

**Licença de uso de software à luz do Código de Defesa do Consumidor:
alternativas de minimização de riscos decorrentes de defeitos ou vícios
no fornecimento de software.**

*Software license under the protection code consumer: risk minimization
alternatives resulting from defects in software.*

Leandro Seberino da Silva ¹

Tarcísio Vilton Meneghetti ²

Resumo

O artigo faz uma análise dos deveres do fornecedor de software à luz do Código do Consumidor que se não observados podem vir a ocasionar danos aos usuários gerando a obrigação de indenizar. Tratando o funcionamento dos programas de computador de algo imprevisível e muitas vezes incontrolável, é importante a adoção de medidas preventivas à fim de minimizar riscos de mal funcionamento. Esclarece-se o que caracteriza a culpa do fornecedor de software, e a partir disso aponta para inúmeras estratégias preventivas que visam minimizar os riscos de culpa. No primeiro capítulo é tratado sobre o software, programas de computador, licença de uso, contrato conexos, suporte técnico, royalties, etc. No segundo aborda-se os princípios previstos no CDC, as obrigações dos fornecedores, os defeitos e vícios do produto e falha no serviço. Por fim, analisa-se, pela via jurisprudencial, quais as consequências jurídicas envolvendo danos ocasionados no fornecimento de softwares. Conclui sugerindo medidas específicas.

Palavras-chave: Licença de uso; Software; Defeito; Vício do produto; Falha do serviço.

¹ Universidade do Vale do Itajaí. Mestrando em Ciência Jurídica. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogado atuante nas áreas cíveis, tributário, aduaneiro e administrativo. E-mail: l.seberino@gmail.com.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Desenvolve pesquisas nas áreas de Propriedade Intelectual, Inovação Tecnológica. Professor do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: tmeneghetti88@gmail.com.

Abstract

The article is an analysis of the duties of the software supplier in the light of the Consumer Code. These duties are likely to cause harm to users, generating the obligation to indemnity, when not accomplished. To treat the operation of something unpredictable and often uncontrollable as computer programs, it is important to adopt preventive measures to minimize malfunction risk and therefore the responsibility of the suppliers when evidenced his guilt. The understanding of what is the software provider's fault it is important, and from that point is possible to adopt numerous preventive strategies to minimize the risks of guilt. The first chapter presents the software, computer programs, license to use, related contract, technical support, royalties, etc. The second chapter deals with the principles set out in the CDC, the obligations of suppliers, defects and vices of the product and service failure. Finally, by the judicial decision is reviewed which legal consequences are involved in the damage caused by faults or defects in the supply of software. It concludes by suggesting some specific measures.

Key-words: License to use. Software. Defect. Addition product . Failure of service.

Introdução

A informática não é um assunto meramente tecnológico, mas também objeto de consumo. Com a crescente demanda por recursos específicos fornecidos por programas de computador, o fornecimento de software virou uma indústria altamente lucrativa.

Sejam particulares ou grandes empresas, todos enquanto usuários enquadram-se no conceito de consumidor previsto na Lei 8.078/90, assim como quem fornece tais produtos e os serviços decorrentes enquadram-se no conceito de fornecedor.

Em face da grande demanda e da essencialidade dos programas de computador, cada vez maior é a responsabilidade dos fornecedores de software, que devem primar pela boa fé nas relações de consumo, visando sempre atender à demanda dos usuários cumprindo com a finalidade almejada por estes na contratação do uso do software.

Quando os fornecedores ficam aquém desta finalidade almejada, a ocasião é propícia a inúmeros problemas que podem ocasionar danos aos usuários. Nestas situações é preciso averiguar de quem é a culpa.

Os problemas são freqüentes, imprevisíveis e decorrem de variadas causas como: vírus, internet lenta, quedas de energia, falta de manutenção de equipamentos, utilização incorreta dos comandos, erros no software, falta de assistência técnica, etc.. Em face dessa imprevisibilidade é preciso que o fornecedor mantenha posturas proativas no sentido de minimizar riscos de problemas que em última análise podem ocasionar danos e gerar a obrigação de indenizar.

Diante disso, o objetivo do presente artigo é analisar o fornecimento de software à luz do Código consumerista, esclarecendo as principais categorias sobre o assunto, para o fim de sugerir alternativas preventivas de minimização de riscos.

Para tanto, num primeiro momento será tratado sobre o software, o contrato de licença de uso e os contratos decorrentes. Também será tratado sobre as disposições do Código do Consumidor aplicáveis na relação entre fornecedor de software e usuário, os deveres do fornecedor, assim como será esclarecido o que é defeito e vício do produto, falha do serviço e quais suas consequências jurídicas através de análise jurisprudencial.

O método adotado é o indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1. Contrato de licença de uso de software

O software pode ser entendido em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo o software engloba: o programa de computador; os documentos descritivos; e os documentos instrutivos como manual de instrução. Em sentido estrito o software é sinônimo de programa de computador que é um conjunto de instruções na forma de linguagem codificada

para empregar em máquinas automáticas de tratamento de informação, fazendo funcionar de modo específico e para fins específicos.³

Juridicamente, o termo software (em sentido amplo) é mais adequado para se utilizar do que o termo programa de computador, pois este está limitado a apenas um elemento, sendo que em um contrato para disponibilizar um software, seja ele qual for, não se disponibiliza apenas os comandos dirigidos ao equipamento de tratamento da informação, mas também a descrição do programa em linguagem comum (e não de computador), assim como o manual de instrução dirigido aos usuários.⁴

O software enquanto objeto de contrato entre o seu criador e o usuário possui as seguintes características: é um bem móvel, fungível (substituível) e imaterial, isto é, pode ser gravado em mídia como pen-drive, CD-room, por e-mail, podendo ser mobilizado; caso haja perda, permite que seja substituído por uma cópia; e não é palpável.⁵

Costuma-se designar de locação a natureza jurídica do contrato que autoriza um terceiro a usar um software. Ocorre que na locação uma das partes cede à outra o uso de coisa não fungível, bem como se trata o software de um bem imaterial. Por isso, conforme dispõe o art. 7º e 9º da Lei 9.609/98 (Lei do software), o contrato a se utilizar nestes negócios é a licença.⁶

A licença está relacionada com a autorização, concessão, permissão por parte do proprietário para transferir o direito de usar, comercializar ou desenvolver o bem imaterial (software) para terceiro. O proprietário neste caso é o próprio criador do software que o disponibiliza a outros por meio de um

³ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 14-16.

⁴ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 16.

⁵ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 123.

⁶ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 123.

contrato de licença, que pode dar o direito de comercializar; desenvolver; e/ou usar o software.⁷

Com o contrato de licença resguarda-se o direito de propriedade do criador do software que em contrapartida recebe uma remuneração periódica denominada *royalties* por disponibilizar seus direitos em favor de terceiros⁸. A licença é sempre parcial, pois se fosse total se estaria transferindo todos os direitos de propriedade do software para outrem.⁹

O direito de propriedade do software é protegido pelas Leis 9.609, que dispõe sobre a propriedade intelectual do programa de computador, e 9.610, que dispõe sobre direitos autorais.¹⁰ O artigo 50, §1º, da Lei 9.610 prevê a possibilidade de registrar o contrato que intermedeia os direitos de propriedade sobre o software em Cartório de Registro de Títulos e Documentos para que possa assim, produzir efeitos perante terceiros. Estando o contrato registrado em órgão público competente, é possível o estabelecimento de contratos online de adesão,¹¹ sendo permitido que o licenciado/contratante aceite os termos e condições contratuais na forma online, pelo próprio site do titular do software, sem precisar assiná-lo manualmente.¹²

O artigo 8º da Lei 9.609 prevê que o proprietário do software, denominado de licenciante, fica obrigado a assegurar aos usuários (licenciados) a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do software durante todo o prazo de validade técnica,

⁷ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 125.

⁸ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 64-67.

⁹ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 123-125.

¹⁰ SABINO, Vanessa Cristina. **Um estudo sistemático de licenças de software livre**. Dissertação para obtenção do título de mestre em Ciências da computação. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011. p. 19-21.

¹¹ LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. (Coord) e outros. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru/SP: EDIPRO, 2000. p. 273 e ss.

¹² BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 23-27.

sob pena de perdas e danos.¹³ Nos casos de licença de uso, a validade técnica estará relacionada com o tempo de contratação pelo usuário/licenciante, isto é, o término do período contratado corresponde com o término de validade técnica para o usuário, cessando também por parte do licenciante a obrigação de assegurar o adequado funcionamento do programa em relação àquele cliente específico.

1.1 Contratos conexos

Sempre que houver licença de uso de software, haverá necessariamente contrato conexo, isto é, um contrato dependente do outro; que poderá ser de manutenção preventiva; manutenção corretiva; de valor agregado; e formativa. Quanto mais recursos disponibilizados junto com o software maiores as chances de garantir o cumprimento da finalidade almejada com o contrato, suprimindo as necessidades do contratante/licenciado, trazendo benefícios para ambas as partes.¹⁴

A manutenção preventiva refere-se a atitudes proativas do fornecedor do software visando evitar erros no programa; a manutenção corretiva se dá quando já ocorreram problemas com o software e pretende-se consertar; a manutenção de valor agregado visa dar mais funcionalidade ao software por meio da complementação de recursos no mesmo; e a manutenção formativa está relacionada com o empenho do fornecedor do software em passar todas as informações sobre o seu funcionamento aos usuários.¹⁵

Quanto mais complexo e essencial é o software fornecido maior é a responsabilidade do fornecedor, sugerindo-se a implementação de todas as alternativas acima listadas para evitar problemas com o usuário. Inclusive, a

¹³ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 128.

¹⁴ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 128-130.

¹⁵ LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. (Coord) e outros. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru/SP: EDIPRO, 2000. p. 455 e ss.

depende da complexidade do software (e nestes casos tratam-se de empresas contratantes) exige-se que seja contratado um funcionário com conhecimentos técnicos de informática e informativo sobre o software para lidar com eventuais problemas.¹⁶

Nos casos de softwares de menor complexidade, ainda assim se trata de software que proporciona recursos importantes para quem contrata. Por isso, ainda assim, é recomendável manter no mínimo ações de prevenção; disponibilização de meios para os usuários requisitarem manutenções corretivas; empenho formativo, tanto no início do contrato com o cliente quanto disponibilizando manual de instruções; além de buscar sempre atualizar o software visando evitar erros.¹⁷

A contratação de licença de uso do software e dos serviços conexos pode se dar conjuntamente ou de forma separada a depender das características do software, que pode ser classificado como: software por encomenda; software de prateleira; e software de nicho.¹⁸

Quando o software é feito por encomenda, é criado para atender as necessidades peculiares de uma empresa específica, o que demanda muito esforço para garantir o adequado funcionamento, exigindo-se todas as alternativas conexas ao contrato de software (prevenção, correção, valor agregado e formação), além de exigir que a própria contratante tenha um técnico destinado unicamente para garantir o adequado funcionamento do programa.¹⁹

¹⁶ AREAS, Patrícia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como Limitante da Autonomia da Vontade.** Dissertação mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC: 2006. p. 46 e ss.

¹⁷ AREAS, Patrícia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como Limitante da Autonomia da Vontade.** Dissertação mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC: 2006. p. 46 e ss.

¹⁸ AREAS, Patrícia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como Limitante da Autonomia da Vontade.** Dissertação mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC: 2006. p. 46 e ss.

¹⁹ AREAS, Patrícia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como Limitante da Autonomia da Vontade.** Dissertação mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC: 2006. p. 46 e ss.

Quando o software assume características preponderantemente de prateleira e de nicho significa que é disponibilizado de forma indistinta a qualquer interessado (assim como todos os produtos disponibilizados em prateleiras), bem como, é destinado a uma finalidade específica (por isso de nicho).²⁰

Nestes casos, sugere-se que o contrato de software seja remunerado apenas pelos *royalties*, sendo os objetos conexos (manutenção preventiva, corretiva e formativa) tratados em cláusulas específicas, sem que haja remunerações adicionais. Recomenda-se remuneração separadamente para estes objetos conexos somente quando houver grande demanda para isso e os problemas apresentados forem relacionados à aprimoramento do software, e não à defeitos ou vícios.

Os defeitos no software estão relacionados a uma deficiência anormal, - isto é, que não se espera - do produto ou serviço. Deficiência esta que coloca em risco a saúde ou segurança do consumidor, podendo vir a causar danos a pessoa deste.²¹ Já os vícios são anomalias que afetam a funcionalidade do produto ou serviço ou o valor destes.²² Estes últimos são objetos de garantia ao usuário, por isso não pode haver remuneração quando da requisição do desenvolvedor/fornecedor do software para resolução destas anomalias. Ressalta-se que manutenção é diferente de garantia, sendo esta regulada pela legislação do consumidor (Lei 8.072/90) aplicável à relação entre fornecedor de software e usuário quando ocorre algum vício, ao contrário da manutenção que está relacionada à prestação de serviço de manutenção do software.²³

²⁰ AREAS, Patrícia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software**: O Direito Moral do Autor como Limitante da Autonomia da Vontade. Dissertação mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC: 2006. p. 46 e ss.

²¹ GOMES, Polliana Morena. **Responsabilidade Civil do Fornecedor de Serviço de Desenvolvimento de Software no Brasil**. Monografia para obtenção do título de bacharel em Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2005. p. 64 e ss.

²² GOMES, Polliana Morena. **Responsabilidade Civil do Fornecedor de Serviço de Desenvolvimento de Software no Brasil**. Monografia para obtenção do título de bacharel em Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2005. p. 71 e ss.

²³ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 128-136.

2. Fornecimento de software à luz do código de defesa do consumidor

No Brasil a relação entre proprietário de software e usuário é considerada de consumo, sendo aplicável a Lei 8.072/90, que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, devendo prevalecer as respectivas disposições sobre as demais legislações que terão caráter secundário. Alguns princípios da referida lei sempre devem ser observados pelo fornecedor do software (art. 6º, CDC): isonomia, precaução, proteção, transparência, e qualidade, entre outros.²⁴

A relação entre fornecedor do software e consumidor usuário é desigual, porque o primeiro detém conhecimentos técnicos que o segundo não possui²⁵. Visando igualar esta relação, o princípio da isonomia estabelece disposições legais na Lei 8.072/90, que favorecem o consumidor, tais como: inversão do ônus da prova; interpretação de cláusulas sempre em favor do consumidor; nulidade de cláusulas restritivas de direitos ou de difícil compreensão (cláusulas abusivas) entre outros.²⁶

A inversão do ônus da prova favorece o consumidor na medida em que se presumem verdadeiras as afirmações quanto à existência de defeitos e danos decorrentes ou quanto à não solução de vícios existentes no objeto do contrato (software), cabendo ao fornecedor comprovar o contrário. Não o fazendo, deve ser obrigado a solucionar os problemas e ser responsabilizado por eventuais danos ocasionados.²⁷

²⁴ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 68 e ss.

²⁵ BRANCHER, Paulo Marcos. **Contratos de Software**. Florianópolis/SC: Visualbooks, 2003. p. 68 e ss.

²⁶ MACEDO, Luiz Cláudio Pereira de. **Responsabilidade Civil do Fabricante/Fornecedor de Software**. JUS NAVIGANDI. Publicado em: 10/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3275>>. Acesso em 13/07/2015.

²⁷ MACEDO, Luiz Cláudio Pereira de. **Responsabilidade Civil do Fabricante/Fornecedor de Software**. JUS NAVIGANDI. Publicado em: 10/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3275>>. Acesso em 13/07/2015.

O princípio da precaução e proteção estabelece que o fornecedor deve sempre manter esforços preventivos a fim de evitar defeitos ou vícios no software que façam com que não atinja a finalidade almejada com a contratação. Esta prevenção é imposta visando garantir a incolumidade física, psíquica e econômica. Em outras palavras, devem-se evitar problemas que gerem danos físicos aos usuários, incomodações e sensação de impotência ante os problemas existentes no objeto do contrato (software), e prejuízos econômicos.²⁸

O princípio da transparência obriga o fornecedor a orientar o usuário quanto aos riscos inerentes à contratação do software, estabelecendo previamente as condições a fim de evitar surpresas indesejadas, bem como quanto ao modo de utilização do software, sob pena de se considerar defeitos ou vícios passíveis de responsabilização. Por isso, é importante delimitar/descrever detalhadamente os atributos e recursos do software contratado, as limitações existentes, as obrigações das partes, os riscos envolvidos, dentre outras questões.²⁹

Por fim, o princípio da qualidade exige que se forneçam produtos ou serviços com a qualidade que o consumidor comum dele espera, isto é, deve atingir a finalidade almejada. Não atingindo, haverá responsabilidade, ante a ocorrência de danos, imputável ao fornecedor.

2.1 Vícios do produto, falhas no serviço e consequências jurídicas

Dois conceitos importantes a serem esclarecidos quando se pretende recorrer a medidas de prevenção para evitar os riscos de responsabilidade por

²⁸ MACEDO, Luiz Cláudio Pereira de. **Responsabilidade Civil do Fabricante/Fornecedor de Software**. JUS NAVIGANDI. Publicado em: 10/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3275>>. Acesso em 13/07/2015.

²⁹ LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. (Coord) e outros. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru/SP: EDIPRO, 2000. p. 458 e ss.

danos em face do fornecimento de software: Vício no software e falha na prestação de serviço de suporte técnico do software.³⁰

No caso do contrato de licença de uso de software, haverá vício no produto quando o software possuir erros que impedem sua utilização parcial ou integral. Haverá falha na prestação do serviço quando o suporte do fornecedor esperado fica aquém das expectativas do usuário, exemplo, atrasos na solução de problemas existentes; omissão quando da necessidade de sanar dúvidas existentes.³¹

O artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor prevê prazo para reclamar de vício no produto. Isto se aplica aos casos de fornecimento de software e significa que o usuário deve ter um prazo razoável para o uso do software, sendo que após esse período presume-se que o mesmo funciona adequadamente. O artigo 49 também prevê prazo razoável para que o usuário manifeste aceitação quanto ao software contratado (neste caso pela internet). Após esse período, que é de 7 dias, configurada estará a aceitação inequívoca, dando a certeza de que o usuário ao experimentar os recursos do software, se continuou usando manifestou certeza de que o produto corresponde à oferta formulada pelo fornecedor do software.

Havendo vícios comunicados ao fornecedor, este tem que resolver em um prazo máximo de 30 dias, sendo que, não o fazendo, deve restituir a quantia paga; ou abater o preço de forma proporcional. Se houver a inutilização total do software durante todo o período contratado, o fornecedor terá que devolver todo o valor gasto pelo usuário na contratação pelo uso, sem prejuízo de outras responsabilidades. Se a inutilização for parcial, deverá haver devolução proporcional.

Fato comum é a imprevisibilidade de problemas em software. Defeitos ou vícios são diferentes de problemas decorrentes de caso fortuito ou força maior (fatos originários de causas além do controle do fornecedor como vírus,

³⁰ LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. (Coord) e outros. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru/SP: EDIPRO, 2000. p. 457 e ss.

³¹ GOMES, Polliana Morena. **Responsabilidade Civil do Fornecedor de Serviço de Desenvolvimento de Software no Brasil**. Monografia para obtenção do título de bacharel em Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2005. p. 71.

internet lenta; fatos da natureza como chuvas, ventos, quedas de energias); que são inevitáveis, imprevisíveis e extraordinários, estando fora do controle do fornecedor de software e, por isso, se constatados, atenuam sua culpa.³²

Ocorre que existem situações que refogem a inevitabilidade, imprevisibilidade, extraordinariedade e caracterizam claramente descaso por parte do fornecedor, e, por isso, existem riscos de ocasionar danos e a consequente obrigação de indenizar³³.

2.2 Análise jurisprudencial

Foi realizada pesquisa na jurisprudência de Tribunais do Estado de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná. Foram coletadas decisões envolvendo responsabilidade civil do fornecedor de software e realizada a leitura e análise das informações, a fim de verificar o entendimento dos juízes competentes em cada caso.

Com base nesta pesquisa, foi possível identificar os principais problemas que ocorrem entre fornecedor de software e consumidor usuário; e chegar a conclusões que podem servir de base preventiva para atuar no fornecimento de software.

Trechos destacáveis:

TJSC. [...] INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO PARTICULAR DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE. [...] ALEGAÇÃO DE QUE SE ESMEROU PARA ATENDER O OBJETO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS E TAMPOUCO DE INDÍCIOS A CORROBORAREM AS ASSERTIVAS [...]. PARTE AUTORA QUE FAZ JUS À RESCISÃO CONTRATUAL E A DEVOLUÇÃO DA PARCELA PAGA. [...] sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca da Capital que [...] julgou procedentes os pedidos formulados [...] para decretar a rescisão do contrato de licença de uso de software firmado entre as partes; declarar a inexistência de débito [...]; condenar a [...] devolver [...] o

³² MACEDO, Luiz Cláudio Pereira de. **Responsabilidade Civil do Fabricante/Fornecedor de Software**. JUS NAVIGANDI. Publicado em: 10/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3275>>. Acesso em 13/07/2015.

³³ MACEDO, Luiz Cláudio Pereira de. **Responsabilidade Civil do Fabricante/Fornecedor de Software**. JUS NAVIGANDI. Publicado em: 10/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3275>>. Acesso em 13/07/2015.

valor correspondente à parcela paga [...]; [...] pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, [...]. [...] restou satisfatoriamente comprovado que o produto e a prestação do serviço oferecido pela apelante era viciado e defeituoso, não atingindo o objetivo pactuado, senão veja-se: “[...] a loja ficou sem sistema por uma semana (na semana passada) [...] a base de dados corrompeu. [...] O sistema ainda não funciona com a bandeira da VISA; Isto foi prometido em agosto para 15 de Setembro. [...] Estamos pior do que estávamos antes (pelo menos o sistema rodava). A empresa local não parece dominar o produto nem a Tecnologia. Já houve perdas de dados (isto que o sistema ainda nem entrou em funcionamento). [...]”. [...] restou demonstrado que nem o serviço nem o produto oferecidos pela recorrente correspondiam ao objeto do contrato, não há como manter a avença celebrada entre as partes [...].³⁴

TJSC. [...] INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES [...]. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E CESSÃO DE DIREITOS DE USO PARA PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EMPRESA CONTRATANTE QUE NÃO TEM CONHECIMENTO TÉCNICO APROFUNDADO ACERCA DO SOFTWARE EMPRESARIAL CONTRATADO. [...] Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica que se encontra em vulnerabilidade técnica quando adquire novo sistema de banco de dados e recebe a prestação de serviços de informática de empresas específicas deste ramo tecnológico. PERÍCIA JUDICIAL. CONSTATAÇÃO DE VÍCIO DE QUALIDADE NO FORNECIMENTO DOS SERVIÇOS, BEM COMO NA UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA. [...] FALTA DE ZELO NAS SOLICITAÇÕES DA CONTRATANTE. DESRESPEITO AO CRONOGRAMA DE IMPLANTAÇÃO DO SOFTWARE. CONFIGURAÇÃO DE ERRO NO SISTEMA. [...] São civilmente responsáveis, por prestarem serviços com vício de qualidade, as empresas que desenvolvem programas empresariais, e a respectiva assistência, quando comprovadamente atuam com atraso na solução das dúvidas do cliente e, inclusive, descumprem prazos referentes à implantação do novo sistema e importação dos dados antigos. [...] a prestação dos serviços, desde o início, nunca foi realizada a contento, na medida em que constantes as reclamações acerca da sua qualidade. A assistência, aliás, quando ocorria, não raro era ineficiente, porque cumprida a destempo. [...] assume especial relevo o atraso na finalização da etapa de implantação do sistema [...] intensa troca de e-mails levada a efeito pelas partes [...], a imensa maioria, friso, a questionar o cumprimento dos prazos para a implantação do programa, além dos relatos de irresignação com a má qualidade da prestação dos serviços. [...] diante da existência de erro no programa [...] quanto de má prestação dos serviços [...] cuja comprovação foi robusta [...] os pedidos de declaração de

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.056831-7**, da Capital. Relator Sérgio Izidoro Heil. Julgamento em 29/09/2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000CK3C0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3823687&pdf=true>>. Acesso em 28/02/2016

inexigibilidade do débito e de restituição dos valores são procedentes [...].³⁵

TJRS. [...] LICENÇA DE USO. SOFTWARE DE GERENCIAMENTO EMPRESARIAL. PEDIDO DE RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO. [...] A OBRIGAÇÃO PRINCIPAL DO CONTRATO NÃO FOI CUMPRIDA PELA [...] CONTRATADA. [...]. FALTA DE PROVA DE QUE O INADIMPLEMENTO SE DEU POR CULPA DA AUTORA. [...] INADIMPLEMENTO CONTRATUAL QUE AUTORIZA A RESOLUÇÃO DA AVENÇA. [...]. RETORNO DAS PARTES AO *STATUS QUO ANTE*. DEVOLUÇÃO [...] DOS VALORES [...]. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. [...] Embora [...] tenha mostrado empenho em realizar a tarefa para a qual havia sido contratada, a obrigação principal não foi cumprida, pois o sistema nunca entrou em funcionamento e nunca foi emitida sequer uma nota fiscal.³⁶

TJSP. [...]. VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO. Contratação envolvendo o desenvolvimento e assistência técnica para implantação de software. RELAÇÃO CONSUMERISTA. [...]. VULNERABILIDADE TÉCNICA. [...]. Prova pericial que evidencia falhas sistêmicas no produto e no serviço de assistência prestado [...]. Condenação das requeridas à adequação do produto e restituição dos valores recebidos em função do serviço de assistência prestado de forma deficitária. [...] o programa desenvolvido pela ré apresentou falhas sistêmicas, aptas a provocar erro. [...] havendo comprovação de deficiência do software desenvolvido, indícios verossímeis [...] não havendo prova concreta de culpa exclusiva da consumidora, imperioso o acolhimento [...] reconhecendo-se o direito [...] à adequação do produto [...]. [...] no tocante ao serviço de assistência técnica fornecido, também notória a deficiência, não só pela demora na identificação e solução dos problemas apontados pelo perito judicial, mas também pelo parco auxílio que prestava ao consumidor. “[...] não recebeu ou não detém nenhum manual para a utilização do Sistema [...], razão pela qual conclui-se forçoso admitir que alguém sem o mínimo de instrução e orientação técnica, possa operar com intimidade um Sistema dessa Natureza. Ainda, claro ficou que o Atendimento prestado [...] é em regra telefônico, o que dificulta por demais a otimização dos processos de implantação e operação do Sistema [...]”.³⁷

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.030677-9**, de Timbó. Desembargador substituto Jorge Luis Costa Beber. Julgamento em: 05/09/2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010001Q3N0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6036725&pdf=true>>. Acesso em: 28/02/2016.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70037720158**, de Porto Alegre. Relator Rafael dos Santos Júnior. Julgamento em: 27/09/2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 23/02/2016.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0040844-32.2007.8.26.0071**, da Comarca de Bauru. Relator Hugo Crepaldi. Julgamento em: 23/07/2015. Disponível em:

TJPR. [...] DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...]. CONTRATO DE LICENÇA DE USO, MANUTENÇÃO E SUPORTE DE SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO EMPRESARIAL – SOFTWARE. ARTIGO 476 DO CÓDIGO CIVIL. “EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO”. ÔNUS DE PROVAR O ADIMPLEMENTO CONTRATUAL QUE INCUMBIA À FORNECEDORA DE SERVIÇOS. [...]. MANTIDA A INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA RELATIVA À NOTA FISCAL. DANOS MORAIS. [...] nos contratos bilaterais, cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. [...] nenhum dos contratantes pode exigir o adimplemento da obrigação do outro se não cumprir com a sua própria obrigação. [...] existência de falhas operacionais diversas.³⁸

Da leitura dos trechos citados é possível enumerar resumidamente peculiaridades no entendimento prevalente dos tribunais pesquisados. Considerações que complementam a doutrina e a lei, ou que no mínimo corroboram o quanto já exposto neste trabalho.

Assim, destaca-se: a relação entre fornecedor de software e usuário contratante é de consumo; o contrato de licença de uso de software e prestação de suporte destina-se a uma ‘finalidade almejada’; o não alcance de tal finalidade caracteriza-se pelo vício no software e/ou falha na prestação do suporte técnico que podem vir a causar danos; são exemplos de vícios: não funcionamento integral ou parcial do software, assistência ineficiente, demora na resolução de problemas requisitados, perda de prazos, não instrução adequada, não fornecimento de manual de instruções, dificuldade na comunicação com o suporte; cabe ao fornecedor comprovar que não houve vício; constatado, impõe-se a rescisão contratual ou a adequação do produto; na rescisão, impõe-se a devolução de valores total ou parcialmente; tornando-se tais cobranças indevidas; impõe-se multa, se houver no contrato; haverá condenação em custas do processo e honorários de advogados; poderá haver condenação em danos morais.

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8637173&cdForo=0&vlCaptcha=aUMtb>>
. Acesso em: 04/02/2016.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 1.209.423-4**, de Foz do Iguaçu. Relator D’artagnan Serpa Sá. Julgamento em: 30/07/2014. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 04/02/2016.

Considerações Finais

De todo o exposto evidenciado está a importância em adotar medidas que respeitem a boa fé contratual das relações de consumo. Assim, alguns exemplos de boas práticas do fornecedor são: estabelecer cláusulas que respeitem o CDC (Código Consumidor) sem restringir direitos inerentes; especificar detalhadamente o objeto do contrato: recursos do software, limitações, etc.; mostrar-se sempre disponível aos usuários quando necessitarem de suporte; não demorar mais do que 30 dias para resolver problemas levantados pelos usuários; realizar manutenção: preventiva, corretiva, de valor agregado e formativa; evitar manutenção que interrompe o software em horários de pico de uso; ficar atento quando houver requisição para solução de problemas que impedem o uso total do software; manter sempre postura diplomática e flexível quando ocorrerem problemas frequentes; compensar valores cobrados quando houver interrupção de uso significativa; disponibilizar cursos de orientação para uso adequado ao programa seja na forma oral ou escrita; disponibilizar manual de instruções ao usuário online; disponibilizar o contrato e termos de condições online; proporcionar prazo razoável para “degustação” (sugerido entre 7 à 30 dias); realizar backup automático, periódico e freqüente dos dados dos usuários; disponibilizar ferramenta de backup para o próprio usuário. Também é recomendável a contratação de seguro-garantia.

Indicativo importante de riscos de danos causados por problemas decorrentes do fornecimento de software é quando ocorrer: vício que inutilize integralmente o software; registro de reclamações freqüentes por parte do usuário; demora na solução das reclamações registradas; impossibilidade de solução de problemas registrados. Estas hipóteses são situações críticas que colocam riscos de responsabilidade, pois aumentam as chances de ocasionar danos aos usuários.

É preciso que o fornecedor fique alerta nestas situações, perguntando constantemente: “o software está cumprindo a finalidade almejada?” Se sim, a

relação negocial está sendo satisfatória, se não, deve-se melhorar a situação, por haver grandes riscos de responsabilização por eventuais danos.

No que diz com a inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor, este deve munir-se de informações aptas a comprovar o adequado funcionamento, o adequado suporte prestado e a adequada utilização pelo usuário do software através de registro do máximo de informações possíveis sobre os clientes como: acesso de login e logoff do usuário; backup freqüente de dados lançados; registro de conversas; comprovantes de problemas ocasionados; fornecimento de curso de orientação para utilização do software (escrito), exigindo-se recibo de que recebeu curso de orientação de uso; condicionar o uso do software ao aceite do contrato; aprimorar o requinte e a complexidade na manifestação da aceitação dos termos e condições do contrato; após cadastro do usuário enviar automaticamente e-mail de confirmação com código de liberação, (inserindo-se cláusula de presunção de aceitação após inserção de tal código de confirmação no término do cadastro do usuário); disponibilização dos termos e condições do contrato online; dar carência de 'degustação' do software para após começar a cobrar pela licença de uso (7 a 30 dias); registrar toda comunicação realizada com o cliente; registrar o contrato no tabelionato de títulos e documentos, caso não esteja registrado no INPI ou outro órgão público, para produção de efeitos perante terceiros e proteção da propriedade intelectual.

Estas são as recomendações, sem prejuízo de outras a serem concretizadas agindo sempre visando satisfazer os interesses do usuário do software.

Referências Bibliográficas

AREAS, Patricia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software**: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade. Mestrado em Direito. UFSC: Florianópolis, 2006.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Contratos de Software**. Florianópolis, Visual Books, 2003.

BRASIL. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 25 ago 2015.

BRASIL. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 ago 2015.

BRASIL. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná.** Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 25 ago 2015.

BRASIL. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 25 ago 2015.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Licença de Uso e Locação de Software:** A fungibilidade do programa de computador ou Porque os proprietários ou titulares de direito sobre software não podem firmar contratos de locação. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290946174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 ago 2015.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software:** Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Polliana Morena. **Responsabilidade Civil do Fornecedor de Serviço de Desenvolvimento de Software no Brasil.** Monografia para obtenção do título de bacharel em Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2005.

LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. (Coord) e outros. **Direito & Internet:** Aspectos Jurídicos Relevantes. Bauru/SP: EDIPRO, 2000.

MACEDO, Luiz Cláudio Pereira de. **Responsabilidade Civil do Fabricante/Fornecedor de Software.** JUS NAVIGANDI. Publicado em: 10/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3275>>. Acesso em 13/07/2015.

MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. **Autoria e Titularidade em Jogos Eletrônicos.** Mestrado em Direito. UFSC: Florianópolis, 2013.

SABINO, Vanessa Cristina. **Um estudo sistemático de licenças de software livre.** Dissertação para obtenção do título de mestre em Ciências da computação. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.