doutrina entende que a honra pode ser subdividida em duas subcategorias, quais sejam: a subjetiva, que diz respeito à psique humana, sendo assim única e própria às pessoas físicas; e a objetiva, a qual alcança pessoas físicas e jurídicas, refletida pelo nome e imagem da pessoa. É nesse último sentido que pode a pessoa jurídica sofrer um dano moral.

No âmbito dessa discussão, Silvio de Salvo Venosa argumenta que as pessoas jurídicas podem sim sofrer dano moral passível de indenização:

A honra subjetiva, que diz respeito à conduta humana, sua autoestima, é própria da pessoa natural; já a honra externa ou objetiva reflete-se na sua reputação, no renome e na imagem social. Essa honra objetiva alcança

tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica. Uma notícia difamatória pode afetar o bom nome de ambas. Desse modo, toda empresa deve zelar pelo bom nome, em prol de seus negócios. Nesse diapasão, a pessoa jurídica é passível de ser vítima de dano moral. Essa orientação vem sendo admitida em julgados do país.⁴¹

Nessa mesma linha, Alexandre Marmitt discorre:

Entretanto, a pessoa jurídica tem honra objetiva a resguardar. Tem direito de defender sua imagem perante terceiros. Abalada essa honra objetiva, que lhe é de inestimável valia, abalados também ficam seu nome, seu conceito e seu crédito. Tal fato causa enormes repercussões morais, sujeitas à indenização respectiva. A pessoa jurídica não só pode ser responsabilizada por dano moral, como também pode reclamar exitosamente as indenizações pertinentes. (...)

É hoje tese vencedora a de que as pessoas jurídicas têm legitimidade para postular indenização por dano moral, em face de agressão à sua consideração e ao seu bom nome. Afinal, aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade (art. 52, CC).⁴²

Dessa forma, levando-se em conta o negócio jurídico em análise neste trabalho – o contrato de cessão ou licença de *software* – a *priori*, seria possível concluir que, caso a empresa licenciada ou cessionária faça uso de *software* que, em decorrência de um defeito, acabe por lhe causar um dano direto e imediato à sua imagem ou reputação, será possível reclamar indenização pelo dano moral sofrido.

Sobre o tema, deve-se destacar as palavras de Maria Helena Diniz:

O descumprimento contratual pode, em certas circunstâncias, causar não só danos materiais como também morais. O dano moral resultante de inadimplência do contrato só não será passível de reparação, se houver ajuste de cláusula penal, que já contém, em si, uma prefixação, pelos contratantes, das perdas e danos, constituindo uma compensação pelos danos sofridos pelo credor em descumprimento de uma obrigação principal. (...)

O dano moral, na seara da responsabilidade contratual, seria, em regra, um dano moral indireto, por ser consequência de lesão a um interesse patrimonial, trazendo contrariedade, inquietude ao credor, principalmente quando o contrato se referir a coisas que têm valor estimativo para o contratante. (...) Todavia, casos há em que há dano moral direto.⁴³

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p.334.

⁴² MARMITT, Arnaldo. op. cit. p. 110.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 134.

A razão de se ter discorrido tão extensivamente a respeito do conceito de danos indenizáveis e o regime de responsabilidade civil sob a regência do direito pátrio é que, como se verá adiante, ao se importar cláusulas que limitam ou exoneram responsabilidades de contratos de licença ou cessão de software originalmente regidos por lei estrangeira, costuma-se consignar expressamente que a licenciante ou cedente não indenizará a licenciada ou cessionária por danos indiretos.

Como se depreende do exposto até aqui, tal preocupação é infundada, pois o direito brasileiro já expressamente exclui esse tipo de dano da esfera de responsabilidade civil por adotar a teoria da causalidade direta e imediata.

Se a cessionária ou licenciada pretende pleitear indenização por danos indiretos, deverá fazer constar expressamente do instrumento contratual celebrado quais são os danos indiretos que ensejam indenização.

Porém, não bastará também mera referência a danos indiretos na cláusula de responsabilidade das partes, em especial da licenciante ou cedente do *software*, sob pena de tal disposição não ter aplicação prática. Haver singela referência à responsabilidade por danos indiretos em um contrato significaria não ter limites para a indenização que seria cabível. A consequência, como se deduz logicamente em um cenário hipotético, seria uma extensão ilimitada da cadeia indenizatória.

O juiz pautará seu julgamento com base nas leis brasileiras, as quais impõem a delimitação da extensão da indenização aos danos diretos. Não pode o intérprete utilizar a criatividade para preencher os contornos da indenização por danos indiretos. Portanto, se há dúvida acerca de determinada circunstância danosa ensejar indenização por se afigurar como indireta, as partes devem dispor expressamente no contrato a indenização aplicável sob tal hipótese.

3.2.3. Circunstâncias excludentes de responsabilidade

Há circunstâncias impostas legalmente em que o Código Civil admite a exclusão de responsabilidade mesmo quando há causalidade entre o dano e a conduta do agente, são elas: (i) os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, assim como a deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, tal como enunciado pelo artigo 188, incisos I e II do Código Civil; e (ii) em caso de caso fortuito ou força maior, conforme o artigo 393 do mesmo diploma.

A legítima defesa a que alude o artigo 188, inciso I do Código Civil é basicamente o mesmo conceito do Direito Penal. Não se trata de defesa com as próprias mãos, mas sim de circunstância em que o agente utiliza os meios necessários para impedir conduta danosa ao seu direito e que o direito reconhece como legítima, não sendo, portanto, um ato ilícito que gera o dever de indenizar.

A respeito do tema da legítima defesa, ensina Sílvio de Salvo Venosa:

A legítima defesa constitui justificativa para a conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra pessoas caras ou contra seus bens. A doutrina sempre enfatizou que os meios da repulsa devem ser moderados. Nessa premissa, quem age em legítima defesa não pratica ato ilícito, não havendo dever de indenizar, na forma do art. 188, I.⁴⁴

No entanto, convém ressaltar que os atos praticados em legítima defesa não importam em licença para danificar os bens de quaisquer pessoas, que não os do agressor, sem o dever de indenizar. Se, na atuação em legítima defesa, são atingidos bens de terceiros, haverá dever de indenizar, cabendo, então, o direito de regresso contra o ofensor original.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

Se o ato danoso foi praticado contra o próprio agressor, não há dever de

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p.66.

indenizar. Se, porém, no ato de legítima defesa, o agente atinge terceiro ou os bens deste, deve reparar o dano, dispondo de ação regressiva contra o ofensor, para reembolso da ação paga (art. 930).⁴⁵

Por último, ainda no que diz respeito à legítima defesa, compreende observar que não se trata de um excludente de responsabilidade sem limites. Os atos praticados em legítima defesa somente não resultam no dever de indenizar quando realizados com ponderação, ou seja, quando não ultrapassa o limite do indispensável levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto.

Sílvio de Salvo Venosa ensina o seguinte a respeito do assunto:

Responde também o agente pelo excesso na legítima defesa, isto é, quando sua conduta ultrapassa os limites da ponderação. Deverá responsabilizar-se, proporcionalmente, pelo excesso cometido, pois subsiste a ilicitude em parte da conduta.⁴⁶

Quanto ao instituto do exercício regular de direito, também reconhecido como um excludente de responsabilidade, pode-se extrair seu conceito do disposto do artigo 187 do Código Civil, que define o abuso de direito como o exercício de um direito que ultrapassa manifestadamente os limites impostos para o fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, *contrario sensu*, não havendo abuso de direito, o seu exercício regular não acarreta o direito de indenizar em caso de eventuais danos. Não obstante, a regularidade do exercício de um determinado direito dependerá sempre do exame do intérprete, no caso, o juiz, em caso de conflito.

Sílvio de Salvo Venosa explica:

Assim como a legítima defesa, também não são passíveis de indenização os danos praticados no exercício regular de um direito. Na mesma dicção, deve estar subentendida outra excludente de índole criminal, o estrito cumprimento do dever legal, porque atua no exercício regular de um direito reconhecido quem pratica o ato no estrito cumprimento do dever legal. (...) A regularidade do exercício do direito deve ser avaliada pelo juiz no caso

⁴⁵ Idem, ibidem. p. 66.

⁴⁶ Idem, ibidem. p. 67

concreto.⁴⁷

Outra circunstância de exclusão de responsabilidade consiste nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, tal como previsto no artigo 393, parágrafo único do Código Civil, que são verificados nos atos necessários, cujos efeitos não podem ser impedidos ou evitados.

Para caracterizar a existência de uma hipótese de caso fortuito ou força maior, faz-se necessário atentar para a presença de dois elementos, quais sejam: (i) a inevitabilidade do evento; e (ii) a inexistência de culpa de quaisquer das partes envolvidas para a sua ocorrência. Tanto no caso fortuito, como na força maior, há um acidente que gera um prejuízo.

A força maior reputa-se como um fato da natureza, tais como uma inundação, geada ou incêndio, que geram um dano, sendo que se sabe a sua causa. A hipótese de caso fortuito, por sua vez, decorre de um evento de causa desconhecida ou devido a um fato de terceiro.

De acordo com Maria Helena Diniz a respeito do tema:

Deveras, o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. No caso fortuito e na força maior há sempre um acidente que produz prejuízo. Na força maior ou *Act of God* (RT, 702:67, 410:169; JTARS 70:271; RJ 115:312 e 145:86), conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como, p.ex., raio que provoca incêndio; inundação que danifica produtos; geada que estraga a lavoura, implicando numa ideia de relatividade, já que a força do acontecimento é maior do que a suposta, devendo-se fazer uma consideração prévia do estado do sujeito e das circunstâncias espaço-temporais, para que caracterize como eficácia liberatória, de responsabilidade civil. No caso fortuito (RT, 785:208, 745:223, 696:131, 431:74, 346:336, 356:522, 399:370, 453:92) o acidente que gera o dano advém de: 1) causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, a explosão de uma caldeira de usina, ou 2) fato de terceiro, como greve, motim, mudança de governo, colocação do bem fora do comércio, que cause graves acidentes ou danos devido à impossibilidade do cumprimento de certas obrigações.⁴⁸

⁴⁷ Idem, ibidem. p. 67

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 113.

Nesse mesmo sentido, ensina Silvio de Salvo Venosa:

Assim, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever a sua ocorrência.⁴⁹

Ressalvadas as devidas diferenças entre os dois institutos, o ponto em comum é que ambos referem-se a eventos inevitáveis que não permitem a parte prejudicada reclamar indenização, exceto se de outra forma convencionado ou se for circunstância em que a lei impõe um regime de responsabilidade objetiva nesses casos.

É preciso atentar também que a conduta da vítima influencia diretamente a mensuração da indenização pelo dano. A indenização deverá ser reduzida conforme a gravidade de sua conduta, sendo esse inclusive o entendimento extraído do teor do artigo 945 do Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

A esse respeito, convém ressaltar duas modalidades de excludente ou redutor de responsabilidade com base na conduta da vítima. A primeira, a saber, consiste na hipótese em que o dano decorre exclusivamente de culpa da vítima, circunstância em que se exclui totalmente a responsabilidade do agente causador do dano.

A segunda consiste no cenário de culpa concorrente, em que tanto o agente causador do dano como a vítima concorrem para a existência do evento gerador do prejuízo. Neste cenário, pela própria redação do artigo 945 supracitado, o juiz considerará a gravidade da culpa da vítima na fixação da indenização.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 60.

A respeito da matéria, ensina Maria Helena Diniz:

Por culpa exclusiva da vítima, caso em que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão.

(...)

Por culpa concorrente, da vítima e do agente. (...) Pelo artigo 945 do novel Código Civil, há interferência da concorrência de culpas na obrigação de reparar o dano. Se o lesado, por ato culposos, vier a concorrer para o prejuízo que sofreu, o magistrado, na fixação do *quantum* indenizatório deverá levar em consideração a gravidade de sua culpa, confrontando-a com a do lesante, de sorte que se abaterá a quota-parte que for imputável à culpa da vítima.⁵⁰

Por último, tanto a doutrina como as leis brasileiras admitem a exclusão de responsabilidade quando o dano decorre de fato de terceiro, entendido como o dano causado por um agente estranho à vítima ou ao agente a que se pretende imputar responsabilidade.

Obviamente, para que seja possível imputar responsabilidade a terceiro, é necessário constatar a presença de alguns requisitos, quais sejam: (i) a existência do nexo de causalidade entre a conduta do terceiro e a existência do dano; (ii) que o agente a que se pretende originalmente imputar responsabilidade não tenha concorrido para existência ou provocado o dano; e (iii) que a conduta do terceiro seja ilícita.

Feito esse esclarecimento acerca das hipóteses de exclusão de responsabilidade impostas legalmente, convém ressaltar que o direito brasileiro permite às partes de um contrato, tal como o instrumento em exame neste trabalho, convencionarem acerca do regime de responsabilidade que lhes será aplicável ou, melhor, dispor acerca dos danos que são indenizáveis por cada uma delas diante de uma conduta danosa. Trata-se de hipótese voluntária de excludente de responsabilidade, a qual é o tema central deste trabalho e será analisada em detalhes nos próximos capítulos.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 110/111.

3.3. Regras específicas aplicáveis aos contratos de licença ou cessão de *software* conforme lei de regência

Na seção deste trabalho, analisaram-se as normas gerais contidas no Código Civil que são aplicáveis a todos os contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira. Conforme já adiantado, a Lei do *Software* e de Propriedade Intelectual, assim como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.666/1993, não têm a finalidade de alterar o regime que atribui responsabilidade apenas por danos diretos ou dar uma definição diferente da contida no Código Civil para danos indenizáveis.

Não obstante, preenchidas pelo Código Civil as lacunas deixadas pela Lei do *Software* e de Propriedade Intelectual, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor ou Lei n. 8.666/1993, conforme o caso, será necessário observar quais são as leis aplicáveis a um determinado contrato de licença ou cessão de *software*.

Nas próximas subseções, este trabalho vai analisar quando um contrato de licença ou cessão de *software* é regido pelo Código de Defesa do Consumidor ou Lei n. 8.666/1993, sem prejuízo sempre da aplicação da Lei do *Software* ou de Propriedade Intelectual.

Feito isso, serão analisadas as normas específicas desses diplomas que dão base para a análise da validade das cláusulas limitadoras de responsabilidades das partes nos contratos de licença ou cessão de *software*, que nada mais é do que hipótese voluntária de excludente de responsabilidade, conforme abordado em caráter preliminar até aqui.

3.3.1. As normas do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis aos contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira

Quando um contrato regido por lei brasileira constitui uma relação de consumo entre as partes contratantes, necessariamente as normas do Código de

Defesa do Consumidor serão aplicáveis, tendo as normas do Código Civil aplicação subsidiária, na hipótese de lacuna legislativa do diploma consumerista.

O Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo principal a proteção da parte vulnerável na relação de consumo: o consumidor. Dessa forma, nada mais natural que seja necessário complementar a aplicação do diploma consumerista com outras normas, de caráter mais geral.

É nesse contexto que se fala que o Código Civil tem aplicação supletiva ao Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, o Código Civil regerá a relação entre as partes nos pontos em que não conflitar com o diploma consumerista. Por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor não possui um conceito de “danos”, o que fará necessário atentar para as normas do Código Civil a esse respeito.

Convém ainda ressaltar que, pelo critério da especialidade da norma, o contrato de licença ou cessão de *software* deve também observar as normas previstas na Lei do *Software* e Lei de Propriedade Intelectual. Ou seja, quando se fala neste trabalho que o contrato sob exame é regido pelo Código de Defesa do Consumidor, deve-se levar em conta também a aplicação daquelas leis.

3.3.1.1 O conceito de consumidor – aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Para que se tenha uma definição a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a um contrato de licença ou cessão de *software* entre particulares regido por lei brasileira, é necessário analisar se a qualificação jurídica das partes contratantes atende aos critérios previstos no Código de Defesa do Consumidor. Caso negativo, a relação entre elas será regida somente pelo Código Civil e pela Lei de *Software*, sem prejuízo da Lei de Propriedade Intelectual.

Conforme se pode extrair da leitura do artigo 3 do Código de Defesa do Consumidor abaixo, a definição da figura do fornecedor é demasiadamente abrangente e, à primeira vista, não é suficiente para definir se estamos diante de uma relação contratual que deverá ser regida pelo Código de Defesa do

Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Será necessário assim analisar o caso concreto sob o prisma da definição jurídica de consumidor com base nos critérios previstos no artigo 2 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Como se pode observar, tal definição possui contornos jurídicos mais concretos, na medida em que define como consumidor a pessoa natural ou jurídica que adquire produto ou utiliza serviços como destinatário final.

Dessa maneira, estarão sujeitas à disciplina do Código de Defesa do Consumidor todas as relações que envolvam um fornecedor, a prestação de um serviço ou fornecimento de um produto e uma pessoa física ou jurídica que receba esse produto ou serviço como seu destinatário final.

Portanto, é possível concluir que toda vez que a contratante, no presente caso, a licenciada ou cessionária, for destinatária final do *software*, estaremos diante de uma relação jurídica que deverá ser regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor em caráter principal e subsidiariamente pelo Código Civil.

Entretanto, cumpre destacar que o Código de Defesa do Consumidor não prevê de forma clara e objetiva qual seria a definição de “destinatário final”. Vale mencionar que hoje existem três correntes que interpretam o termo em questão de forma diversa.

A primeira delas, conhecida como corrente “maximalista”, defende que o conceito de destinatário final seria essencialmente fático, de modo que o destinatário final de um produto seria aquele indivíduo ou empresa que retira um produto do mercado sem a intenção de revendê-lo.

De acordo com Patrícia Caldeira, a interpretação “maximalista” seria a seguinte:

A interpretação mais extensiva da expressão ficou por conta da corrente maximalista, que vislumbra as normas do CDC como meio de proteção à sociedade de consumo, isto é, abrange todos os agentes que participam da cadeia de consumo, quer sejam profissionais ou não.

Assim, consumidor seria o destinatário final fático do produto, que retira o produto do mercado e o utiliza, que no seu escritório, quer na sua residência. Basta retirar o produto do mercado, pouco importando a destinação dada a ele.⁵¹

A segunda corrente, denominada “finalista”, entende que o conceito de destinatário final seria econômico, razão pela qual apenas poderia ser considerado destinatário final aquele sujeito que adquire um produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal, e não para integrar seu processo produtivo.

Nesse contexto, qualquer bem ou serviço adquirido para integrar a cadeia produtiva ou para fomentar a atividade econômica de um indivíduo ou empresa não seria um bem de consumo propriamente dito, mas sim um insumo de produção. Esse é o entendimento da maior parte da doutrina brasileira. Confira-se:

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa do consumidor todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.⁵²

O âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor é delineado pelo conceito de relação de consumo, e o empresário que adquire bens ou serviços para reinseri-los, ainda que transformados, na cadeia de circulação

⁵¹ CALDEIRA, Patrícia. Caracterização da Relação de Consumo. Conceito de consumidor/fornecedor. Teorias Maximalista e Finalista. Análise dos Artigos 1º a 3º, 17 e 29 do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; e CALDEIRA, Patrícia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1º Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 18.

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 1º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 66.

econômica não pode ser determinado como consumidor, pela legislação brasileira, visto que não age nesse caso como destinatário final. (...) Sob o ponto de vista econômico, esses bens ou serviços incorporam aos oferecidos ao mercado de consumo pelo empresário que os adquiriu. Em uma palavra, são insumos.⁵³

Pela interpretação restrita, adotada pela corrente finalista, para ser destinatário final não basta retirar o produto da cadeia de produção e levá-lo para sua residência ou escritório (destinatário fático). É necessário ser destinatário econômico do bem, ou seja, não adquiri-lo com a intenção de revendê-lo ou usá-lo na sua profissão. É, pois, o destinatário fático e econômico do bem. (...) A corrente finalista, porém, influenciada pela doutrina francesa e belga, evoluiu para uma posição mais branda, aceitando a possibilidade de se reconhecer como consumidor uma pequena empresa ou mesmo um profissional, desde que o produto adquirido esteja fora do ramo de sua especialidade, aceitando a possibilidade do Judiciário reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquira um produto ou serviço fora de sua especialidade. Com isso, estar-se-ia dando uma interpretação ao artigo 2º de acordo com a finalidade da norma, qual seja, a proteção do mais fraco, ao vulnerável da relação.⁵⁴

O entendimento doutrinário majoritário descrito acima é também o adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende que o indivíduo ou empresa que adquire produtos ou serviços para ser utilizados em sua cadeia produtiva visando o lucro não é considerado consumidor final, mas sim mero “consumidor intermediário”, conforme relatam as seguintes ementas:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇO DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

A aquisição de bem ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

.....
A lei consumerista, à evidência, não veio contemplar o comerciante, puro e simples, que no seu campo de atuação profissional, adquire bens e contrata serviços com a finalidade de implementar a sua atividade comercial. O produto adquirido não se destina ao consumo próprio, daí por que inexistente a relação de consumo a atrair a competência da vara especializada.

Em realidade, a relação de consumo restringe-se à autora, ‘Central de Tintas Ltda.’ e à pessoa que adquiriu, em seu estabelecimento comercial, o produto no varejo. O que faz parte da cadeia econômica da atividade do

⁵³ COELHO, Fábio Ulhôa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 47.

⁵⁴ CALDEIRA, Patrícia. op. cit. p. 17.

comerciante, não pode ser tida como relação de consumo.⁵⁵

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.⁵⁶

Portanto, se um indivíduo ou pessoa jurídica adquire um produto ou serviço que será utilizado em seus processos produtivos, não deverá ser considerada consumidora, ainda que o produto adquirido ou serviço contratado não seja posteriormente repassado ou revendido para terceiros.

Por último, há também a corrente finalista mitigada, recentemente adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça, segundo a qual a começou-se a entender que a aplicação absoluta da teoria finalista pode resultar em distorções quando, não obstante o intuito lucrativo de uma empresa que adquire um produto ou contrata um serviço, há notada vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica na relação contratual. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça entende que a teoria finalista pode ser relativizada e o Código de Defesa do Consumidor ser aplicado.

Tal entendimento acerca da teoria finalista mitigada pode ser sumarizado pela ementa do julgado abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTENDO HÍGIDA A DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DO

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 541.967-BA, Segunda Seção, Relator para acórdão Ministro Barros Monteiro, j. 10.11.2004.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1195642-RJ, Terceira Turma, Relator para acórdão Ministra Nancy Andrichi, j. 13.11.2012.

RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA

(...)

4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.⁵⁷

Todavia, em que se pese o entendimento acima, o conceito de consumidor do Código de Defesa do Consumidor sempre exigirá a análise do caso concreto para definir se o *software* licenciado ou adquirido é utilizado no processo produtivo da licenciada ou cessionária ou não.

Essa análise nem sempre pode ser clara e, além disso, inexistem muito critérios objetivos legais que permitam definir se a cessionária ou licenciada é destinatária final do *software*. Em última instância, caberá ao juiz, em caso de conflito, decidir. Esse é um dos pontos em que os critérios e normas de direito não acompanham o dinamismo do desenvolvimento social e econômico.

O entendimento descrito no parágrafo anterior é, inclusive, reforçado por Patrícia Caldeira, que discorre o quanto segue a respeito do tema:

(...) De acordo com o dispositivo retro transcrito, qualquer pessoa – física ou jurídica – poderá ser considerada consumidora e qualquer pessoa jurídica, seja ela uma microempresa familiar ou uma vultuosa multinacional que produz refrigerante coca-cola e mesmo as pessoas jurídicas de direito público, desde que a assumam a posição de destinatária final do produto ou serviço, isto é, não o comercialize, revenda ou faça qualquer intermediação.

Na realidade, a clareza trazida nesse preceito é ilusória. O grande problema é identificar o que vem a ser destinatário final?

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no AREsp n.º 265.845-SP**. Quarta turma. Relator para o acórdão Ministro Marco Buzzi, j. 18.6.2013.

Trata-se, na verdade, de um conceito jurídico indeterminado, cujo preenchimento deverá ocorrer em cada caso concreto, quando da análise pelo Poder Judiciário. Cabe ao intérprete natural da lei a identificação do destinatário final pessoa jurídica.⁵⁸

3.3.1.2. A vulnerabilidade do consumidor

A relação de consumo tem como contexto a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, baseada na existência de uma assimetria informacional entre eles. Naturalmente, o consumidor tende a ter menos informações a respeito do produto que adquire ou serviço que contrata do que o seu fornecedor. Como consequência, as normas do Código de Defesa de Consumidor visam à proteção da parte mais vulnerável, o consumidor.

Convém ressaltar que não se trata de uma tendência tácita ou implícita do Código de Defesa do Consumidor, mas sim clara e expressa, como se pode observar do conteúdo grifado de seu artigo 4:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor (...)

Ada Pellegrini Grinover, coordenadora do anteprojeto de lei que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, juntamente com Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, discorrem a respeito do tema:

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar.

Se antes o fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e

⁵⁸ CALDEIRA, Patrícia. op. cit. p. 15/16.

que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado em suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo implementando-as; e o Judiciário, dirimindo conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. (...)

É com olhos postos nessa vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. (...)

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, essa mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.⁵⁹

Nesse contexto, para atingir os objetivos previstos no artigo 4º supramencionado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece uma série de direitos dos consumidores e restringe determinadas práticas de fornecedores consideradas abusivas, assim como determina a nulidade de variados tipos de cláusulas contratuais.

3.3.1.3 A responsabilidade objetiva dos fornecedores no Código de Defesa do Consumidor

Nos termos do artigo 12 Código de Defesa de Consumidor, os fornecedores de produtos ou serviços têm responsabilidade objetiva pelos vícios e defeitos dos produtos ou serviços que fornecerem. Ou seja, o consumidor não precisará provar o dolo, a negligência, imprudência ou imperícia por parte do fornecedor. A existência do dano *per se* neste caso é suficiente para gerar o dever de indenizar.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 6/7.

Em outras palavras, não há necessidade do consumidor provar se houve culpa do fornecedor para ocorrência do dano. Obviamente, caberá ao fornecedor, por sua vez, demonstrar que o dano advém unicamente de ato ou omissão exclusivamente imputável ao consumidor, caso contrário, será obrigado a indenizar, conforme determinado pelo artigo 12, §3º e incisos do Código de Defesa do Consumidor.

Esse é, sem dúvidas, uma das maiores diferenças entre o tratamento conferido à responsabilidade civil pelo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Para que exista responsabilidade de acordo com a primeira norma, é avaliado se o licenciante do *software* age com negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito) ou dolosamente; enquanto que, para o diploma consumerista, o elemento subjetivo pouco ou nada importa.

Corroborando com tal entendimento o ensinamento de Zelmo Denari:

Uma das considerações mais importantes, nesta sede, diz respeito ao caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor.

O esquema clássico da responsabilidade civil por danos está sujeito ao temperamento do art. 186 do Código Civil, fundado na configuração da culpa em sentido subjetivo. O dano causado só é indenizável quando o agente age com negligência ou imprudência.

No entanto, uma sociedade civil cada vez mais reivindicante reclamava mecanismos normativos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos, se necessário fosse, mediante o sacrifício do pressuposto da culpa. A obrigação de indenizar sem culpa surgiu no bojo dessas ideias renovadoras por duas razões:

- a) A consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens, e que
- b) O exercício de determinados direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados.

(...)

Ao dispor, no art. 12, que o fabricante, produtor, construtor e o importador respondem pela reparação dos danos causados a aos consumidores, independentemente da existência de culpa, o Código acolheu, desenganadamente, os postulados da responsabilidade objetiva, pois desconsidera, no plano probatório, quaisquer investigações relacionadas com a conduta do fornecedor.

A abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição de responsabilidade não significa exclusão dos demais pressupostos já comentados, a saber:

eventus damni, defeito do produto, bem como relação de causalidade entre ambos.⁶⁰

Levando em conta o contexto do negócio jurídico analisado neste trabalho, nos casos em que se estabelece uma relação de consumo entre as partes em um contrato de licença ou cessão de *software*, pode-se concluir que todo e qualquer dano causado pelo *software* à licenciada ou cessionária é de responsabilidade da licenciante ou cedente, a não ser que a última prove que o dano decorre de ato ou omissão exclusivamente imputável à primeira.

3.3.2. As normas da Lei n. 8.666/1993 aplicáveis aos contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira

Empresas públicas ou controladas pelo governo muitas vezes têm necessidades operacionais e, assim como empresas privadas, demandam uma solução específica em matéria de tecnologia da informação ou *software*.

Porém, diferentemente dos contratos entre agentes privados, a contratação com um Ente Público se apóia em um regime jurídico diferenciado, que impõe normas e regramentos específicos a serem observados, tais como princípios inerentes à Administração Pública e contratos administrativos. Toda contratação entre um particular e um Ente Público submete-se às normas previstas na Lei n. 8.666/1993, que é responsável por instituir normas para licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei n. 8.666/1993 determina que se subordinam aos seus preceitos os órgão das Administração Pública Direta, assim como as demais entidades controladas direta ou indiretamente por essa, de acordo com o parágrafo único de

⁶⁰ DENARI, Zelmo. Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8^o Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 178 e 182.

seu artigo 1º.

De acordo com o artigo 2º, parágrafo único da Lei n. 8.666/1993 todo e qualquer ajuste entre Entes Públicos e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas é considerado um contrato.

Entretanto, a regência de um contrato com Ente Público pela Lei n. 8.666/1993 não significa que as normas de direito privado devam ser completamente deixadas de lado. Muito pelo contrário, as normas da Lei do *Software*, Código Civil e, até mesmo, do Código de Defesa do Consumidor, conforme o caso, continuam tendo aplicação subsidiária, na medida e extensão que não sejam contrárias ao disposto na Lei n. 8.666/1993.

Como regra geral, o artigo 2º da Lei n. 8.666/1993 determina que as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações de entes públicos serão precedidos de licitação, exceto em circunstâncias específicas descritas na referida lei.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos.⁶¹

Para fins da análise pretendida neste capítulo, interessa-nos especialmente as hipóteses em que a lei determina que a contratação não dependa de prévia licitação, pois em tais circunstâncias não há imposição de minuta contratual junto do edital de licitação.

Ao analisar o conteúdo do artigo 62 da Lei n. 8.666/1993, temos que o

⁶¹ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12º Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2008. p.11.

instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexibidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis (...).

Adicionalmente, o parágrafo 1º do artigo 62 supra determina que *a minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação*. Portanto, quando a licitação precede uma contratação, o Ente Público, desde o ato convocatório ou do edital, já divulgará uma minuta contratual imposta unilateralmente cujos termos dificilmente serão negociáveis com o particular, restando-lhe, grosso modo, habilitar-se e apresentar sua proposta no curso do procedimento licitatório.

Dessa forma, quando se está diante de um cenário em que há hipótese legal do Ente Público contratar com uma empresa privada sem a necessidade de licitação prévia, como em uma circunstância de inexibilidade ou dispensa, haverá maior espaço para negociações entre as partes.

3.3.2.1. Contratação com Ente Público sem prévia licitação – hipóteses de dispensa e inexibilidade

Há duas circunstâncias na Lei n. 8.666/1993 em que a licitação prévia é desnecessária para a contratação de um particular, são elas: (i) a dispensa, conforme regulada por seu artigo 24; e (ii) a inexibilidade de licitação, conforme o seu artigo 25.

A contratação de uma licença ou cessão de *software* de um particular, dependendo da circunstância, pode se enquadrar em uma das hipóteses de dispensa ou inexibilidade de licitação, dependendo da análise dos elementos concretos do caso.

Porém, deve-se observar que a contratação direta, sem prévia licitação, não significa que o Ente Público pode contratar como bem quiser diante das hipóteses legais previstas para dispensa ou inexibibilidade do procedimento licitatório.

O Ente Público continua obrigado a observar os princípios inerentes à Administração Pública enunciados pelo artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e um determinado procedimento administrativo, bem como tem o dever de garantir a melhor contratação possível e tratar de maneira isonômica todos os possíveis contratantes.

Nas palavras de Marçal Justen Filho sobre o tema:

No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não foi adornada de discricionariedade. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

Portanto, a contratação direta não significa a eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.⁶²

A existência de um procedimento administrativo prévio significa justamente que, em hipóteses de dispensa ou inexibibilidade, o Ente Público não está autorizado a fazer uma contratação informal, com quem lhe convier, sem observar todos os cuidados e documentação comumente requeridos para contratações precedidas por um procedimento licitatório.

Aliás, convém ressaltar que as etapas iniciais da contratação direta são

⁶² FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 281

muito semelhantes às de uma contratação precedida de licitação. Primeiramente, competirá ao Ente Público identificar uma necessidade a ser atendida. Feito isso, deverá haver definição acerca do objeto ou serviço a ser contratado, juntamente com a elaboração de projetos e sua compatibilidade com as dotações orçamentárias disponíveis. O procedimento administrativo consolidará toda documentação correspondente, a qual será dada a devida publicidade.

Quando chegar o momento de determinar as formas para contratar, o Ente Público verificará se está diante das hipóteses de inaplicabilidade das normas relativas ao procedimento licitatório. Confirmada a hipótese de inexibilidade ou dispensa de licitação, ao invés de realizar um ato convocatório, o procedimento administrativo resultará na contratação direta.

O trabalho de justificativa e motivação da contratação direta no caso do programa de computador é razoavelmente facilitado. Tendo em vista os requisitos técnicos, bem como o grau de especialização de um determinado *software*, é bem possível que a licitação seja inviabilizada pela ausência de competidores ou que os custos de sua realização não compensem os benefícios.

De acordo com Marçal Justen Filho:

Merece destaque a necessidade motivação do ato decisório da Administração. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, atribuição de competência discricionária não se confunde com liberação de motivação nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática do ato vinculado.⁶³

⁶³ FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 285.

3.3.2.1.1 Hipótese de dispensa ou inexibilidade de licitação na contratação de uma licença ou cessão de *software* de um particular

A atual redação do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 prevê mais de trinta hipóteses em que a licitação pode ser dispensada na contratação de particular por Ente Público. No entanto, para que uma situação possa se enquadrar como de dispensa de licitação, as circunstâncias concretas do caso sob exame devem se enquadrar especificamente nas hipóteses delineadas por tal artigo.

Não se permite exercício de um esforço interpretativo por parte do Ente Público para tentar enquadrar determinada situação fática em uma das hipóteses elencadas no artigo 24 da Lei n. 8.666/1993.

De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.⁶⁴

Grande parte da doutrina entende que a dispensa ocorre nas hipóteses em que, embora a licitação fosse viável, no caso concreto, acaba por tornar-se inconveniente tendo em vista os objetivos pretendidos pelo Ente Público. Em outras palavras, os benefícios do procedimento licitatório não compensam se comparados aos custos de sua instauração diante do caso concreto e das finalidades pretendidas pelo Ente Público.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho ensina que:

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre os particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. (...) Os custos necessários à licitação ultrapassarão os benefícios que dela

⁶⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 7^o Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007. p. 303.

poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra-individuais. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável.⁶⁵

Na mesma linha Joel de Menezes Niebuhr:

Como já discorrido, a dispensa é pertinente aos casos em que é possível realizar licitação pública, uma vez que a competição é viável, porém realizá-la imporia sacrifício ou gravame desmedido ao interesse público. Portanto, visando a evitar o sacrifício ou o gravame, o legislador autoriza o agente administrativo a não proceder à licitação pública, para o efeito de firmar contrato administrativo de modo direto, o que acaba por minimizar o princípio da isonomia.⁶⁶

Este trabalho não tem por finalidade enumerar, muito menos analisar, cada uma das hipóteses de dispensa de licitação descritas no artigo 24 da Lei n. 8.666/1993, mas tão somente examinar se eventual contratação de uma licença ou cessão de *software* de particular por Ente Público poderia ser enquadrada em uma quaisquer dessas hipóteses.

A nosso ver, a licença ou aquisição por um Ente Público de um programa de computador que cumpre uma finalidade específica parece ser mais passível de caracterização sob uma circunstância de inexibibilidade de procedimento licitatório, conforme redação do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 e seus incisos.

Diferentemente das hipóteses de dispensa, a inexibibilidade tem sua origem no exame de viabilidade de licitação. Ou seja, não se trata apenas de examinar se os benefícios do certame licitatório superam seus custos diante de um cenário específico, mas sim de analisar se a finalidade pretendida pelo Ente Público o comporta ou não tal procedimento. Note-se que a inexibibilidade deriva da impossibilidade de competição.

⁶⁵ FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 285.

⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexibibilidade de Licitação Pública**. 1º Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 231.

Diante de tal característica atinente à inexibibilidade é que, diferentemente da dispensa, suas hipóteses, tal como previstas no artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 são exemplificativas, e não taxativas.

A respeito do tema, explica Marçal Justen Filho:

Sob o ponto de vista lógico, a Lei deveria ter tratado da inexibibilidade antes da dispensa de licitação. É que a inexibibilidade é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede o de dispensa. Porém, pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação exigível. É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de dispensa imposta por Lei. (...)

Segundo a fórmula legal, a inexibibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. (...)

Em suma, a inexibibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa.⁶⁷

Da mesma forma, determina Joel de Menezes Niebuhr:

Então, sempre que inviável a competição, sucede inexibibilidade de licitação pública, cabendo à comunidade jurídica sistematizar os casos mais frequentes, sem pretender exauri-los, pois o enunciado está em aberto. Isto é, por mais que seja conveniente inventariar os casos de inexibibilidade, tal empreendimento jamais se completará, porque o caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 se refere amplamente à inviabilidade de competição, abraçando hipóteses que o comércio jurídico pode vir a configurar no futuro em vista de situações sequer hoje supostas, bem à frente das que se delineiam na atualidade. Por maiores que sejam os esforços para inventariar todos os casos de inexibibilidade, podem surgir outros, que talvez até se tornem bastante frequentes.⁶⁸

Dessa forma, é preciso então analisar o conteúdo do artigo 25 da n. Lei 8.666/93 para determinar sob quais hipóteses delineadas em tal dispositivo pode a contratação de uma licença ou aquisição de um programa de computador de um particular por um Ente Público ser enquadrada.

⁶⁷ FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 287, 339 e 340.

⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit. p. 231.

A nosso ver, a contratação de uma licença de programa de computador ou a sua aquisição por Ente Público pode se enquadrar, dependendo do caso, nas hipóteses dos incisos I ou II do referido artigo 25.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(...)

A interpretação dessas hipóteses meramente exemplificativas para fins do contrato de licença ou cessão de *software* deve seguir a linha de que, diante de uma necessidade específica do Ente Público, será necessário um programa de computador que, no caso concreto, somente poderá ser desenvolvido por uma única empresa.

Sob tal circunstância, desde que comprovada a inexistência de outros possíveis desenvolvedores com aptidões para tanto, seria inviável a exigência de prévio procedimento competitivo, justificando, portanto, a contratação direta da empresa desenvolvedora particular pelo Ente Público.

A respeito do tema, explica Marçal Justen Filho:

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. (...)

São os casos em que o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento a certa necessidade. (...) Suponha-se a necessidade de

adquirir um certo equipamento que está tutelado por patente de invenção. É óbvio que o Estado não poderá adquirir produto equivalente, fornecido irregularmente por quem não é titular de direitos de comercialização. Mas a ausência de exclusividade não elimina a inviabilidade de competição quando se caracteriza a mera circunstância fática de ausência de outro sujeito em condições de produzir objeto equivalente.

Ressalte-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre quando existir um único sujeito em condições de fornecer.⁶⁹

Diante do exposto até aqui, podemos concluir que em um cenário de inviabilidade de competição, pode o Ente Público proceder à contratação direta do particular. Esse cenário acaba sendo comum em contratos de licença ou cessão de software, haja vista o elevado índice de tecnicidade e especificidade destes instrumentos.

A contratação direta, por sua vez, implica que haverá maior espaço para negociação de cláusulas contratuais por parte dos licenciantes ou cedentes, devido à ausência da imposição unilateral de uma minuta contratual por parte do Ente Público no curso do procedimento licitatório.

⁶⁹ FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 343 a 345.

IV. A LIMITAÇÃO OU EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE EM CONTRATOS DE LICENÇA OU CESSÃO DE *SOFTWARE* REGIDOS POR LEI BRASILEIRA

Como vimos no último capítulo deste trabalho, dependendo da caracterização da parte licenciada ou cessionária do *software*, um conjunto diferente de normas jurídicas será aplicável aos contratos regidos por lei brasileira.

Quando a licenciada ou cessionária for consumidora, as normas do Código de Defesa do Consumidor serão aplicáveis para reger a sua relação com a cedente ou licenciante. Tratando-se de uma licenciada ou cessionária caracterizada como um Ente Público, a Lei n. 8.666/1993 será aplicável. Por último, quando não for configurada nenhuma dessas relações, restará ao Código Civil reger a relação entre as partes do contrato de licença ou cessão de *software*, isso tudo sem prejuízo, obviamente, da aplicação da Lei do *Software* e de Propriedade Intelectual.

Para fins da análise da validade das cláusulas que limitam ou isentam responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software* sob a ótica do direito brasileiro, vamos também dividir este capítulo em sub-partes, cada qual analisando a questão sob a ótica do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei n. 8.666/1993.

4.1. A limitação ou exclusão de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código Civil

As normas de Direito Civil têm caráter mais geral e abrangente que as normas do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei n.8.666/93, portanto, há maior espaço para as partes contratantes negociarem os termos e condições que regerão o contrato de licença ou cessão de *software*, inclusive no que diz respeito ao regime de responsabilidade que lhes é aplicável e o montante indenizatório devido.

Como já observado no capítulo anterior deste trabalho, há circunstâncias legais, ou seja, previstas expressamente na lei brasileira, que admitem a redução e exclusão de responsabilidade das partes de um contrato.

Porém, o direito brasileiro permite também que as partes contratantes convençionem a respeito do regime de responsabilidade que lhes será imposto, aumentando ou reduzindo a sua carga de responsabilidade, desde que observados alguns requisitos. Trata-se, portanto, de hipótese contratual de redução ou limitação de responsabilidade.

Aliás, ao invés de designar tais cláusulas como de limitação ou exclusão de responsabilidade, levando-se em conta as normas de direito brasileiro, é mais adequado denominá-las como limitações relativas à indenização devida em razão de um dano.

A respeito do tema, convém destacar as palavras de Silvio de Salvo Venosa:

Alguns autores distinguem a cláusula de não indenizar da cláusula de irresponsabilidade. A segunda exclui a responsabilidade, e a primeira, afasta apenas a indenização. Em princípio somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações. No campo negocial, melhor que se denomine o fenômeno de cláusula de não indenizar. Essa cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização.⁷⁰

O simples fato de um contrato estipular que a cedente ou licenciante de um *software* não será responsável perante a cessionária ou licenciada em decorrência de uma circunstância específica deve ser interpretado no sentido de que a primeira não deverá indenizar a segunda na hipótese de um evento específico delineado contratualmente.

Na mesma linha, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

É preciso, de plano, ponderar na legitimidade deste ajuste. (...) Neste ponto, que é relevante, reside a sua natureza jurídica: não tem a convenção o efeito de suprimir a responsabilidade, o que em verdade não se poderia fazer, porém o de afastar a obrigação dela decorrente. Pela convenção, o

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p.60.

devedor, que era responsável e que continua responsável, exime-se de ressarcir o dano causado.

No seu mecanismo, a convenção funciona como acessória, nunca como obrigação principal. Pressupõe uma obrigação, legal ou convencional, cujo inadimplemento gera a responsabilidade. E para abolir os efeitos desta, vem a cláusula exoneradora de suas consequências, apelidada por metonímia, e com improbidade, *cláusula de não-responsabilidade*.⁷¹

A imputação de responsabilidade e o pagamento de indenização são dois momentos jurídicos distintos. Nosso ordenamento jurídico autoriza, como se verá adiante, que as partes de um contrato disponham a respeito do montante indenizatório devido para determinadas circunstâncias, mas isso não significa que a parte causadora do dano não seja responsabilizada.

Ao celebrar um contrato, nasce para as partes um complexo de direitos e obrigações que lhe são aplicáveis. Quando o direito de uma parte sob um contrato é violado pela outra, ocasionando um dano, a primeira tem o direito de reclamar indenização pelas perdas sofridas, como resultado da interpretação dos artigos 186, 389 e 927 do Código Civil.

Como já adiantado, as perdas e danos, sob o regime de responsabilidade civil previsto nos artigos 402 e 403 do Código Civil, abrangem aquilo que foi efetivamente perdido, mais o que se deixou de lucrar, sendo que o prejuízo deve ser decorrente direta e imediatamente do ato que gerou o dano.

Ademais, cumpre observar que, ocorrendo um dano moral, muito embora sua mensuração seja difícil, a correspondente indenização também poderá ser cobrada pela parte prejudicada.

Entretanto, levando-se em conta o contexto do negócio jurídico em exame no presente trabalho, raramente um contrato será omissivo quanto à responsabilidade das partes e, como consequência da autonomia privada e do exercício da liberdade de contratar, as partes tentarão estipular os direitos e obrigações de cada uma delas

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit.. p. 345.

sob tais circunstâncias.

Cumpra frisar que, em contratos de licença ou cessão de *software*, as cláusulas de responsabilidade das partes assumem distinta relevância. Por exemplo, vale imaginar a hipótese em que uma instituição financeira contrata junto a um pequeno desenvolvedor um programa de computador para gerenciamento de informações de correntistas.

Caso o *software* falhe de alguma forma e os dados dos correntistas venham a ser divulgados para terceiros indistintamente, a mensuração do dano, tanto material, como moral, gerado à instituição financeira e aos terceiros (correntistas) pode ultrapassar a capacidade financeira do desenvolvedor em ressarcir-los, levando-o à falência no pior cenário.

Portanto, contratualmente, a licenciante ou cedente do *software* em nosso exemplo acima, que muitas vezes pode ser inclusive a própria subsidiária de uma empresa de *software* estrangeira, procurará delimitar:

- (i) Quais são os riscos decorrentes do uso do *software*, bem como que a licenciada ou cessionária entende e aceita os riscos descritos, isentando a licenciante ou cedente de qualquer responsabilidade nesse sentido;
- (ii) A forma como o *software* deve ser instalado e utilizado;
- (iii) As hipóteses em que indenizará a licenciada ou cessionária;
- (iv) O valor de indenização devido nas hipóteses previstas de responsabilidade, em uma clara tentativa de pré-fixar o montante de perdas e danos geralmente ao valor do contrato ou licença; e
- (v) A aplicabilidade da indenização somente aos danos diretos e imediatos decorrentes do dano, estando excluídos os lucros cessantes e danos indiretos.

4.1.1. Pré-fixação contratual de indenização e cláusula penal

A pré-fixação de perdas e danos no contrato não deve ser confundida com a cláusula penal de caráter compensatório. A pré-fixação do montante indenizatório para as hipóteses de danos decorrentes do inadimplemento contratual tão somente significa que sob nenhuma hipótese haverá pagamento de indenização superior ao valor definido contratualmente.

Não obstante, para que seja paga qualquer indenização, deverá a parte prejudicada comprovar por todos os meios de prova admitidos no direito brasileiro a extensão e totalidade dos danos efetivamente sofridos. Caso o valor resultante supere o valor pré-fixado, a parte inadimplente pagará indenização somente até o limite previsto no contrato. Em suma, o pagamento da indenização nesta hipótese depende da efetiva comprovação do valor dos danos sofridos.

A cláusula penal no direito brasileiro, por sua vez, pode ser de dois tipos, quais sejam: (i) compensatória, cujo intuito é, como o próprio nome diz, pré-fixar a indenização que será devida em caso de dano decorrente do inadimplemento total ou parcial do contrato; ou (ii) punitiva, cuja finalidade principal é justamente penalizar a parte em decorrência do inadimplemento contratual.

Para fins da presente análise, interessa-nos o instituto da cláusula penal compensatória. A principal diferença com relação à pré-fixação do valor máximo pagável a título de perdas e danos é que a aplicação da cláusula penal não depende da comprovação da extensão dos danos sofridos pela parte para fins de mensurar o montante indenizatório devido.

Essa é a intenção do legislador pátrio ao prever no artigo 408 do Código Civil que *“incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”* e, ademais, no artigo 416 do mesmo diploma, o qual determina que *“para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue o prejuízo”*.

A esse respeito, Orlando Gomes comenta que:

A cláusula penal, também chamada de pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação. Admite-se, entretanto, que para exigir o pagamento da multa, não precisa o credor alegar prejuízos.⁷²

Portanto, a cláusula penal confere celeridade, exequibilidade e liquidez à pretensão indenizatória da parte que sofre o dano em decorrência do inadimplemento contratual e, ao mesmo tempo, assegura uma limitação em favor da parte causadora do dano:

A respeito do tema, ensina Wanderley Fernandes:

É verdade que: (a) a cláusula penal prescinde de prova do dano; (b) o valor da pena é invariável, salvo circunstâncias previstas em lei; (c) a cláusula penal é, de maneira geral, estipulada em benefício do credor e a limitação em favor do devedor.⁷³

Adicionalmente, convém ressaltar que a simples estipulação de uma cláusula penal compensatória não impede a parte prejudicada de reclamar indenização suplementar, caso o montante da cláusula penal seja insuficiente para ressarcir a totalidade dos danos sofridos, contanto que tal possibilidade tenha sido convencionada expressamente no contrato, conforme o parágrafo único do artigo 416 do Código Civil. Carece destacar, entretanto, que a cobrança da indenização suplementar dependerá, logicamente, da comprovação da extensão da totalidade do dano sofrido para atestar o montante sobressalente devido.

Porém, se por um lado a cláusula penal compensatória apresenta as facilidades mencionadas no parágrafo anterior, por outro, o legislador brasileiro estabeleceu um limite claro à sua utilização ao prever no artigo 412 do Código Civil que *“o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da*

⁷² GOMES, Orlando. op. cit. p. 185.

⁷³ FERNANDES, Wanderley. op. cit. p. 139.

obrigação principal". Ou seja, as partes não podem estipular contratualmente que o valor da multa compensatória será superior, por exemplo, ao valor total do contrato.

Além do exposto acima, o artigo 413 do Código Civil dispõe que “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Portanto, como se vê, a cláusula penal não é um instituto jurídico sem nenhum limite, criado para favorecer a parte que a negocia sua inclusão no contrato.

Se por um lado temos as limitações relativas à cláusula penal, é certo que essas não afligem a cláusula que pré-fixa o montante indenizatório máximo devido sob a circunstância de um dano originado de um contrato.

Comumente, muitos contratos de licença ou cessão de *software* recorrem à pré-fixação do montante indenizatório máximo devido, em detrimento de cláusulas penais compensatórias. A estipulação dessas cláusulas tende a ser refutada por licenciantes ou cedentes de programas de computador, justamente por se entender que a mensuração danos diretos e imediatos decorrentes de um inadimplemento destes contratos tende a depender em larga escala do elemento de prova.

Note-se que a justificativa comumente utilizada para a pré-fixação de perdas e danos em detrimento da utilização da cláusula penal compensatória, é que essa última tende a enfraquecer a necessidade de se limitar a responsabilidade das partes, em especial das licenciantes ou cedentes, pois tais cláusulas independem de comprovação da extensão dos danos sofridos. Ou seja, seja basta incorrer na conduta que dá ensejo à aplicação da cláusula penal para que o montante nela previsto seja exigível da parte inadimplente.

Especialmente quando se leva em conta a possível diferença entre os portes econômico-financeiros das partes de um contrato de licença ou cessão de *software*, como no exemplo do banco e o pequeno desenvolvedor, o ideal para este último é

ter a pré-fixação do máximo valor indenizável para perdas e danos.

Caso contrário, do ponto de vista prático, o encargo de uma multa compensatória sobre pequenos desenvolvedores de *software*, embora menor comparativamente ao cenário em que não há qualquer limitação, é ainda demasiado elevado. Para pleitear eventual redução da multa compensatória, será necessário recorrer às vias judiciais pleiteando uma decisão a que considere manifestadamente excessiva, conforme determina o artigo 413 do Código Civil.

A respeito do tema ensina Orlando Gomes:

Observe-se, por último, que a cláusula penal não se confunde com a limitação convencional do montante da indenização. Estipulado um limite, não poderá o devedor ser obrigado a pagar, como indenização, quantia superior. Mas, se os danos forem ressarcíveis por importância menor, a esta se reduz a indenização. Não se prevê, portanto, valor fixo, como na cláusula penal.⁷⁴

No entanto, diferenciar uma cláusula penal compensatória de outra que pré-fixe perdas e danos, exigirá do intérprete sempre um forte exercício de análise minuciosa da intenção real das partes, que nem sempre pode ser clara no caso concreto. Portanto, esta temática exige cuidadosa redação de cláusulas contratuais de forma a evitar quaisquer conflitos de interpretação nesse sentido.

Na realidade, a cláusula penal compensatória pode ser encarada como instrumento jurídico que confere legitimidade para a existência de cláusulas que limitam o montante máximo indenizatório devido sob um contrato, pois ambos os tipos de cláusula dão previsibilidade acerca do valor da indenização pelos danos originados sob um contrato. A diferença, no entanto, reside no fato de que, diferentemente das cláusulas de não indenizar, as cláusulas penais compensatórias contam com previsão legal expressa no Código Civil.

Sobre o tema ensina Wanderley Fernandes:

A cláusula penal tem sido tomada como instrumento de afirmação da

⁷⁴ GOMES, Orlando. op. cit. p. 185.

validade das cláusulas de não-indenizar por se tratar de figura jurídica que, tal como as cláusulas de limitação de responsabilidade, procura antecipar os contornos da indenização a ser paga como compensação pelos danos decorrentes do inadimplemento total ou parcial, e da mora.⁷⁵

Note-se, tanto na cláusula penal compensatória, como na cláusula que limita o montante indenizatório máximo, não se trata de afastar a imputação de responsabilidade, mas tão-somente delimitar o valor máximo de indenização a ser eventualmente pago.

4.1.2. Em que medida é válida a limitação de responsabilidade em contratos regidos pelo Código Civil?

Do exposto até aqui, é possível concluir que haverá espaço para negociação entre as partes a respeito da extensão do regime de responsabilidade aplicável, especialmente se o contrato for regido pelas normas do Código Civil. No entanto, em que medida a limitação ou exoneração de responsabilidade é válida do ponto de vista legal?

Quanto à possibilidade de exoneração completa ou limitação de responsabilidade em decorrência de um inadimplemento contratual, há duas escolas doutrinárias sobre o tema. Alguns autores defendem que a exoneração de responsabilidade por meio de disposição contratual é impossível, pois vai de encontro a regras de ordem pública, enquanto que outros entendem ser viável em decorrência do princípio da liberdade de contratar.

Recentemente, a segunda escola, que entende pela viabilidade da limitação ou exoneração de responsabilidade, tem sido a mais aceita, encontrando apoio nos seguintes doutrinadores: Silvio Rodrigues, Sílvio de Salvo Venosa e Orlando Gomes.

⁷⁵ FERNANDES, Wanderley. op. cit. p. 128.

Segundo Orlando Gomes:

As partes de uma relação obrigacional podem afastar as disposições legais que disciplinam a responsabilidade contratual; porquanto tem caráter supletivo.

Permitido lhes é excluí-la, agravá-la ou atenuá-la, bem como prefixarem o valor da indenização, tornando líquidas, por antecipação, as possíveis perdas e danos.

Excluem a responsabilidade se convencionam expressamente que o devedor fica isento de prestar a culpa. A essa cláusula do contrato denomina-se *pacto ne culpa praestatur*. Sua estipulação significa que o devedor se desobriga do dever de indenizar em caso de inexecução culposa. Funda-se no princípio da autonomia da vontade.⁷⁶

A respeito do tema, também ensina Caio Mário da Silva Pereira que:

Há, todavia, forte controvérsia na doutrina a respeito de sua validade, oscilando os escritores desde a sustentação de sua ineficácia, sob fundamento de que sempre ofende o princípio proibitivo de lesão ao patrimônio alheio, contido na velha regra *neminem laedere*, que é condicionante do exercício de todos os direitos, até o extremo oposto, onde se situam aqueles que, liberalmente, a admitem em todos os casos em que o princípio da autonomia da vontade vigora.⁷⁷

Não obstante tal entendimento, a validade desse tipo de cláusula não é absoluta, mas sim sujeita a algumas condições. Primeiro, é importante considerar que a cláusula que isenta completamente de responsabilidade qualquer das partes não é aplicável na hipótese de conduta dolosa, em que a parte deliberadamente descumpra o contrato. Sobre esse ponto específico, Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

Assim sendo, em vez de precisar o seu campo de ação e determinar quando é admissível, torna-se mais útil estabelecê-lo por exclusão, focalizando-se a zona que não deve ser acolhida. (...)

De começo, é afastada se tiver por objeto a eliminação das consequências do dolo do agente. Neste particular, o direito romano condenava o *conventio de dolo non praestando*, por entedê-la *contra bonam fidem*, *contraque bonos mores*, e o direito moderno, mesmo na fala dos mais liberais, mantém o interdito.⁷⁸

⁷⁶ GOMES, Orlando. op. cit. p. 185.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit.. p. 345.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ibidem.

Em outras palavras, se os danos resultam da ação ou omissão voluntária da licenciante ou cedente do *software*, a cláusula limitando ou excluindo a sua responsabilidade dificilmente será considerada válida e, por consequência, ineficaz.

Nesse mesmo sentido, vale mencionar que a maioria dos juristas e juízes brasileiros também rejeita a cláusula limitadora ou excludente de responsabilidade nas hipóteses de culpa grave, equiparando-a a conduta dolosa.

Ou seja, se a licenciante ou cedente do *software* age de maneira inescusavelmente não diligente no cumprimento de suas obrigações contratuais, como quando deixa de cumprir uma obrigação acessória inerente à sua atividade profissional, tal comportamento poderia ser considerado equivalente à conduta dolosa, hipótese em que a cláusula que limita ou exclui responsabilidades não seria eficaz.

Este entendimento é consolidado por Sílvio Rodrigues no trecho abaixo:

(...) não há dúvida que a cláusula excludente de responsabilidade não pode ignorar a hipótese em que há uma conduta intencionalmente dolosa por parte do devedor. Seria extremamente imoral aceitar que uma parte poderia desviar da responsabilidade resultante do inadimplemento contratual discricionariamente. Na realidade, neste caso, a cláusula seria ineficaz devido ao descrito no artigo 122 do Código Civil, que proíbe condições potestativas. De acordo com diversos autores, a culpa grave é equivalente à conduta intencionalmente dolosa. Em teoria, tal equivalência não é verdadeira, pois em caso de conduta intencionalmente dolosa, uma parte age com intenção de lesar, o que não ocorre em casos de culpa grave. No entanto, seria imoral aceitar exoneração de responsabilidade quando o inadimplemento foi causado por uma falha inescusável de uma das partes. Essa é a razão pela qual, quanto aos seus efeitos, é possível dizer que a conduta intencionalmente dolosa e a culpa grave são semelhantes.⁷⁹

O entendimento acima é também compartilhado por Orlando Gomes:

Há divergência, porém, quanto à possibilidade de excluir-se a responsabilidade decorrente da *culpa lata*. Predomina o ponto de vista de que o pacto é válido. Contudo, para os que equiparam a *culpa grave* ao

⁷⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 4^o Vol, p. 181.

dolo, mais acertada é a solução que o declara nulo.

Quanto ao dolo, não há discrepância. O pacto de *dolo non praestando* é, desde os romanos, unanimemente condenado. Tem-se como nula toda estipulação destinada a exonerar, por antecipação, o devedor da responsabilidade em que incorreria no caso de dolo. Compreende-se. Tal pacto atingiria a própria existência do vínculo obrigacional. O devedor que se reservasse à faculdade de não cumprir a obrigação por seu próprio arbítrio, em verdade, não estaria obrigado. Eis por que não é apenas nulo o pacto, mas também a obrigação, não se justificando distinções para admitir que, em certos casos, deve ser tido como não-escrito.⁸⁰

Além disso, é muito importante notar que esse tipo de cláusula limitadora ou exoneradora de responsabilidade precisa ser expressamente aceita pelas partes contratantes. Ou seja, a bilateralidade precisa estar presente quando da celebração da avença que determina a limitação ou isenção de responsabilidade.

Nesse sentido, a inclusão destas cláusulas em contratos de adesão poderia ser questionada, uma vez que a liberdade de contratar nos contratos de adesão é limitada, pois os termos e condições destes contratos são majoritariamente impostos por uma das partes e não são sujeitos à negociação.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa:

Com sua proibição nos contratos por adesão, protege-se a parte mais vulnerável na relação negocial. Também não se admite a cláusula quando se trata de crime ou ato lesivo doloso, pois, além de constituir condição meramente potestativa, nesse caso haveria um salvo-conduto para o agente praticar ato contra o Direito ou contra o dever estabelecido.⁸¹

Nesse mesmo sentido, assevera Maria Helena Diniz:

Para ter validade, será imprescindível a bilateralidade do consentimento, de modo que será ineficaz a declaração unilateral de vontade sem anuência da outra parte. (...) A cláusula de não indenizar, isto é, a limitação convencional da responsabilidade não poderá eximir o dolo do estipulante e, além disso, ela só seria eficaz se correspondesse a uma vantagem paralela em benefício de outro contraente.⁸²

Esse ponto tem alta importância nos contratos de licença ou cessão de *software*, uma vez que os licenciantes ou cedentes geralmente procuram utilizar

⁸⁰ GOMES, Orlando. op. cit. p. 185.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p.73.

⁸² DINIZ, Maria Helena. op. cit. 115/116.

contratos-padrão, que na maioria das vezes não são suscetíveis à negociação.

A solução prática que se tem utilizado para esse tipo de situação é obter a anuência expressa da licenciada ou cessionária, por meio de uma rubrica ao lado da cláusula que define o regime de responsabilidade das partes ou mediante a assinatura de uma *side letter*, na qual a licenciada ou cessionária expressamente declara estar de acordo com a cláusula.

Obviamente que tal solução não é completamente livre de questionamentos, porém, serve ao propósito de mitigá-los e, ainda, quebrar a unilateralidade da cláusula, que é traço característico dos contratos de adesão. A partir do momento que a rubrica ou a *side letter* manifestam a concordância da licenciada ou cessionária com a cláusula, não se trata de uma imposição unilateral por parte da licenciante ou cedente do programa de computador.

Portanto, licenciante e licenciada são livres para estipular contratualmente o valor máximo indenizatório aplicável em virtude de um dano nos contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código Civil desde que as limitações legais apresentadas até o momento sejam devidamente observadas.

A esse respeito, convém lembrar que o contrato em análise neste trabalho é também regido pela Lei do *Software*. Nesse sentido, o artigo 10, §1º, inciso II da referida lei, determina expressamente que são nulas as cláusulas que eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

Por óbvio, a fim de não se inviabilizar os contratos de licença ou cessão de *software*, haja vista a diferença de porte muitas vezes existente entre as partes, exatamente como ocorre no cenário em que um banco contrata uma desenvolvedora pequena para que lhe forneça um programa de computador, é preciso adotar uma interpretação teleológica do referido artigo da Lei do *Software*.

O que o referido dispositivo normativo visa coibir são justamente as cláusulas abusivas, em que a licenciante ou cedente do *software* simplesmente se exime toda e qualquer responsabilidade perante licenciada ou cessionária. Por outro lado, se tomarmos como base o exemplo mencionado no parágrafo anterior, não se pode permitir que, em virtude de um dano resultante do contrato de licença ou cessão de *software*, um banco leve à falência a pequena empresa desenvolvedora do *software*.

Dessa forma, a cláusula que limita ou restringe o montante indenizatório pagável pela cedente ou licenciante deve ser redigida de forma objetiva e segundo critérios razoáveis. No mais, esta cláusula não deve ser interpretada no sentido de eximir a licenciante ou cedente de responsabilidade, mas apenas no sentido de restringir a indenização pagável.

Sobre o tema explica Wanderley Fernandes:

Por essa razão, entendemos que a definição deveria referir-se, diretamente, à indenização. Sendo assim, as convenções de exoneração e limitação de responsabilidades poderiam ser definidas como convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização.

A definição proposta nos parece ampla para incluir até mesmo as convenções e alteração do regime geral da responsabilidade extracontratual, quando possível. Por outro lado, entendemos que é suficientemente específica para deixar claro que elas atuam diretamente sobre a indenização. Álvaro Villaça Azevedo ensina que a “responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano”. Nesse sentido, não nos parece que Antonio Pinto Monteiro esteja incorreto quando menciona excluir ou limitar a responsabilidade, pois ao fazê-lo está dizendo que tais convenções limitam o dever de indenizar (consequentemente, a própria responsabilidade). Porém, deixando ao largo controvérsias, a referência direta à indenização nos parece mais precisa.⁸³

O contrato de licença ou cessão de *software* deve ser claro a respeito das finalidades para as quais o programa foi criado, bem como a forma que deve ser utilizado e instalado nas máquinas de cessionária ou licenciada. Deve haver também definição dos riscos envolvidos na utilização do *software*.

⁸³ FERNANDES, Wanderley. op. cit. p. 112.

Havendo defeitos ou vícios no *software*, a licenciada ou cessionária deverá comprovar que seguiu as instruções da licenciante ou cedente, tanto no que diz respeito ao uso, como também no que tange à instalação do programa de computador, a fim de reclamar qualquer indenização.

Se existir clara demarcação dos riscos envolvidos no uso do programa, qualquer dano originado em decorrência da consumação do risco em uma hipótese concreta não deverá ser indenizável, afinal, ao deixar claro a quais circunstâncias a licenciada ou cessionária se expõe ao utilizar o programa, esta pode fazer uma análise e tomar uma decisão a respeito do uso, ou não, do programa em suas atividades.

No que diz respeito às demandas de terceiros ou decorrentes de violação de direitos autorais, nada mais natural, tendo em vista a carga de proteção de propriedade intelectual que o *software* exige, que cláusulas isentando totalmente responsabilidade nesse sentido por qualquer das partes contratantes sejam inválidas, conforme imperativo da Lei do *Software*.

Quanto ao aspecto delineado no parágrafo anterior, a experiência ensina, no entanto, que a licenciante ou cedente do *software*, na maioria dos casos, não busca se eximir de responsabilidade perante a licenciada ou cessionária diante de uma demanda que verse a respeito da violação de direitos de autor.

Nessas hipóteses, a cedente ou licenciante assume que indenizará quaisquer prejuízos até o limite máximo previsto no contrato e que, na extensão do possível, pretende assumir a defesa, o controle e o acordo da ação do terceiro, desde que a licenciada ou cessionária não tenha feito nenhuma modificação ou customização por sua conta no programa de computador originando, dessa forma, tal demanda.

Por último, considerando justamente a interpretação teleológica da Lei do *Software*, no sentido de que a indenização nas hipóteses previstas em seu artigo 10, §1º, inciso II, não tem o condão de, eventualmente, levar à falência

desenvolvedores de *software* ou inviabilizar negócios, a limitação do montante indenizatório máximo devido, geralmente, ao valor total pago pela licença, por exemplo, não deve ser considerada abusiva ou ineficaz nos contratos em que relação entre as partes é pautada pelo Código Civil.

Qualquer contrato de licença ou cessão de *software* que siga os parâmetros descritos nos parágrafos anteriores no que diz respeito à clara definição das finalidades, usos, riscos e forma de instalação do *software*, não deverá ter a cláusula que limita ou reduz o montante indenizatório pagável pela licenciante tal como descrita neste capítulo do trabalho passível de questionamentos quanto à sua validade, pois não se trata de alterar a imputação de responsabilidade.

4.2. A limitação ou exclusão de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código de Defesa do Consumidor

A par da regra geral a respeito da responsabilidade do licenciante ou cedente do *software* nas hipóteses em que o Código de Defesa do Consumidor rege a relação jurídica entre as partes, tal diploma fornece também normas específicas quanto à proteção contratual dos consumidores.

Inicialmente, nos termos do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais deverão ser sempre interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Segundo Nelson Nery Júnior a respeito do tema:

Como já dissemos na introdução a este capítulo, o Código criou novas regras de interpretação dos contratos de consumo, determinando que se faça sempre de modo mais favorável ao consumidor.

O princípio da isonomia tem sido entendido, modernamente, como tendo aplicação consequencial de *igualdade substancial real*, e não apenas formal. Isso se traduz, na prática, com a consideração de que isonomia quer significar tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades. (...)

Com isso vê-se que o Código, ao dar tratamento diferenciado aos sujeitos da relação de consumo, conferindo maiores prerrogativas ao consumidor, nada mais fez do que aplicar e obedecer ao princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente partes desiguais.

Como medida de notável avanço, a norma determina que a interpretação do contrato como um todo se faça do modo mais favorável ao consumidor. Não apenas das cláusulas obscuras ou ambíguas, como sugerido pelo art. 423 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que, aliás, limita essa prerrogativa ao aderente, nos contratos de adesão.⁸⁴

No que tange especificamente às cláusulas que regulamentam contratualmente o regime de responsabilidade das partes, o referido código é expresso em determinar em seus artigos 25 e 51 que:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que:

I – impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; (...)

III – transfiram responsabilidades a terceiros; (...)

VI – estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; (...)

Algumas considerações importantes podem ser depreendidas das normas transcritas acima. O primeiro ponto diz respeito, à clara distinção entre o regime de responsabilidade aplicável a licenciante ou cedente dependendo da qualificação da licenciada ou cessionária como pessoa física ou jurídica.

Quando a licenciada ou cessionária for uma pessoa física, como ocorre quando um indivíduo baixa e instala em seu computador um programa de computador e o utiliza como destinatário final, quaisquer cláusulas que limitem ou exonarem a responsabilidade do licenciante ou cedente serão consideradas nulas, ou seja, como se nunca tivessem existido e produzido efeitos.

⁸⁴ JÚNIOR, Nelson Nery. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 544/545.

Por outro lado, quando a licenciada ou cessionária é uma pessoa jurídica, muito embora as cláusulas que limitem ou exonerem a responsabilidade do licenciante ou cedente continuem sendo nulas, o legislador abre margem para que as partes limitem, sob circunstâncias justificáveis, o montante de indenização devido, como ocorre, por exemplo, quando há pré-fixação contratual da indenização devida em caso de dano. Se isto não é permitido quando o consumidor é pessoa física, para os consumidores pessoa jurídica o legislador confere tal faculdade.

A nosso ver, o artigo 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor é, sem dúvidas, prova expressa a respeito da existência, validade e eficácia das cláusulas que limitam indenização no direito brasileiro. Neste dispositivo normativo há clara distinção entre cláusulas que afastam imputação de responsabilidade e aquelas que pretendem apenas limitar a indenização devida em virtude de um dano contratual.

A respeito do tema ensina Wanderley Fernandes:

No Brasil, o legislador estabeleceu algumas distinções no tratamento das duas figuras. A questão fica bastante clara pelo disposto no artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, quando declara nulas as cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.”

Isto é, nas relações de consumo, a cláusula que impossibilita ou exonera a responsabilidade do fornecedor será sempre nula, seja o consumidor pessoa física ou jurídica, ao passo que nas relações entre pessoas jurídicas a cláusula de limitação da indenização será admissível em situações justificáveis.

(...)

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, assim como outros dispositivos esparsos, à falta de uma regra específica sobre as cláusulas de não-indenizar, tem sido utilizado como confirmação da cláusula no Brasil (...). Vê-se, claramente, que a lei consumerista faz distinção entre cláusulas pertinentes à responsabilidade e cláusulas que importem renúncia de direitos.⁸⁵

⁸⁵ FERNANDES, Wanderley. op. cit. p. 117 e 194.

A questão que se deve analisar, no entanto, está no conceito da expressão “situações justificáveis” contida no artigo 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor. A razão de tal diferença de tratamento entre os consumidores pessoa física e jurídica reside no fato de que grande parte da doutrina entende que o grau de vulnerabilidade do último é muito menor que o do primeiro.

Como se pode concluir logicamente, a pessoa jurídica, na maioria dos casos, dispõe de uma gama mais extensa de recursos que lhe permite compreender e analisar o risco ao qual se expõe na contratação de um produto ou serviço, seja a relação criada regida pelo Código de Defesa do Consumidor ou, até mesmo, pelo Código Civil.

Logo, muito embora a vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora quanto ao produto ou serviço que adquire ou contrata ainda seja elemento presente na relação contratual, tal característica se apresenta em menor escala comparativamente a do consumidor pessoa física.

Esta diferença de graus de vulnerabilidade entre a pessoa física e jurídica consumidoras é que justifica a possibilidade de limitação do montante indenizatório devido para segunda, e não para a primeira. O termo “situação justificável” faz alusão justamente a essa discrepância e reforça o racional de que a imputação de responsabilidade e o pagamento de indenização são momentos jurídicos distintos para o direito brasileiro.

Ao analisar o contrato de licença ou cessão de *software* objeto do presente trabalho, pode-se imaginar como situação que justifica a limitação do montante indenizatório aquela em que, exemplificativamente, a licenciada, como destinatária final, é uma grande empresa que adquire a licença de uso de um *software* que não fará parte da cadeia produtiva desenvolvido por uma pequena empresa.

Ressalvados os aspectos técnicos de garantia de funcionamento do *software*, caso ocorra uma falha, é bem possível que, caso os danos indenizáveis não fossem

limitados, seu montante poderia, até mesmo, levar a licenciante à falência, da mesma forma como analisado anteriormente nos contratos regidos pelo Código Civil. Daí a existência da cláusula que, muitas vezes, limita o montante da indenização devida sob esta circunstância ao valor total da licença ou ao montante pago pela licenciada até o momento da ocorrência do dano.

Não se trata, como se vê, de uma mera escolha do legislador autorizar a limitação do montante indenizatório, mas sim uma norma que atenta para eventuais consequências econômicas. Caso contrário, se nenhuma limitação nesse sentido fosse permitida, provavelmente seriam inviabilizados diversos negócios ou a fundação de muitas empresas no segmento.

Devido à ausência, no entanto, de uma definição para o termo “situação justificável”, é que caberá ao intérprete, no caso, o juiz, preencher o conceito levando em conta as circunstâncias do caso concreto, para definir se a limitação de responsabilidade é válida ou não.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior ensina o quanto segue:

O Código atenua o rigor da proibição da cláusula de exoneração de responsabilidade quando o contrato de consumo se der entre o fornecedor e consumidor-pessoa jurídica. A norma autoriza a estipulação contratual que *limite* a responsabilidade do fornecedor, não autorizando, contudo, a cláusula de exoneração, que mesmo para os contratos com consumidor-pessoa jurídica está proibida.

Mas não é sempre que a cláusula de limitação de responsabilidade civil nos contratos envolvendo consumidor-pessoa jurídica é lícita. É preciso que o elemento valorativo da norma esteja presente, pois somente em *situações justificáveis* é que se a admite. Fica ao juiz a tarefa de dizer quando é que a situação é justificável, para que se dê eficácia à cláusula limitadora. O caso concreto é que vai ensejar ao magistrado a integração deste *conceito jurídico indeterminado*. Quando, por exemplo, determinada indústria vende um computador médio para grande porte a consumidor-pessoa jurídica, pode ser que seja razoável estabelecer-se limitação da responsabilidade civil do fornecedor, desde que seja observado o *critério de proporcionalidade* entre custo-benefício. Havendo desproporção entre as prestações a cargo do fornecedor e do consumidor-pessoa jurídica, não é de ter-se como válida a cláusula limitativa da responsabilidade civil.⁸⁶

⁸⁶ JÚNIOR, Nelson Nery. op. cit. p. 568/569.

O segundo ponto que merece ser observado quanto ao regime de responsabilidade imposto pelo Código de Defesa do Consumidor a contratos cujas cláusulas tenham sido influenciadas por um regime jurídico estrangeiro reside na impossibilidade de transferir responsabilidades para terceiros. Ou seja, a empresa licenciante ou cedente do *software* que figura como tal no contrato é quem deverá ser responsável perante o licenciado ou cessionário.

Diversas vezes estes contratos determinam que uma entidade X é quem está celebrando o contrato com o consumidor brasileiro, muito embora o programa de computador tenha sido desenvolvido por uma entidade Y, do mesmo grupo econômico, mas localizada no exterior, que deverá ser responsável pela manutenção e indenização em caso de danos.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, este tipo de cláusula poderia ser questionada justamente por transferir responsabilidade para terceiros. Para fins do direito brasileiro, a licenciante ou cedente é quem deverá ser responsável perante a contratante, mesmo porque seria abusivo determinar, em caso de problemas com o *software*, ao consumidor acionar uma empresa estrangeira com a qual nunca teve contato anterior, ainda que do mesmo grupo econômico da contratada.

De acordo com Nelson Nery Júnior:

A relação jurídica de consumo se verifica entre o fornecedor e o consumidor, que são dela sujeitos. As partes devem, portanto, suportar os ônus e obrigações decorrentes do contrato de consumo, incluído entre elas o dever de indenizar. O consumidor não tem nenhuma relação jurídica com terceiro eventualmente designado pela cláusula para responder pelos danos causados pelo fornecedor.⁸⁷

Por último, no que diz respeito ao regime de responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços imposto pelas normas consumeristas, deve-se observar a proibição das partes disporem contratualmente a respeito da inversão do

⁸⁷ JÚNIOR, Nelson Nery. op. cit. p. 569.

ônus probatório em prejuízo ao consumidor.

Ou seja, por força legal, tal ônus será do fornecedor sempre que sua inversão significar prejuízo para o consumidor, no presente caso, o cedente ou licenciante do *software*. Trata-se de uma norma cogente que não pode ser renunciada contratualmente pela vontade das partes.

Convém ressaltar, no entanto, que muitas vezes as cláusulas que invertem o ônus probatório não são claramente identificáveis. Nesses casos, deve-se utilizar uma interpretação finalística da cláusula contratual a fim de atestar se a intenção da cláusula é justamente alocar o ônus de provar a existência do dano sobre o consumidor. Se o resultado de tal exercício for positivo quanto à inversão, tal cláusula deverá ser considerada ineficaz.

De acordo com Nelson Nery Júnior:

O dispositivo do CDC ora analisado não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção se trouxer prejuízo ao consumidor. Trata-se de norma salutar, adotada pelos mais modernos sistemas jurídicos que regulam as relações de consumo.

(...)

São igualmente proibidas as cláusulas de inversão do ônus da prova que projetem a certeza ou refutabilidade da existência ou inexistência de um fato, à custa de declaração do consumidor. Manifestação dessa proibição se encontra na cláusula que transfira para o consumidor o ônus de provar que não foi adequadamente esclarecido pelo fornecedor sobre o conteúdo e consequências do contrato (art. 46, do CDC).⁸⁸

4.2.1. Consequências da inserção de cláusulas nulas em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor

Conforme visto na seção anterior deste trabalho, há uma série de limites impostos à autonomia da vontade das partes quando o assunto é o regime de responsabilidade imposto aos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁸ JÚNIOR, Nelson Nery. op. cit. p. 566.

No entanto, isso não significa que tais contratos serão livres de disposições contrárias ao diploma consumerista, pois, nos termos do artigo 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor, *a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*

Em outras palavras, ainda que existam cláusulas claramente ilegais ou abusivas, o Código de Defesa do Consumidor determina que estas não invalidam completamente o contrato, desde que possam ser substituídas por outras, não contrárias ou abusivas, sem maior ônus para qualquer das partes.

Na prática, o que acontece é que as cláusulas consideradas nulas continuam figurando no contrato de licença ou cessão de *software*, ficando sem qualquer efeito, sendo substituídas simplesmente pelas normas contidas no diploma consumerista em caso de conflito.

Nelson Nery Júnior ensina sobre o tema:

A nulidade de cláusula contratual não contamina todo o conteúdo do contrato, sendo isso possível, naturalmente.

Em atendimento ao *princípio da conservação do contrato*, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada devem ser feitos de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada a solução que tenha por escopo negar a efetividade à convenção negocial de consumo.

No entanto, quando a conservação do contrato configurar ônus excessivo a qualquer das partes, haverá desequilíbrio em desrespeito ao art. 4º, III, do Código, de sorte que o dispositivo sob comentário permite dar-se outra solução ao problema, qual seja a de possibilitar a resolução do contrato.

Não teria sentido a manutenção do contrato em detrimento de uma das partes, quando essa desvantagem lhe trouxesse ônus excessivo no cumprimento das prestações contratuais.⁸⁹

⁸⁹ JÚNIOR, Nelson Nery. op. cit. p. 592

Muitas empresas estrangeiras costumam preferir que seus contratos “padrão internacional” sejam utilizados em outras jurisdições com o mínimo de alterações possível, seja para fins de uniformização ou simplesmente como tentativa de ter cláusulas com efeitos “psicológicos”, haja vista que, legalmente falando, tal “importação” de cláusulas pode resultar em nulidade.

Evidência dessa tendência pode ser identificada por meio da existência de declarações contidas em contratos de licença ou cessão de *software* que afirmam que algumas das disposições e cláusulas ali contidas podem não ser aplicáveis a determinados usuários em virtude de determinação legal. Nestes casos, aplicar-se-ão as normas contidas nas leis e regulamentos que regem o contrato.

Muito embora possa não parecer, a questão do foro competente para dirimir conflitos oriundos do contrato de licença ou cessão de *software* especialmente, têm consequências, ainda que indiretas, para o regime de responsabilidade nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos do artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas que imponham compulsoriamente o uso de arbitragem são consideradas abusivas e, como tal, nulas. Sendo assim, o foro competente poderá ser aquele do domicílio do consumidor, no caso, o usuário do *software*, tal como dispõe o artigo 101, inciso I do mesmo código. O juiz, obviamente, aplicará o diploma consumerista para dirimir os conflitos e afastará a aplicação de quaisquer cláusulas a ele contrárias.

Este também tende a ser um ponto controverso, haja vista que muitas licenciadas ou cedentes procuram tentar inserir a cláusula arbitral, estatuindo a lei estrangeira e arbitragem em seus países de origem, em uma tentativa de afastar as normas do direito brasileiro e fazer valer as limitações de responsabilidade originalmente estabelecidas nos “contratos-padrão”. Trata-se, como já dito, de uma cláusula nula e que não será oponível aos usuários brasileiros.

Não obstante, o que pode gerar certa confusão quanto à cláusula de compromisso arbitral em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor é

que muitos entendem equivocadamente que tal cláusula é nula *per se*, sem se atentar para as peculiaridades que o exame da eficácia da cláusula exige.

O que a norma do artigo 51, inciso VII do referido diploma determina como nulas são as cláusulas que imponham compulsoriamente o uso da arbitragem, entretanto, cabe uma análise mais profunda do que se entende pelo termo “*compulsoriamente*”, antes de tecer pré-julgamentos a respeito da eficácia da cláusula.

Como ressaltado acima, a tônica do Código de Defesa do Consumidor é, em linhas gerais, impedir a estipulação de condições contratuais adversas ao consumidor de maneira unilateral pelo fornecedor. É nesse contexto que o termo “*compulsoriamente*” deve ser analisado quando da estipulação da arbitragem como meio de resolver conflitos e controvérsias advindas de um contrato regido pelo diploma consumerista.

Assim, o que o dispositivo em análise visa coibir por meio da qualificação de nulidade são as cláusulas que determinam a arbitragem como meio de resolução de conflitos que tenham sido impostas unilateralmente pelo fornecedor, no caso, a licenciante ou cedente do *software*.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor deixa aberta a possibilidade de as partes convencionarem a arbitragem como um meio de resolução de conflitos entre elas. Pode até ser do melhor interesse delas estipular contratualmente que os conflitos resultantes de um contrato altamente técnico, como a licença ou cessão de *software*, seja resolvido por árbitros com conhecimentos específicos sobre a matéria, haja vista que os tribunais brasileiros podem não ter tanta familiaridade com as peculiaridades do negócio jurídico sob exame.

Do ponto de vista prático, porém, é necessário examinar de que maneira pode ficar evidente que ambas as partes contratantes negociaram de comum acordo a

cláusula de compromisso arbitral como meio de resolução de conflitos, especialmente levando em conta que os contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor são, na maioria dos casos, contratos de adesão.

Pensando neste tipo de problema, o direito brasileiro fornece uma resposta, qual seja, a obtenção da rubrica do consumidor ao lado da cláusula de compromisso arbitral, de maneira que ao fazê-lo, a licenciada ou cessionária do programa de computador manifesta sua concordância com tal cláusula.

Por óbvio, não será possível afastar a aplicação das normas do direito do consumidor, ainda que haja concordância expressa do consumidor tal como demonstrado no parágrafo anterior quanto ao compromisso arbitral. Dessa forma, se, por um lado, os licenciantes ou cedentes não podem determinar que a arbitragem resolverá quaisquer conflitos com base em lei estrangeira, até mesmo porquê isso implicaria uma imposição unilateral por sua parte, que invalidaria a cláusula; por outro, poderão, pelo menos, ter a certeza que o árbitro designado será especializado no assunto em exame.

A explicação acima a respeito da cláusula de arbitragem em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor reflete o próprio entendimento doutrinário majoritário, conforme destacado abaixo:

O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir a sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação *contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.

Existem vários dispositivos no Código dos quais exsurge clara a regra sistêmica de que as deliberações referentes à relação jurídica de consumo não podem ser tomadas unilateralmente por qualquer das partes. Portanto, no sistema do Código, configura-se como abusiva, por também ofender o escopo deste inc. VII, a cláusula que deixar a critério exclusivo e unilateral do fornecedor não somente a escolha entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral, como também a escolha do árbitro. A opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha da pessoa do árbitro, é questão que deve ser deliberada equitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra.

A Lei de Arbitragem estipula regra específica quanto à cláusula compromissória nos contratos de adesão: "Art. 4º... § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua

instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

Esse dispositivo da Lei de Arbitragem não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma de manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*).⁹⁰

Esse inciso classifica como abusiva a cláusula prevendo a arbitragem compulsória.

Essa restrição apóia-se em nosso ordenamento jurídico que, tradicionalmente, declara ser a arbitragem um meio de solução de conflito de interesses desde que as partes o elejam livremente.

Deduz-se do supracitado inciso que a arbitragem, desde que buscada pelas partes, é aceita nas relações conflituosas de consumo.

(...)

A Lei de Arbitragem n. 9.307/96 estipula regra específica quanto à cláusula compromissória nos contratos de adesão, como se infere da leitura do § 2º, do art. 4º. Verbis: “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

Muitos autores entendem, como nós, que essa regra é compatível com o CDC, como se observa da lição de Nelson Nery Jr.⁹¹

A arbitragem pode ser ajustada, porém, fora do contrato de adesão ou em momento posterior, com efetiva liberada do consumidor. Isto é, se constar do contrato de adesão, a arbitragem somente poderá servir como meio alternativo para solução para solução do conflito, se sua instauração for de iniciativa do consumidor ou contar com expressa anuência, conforme preconizado no artigo 4º, parágrafo 2º da Lei n. 9.307/96.⁹²

⁹⁰ JÚNIOR, Nelson Nery. op. cit. p. 592.

⁹¹ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 6º Ed. São Paulo: Editora LTR Ltda, 2006. p. 620.

⁹² MALFATI, Alexandre David. Cláusulas Abusivas no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; e CALDEIRA, Patrícia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1º Ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2009. p. 325.

4.3. A limitação ou exclusão de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software* regidos pela Lei n. 8.666/1993

Sob a circunstância de contratação direta, conforme já adiantado no capítulo anterior deste trabalho, diante da inviabilidade de competição, é natural que haja maior poder de barganha na negociação dos contratos de licença ou cessão de *software* por parte do particular, comparativamente aos casos em que há prévio procedimento licitatório.

Note-se que, em caso de licitação, a minuta contratual que o Ente Público pretende utilizar já consta do edital ou do ato convocatório da licitação e, sob tal circunstância, a prerrogativa acerca da negociação de cláusulas reside na discricionariedade da entidade licitante.

A Lei n. 8.666/1993 não determina que os contratos administrativos não possam ser livremente negociados, mas apenas que as disposições contratuais não podem ser contrárias a tal diploma. Dessa forma, é permitido aos particulares negociarem juntamente ao Ente Público as cláusulas que lhes forem convenientes, desde que não infrinjam as disposições da Lei n. 8.666/1993 ou que não pretendam afastar a incidência, ainda que subsidiária, do Código Civil e da Lei do *Software*.

Nos termos do artigo 61 da Lei n. 8.666/1993, dentre os requisitos dos contratos entre particulares e entes públicos, deve-se mencionar expressamente no respectivo instrumento de contratação a sujeição dos contratantes às normas de tal Lei, ou seja, sob nenhuma circunstância pode o particular tentar negociar cláusulas contratuais que fujam da disciplina da referida Lei n. 8.666/1993.

Marçal Justen Filho comenta justamente o disposto no artigo 61 da Lei 8.666/93:

O regime jurídico dos contratos administrativos aplica-se independentemente de autorização contratual, como afirmado nos comentários ao artigo 58. Será inválida a cláusula contratual que conflite com a norma legal e o silêncio contratual não impede a plena aplicabilidade dos princípios legais inerentes ao contrato administrativo. A cláusula que assegure vantagem indevida não poderá ser invocada pelo particular.

Para eliminar o risco de consagração de cláusulas abusivas, o próprio instrumento contratual deverá expressamente reportar-se ao regime jurídico previsto na Lei. Afasta-se o argumento de que o instrumento contratual seria fundamento atributivo de uma vantagem sempre que for ela incompatível com a Lei.⁹³

No artigo 55 da Lei n. 8.666/1993, o legislador determina as cláusulas necessárias em todos os contratos com Entes Públicos, e em especial o inciso VII determina que deverá haver disposição contratual regendo “*os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas*”.

Assim, do exposto acima se depreende que o contrato com o Ente Público deve ser expresso a respeito dos direitos e obrigações das partes, bem como deve indicar claramente a medida de responsabilidade de uma perante a outra.

Para analisar o regime de responsabilidade aplicável sob os contratos administrativos, no entanto, é preciso analisar o artigo 70 da Lei 8.666/93:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

O artigo 70 determina exatamente a extensão da responsabilidade, no presente caso, do licenciante ou cedente de programa de computador perante o Ente Público contratante. A redação do referido artigo impõe que o particular será responsável pelos danos diretos causados ao Ente Público ou a terceiros em virtude de sua culpa ou dolo no cumprimento das obrigações contratuais.

Como se pode constatar, o regime de responsabilidade previsto pela Lei n. 8.666/1993 não difere em larga escala do regime previsto no Código Civil, conforme será abordado nos próximos parágrafos.

⁹³ FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 699.

A conduta do particular para a ocorrência do dano é elemento essencial, devendo haver culpa ou dolo para a ocorrência do dano indenizável, ou seja, assim como na regra geral do direito civil, a responsabilidade é subjetiva nos contratos com Entes Públicos. Deve também haver causalidade direta e imediata entre a conduta do particular e o dano gerado ao Ente Público.

A respeito da proximidade entre o regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil e do artigo 70 da Lei n. 8.666/1993, Marçal Justen Filho afirma que:

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, não basta o dano para surgir o dever de indenizar. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorressem dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar.⁹⁴

Como se vê, da redação do artigo 70 da Lei n. 8.666/1993 não se extrai nenhum tipo de responsabilidade do particular por danos indiretos. Conforme já abordado neste trabalho, a Lei do *Software*, ao determinar que as cláusulas que eximam de responsabilidade qualquer das contratantes por danos decorrentes de ações de terceiros são nulas, não pretende alargar o regime de responsabilidade civil previsto pelo Código Civil.

Da mesma forma, a Lei n. 8.666/1993 não pretende ampliar o regime de responsabilidade civil previsto em nosso Código Civil, mas tão-somente determinar que, na medida e extensão que a demanda de terceiro tenha causalidade direta e imediata com a conduta da licenciante ou cedente do *software*, o dano correspondente também será indenizável.

No que tange propriamente às diferenças entre o regime imposto pelo artigo 70 da Lei n. 8.666/1993 e às regras referentes à responsabilidade civil previstas no Código Civil, é preciso atentar que o primeiro não faz qualquer menção aos lucros cessantes como parte da indenização por danos diretos, ao passo que o segundo os

⁹⁴ FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 750.

inclui. Tendo em vista o interesse público que perpetra os contratos administrativos, faz sentido essa exclusão expressa, haja vista que o intuito lucrativo é elemento contundente em relações entre particulares, mas não é um objetivo primordial do Estado.

Do discutido até aqui, tendo em conta o contexto do contrato de cessão ou licença de *software*, é preciso observar que muito comumente as empresas brasileiras que são subsidiárias de estrangeiras ficam receosas ao saberem que serão submetidas ao regime da Lei n. 8.666/1993 quando contratarem com Entes Públicos.

Geralmente, esse tipo de empresa de *software* costuma buscar conforto nas contratações feitas por suas subsidiárias brasileiras ao determinarem que a cláusula de responsabilidade perante licenciadas ou cessionárias é basicamente a mesma utilizada em seus países de origem.

Em linhas gerais, tais cláusulas estabelecem que a responsabilidade envolve apenas danos diretos ocasionados em virtude de conduta dolosa ou culposa da licenciante ou cedente do programa de computador, apesar de serem redigidas de maneira detalhada quanto às hipóteses de danos indenizáveis.

Via de regra, é preciso um esforço muito grande em virtude da diferença de cultura jurídica para explicar que a responsabilidade, tal como prevista na Lei n. 8.666/1993, apesar de não ser extensiva quando às hipóteses que dão ensejo à indenização, é clara ao determinar que a responsabilidade compreende apenas danos diretos, estando excluídos os danos indiretos, sendo que a conduta da licenciante ou cedente (responsabilidade subjetiva) é elemento essencial para que o Ente Público possa reclamar qualquer tipo de ressarcimento.

Por último, tendo em vista a proximidade do regime do direito civil com o regime da Lei n. 8.666/1993 quanto à responsabilidade das partes, resta analisar a possibilidade de se pré-definir contratualmente o montante indenizatório devido na

ocorrência de danos diretos ocasionados em virtude de conduta culposa ou dolosa pelo particular.

A negociação de cláusulas pré-definindo o montante indenizatório em contratações diretas de licença ou aquisição de *software* de particular é comum. Em defesa da viabilidade dessas cláusulas, permite-se argumentar que: (i) não se pode autorizar que uma licenciante ou cedente do programa de computador venha a falir em virtude do montante indenizatório que consiga cobrir a totalidade dos danos diretos; ou (ii) que a Lei n. 8.666/1993 é silente no que diz respeito a inclusão de tal cláusula.

No que diz respeito ao item (i) acima, tal embasamento é o mesmo que justifica qualquer tipo de cláusula que pré-define o montante indenizatório devido em contratos entre particulares e parece ser uma justificativa legítima. Por outro lado, não parece ser adequado afirmar que a Lei 8.666/93 não contém vedação expressa às cláusulas que pré-fixam o montante indenizatório.

O artigo 70 da Lei n. 8.666/1993 diz claramente que o particular é *“responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo”* sem estabelecer qualquer tipo de limite ou restrição. Ou seja, muito embora inexista previsão na Lei 8.666/93 impedindo a pré-fixação do montante indenizatório, por outro lado, a redação do referido artigo sob exame permite a interpretação que é devida a indenização pela totalidade dos danos diretos sofridos.

Portanto, apesar de muitas vezes os contratos de licença ou cessão de *software* entre Ente Público e particular conterem cláusula que pré-fixa o montante indenizatório a um determinado valor (geralmente o valor total da licença paga durante um ano, por exemplo), caso o dano eventualmente ultrapasse tal valor, essa disposição poderia ser questionada justamente em virtude da interpretação do artigo 70 da Lei n. 8.666/1993.

Aliás, tendência recente e recorrente nos contratos de licença ou cessão de *software* com Entes Públicos tem sido pela não aceitação desse tipo de cláusula.

Primeiro, em virtude do argumento em torno do artigo 70 supracitado não fazer qualquer menção à possibilidade de limitar a indenização devida em decorrência de danos oriundos de um contrato com particulares. Segundo, devido ao fato de que aceitar tal limitação seria dispor a respeito de um interesse público indisponível.

V. CLÁUSULAS LIMITADORAS OU EXONERADORAS DE RESPONSABILIDADE PERANTE DEMANDA DE TERCEIROS

Um ponto de discussão quando da negociação de cláusulas limitadoras de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software* diz respeito à responsabilidade por demandas de terceiros. Embora este assunto já tenha sido discutido em menor detalhe nos capítulos anteriores desse trabalho, cabe agora aprofundá-lo.

Note-se que a relação contratual diz respeito às partes contratantes, mas isso não significa que o contrato não possa radiar seus efeitos para terceiros ou, até mesmo, que o cumprimento do contrato gere um dano a terceiro.

Essa questão deve também ser observada sob o prisma tanto do Código de Defesa do Consumidor, como do Código Civil e da Lei n. 8.666/1993, sem prejuízo da Lei do *Software* e Lei de Propriedade Intelectual, como será visto adiante.

5.1. Cláusulas limitadoras de responsabilidade por demandas de terceiros em contratos de cessão ou licença de *software* regidos pelas normas do Código Civil e da Lei do *Software*

Como já discutido neste trabalho, o conceito de perdas e danos do Código Civil compreende tão-somente os danos diretos e imediatos decorrentes da conduta danosa, incluindo o que parte prejudicada perdeu, assim como o que deixou de lucrar. Vale ainda observar que as perdas e danos devem ser previstas ou previsíveis.

Desse modo, a previsibilidade do dano é um elemento incauto à sua caracterização como direto. Pode-se argumentar que, por sua própria característica, os danos a terceiros carregam em si forte carga de imprevisibilidade, tornando-os passíveis da caracterização como indiretos, não estando assim incluídos no conceito de perdas indenizáveis, tal como definido no Código Civil.

Porém, quanto a esse aspecto convém ressaltar que a regência de um contrato de licença ou cessão de *software* pelas leis brasileiras não se apoia somente nas normas previstas no Código Civil, mas também naquelas da Lei do *Software*.

Nesse aspecto, conforme mencionado neste trabalho, a Lei do *Software* dispõe serem nulas as cláusulas desses contratos que eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros. Como se observa, o legislador pátrio faz clara referência a “terceiros” no artigo 10, §1º, inciso II da referida lei.

A nosso ver, entretanto, tal dispositivo da Lei do *Software* demanda análise e interpretação cuidadosa. O legislador não pretende determinar que os danos indiretos sejam indenizáveis *per se* nesses contratos, mas sim que haja entre relação direta com o dano gerado a um terceiro e a conduta das contratantes.

Em outras palavras, apesar de, à primeira vista, parecer que a Lei do *Software* abre margem para que se permita a responsabilização por danos indiretos, esta disposição deve ser interpretada em linha com o que determina o Código Civil quanto ao regime de responsabilidade civil aplicável às partes de um contrato.

Como asseverado anteriormente, o Direito pátrio adota a teoria da causalidade direta e imediata, o que significa que a responsabilidade das partes é pelos danos diretos e imediatos causados uma à outra. Portanto, se as partes desejam responsabilizarem-se por danos indiretos, as cláusulas devem ser claras e expressas nesse sentido, delineando especificamente as circunstâncias em que os danos indiretos são indenizáveis. Caso contrário, a cláusula corre o risco de não ter aplicabilidade prática, afinal, o nexo de causalidade precisa ser interrompido em algum ponto, sob pena de se ter um regime de responsabilidade irrestrito.

Quando a Lei do *Software*, portanto, determina serem nulas as cláusulas que eximam contratantes de responsabilidades por eventuais ações de terceiros, tal

norma deve ser interpretada no sentido de que a ação de terceiros deve guardar uma relação direta e imediata com a conduta dos contratantes, com base no que foi convencionado no contrato de licença ou cessão de *software*.

Esse é o caso, por exemplo, quando um terceiro propõe uma demanda em face da licenciada ou cessionária alegando que o uso do *software* infringe seu direito autoral. Por óbvio que, nesse caso, a demanda versará a respeito da titularidade do *software*, bem como se quem o licenciou ou cedeu tinha direito para tanto. Como se vê, trata-se de uma circunstância em que a ação do terceiro tem relação imediata e direta com o contrato de licença ou cessão do *software*.

É visando dar uma solução para esse tipo de situação que se erige o imperativo normativo descrito no artigo 10, § 1º, inciso II da Lei do *Software*. Dessa forma, frise-se, mais uma vez: a Lei do *Software* não tem a finalidade de estender ou modificar o regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil.

O que a Lei do Software visa coibir, conforme já explicado em diversos momentos deste trabalho, são cláusulas que simplesmente afastam a imputação de responsabilidade dos licenciantes ou cedentes, não tecendo comentários adicionais acerca de cláusulas que limitam o *quantum* indenizatório.

A respeito do assunto, ensina Wanderley Fernandes:

No caso da exclusão de responsabilidade temos a verdadeira exceção ao princípio da reparação integral do dano (conforme artigos 402 e 944 do Código Civil Brasileiro), enquanto que a limitação do valor da indenização apenas atenua esse princípio, tal como, aliás, a cláusula penal poderá servir para a prefixação do valor devido, ainda que o dano seja superior ao valor da penalidade.

(...)

Ademais, parece-nos que a existência ou não de um dever de indenizar já é fato suficiente para que possa ser traçada a distinção entre as duas figuras. (...) Dessa forma, enquanto a cláusula de exoneração de responsabilidade privaria, totalmente, o credor do seu direito à indenização, no caso da limitação do dever de indenizar, o credor poderá receber integralmente o valor da indenização devida se o teto for superior ao dano efetivamente sofrido.⁹⁵

Nesse sentido, a cláusula que afastar a imputação de responsabilidade qualquer das contratantes na hipótese do exemplo acima será considerada nula. Ou seja, muito embora se trate de uma demanda de terceiro, havendo nexo de causalidade direto e imediato com a conduta das partes do contrato de licença ou cessão de *software*, não há que se falar que a Lei do *Software* impõe responsabilidade por danos indiretos.

Caso uma demanda de terceiro nos moldes acima fosse proposta e sendo permitida a isenção de responsabilidade da licenciante ou cedente sob tal circunstância, haveria grande margem para insegurança jurídica. Estar-se-ia, por exemplo, permitindo que agentes sem direitos para tanto licenciassem ou cedessem programas de computador e que pudessem opor tais cláusulas a licenciadas ou cessionárias, forçando-as a arcarem com todos os custos indenizatórios do terceiro proponente da demanda.

Dessa forma, as cláusulas que definem o regime de responsabilidade das partes nos contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código Civil e Lei do *Software* tendem a ser negociadas fervorosamente a respeito de demandas de terceiros.

Em geral, a licenciante ou cedente aceita a responsabilização por danos perante terceiros desde que:

- (i) O *software* tenha sido utilizado exclusivamente para as finalidades descritas contratualmente e estritamente em conformidade com as instruções fornecidas;
- (ii) O *software* licenciado ou cedido não tenha sido utilizado em combinação com outros programas;

⁹⁵ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. 1º Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 115.

- (iii) Reste comprovado que a demanda de terceiro decorre de fato imputável exclusivamente a licenciante ou cedente; e
- (iv) Que o montante indenizatório para fins de responsabilidade perante terceiros nas hipóteses e circunstâncias contratuais seja limitado, no máximo, ao valor da licença ou contrato de cessão de *software*.

Por outro lado, as licenciadas ou cessionárias, apesar de aceitarem em larga escala as sugestões descritas acima, procuram negociar no sentido de que não deve haver limitação ao montante indenizatório para demandas de terceiros que digam respeito, especialmente, à violação de direitos de propriedade intelectual relativas ao *software*.

A existência de uma cláusula de responsabilidade perante terceiros nos moldes descritos acima é decorrente do exercício da autonomia da partes em pleno gozo de sua liberdade contratar e, a nosso ver, não ofende nenhuma norma jurídica de ordem pública, tornando-a válida.

5.2. Cláusulas limitadoras de responsabilidade por demanda de terceiros em contratos de cessão ou licença de *software* regidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do *Software*

Tendo em vista que os contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor são comumente celebrados na forma de adesão, ou seja, em que a grande maioria das cláusulas é imposta por uma das partes e aceita pela outra, não havendo grande margem de negociação, a responsabilização da licenciante ou cedente perante a licenciada ou cessionária por demandas de terceiros costuma ser consolidada em uma cláusula que, da mesma forma que nos contratos regidos pelo Código Civil, determina: (i) que o *software* deverá ser utilizado estritamente para os propósitos delineados contratualmente, em conformidade com as instruções fornecidas; (ii) que o *software* licenciado ou cedido não deve ser utilizado juntamente com outros programas; e (iii) que a demanda de terceiro deve decorrer exclusivamente de fato imputável a licenciante ou cedente.

Como já asseverado neste trabalho, as cláusulas que limitam ou reduzem a responsabilidade da licenciante ou cedente perante a licenciada ou cessionária são passíveis de nulidade de pleno direito nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que ao estabelecer a cláusula da forma como descrita no parágrafo anterior, a licenciante ou cedente não determina qualquer tipo de isenção ou exclusão de responsabilidade, mas tão-somente condiciona o uso do *software*.

5.2.1. Contratos em que a licenciada ou cessionária é consumidor pessoa física

Nos contratos de licença ou cessão de *software* celebrados com a cessionária ou licenciada pessoa física, seria possível arguir que não somente a responsabilidade do licenciante ou cedente é ilimitada, como também o montante de indenização, que deverá ser suficiente para compensar todos os danos sofridos.

Portanto, continua não sendo válida a cláusula que afasta a imputação de responsabilidade da licenciante ou cedente, bem como a disposição que limita o montante indenizatório devido à licenciada ou cessionária em decorrência de uma circunstância danosa oriunda do contrato.

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor não possui conceito específico sobre perdas e danos, o que nos leva a conclusão que a definição contida no Código Civil será aplicável.

Conforme já descrito anteriormente, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Assim, mesmo que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

A questão que se impende observar no presente caso é se o prejuízo gerado a terceiros poderia ser considerado parte integrante dos danos diretos e imediatos sofridos pela licenciada ou cessionária do *software* pessoa física.

Da mesma forma que nos contratos regidos pelo Código Civil, é necessário atentar que existem demandas de terceiros que podem eventualmente guardar relação de causalidade direta com a conduta de uma das partes do contrato de licença ou cessão de *software*.

Nesse sentido, nos contratos em que a licenciada ou cessionária é pessoa física, se a demanda de terceiro tiver uma relação direta com a conduta da licenciante ou cedente do *software*, é possível defender que eventuais indenizações devidas a terceiros estão compreendidas nas perdas e danos indenizáveis, não sendo cabível nenhuma limitação quanto à indenização máxima devida.

Sob essa circunstância, sendo trazida uma demanda pela licenciada ou cessionária pessoa física, caberá ao licenciante ou cedente do *software* provar que a ação do terceiro não tem causalidade direta e imediata com a conduta das partes no contrato de licença ou cessão de *software*. Essa interpretação está, a nosso ver, inclusive, em harmonia com os preceitos da Lei do *Software*.

5.2.2. Contratos em que a licenciada ou cessionária é consumidor pessoa jurídica

A mesma análise feita até aqui quanto à necessidade de causalidade direta entre a conduta das partes sob o contrato de licença ou cessão de *software* e eventual demanda de terceiro também é cabível no caso de contratos em que a licenciada ou cessionária é uma pessoa jurídica.

Nas relações de consumo em que o consumidor é uma pessoa jurídica, apesar das cláusulas que limitam ou isentam responsabilidade serem nulas, o montante indenizatório pode ser limitado em situações justificáveis.

A definição acerca de se tratar, ou não, de uma situação que justifica a limitação da indenização caberá ao intérprete do direito, no caso, o juiz responsável por analisar e decidir a respeito do conflito originado do contrato de cessão ou licença de *software* celebrado com a licenciada ou cessionária pessoa jurídica na posição de consumidor.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior ensina o quanto segue:

Mas não é sempre que a cláusula de limitação de responsabilidade civil nos contratos envolvendo consumidor-pessoa jurídica é lícita. É preciso que o elemento valorativo da norma esteja presente, pois somente em *situações justificáveis* é que se a admite. Fica ao juiz a tarefa de dizer quando é que a situação é justificável, para que se dê eficácia à cláusula limitadora. O caso concreto é que vai ensejar ao magistrado a integração deste *conceito jurídico indeterminado*. Quando, por exemplo, determinada indústria vende um computador médio para grande porte a consumidor-pessoa jurídica, pode ser que seja razoável estabelecer-se limitação da responsabilidade civil do fornecedor, desde que seja observado o *critério de proporcionalidade* entre custo-benefício. Havendo desproporção entre as prestações a cargo do fornecedor e do consumidor-pessoa jurídica, não é de ter-se como válida a cláusula limitativa da responsabilidade civil.⁹⁶

Como já discutido neste trabalho, tal limitação é justificável sob a premissa de que o consumidor pessoa jurídica possui um grau de vulnerabilidade inferior que o consumidor pessoa física.

Nesse sentido, nos contratos de licença ou cessão de *software* com o consumidor pessoa jurídica é comum que haja uma pré-definição do montante indenizatório para fins de responsabilidade perante terceiros nas hipóteses e circunstâncias contratuais seja limitado, no máximo, ao valor da licença ou contrato de cessão de *software*.

O entendimento, portanto, é que, assim como ocorre nos contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código Civil, os contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em virtude do que determina a Lei do *Software*, não admitem cláusulas que afastam a imputação de responsabilidade em virtude de

⁹⁶ JÚNIOR, Nelson Nery. op. cit. p. 569.

demandas de terceiros.

Porém, a Lei do *Software* não pretende alterar o regime de responsabilidade civil brasileiro para incluir responsabilidade por danos indiretos, mas apenas estabelecer que se a demanda do terceiro tiver causalidade direta e imediata com a conduta das partes sob o um contrato de licença ou cessão de *software*, será possível exigir indenização por prejuízos sofridos em virtude de tais demandas.

A limitação do montante indenizatório pagável em virtude de uma demanda de terceiro nos moldes descritos no parágrafo anterior somente é possível nos casos em que a licenciada ou cessionária do *software* é um consumidor pessoa jurídica e diante de uma situação justificável. Por sua vez, como já explicado, sendo o consumidor uma pessoa física, tal limitação não será possível.

5.3. Cláusulas limitadoras ou exoneradoras de responsabilidade por demandas de terceiros em contratos de cessão ou licença de *software* regidos pela Lei n. 8.666/1993

Conforme analisado neste trabalho, os contratos administrativos devem ser expressos a respeito dos direitos e obrigações das partes, bem como indicar claramente a medida de sua responsabilidade. De acordo com o artigo 70 da Lei n. 8.666/1993, *“o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato (...).”*

A nosso ver, a redação do referido dispositivo normativo reforça o nosso entendimento de que, da mesma forma que a Lei do *Software*, a Lei n. 8.666/1993 não pretende alargar o conceito de responsabilidade civil previsto pelo Código Civil para incluir danos indiretos, relativos a demandas de terceiros.

A Lei n. 8.666/1993 determina de maneira explícita que os danos causados a terceiros devem ter uma relação de causalidade direta com a conduta da licenciante ou cedente no cumprimento de suas obrigações contratuais. Não havendo a causalidade direta e imediata, não há que se falar de responsabilidade por danos

causados a terceiros.

Dessa forma, da mesma forma que analisado para os contratos de licença ou cessão de *software* regidos pelo Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo da aplicação da Lei do *Software*, aqueles regidos pela Lei n. 8.666/1993 somente admitem responsabilização por demandas de terceiros que tenham relação direta com a conduta das partes contratantes.

Esclarecido esse conceito, cumpre-nos agora analisar se eventual limitação do montante indenizatório devido pelo licenciante ou cedente por demandas de terceiros propostas contra o Ente Público são viáveis diante do regime imposto pela Lei n. 8.666/1993.

Nesse sentido, conforme já explicado nesse trabalho, muito embora a Lei n. 8.666/1993 não contenha vedação expressa impedindo a pré-fixação do montante indenizatório, a redação de seu artigo 70 permite a interpretação que a responsabilidade do particular perante o Ente Público ou terceiro é pela totalidade dos danos diretamente causados.

Dessa forma, a cláusula que limita o montante indenizatório devido em virtude de ações de terceiro nesses contratos seria suscetível a questionamentos e, conseqüentemente, passível de ser declarada nula.

VI. CONCLUSÃO

Tendo em vista o desenvolvimento e crescimento do mercado de *software* e de serviços relacionados no Brasil nos últimos anos, bem como a forte participação de empresas estrangeiras por meio de suas subsidiárias em território nacional, a proposta deste trabalho foi a de analisar se as cláusulas de limitação de responsabilidade nos contratos de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira, tais como usualmente “importadas” de contratos celebrados sob a regência de leis estrangeiras, são de alguma forma válidas.

A análise da validade das cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software* celebrados localmente, entre as subsidiárias estrangeiras das empresas desenvolvedoras e seus clientes brasileiros, exigiu estudo a respeito das seguintes normas aplicáveis: a Lei do *Software*, a Lei de Propriedade Intelectual, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.666/1993.

Pelo critério da especialidade da norma, analisou-se inicialmente a aplicação da Lei do *Software* e Propriedade Intelectual a esses contratos, de forma a verificar se há alguma regra nos referidos diplomas que inviabilizaria a existências dessas cláusulas.

Nesse sentido, encontramos o enunciado do artigo 10, §1º, inciso II da Lei do *Software*, que determina serem nulas as cláusulas que “*eximam qualquer das contratantes de responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação dos direitos de autor.*”

À primeira vista, referido dispositivo da Lei do *Software* parece indicar a invalidade das cláusulas que limitam responsabilidade das partes do contrato de licença ou cessão de *software* regidos por lei brasileira.

Porém, uma análise mais detalhada nos permite chegar a seguinte interpretação defendida nesse trabalho: o que o imperativo descrito pelo artigo 10, §1º, inciso II da Lei do *Software* proíbe são as cláusulas que afastam a imputação de

responsabilidade de qualquer das partes sob as circunstâncias de ações de terceiros, vícios ou defeitos decorrentes do programa de computador, bem como demandas versando sobre eventual violação de direitos autorais.

Ademais, do raciocínio exposto, depreende-se que a Lei do *Software* não impede a existência de cláusulas nos contratos de licença ou cessão de *software* que limitem ou reduzam o máximo montante indenizatório devido diante de uma circunstância que gera um dano, pois a imputação de responsabilidade e o pagamento de indenização são momentos distintos no direito pátrio.

Não obstante, somente a aplicação da Lei do *Software* aos contratos em análise nesse trabalho não fornece guarida suficiente para tecer um julgamento definitivo acerca da validade das cláusulas que limitam a indenização devida em decorrência de um dano originado do contrato de licença ou cessão de *software*.

A Lei do *Software* não contém definições acerca do conceito de danos indenizáveis, muito menos versa a respeito das regras gerais, em especial àquelas relativas ao regime de responsabilidade civil, aplicáveis a todos os contratos celebrados sob a lei brasileira.

Nesse sentido, do Código Civil concluí-se que somente há direito de reclamar indenização por danos diretos, que incluem os prejuízos efetivamente incorridos e os lucros cessantes, previstos ou previsíveis, bem como devidamente provados, decorrentes da conduta causadora do dano, restando, portanto, afastada a hipótese de se pleitear indenização por danos indiretos, exceto se de outra maneira convencionado expressamente pelas partes.

Além disso, conforme já asseverado, no direito brasileiro a imputação de responsabilidade e o direito de reclamar indenização são momentos jurídicos distintos. Portanto, apesar das regras que tratam de imputação de responsabilidade no Código Civil e, até mesmo, da Lei do *Software* serem imutáveis pela autonomia privada das partes, cláusulas que limitam ou reduzem o montante indenizatório

devido em virtude de um dano merecem análise mais profunda de validade diante das diferentes normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto.

Sem prejuízo da Lei do *Software* e das regras gerais do Código Civil, a qualificação da licenciada ou cessionária do *software*, determina a aplicação específica de outras leis que podem invalidar as cláusulas que limitam o montante indenizatório máximo devido diante de uma circunstância danosa.

Quando a licenciada ou cessionária do *software* for uma empresa particular que o incorpora em seus processos produtivos, a cláusula que limita ou reduz o máximo montante indenizatório devido deverá ser analisada sob o prisma da Lei do *Software* e do Código Civil. Sob esse contexto, o exercício da autonomia privada das partes na negociação do montante indenizatório máximo devido é válido.

Porém, há limites quanto a sua estipulação. A cláusula somente será válida desde que: (i) não tenha a licenciante ou cedente concorrido para o dano de maneira dolosa ou com culpa grave; e (ii) que o limite indenizatório fixado não seja considerado manifestamente abusivo, ou seja, extremamente baixo ou alto levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. Aliás, em todos os momentos que houver cláusula de limitação indenizatória em um contrato regido por lei brasileira, esses requisitos devem ser observados na ausência de outros impedimentos expressamente previstos.

Note-se que a cláusula limitando o montante indenizatório máximo pagável não afasta a imputação de responsabilidade por um dano, mas tão somente implica restrição do valor da indenização devida, o que, a nosso ver, é permitido de acordo com as regras do Código Civil e da Lei do *Software*.

Por sua vez, quando a relação entre as partes no contrato de licença ou cessão de *software* for de consumo, é preciso atentar para a diferença de tratamento que o Código de Defesa do Consumidor atribui às licenciadas ou cessionárias pessoas físicas e jurídicas.

O artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor determina, no que diz respeito à imputação de responsabilidade, que quaisquer cláusulas limitando ou excluindo responsabilidade de fornecedores de produtos, como licenciantes ou cedentes dos *software*, são nulas e não produzem efeitos. Essa norma é aplicável a todos os contratos em que se configura relação de consumo, independentemente de o consumidor ser pessoa jurídica ou física e está em linha com ao imperativo da Lei do *Software*.

Porém, o diploma consumerista autoriza tratamento diferenciado entre o consumidor pessoa física e jurídica quanto à estipulação de um valor máximo indenizável diante de uma circunstância danosa originada em um contrato de licença ou cessão de *software*.

Se a licenciada ou cessionária do *software* for uma pessoa jurídica, nos termos do artigo 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, a indenização poderá ser limitada, por exemplo, ao valor total da licença, em situações justificáveis, reforçando, portanto, a ideia de que a imputação de responsabilidade e o pagamento de indenização são momentos jurídicos distintos no direito brasileiro. Aliás, tal norma é prova expressa no direito brasileiro acerca da admissibilidade de cláusulas que limitam o montante indenizatório devido sob um contrato.

A questão principal imposta por esse cenário, no entanto, consiste na definição do que justifica a limitação da indenização, que, como conceito jurídico indeterminado, caberá ao juiz fazer o exame do caso concreto e decidir pela validade do limite do montante máximo indenizatório.

Quando a licenciada ou cessionária do programa de computador é pessoa física, no entanto, tanto não é permitida a cláusula que limita ou reduz responsabilidade da licenciante ou cedente, como também a limitação do montante máximo indenizatório.

Feita essa análise acerca da validade das cláusulas de limitação de responsabilidade nos contratos entre particulares, esse trabalho passou a examiná-las nas relações envolvendo Entes Públicos.

Nas contratações realizadas por Entes Públicos não há como afastar a aplicação da Lei n. 8.666/1993, que determina em seu artigo 70 ser o particular responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

Do regime de responsabilidade imposto pela Lei n. 8.666/1993, é possível concluir que há mais semelhanças do que diferenças com as regras gerais impostas para a relação entre particulares, haja vista que, via de regra: (i) a responsabilidade do licenciante ou cedente do *software* depende de culpa; e (ii) não é facultado às partes dispor sobre o grau de responsabilidade que uma tem perante a outra.

Restou, então, analisar se seria possível estipular um montante indenizatório máximo pagável pelo licenciante ou cedente do programa de computador ao Ente Público diante de um dano advindo do contrato.

A nossa conclusão a respeito desse ponto é que, apesar do artigo 70 da Lei n. 8.666/1993 ser silente sobre possibilidade de se limitar o montante indenizatório máximo pagável pelo licenciante ou cedente ao Ente Público, o legislador limitou-se a determinar que a responsabilidade do particular perante a Administração é pelos danos diretamente causados, sem fazer qualquer tipo de ressalva ou restrição.

Nesse sentido, ainda que fosse estipulado um limite máximo para indenização, em virtude de uma interpretação abrangente do artigo 70 da Lei n. 8.666/1993, seria possível questionar a validade de tal cláusula nesses contratos.

Analisada a questão a respeito da viabilidade das cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos de licença ou cessão de *software*, esse trabalho se propôs a examinar a validade das cláusulas que limitam ou isentam responsabilidade por demandas de terceiros.

Nos contratos entre particulares não regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, mas pela Lei do *Software* e o Código Civil, conclui-se que não são válidas cláusulas afastando a imputação de responsabilidade em virtude de demandas de terceiros que tenham causalidade direta e imediata com a conduta de uma das partes contratantes.

A Lei do *Software* determina nulas as cláusulas que eximam as partes de responsabilidade por demandas de terceiros, porém, não se trata de uma extensão ao regime de responsabilidade civil imposto pelas normas gerais do Código Civil para incluir os danos indiretos. Pelo contrário, o dispositivo da Lei do *Software* deve ser interpretado no sentido que deve havernexo de causalidade direto entre a conduta de uma das partes do contrato e a demanda de terceiro para que surja a pretensão indenizatória.

Porém, nos contratos entre particulares onde não se estabelece uma relação de consumo, a nosso ver, é válida a avença que limita montante indenizatório máximo pagável diante de uma demanda de terceiro que tenha causalidade direta com a conduta das partes do contrato de licença ou cessão de software, pois não se trata de afastar a imputação de responsabilidade.

Nos contratos em que a relação entre as partes no contrato de licença ou cessão de *software* é de consumo, o mesmo racional descrito para os contratos regidos apenas pela Lei do *Software* e o Código Civil também é aplicável – ou seja, a demanda de terceiro deve ter causalidade direta com a conduta de uma das partes sob o contrato.

Quanto à limitação de um montante indenizatório máximo para demandas de terceiros nos contratos sujeitos às normas do Código de Defesa do Consumidor, o tratamento diferenciado atribuído às licenciadas ou cessionárias que são pessoas jurídicas e físicas relativo à fixação do montante máximo indenizatório também deve ser levado em consideração.

Em outras palavras, somente sob circunstâncias justificáveis pode se estipular o montante indenizatório máximo pagável em virtude de demandas de terceiros quando a licenciada ou cessionária for pessoa jurídica consumidora. Quando se tratar de pessoa física, tal cláusula será inválida.

Por último, no que diz respeito à validade das cláusulas de limitação de indenização por demandas de terceiros em contratos de licença ou cessão de *software* celebrados com Entes Públicos, o artigo 70 da Lei n. 8.666/1993, inclusive, reforça a ideia de que deve haver uma relação de causalidade direta entre tal demanda e o contrato, ao determinar que o particular é responsável pelos danos causados diretamente também a terceiros.

Por sua vez, a estipulação do montante máximo indenizatório nessas hipóteses pode ser questionada em virtude do fato de que o artigo 70 da Lei n. 8.666/1993 não faz qualquer ressalva ou limitação nesse sentido.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE *SOFTWARE*. **Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências, 2013**. Disponível em: <http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/dados-2011>. São Paulo. Acesso em: 23 de novembro de 2012.
- CALDEIRA, Patrícia. Caracterização da Relação de Consumo. Conceito de consumidor/fornecedor. Teorias Maximalista e Finalista. Análise dos Artigos 1º a 3º, 17 e 29 do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; e CALDEIRA, Patrícia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1º Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. 1º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- DENARI, Zelmo. Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 14º Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil. 7º Volume – Responsabilidade Civil**. 21º Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 7º Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.
- FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. 1º Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12º Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2008.
- GATES, Bill. **A Estrada para o Futuro**. São Paulo. Companhia das Letras. 1995
- GOMES, Orlando. **Obrigações. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito**. 16º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MALFATI, Alexandre David. Cláusulas Abusivas no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; e CALDEIRA, Patrícia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1º Ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. 4º Ed. Rio Grande do Sul: Editora Livraria do Advogado, 2005.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **A Boa-fé nos Contrato de Licença de Uso de Software**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Software2.pdf. Rio de Janeiro. Acesso em 5 de março de 2013, 20:30.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexibibilidade de Licitação Pública**. 1º Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume II, Teoria Geral das Obrigações**. 22º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 4º Vol, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 6º Ed. São Paulo: Editora LTR Ltda, 2006.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Software – Acesso ao Código Fonte e Transferência de Tecnologia**. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações (RDIT). Belo Horizonte. Editora Fórum. Ano 6, n.º 11, jul./dez. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11º Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil. Introdução e Parte Geral**. 11º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Legislação

Lei n. 4.657, DOU 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Lei n. 7.646, DOU 18 de dezembro de 1987.

Lei n. 8078, DOU 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

Lei n. 8.666, DOU 21 de junho de 1993.

Lei n. 9.609, DOU 19 de fevereiro de 1998.

Lei n. 10.406, DOU 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Julgados

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 541.967-BA**, Segunda Seção, Relator para acórdão Ministro Barros Monteiro, j. 10.11.2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1195642-RJ**, Terceira Turma, Relator para acórdão Ministra Nancy Andrichi, j. 13.11.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no AREsp n.º 265.845-SP**. Quarta turma. Relator para o acórdão Ministro Marco Buzzi, j. 18.6.2013.