
RESPONSABILIDADE CIVIL NA INFORMÁTICA*

Gilson Delgado Miranda

Juiz de Direito em São Paulo capital. Professor de Direito Processual Civil convidado para os Cursos de Graduação e Pós-Graduação, *lato sensu*, da Faculdade de Direito de Bauru.

“O conceito científico de que o universo se constitui de uma quantidade constante de matéria e energia evoluiu ultimamente para a aceitação de que a energia e matéria se integram através de um outro elemento, a informação, que caracteriza o grau de organização do conjunto. Começamos a perceber que a inteligência é uma propriedade intrínseca do universo, e que a informação, constituída de inteligência codificada, é o veículo de sua expressão. Toda célula viva, todo cristal, todo corpo, detém, então, certa quantidade de informação que determina o modo de interação de sua matéria e energia, em permanente transformação. A informação é, assim, a base de organização de todas as coisas, de cada ser vivo da sociedade.”¹

Sumário: 1.- Noções Gerais; 2.- Evolução do Regime Jurídico do Software; 2.1.- Proteção de Propriedade; 2.2. - Direito do Autor; 3.- Regime Jurídico do Software no Brasil; 3.1.- Do Regime Especial Instituído pela Lei nº 7.646/87; 4.- A Proteção do Consumidor Usuário de Informática; 5.- Sistema Tutelar Genérico do Direito do Autor Fornecedor; 6.- Responsabilidade Civil por Prejuízos ao Autor; 6.1.- Das Medidas Judiciais; 7.- Responsabilidade Civil decorrente de Relação de Consumo; 8.- Conclusões; 9.- Bibliografia.

* Monografia apresentada no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência da matéria: Responsabilidade Civil, no primeiro semestre de 1995.

¹ Rômulo Villar Furtado, “Telecomunicações - da ilusão da autonomia à realidade”, artigo publicado no Caderno Especial do Jornal do Brasil, de 02.12.84; *apud* Tarcísio Queiroz Cerqueira, Software - Direito Autoral e Contratos, Rio de Janeiro, Fotomática Editora e Editora e Gráfica Polar, 1993, p. 42.

1. NOÇÕES GERAIS

O avanço de todas as ciências está umbilicalmente ligado à evolução da informática, que tem por objeto tratar de forma automática a informação com base no processamento eletrônico. A informática, assim, faz parte hoje do cotidiano do homem contemporâneo, daí a importância do tema proposto.²

Neste campo, destaca-se o software ou o programa de computador que é o conjunto de instruções capaz de fazer funcionar para fins e de modo determinado o computador.³ Isto é, segundo a definição utilizada em vários textos legais, tais como a Emenda de 1980 à Lei Autoral dos USA e o Projeto de Lei Tipo para a proteção do software, preparado pela O.M.P.I., programa de computador é o conjunto de instruções a serem dadas direta ou indiretamente por um computador (chamado hardware) a fim de obter um determinado resultado. Vale dizer, são seqüências de comandos com a finalidade de permitir que o hardware execute as tarefas desejadas.

Aí reside o centro da diferenciação: o software representa a diferença entre o produto final de informática em contraposição ao de outras indústrias. Neste existe a necessidade, além do equipamento (hardware), do suporte que o faça útil para inúmeras atividades (software). Nas outras indústrias o produto final é acabado, limitando-se à sua função.⁴

Por força desta diferença é que se diz que o software é peça fundamental para a informática. É o programa que possibilita o funcionamento da máquina e, por isso, ultrapassa o hardware em termos de importância comercial ou cientificamente.

² Fernando Eduardo Serec, "Os Avanços Brasileiros da 'Lei do Software' e de sua Regulamentação", Revista de Direito Civil 46/152.

³ Fernando Eduardo Serec, "Os Avanços Brasileiros da 'Lei do Software' e de sua Regulamentação", Revista de Direito Civil 46/152.

⁴ Fernando Eduardo Serec, "Os Avanços Brasileiros da 'Lei do Software' e de sua Regulamentação", Revista de Direito Civil 46/152.

No Brasil, o programa de computador está conceituado no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.646, de 18.12.1987.⁵

2. EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DO SOFTWARE

Os desencontros decorrentes das particularidades do software implicaram em certa controvérsia quanto ao melhor tratamento jurídico a ele aplicável. É difícil negar que a esta modalidade de produção intelectual apresenta, num só passo, elementos tanto da propriedade industrial, quanto dos chamados direitos autorais.

Desta feita, força concluir ser imperioso analisar historicamente o tema.

2.1. PROTEÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Quando se pensou em proteção jurídica do software, num primeiro momento, tentou-se enquadrá-lo, em vários países, nas normas reguladoras das patentes de invenção.

Conforme nos ensina Rubens Requião: “Para ser concedida a patente, que é o título da concessão do privilégio, seja de invenção, de modelo de utilidade ou de modelo e desenho industriais, é necessário que seja

⁵ A definição de Programa de Computador, de acordo com a Lei do Software, é a seguinte: “Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas; de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos, ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital, para fazer funcionar de modo e para fins determinados.” Essa definição tem sido criticada pela doutrina. Veja-se, nesse ponto, o pronunciamento de Tarcísio Queiroz Cerqueira (Software - Direito Autoral e Contratos, Rio de Janeiro, Fotomática Editora e Gráfica Polar, 1993, p. 55), pinçado da seguinte maneira: “A definição oficial de programa de computador, do parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 7.646/87, repetida desnecessariamente no art. 2º do Decreto Regulamentador, contém erros tanto de ordem técnica quanto de ordem jurídica. Primeiro não há que se falar se a linguagem é natural ou codificada, pois pouco importa a linguagem do programa - basta sabermos que é um ‘conjunto de instruções’. Depois, como se pode perceber o termo ‘linguagem natural’ não possui definição precisa.”

considerada original e nova; seja suscetível de utilização industrial; e seja lícita. Daí os quatro requisitos legais: a) originalidade; b) novidade; c) industrialização; d) licitude.”⁶

O software, sem dúvida, pode ser original, novo e lícito, havendo, assim, com relação a esses requisitos, a possibilidade de enquadramento nas normas de patentes de invenção. Entretanto, “o requisito industrialidade não seria cumprido, tendo em vista que o programa de computador não é o meio de produção. A despeito de sua possível utilização a um processo produtivo, é o hardware que realiza esse processo”.⁷

Por isso, são passíveis de patenteamento o computador e acessórios; o software não.

Já em 1973 a Convenção da Patente Européia, realizada em Munique, excluiu expressamente os programas de computador da patenteabilidade.⁸

2.2. DIREITO DO AUTOR

Os Direitos Autorais no nosso país estão disciplinados na Lei n. 5.988, de 14.12.1973, que tutela os danos intelectuais.

O art. 6º, *caput*, da Lei n. 5.988 dispõe que são obras intelectuais as criações de espírito de qualquer modo exteriorizadas, tais como.

É verdade que o art. 6º suso referido não aponta o software como forma de exteriorização da obra intelectual; todavia isto não basta para a exclusão. De fato, a enumeração apresentada não é taxativa, isto porque o legislador, sabiamente, anteviu outras formas de exteriorização. E isto resta claro da

⁶ Curso de Direito Comercial, 12a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1º vol., 1985, p. 216.

⁷ Fernando Eduardo Serec, “Os Avanços Brasileiros da ‘Lei do Software’ e de sua Regulamentação” Revista de Direito Civil 46/152.

⁸ Segundo esclarece Pedro Chaloupka, a patenteabilidade do software não está negada de modo absoluto e cerrado, pois existe no mundo alguma bibliografia (Eduardo Galán Corona, *En torno de la protección jurídica del soporte lógico*. RDCO, 1983, p. 329-359) informando como que em certos casos pessoas conseguiram em alguns países patentes de invenção para inventos que substancialmente consistem em programas de computador (*Derechos Intelectuales - “El Derecho de la Informática”*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, p. 82).

análise da expressão “tais como”.

“Não há como se negar ao criador do *software* genialidade na elaboração do programa, obra intelectual, criativa, capaz de fazer funcionar de diversas formas e para várias aplicações a mesma máquina (computador).”⁹

Indiscutivelmente, “o *software* é criação intelectual estética, de natureza científica, destinando-se a aplicações inúmeras, em função das finalidades perseguidas no plano da informática.”¹⁰

O sistema autoral tem o condão de preservar os interesses dos titulares, conta com prazos mais extensos de utilização e permite comercialização segura e de proporções amplas no cenário negocial internacional.¹¹

Com base nos elementos referidos e ultrapassadas as discussões iniciadas a nível das Nações Unidas em 1970, com o trabalho da O.M.P.I., sufragou-se, internacionalmente, a tese da proteção pelo Direito do Autor.¹²

⁹ Fernando Eduardo Serec, “Os Avanços Brasileiros da ‘Lei do Software’ e de sua Regulamentação”, Revista de Direito Civil 46/152.

¹⁰ Carlos Alberto Bittar, “O Regime Legal do Software no Brasil”, RT 677/13.

¹¹ Carlos Alberto Bittar, “O Regime Legal do Software no Brasil”, RT 677/13.

¹² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), publicación n(814, Ginebra, 1978; apud Pedro Chaloupka, Derechos Intelectuales - “El Derecho de la Informática”, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, p. 82.

De fato, adotou-se um regime mais próximo da propriedade intelectual do que das patentes de invenção, mas com uma sensível vantagem de não ter convivido sob uma só lei de propriedade intelectual tradicional e de particularidades do direito dos criadores de software.¹³

¹³ As disposições, em apertada síntese, segundo Pedro Chaloupka (Derechos Intelectuales - "El Derecho de la Informática", Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, p. 82), podem ser resumidas da seguinte forma: a) El art. 1º, define los conceptos de "programa de ordenador" (conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específicos), "descripción de programa" una presentación completa de procedimientos en forma verbal, esquemática u otra, lo suficientemente detallada para determinar un conjunto de instrucciones que constituya el programa de ordenador correspondiente) y "material auxiliar" (todo material distinto de un programa de o ordenador de una descripción de programa creado para la comprensión o aplicación de un programa de ordenador, como, por ejemplo, descripciones de problemas e instrucciones para el usuario), El software o "soporte lógico" sería uno o varios de los tres elementos anteriormente definidos. b) El art. 2º (trata de la autoría del software, y, en particular el caso de los creadores empleados, así como las transferencias entre vivos y mortis causa. c) El art. 3º establece el requisito de originalidad (resultado del esfuerzo intelectual personal de su creador) para la protección legal, d) El art. 4º delimita los alcances de la protección al decir que ella será extensiva a los conceptos en que se base el soporte lógico. e) El art. 5º, a diferencia del anterior, pareciera apartarse del régimen de los derechos autorales, ya que entre los supuestos allí enumerados, configurantes de qué es lo que el titular del derecho puede impedir, se encuentra expresamente prevista la mera utilización no autorizada del software protegido. f) El art. 6º, que trata de las infracciones, excluye de entre éstas la creación independiente (esto es, el caso de que alguien desarrollara un programa igual o muy similar al amparado, pero sin haber tenido conocimiento previo de éste) y la presencia del software protegido en un país a bordo de medios de transporte que desde afuera penetren en ese territorio en cuyo caso no se considerará configurada la infracción. g) Em art. 7º da a los derechos una duración máxima de 25 años, contados desde el momento de la creación, pero reducible a 20 años contados de una de las siguientes maneras, según cuál produzca la terminación más temprana: a) o la fecha del primer uso utilitario (no de experimentación o investigación) em cualquier país; b) o la fecha de primera operación de venta, alquiler o licencia. Este es un detalle de cierta diferenciación - más cuantitativa que cualitativa - con respecto a las normas usuales en el terreno de los derechos de autor, donde la protección por lo general no abarca menos de cincuenta años, h) El art. 8º autoriza la indemnización por el uso indebido que se juzgue oportuna, y flexibiliza el otorgamiento de medidas cautelares en favor del titular del derecho, condicionándolas a que no ocasionen a su contrario consecuencias desproporcionadas en las circunstancias del caso de que se trate. i) El art. 9º, por fin, no excluye la protección conjunta de este régimen con los de patentes, derechos de autor, o competencia desleal, si hubiere lugar a ello.

Na órbita dos direitos nacionais, assinala Carlos Alberto Bittar,¹⁴ de início, lei dos Estados Unidos da América do Norte, que, 1980, consagrou a inserção do software (*computer program*) no regime *copyright*, portanto, sob os princípios e as regras autorais (Emenda ao título 17, pela Lei nº 96.517/80. Outros países, também, editaram normas especiais sobre o tema e na mesma diretriz, como: as Filipinas, a Itália, os Países Baixos, a Hungria, a Austrália, a França, o Reino Unido, a Alemanha, o Japão e a Espanha, todos, sem exceção, com normas protetivas do direito do autor.

3. REGIME JURÍDICO DO SOFTWARE NO BRASIL

No Brasil muito se discutiu acerca do sistema adequado de proteção do software. Só em 1987, com a edição da Lei nº 7.646, de 18.12.1987, é que tivemos definitivamente consagrado a aplicação dos princípios relativos ao direito do autor para tutela do software, conquanto, em menor escala, ainda há discussão quanto à adoção do sistema autoral puro.¹⁵

¹⁴ "O Regime Legal do Software no Brasil", RT 677/ 13.

¹⁵ Defende-se, no caso, também, a existência de um regime híbrido. Para termos uma idéia da discussão, Pedro Chaloupka cita o modelo Japonês, introduzido pela Lei nº 43/85, que regula a questão de forma diferente (ob. cit, p. 83): "Dentro del muy breve panorama mundial de la materia que he venido haciendo hasta ahora, interesa destacar la reciente ley 43/85 del Japón relativa al derecho de los creadores de circuitos integrados semicondutores. Sin incorporar estas creaciones al campo de las patentes de invención, se adopta sin embargo una normativa próxima ao regímen legal de estas últimas. La relación que el estatuto nombrado tiene con la materia aquí examinada deriva de ser tales circuitos integrados frecuentes portadores físicos de microprogramas, datos o instrucciones operativas del tipo examinado anteriormente al caracterizar el firmware.

3.1.- DO REGIME ESPECIAL INSTITUÍDO PELA LEI Nº 7.646/87

A lei mencionada cuidou de proteger a criação intelectual (*software*)¹⁶ e da respectiva comercialização no país, criando regimes diferenciados para os produtos nacionais e estrangeiros, com atenção à reserva de mercado.

Instituiu-se, pela lei, registros diferentes para a criação, facultativo (art. 4º), e para a comercialização, tido como obrigatório (art. 8º), sob controle estatal, que conta com um Conselho próprio, o CONIM. O registro da criação é feito perante o INPI, por delegação (RES. 57, 06.07.1988, do Conselho Nacional de Direito Autoral, a quem a lei atribui a indicação).

O sistema legal é dividido da seguinte forma:¹⁷ a. do registro especial, facultativo, no plano autoral, do software (art. 4º); b. a do cadastramento para comercialização, obrigatório (art. 8º); c. da admissão de contratos próprios para a criação e a utilização de software; d. da determinação da titularidade de direitos sobre criação; e. da definição de direitos e obrigações entre as partes na criação da empresa; f. e de enunciação de sanções civis e penais sobre a tutela de criação.

Principais disposições enquadradas no regime básico da lei: a) prazo de proteção de criação, que é de 25 anos a partir do lançamento do software em qualquer país (art. 3º); b) registro próprio (INPI por delegação); c) caráter sigiloso do registro, para preservar os direitos do titular e garantir o gozo da

¹⁶ O fato de encontrar-se submetido ao regime dos Direitos Autorais não quer dizer que, tecnicamente, programa de computador se identifique com os bens imateriais protegidos pela Lei nº 5.988/73. De fato, "o que significa, principalmente, que a lei nº 5.988/73 está carecendo ser adequada ao estado dos fatos. Veja-se que as Convenções de Berna e Genebra (sem se falar nas conclusões a que chegaram os últimos encontros da WIPO) estão mais adiantadas, já prevendo a separação da obra de seu meio físico na forma como acontece com o software. O meio físico existe apenas para transportar a obra, sendo até, desnecessária a existência deste para que a obra se transfira de um para outro titular de direitos. Além disso paga-se pelo software que se adquire, o qual nunca irá se quebrar junto com o meio físico. É diferente quando adquirimos meios físicos que contém música, por exemplo. Se se perde, ou se inutiliza o meio físico; há que se pagar novamente por ambos. Não podemos, nesses casos, por uma impossibilidade somente de ordem prática, exigir a obra intelectual separada do meio físico (Tarcísio Queiroz Cerqueira, *Software - Direito Autoral e Contratos*, 1a. edição, Rio de Janeiro, Fotomática Editora e Editora e Gráfica Polar, 1993, p. 136).

¹⁷ Carlos Alberto Bittar, "O Regime Legal do Software no Brasil", RT 677/13.

exclusividade (art. 4º); d) estatuto da titularidade, em que a lei adota a diretriz de atribuições originária de direitos à empresa em que se cria o software, quando em seu contexto vem à lume (desde que o criador esteja vinculado por meio de relação de emprego ou de serviço); e) elenco de limitações aos direitos autorais do programa (art. 5º).

No mais, aplicam-se ao software as normas compatíveis da legislação autoral, observados, como natural, os princípios da informática (art. 2º).

Do sistema instituído:¹⁸ a) são reconhecidos os direitos morais e patrimoniais da empresa sobre o programa, que lhe conferem a exclusividade nas explorações econômicas, por via dos contratos indicados; b) o direito de registro; c) o direito de uso, nos termos dos contratos assinados com os titulares.

4. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE INFORMÁTICA

Inegavelmente, o programa de computador, bem como o próprio computador, máquinas periféricas e unidades, submetem-se à legislação que foi instituída para proteger aos direitos do consumidor, isto é, qualquer bem ou serviço que possa ser fornecido por um fornecedor a um consumidor deve se submeter aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, garantindo fidelidade e qualidade.

E nem poderia deixar de ser assim. “Fruto do irrefreável crescimento massificado da oferta e procura de bens de consumo, certamente com origem comum identificável no que Ortega y. Gasset denomina com precisão de ‘revolução das massas’¹⁹, o fenômeno do ‘consumismo’ é visível hodiernamente quer nas sociedades industrializadas como nas economias em desenvolvimento, aonde freqüentemente se persegue a satisfação de necessidades muitas vezes irrealis ou incorretamente hierarquizadas ²⁰, em

¹⁸ Carlos Alberto Bittar, “O Regime Legal do Software no Brasil”, RT 677/13.

¹⁹ Arruda Alvim, Tratado de Direito Processual Civil, São Paulo, Ed. RT, vol. 1, 1990, p. 108.

²⁰ Carlos Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, pp. 29 e 30.

função de um condicionamento psíquico criado por uma estratégia de produção industrial extremamente dinâmica no oferecimento de novidades.²¹

A própria Lei nº 7.646/87, arts. 23, 24, 25 e 26, preconiza que o licenciante (ou “titular dos direitos de comercialização do programa”), é obrigado a informar o prazo de validade técnico do programa, ficando este obrigado a fornecer garantia e serviços de manutenção, não podendo tirar o programa de circulação antes de findo o referido “prazo de validade técnica”, responsável pela qualidade da fixação do programa em seu meio magnético de transporte.

A despeito das regras de garantias aos usuários de programas de computador instituídas na Lei nº 7.646/87, o Decreto 96.036, de 12 de maio de 1988, ainda dedicou dois artigos à proteção dos usuários: a. o fornecedor²² deve deixar bem caracterizadas as responsabilidades suas e as que pertencem a fornecedores de outros programas que “apresentem relação de dependência funcional” com o seu programa, em caso de utilização em conjunto; b) o fornecedor de um software deve formalizar a retirada de circulação do programa perante a SEI.

Pelo que se vê, o usuário de informática é um consumidor²³, sem qualquer distinção. Todas as vezes, pois, que o usuário (pessoa física ou jurídica, incluindo os entes despersonalizados)²⁴ adquirir bens e serviços de informática, tornando-se proprietário ou cessionário, estará ele protegido

²¹ Arruda Alvim e outros, Código do Consumidor Comentado, 2a. ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 11 e 12.

²² Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º, *caput*, do CDC).

²³ Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, do CDC). Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º, do CDC).

²⁴ “O que caracteriza os entes despersonalizados é, basicamente, a inexistência formalizada da chamada “*affectio societatis*” (intenção manifesta de manter vínculo associativo) dentro de um grupo que contenha um liame organizacional, tendo em vista sociedades de fato, lucrativas ou não. Fora do âmbito obrigacional, como exemplo clássico de ente despersonalizado podemos citar a família, a qual, por suas próprias características, está especialmente sujeita a, na qualidade de ente despersonalizado, receber o tratamento de Consumidor, em determinada relação de consumo.

pelas normas que regulam o Código de Defesa do Consumidor.²⁵

5. SISTEMA TUTELAR GENÉRICO DO DIREITO DO AUTOR-FORNECEDOR

A exemplo do que ocorre com os demais direitos de ordem intelectual, por três formas diferenciadas pode o autor da obra obter amparo na legislação brasileira do software²⁶ : a) administrativa, pelo acionamento dos órgãos do setor, que formam instâncias de consulta e de solução de dúvidas; b) a civil, pelo acionamento da justiça comum, para cessação de violações, cominação de sanções, reparação de danos e outras providências compatíveis; c) penal, pelo ingresso da Justiça repressiva, sempre que se tratar de crime.

O prazo prescricional é de 5 anos para as ações de órbita civil destinadas à reparação de ofensas patrimoniais e fundadas na execução de obrigações, a respeito das quais determina o termo inicial (arts. 40 e 41).

6. RESPONSABILIDADE CIVIL POR PREJUÍZOS AO AUTOR

Iniludivelmente, o legislador ordinário federal no art. 35 da lei nº 7646/87 quis atacar a “pirataria” de software,²⁷ dispondo, de maneira bem genérica, sobre a “violação de direitos do autor de programas de computador”.

²⁵ Nelson Nery esclarece que “as leis civis e comerciais são aplicáveis às relações jurídicas de consumo, para a integração de lacuna por situação não prevista pelo Código, naquilo que não contrariar o sistema de defesa do consumidor regulado pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1991, p. 271).

²⁶ Carlos Alberto Bittar, “O Regime Legal do Software no Brasil”, RT 677/13.

²⁷ “Pirataria é expressão popular que designa obra que viola direito à denominada propriedade imaterial. Temos visto referências à pirataria que atinge o direito autoral, bem como à que viola o direito à propriedade industrial, representando ilícita publicação ou reprodução pelo agente de obras e de engenhos utilitários pertencentes a terceiros” (Fernando Frago, “A pirataria e suas consequências legais”, RF 306/314).

Com efeito, a cópia não autorizada de um programa de computador para uso ou comercialização, guardadas as exceções existentes no art. 7º da Lei nº 7646/87,²⁸ além da possibilidade de caracterizar crime, determina a responsabilização civil do infrator.

E essa responsabilização é feita desde a abstenção, com cominação de preceito cominatório em caso de descumprimento, até o pagamento dos danos materiais e morais.

O texto constitucional, aliás de clareza ímpar, protege, às expensas, o autor no art. 5º, XXVII, ao estabelecer que:

“Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros por tempo que a lei fixar” (os negritos não estão nos originais).

Daí, resta claro que, por força da norma suprema, é proibido usar, divulgar, publicar ou reproduzir quaisquer obras sem a autorização dos autores. A violação deste dispositivo, como visto, independentemente de culpa, impõe o dever de indenizar.

Para se saber a amplitude da responsabilização, os doutrinadores, invariavelmente, utilizam-se das expressões vagas do artigo 35 da Lei do Software e do art. 184 do Código Penal, interpretando-as, sempre com o objetivo de conseguir o encontro da verdadeira extensão da responsabilidade

²⁸ O art. 7º da Lei n. 7.646/87 dispõe: “Não constituem ofensa ao direito do autor de programa de computador:

I. a reprodução de cópia legitimamente adquirida, desde que indispensável à utilização do programa;

II. a citação parcial, para fins didáticos, desde que identificados o autor e o programa a que se refere;

III. a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos legais, regulamentares, ou de normas técnicas, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV. a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para uso exclusivo de quem a promoveu.

do infrator do direito do criador intelectual.

Talvez tal esforço seja desnecessário, em face da amplitude do texto constitucional, mas prudente. Nessa esteira, tem-se por relevante trazer à baila as considerações de Antônio Chaves a respeito do tema:

“A vaguedade das expressões do art. 35, tal qual ocorre com o art. 184 do Código Penal, levanta a necessidade de averiguar o que é que se entende por violação dos direitos de autor de programas de computador. O fato de se submeter a matéria relativa a software às normas de direito de autor bem a consequência de importância fundamental de deixar bem definido que não só o violador de qualquer direito a essa modalidade especial de criação, como quem vender, expuser à venda, introduzir no País, adquirir, ocultar, ou ter em depósito, para fim de venda, original ou cópia do mesmo, produzindo com violação àquelas prerrogativas, estão sujeitos às mencionadas sanções.”

As violações ao direito do autor são reprimidas no Brasil pelos arts 122 *usque* 130 da LDA e pelos arts 184 a 186 do Código Penal, com cominações cuja severidade aumentou muito em virtude das modificações introduzidas pela lei nº 6.895, de 17.12.80, que, nas violações para fins de comércio, passou a atribuir pena de reclusão de um a quatro anos e multa de dez mil a 50 mil cruzeiros, dispensando ainda, em grande número de casos, o procedimento mediante queixa do interessado.

Cuidando especificamente do criador em matéria de software, enumera o art. 5º do Projeto de Lei Tipo elaborado pela OMPI, como prerrogativas do titular, as de impedir os seguintes atos:

I- divulgar o software ou facilitar a divulgação a quem quer que seja antes que tenha sido tornado acessível ao público com o consentimento do proprietário;

II- dar ou facilitar o acesso a um objeto que armazene ou

reproduza o software antes que este tenha sido tornado acessível ao público com o consentimento do proprietário;

III- copiar o software por qualquer meio ou sob qualquer forma;

IV- utilizar o programa de computador para estabelecer um programa idêntico ou praticamente idêntico, ou uma descrição do programa de computador ou de um programa de computador praticamente idêntico;

V- utilizar a descrição de programa para estabelecer uma descrição de programa idêntica ou praticamente idêntica ou um programa de computador correspondente;

VI- utilizar o programa de computador ou um programa de computador estabelecido pela maneira indicada nos pontos III, IV ou V, para comandar o funcionamento de uma máquina capaz de dar tratamento à informação, ou armazená-la em semelhante máquina;

VII - oferecer ou reter para fins de venda, de locação ou de cessão sob licença, vender, importar, exportar, alugar ou ceder sob licença o software estabelecido de maneira mencionada nos pontos II, IV ou V;

VIII - realizar os atos mencionados no ponto IV com relação aos objetos armazenando ou reproduzindo o software ou o software estabelecido de maneira mencionada nos pontos III, IV e V.

Um dos problemas mais delicados que enfrenta o programa cibernética é o da violação dos direitos, que podem assumir diferentes modalidades: divulgação, acesso, cópia, utilização do programa ou de sua descrição não autorizadas...”²⁹

Como já vimos, a Lei dos Direitos Autorais é aplicada subsidiariamente no caso da violação dos direitos do criador do software. Assim, está aqui

²⁹ Software Brasileiro sem Mistério, 1ª edição, Ed. Julcx, 1988, pp 193 e ss.

também, por força do art. 2º da Lei do Software, presente a figura da contrafação, criada para caracterizar a violação do Direito Autoral, ou reprodução de obra protegida pelo Direito do Autor (art. 4º, V). Desta feita, “contrafator” é o agente da contrafação.³⁰

6.1 - DAS MEDIDAS JUDICIAIS

Independentemente da ação penal pública ou privada, pode o prejudicado pela violação de Direito Autoral intentar as medidas cíveis estampadas na Lei nº 7.646/87, isto é³¹:

I- Ação de “vistoria”, ou, como denomina o CPC, produção antecipada de provas;

II- Ação cautelar de busca e apreensão;

III- Ação para abstenção da prática do ato;

IV- Ação indenizatória para reparação dos danos materiais e morais.

Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade ou não da cumulatividade dos danos materiais e morais.

De fato, a questão já demandou muita controvérsia, Entretanto, o novo texto constitucional assegurou o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V), razão pela qual não podemos mais negar a possibilidade de cumulação.

³⁰ Hermano Durval ensina: “A violação máxima, ordinariamente conhecida sob a designação de contração, consiste na reprodução total, não autorizada de obra alheia protegida. Neste caso, não há problemas: a violação revela-se por si mesma, pelo simples confronto do exemplar incriminado com o original; daí dizer-se que o dolo do agente é *in re ipsa*. É secundária a falta de prejuízo do autor ofendido e que até pode consistir em um simples dano moral; não importa a forma externa da reprodução fraudulenta, como a mudança de formato ou de cor a redução do original a miniatura, ou a sua reprodução por meio diferente; e também não influi a importância, o mérito e o destino - fins de beneficência, político, religioso, científico, militar ou de divulgação cultural - da obra violada; ou ainda que o infrator indique a fonte, omita-a ou alegue a possibilidade de confusão com a obra genuína... (Violações dos Direitos Autorais, *apud* Tarcísio Queiroz Cerqueira, Software - Direito Autoral e Contratos, Rio de Janeiro, Fotomática Editora e Editora e Gráfica Polar, 1993, pp. 15 e ss.)

³¹ O art. 39 da Lei do Software dispõe: Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito (CPC, art. 287).

Em brilhante pronunciamento³², citado em voto vencido, o eminente Juiz Paulo Roberto de Freitas, do E. Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, afirma: “Conteúdo do dano moral é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral (Aguiar Dias), o medo, a ansiedade, a tristeza, a paixão, etc.” E mais:

“A amenização da dor pode-se obter através de prestações materiais, que possibilitem aquisição de bens ou serviços, que dêem alegrias, que distraiam a dor, conforme sugere o próprio Agostinho Alvim: “...não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor, como faz cessar o prejuízo material. Mas o conforto que possa proporcionar mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece” (Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, p. 208, ed. Saraiva, 1946).

Lembrava ainda Alberto Trabucchi, quando ensinava a seus alunos: “O ressarcimento dos danos morais não atende à *restitutio in integrum* do dano causado; tende mais a uma genérica função satisfativa, com a qual se procura um bem que compense, em certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Se substitui o conceito de equivalência (próprio do ressarcimento), pelo de reparação, que se obtém atenuando de maneira indireta a conseqüência dos sofrimentos daquele que padeceu uma lesão (*Instituciones de Derecho Civil*, v. 1/228, Editorial Revista de *Derecho Privado*, Madri, 1967 (RT 584/229)).”

Por esses motivos o egrégio Superior Tribunal de Justiça, após

§ 1º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

§ 2º A ação civil, proposta com base em violação dos direitos relativos a propriedade intelectual sobre programas de computador, correrá em segredo de justiça.

§ 3º Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no parágrafo único do art. 38 desta Lei.

§ 4º O juiz poderá conceder medida liminar, proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos do *caput* deste artigo independentemente de ação cautelar preparatória.

§ 5º Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e no artigo anterior, agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

³² Estampado nos JTACSP-RT 118/47

inúmeros julgados (RESP 3.604-SP - 2ª T. - 19.09.90 - DJU 22.10.90; RESP 4.236-RJ - 3ª T. - 04.06.91 - DJU 01.07.91; RESP 3.229-RJ - 3ª T. 10.06.91 - DJU 05.08.91; RESP 10.536-RJ - 3ª T. - 21.06.91 - DJU 19.08.91; RESP 11.177-SP - 4ª T. 01.10.91 - DJU 04.11.91; RESP 1.604-SP - 4ª T. - 09.10.91 - DJU 11.11.91; Corte Especial, em 12.03.92, DJU 19.03.92, p. 3.201), acabou editando a Súmula 37, *in verbis*:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (os negritos não estão nos originais).

Nessa linha de raciocínio, que veio a predominar no STJ, registro os seguintes pronunciamentos citados pelo Ministro Jesus Costa Lima:³³

a) Do Ministro **EDUARDO RIBEIRO**:³⁴

“Em sede doutrinária, lícito afirmar que vencidas as objeções quanto à possibilidade de compensação pecuniária em caso de dano moral. Argumentou-se que traduziria inadmissível pagamento de *pretiu doloris* e que os lesados seriam, freqüentemente, de número indeterminado. Não haveria como avaliá-lo em dinheiro, importando sua fixação inaceitável arbítrio judicial. Tudo isso já teve réplica adequada, mostrando-se que, embora as dificuldades existam, não são intransponíveis, e injustificável que houvesse de deixar sem qualquer compensação o dano que se reconhece existente.”

b) Do Ministro **DIAS TRINDADE**:³⁵

“Quanto à inacumulabilidade dessas indenizações, também nunca entendi a razão por que, reconhecendo a existência de mais de um dano, só se indenize um deles. Se há o reconhecimento que houve danos materiais e moral, não vejo razão nenhuma por que só

³³ Comentários às Súmulas do STJ, 2ª edição, Ed. Brasília Jurídica, 1993, pp. 247/258.

³⁴ REsp 4.236-RJ.

³⁵ REsp 4.236-RJ.

se indenize o dano material”.

c) Do Ministro **CLÁUDIO SANTOS**:³⁶

“Na verdade, após muita discussão e resistência, acabou impondo-se o princípio da reparabilidade do dano moral.

Quer por ter a indenização a dupla função reparatória e penalizante, quer por não se encontrar nenhuma restrição na legislação privada vigente em nosso País. Ao contrário, nos dias atuais, destacáveis são os comandos constitucionais quanto ao agravo através dos meios de comunicação e à violação da intimidade, respectivamente estabelecidos nos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição da República.

Vitoriosa, assim, na doutrina e no direito positivo, bem como na jurisprudência, é a tese do ressarcimento do dano moral.

Persistem, porém, no âmago da questão, algumas controvérsias, tais como, na hipótese de homicídio, saber-se se o dano moral está afastado, assim como, a respeito da liquidação do dano, e finalmente, se a indenização do dano moral é absorvida pela reparação do dano material.

Tenho para mim, *concessa venia*, não ter respaldo legal quaisquer restrições ou limitações ao ressarcimento moral, seja qual for a espécie de dano, serem ou não cumulativas as indenizações.

Se a vítima sofre dano de ordem moral e dano de natureza material, não vejo razão para a absorção daquele por este. O ressarcimento dos prejuízos deve ser o mais amplo e perfeito possível. Este é o princípio e se apenas parte dos danos é indenizável, a solução não terá sido justa.

³⁶ REsp 4.236-RJ.

d) do Ministro **ATHOS CARNEIRO**:³⁷

“Em tema de indenização do dano moral, em favor de sucessor de menor vítima de acidente, desejo incorporar a meu voto considerações expendidas pelo eminente Desemb. OSCAR GOMES NUNES, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como relator de aresto prolatado aos 02 de maio de 1978” (“Rev. de Jurisp. do TJRS”, 72/309), sublinhando o seguinte excerto:

“A reparabilidade do dano moral, como observa Aguiar Dias, é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com prestígio de sua autoridade, pronunciaram-se os irmãos Mazeud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar a menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral” (conforme Aguiar Dias, “A Responsabilidade Civil”, tomo II, p. 737). E concluem esses mesmos autores: “Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, no fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas. Nem afastaria a reparabilidade do dano não patrimonial a consideração tantas vezes repetida de que é repugnante à consciência jurídica atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico de grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger. A argumentação só serve ao interesse de ofensor e não deixa de ser, até certa medida, simplista.”

É de se convir que, no plano doutrinário, a responsabilidade do dano não patrimonial é hoje pacificamente aceita e defendida pelos mais eminentes e acatados juristas do mundo. No plano jurisdicional, a evolução se acentua cada vez mais, constituindo jurisprudência sumulada do STF ser indenizável a morte do menor, ainda que não exerça trabalho remunerado (Verbete n. 491)”.

³⁷ Resp 1.604-SP

Neste mesmo aresto do tribunal sul-rio-grandense, em meu voto, como integrante então daquela Corte, tive oportunidade de dizer:

“Folgo muito com os rumos que vai adotando o presente julgamento porque coincide, como disse o eminente Revisor, com o posicionamento que sustento há algum tempo, pelo menos no plano doutrinário, de que é chegado o momento de superarmos limitações decorrentes do texto legal e nos curvamos às exigências da ética da vida hodierna. Aliás, os tribunais vezes muitas têm feito isso, adotando orientação que, tempos idos, seria considerada até aberrante *contra legem*. Veja-se, por exemplo, em matéria de obrigações por atos ilícitos, o que dispõe o art. 1523, do CC, no sentido de que terceiros serão responsáveis pela reparação civil, provando-se que “concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. Face à redação do art. 1523, a jurisprudência teve de excogitar modalidades de culpa das empresas, das pessoas jurídicas, criando ficções de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, quando realmente, verdadeiramente, as empresas não incorriam em culpa alguma pelos acidentes causadores dos danos.

Estou, portanto, inteiramente conforme a orientação dos eminentes Colegas Relator e Revisor, no sentido da indenizabilidade do dano moral puro, apenas variando, de acordo com as contingências de cada caso concreto, o critério mais adequado para o arbitramento que alude o art. 1533, do CC. Esta aliás, se a memória não me falha, a diretriz preconizada pelo Projeto do Código das Obrigações, de que foi Relator o eminente Caio Mário da Silva Pereira, com artigo dispondo que nos casos de dano apenas moral o juiz arbitraría com equidade e moderação a indenização devida pelo agente do dano. A reparação pelo dano moral encontra aliás exemplos muitos, com maior ou menor amplitude, do direito comparado, como por exemplo no Código federal suíço das obrigações” (rev, cit., pp. 317/318).

O ilustre jurista Caio Mário da Silva Pereira, na mesma linha do Superior Tribunal de Justiça, já verberara que:

“cabe, por outro lado, considerar que não são incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral. O fato gerador pode ser o mesmo, porém o efeito pode ser múltiplo. A morte de uma pessoa fundamenta a indenização por dano material, na medida em que se avalia o que pedem pecuniariamente os seus dependentes. Ao mesmo tempo justifica a reparação por dano moral quando se tem em vista a dor, o sofrimento que representa para os seus parentes ou aliados a eliminação violenta e injusta do ente querido, independentemente de que a sua falta atinge a economia dos familiares e dependentes” (“Responsabilidade Civil”, Forense, 2ª ed., 1990, p. 53, n. 45).

Outro ponto importante de discussão está fulcrado na existência ou não de dano moral quando o titular do Direito Autoral for pessoa jurídica.

Evidentemente, tenho para mim que a pessoa jurídica tem direito à reparação do dano moral, a despeito dos inúmeros posicionamentos em sentido contrário.

E o fundamento da responsabilização está na Carta Magna. Com efeito, preconiza o inciso X do art. 5º da Constituição Federal:

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (os negritos não estão nos originais).

Em nenhum momento a constituição estampa o termo pessoa física. No texto, conforme se depreende claramente, está dito “das pessoas”, forçando concluir que a lei deve ser aplicada aos danos ocasionados às pessoas físicas e jurídicas.

Tem-se dito³⁸ que o “patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele se originam seriam, singelamente, danos da alma...”, parafraseando a expressão do evangelista São Mateus, lembrada por Fischer e reproduzida por

³⁸ Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, 3a. edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 650.

Aguiar Dias. “Os alicerces sobre que se firmam os danos morais são puramente espirituais. E as lesões do patrimônio ideal dizem respeito à capacidade afetiva e sensitiva, qualidades apenas inerentes aos seres vivos. Biologicamente falando, os danos morais estariam em relação estreita com o sistema nervoso...”³⁹ Assim, considerando que “a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade e, como tal apenas poderia subsistir como simples criação ou ficção do direito”; considerando que a pessoa jurídica “não possui um corpo físico, não tem um mundo interior, não é animada dessa vida que Santo Tomás definiria como o movimento imanente, e que só Deus pode prover”; considerando que as pessoas jurídicas “não se angustiam, não sofrem”;⁴⁰ conclui-se: as pessoas jurídicas jamais terão direito à reparação por danos morais.

As colocações contrárias à tese aqui defendida são envolventes, mas não são suficientes para afastar um direito cristalino. O próprio Wilson Melo da Silva, defensor ferrenho da inaplicabilidade de indenização por dano moral à pessoa jurídica, cita a posição contrária de Adriano de Cupis, que, no nosso modesto entendimento, esclarece com muita propriedade a existência do dano moral em casos deste jaez. Parte o conhecido e respeitado doutrinador italiano do pressuposto da existência de danos não-patrimoniais subjetivos (*dolore fisico e patemi d'animo*) e danos não-patrimoniais objetivos (ofensas ao bom-nome, à reputação, dentre outros), admitindo que, se não há possibilidade de a pessoa jurídica experimentar aqueles danos da primeira categoria (subjetivos), há, sim, em relação aos da segunda (objetivos).⁴¹

E a razão é simples: a ofensa ao bom nome da pessoa jurídica, à imagem, à reputação, indiscutivelmente, estão ligados aos valores objetivos e, portanto, indenizáveis, perfeitamente indicado o dano moral.⁴²

³⁹ Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, 3a. edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 651.

⁴⁰ Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, 3a. edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 651.

⁴¹ *Il danno*, Milão, 1946, p. 32; *apud* Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua interpretação, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 651.

⁴² Do mesmo sentir de De Cupis é o professor chileno Arturo Alessandri Rodríguez, que, tal como Mazeaud et Mazeaud, aceita possam reclamar as pessoas jurídicas, quando legalmente constituídas, prejuízos por danos extrapatrimoniais (*apud* Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua interpretação, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 654).

A jurisprudência, nesse diapasão, tem abraçado o entendimento da reparabilidade. Nesse sentido, confira-se o brilhante acórdão do TJRS - Ap. Cív. 587.064.718 - Porto Alegre - 5ª Câmara - j. em 23.02.1988 - Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. - JB 157/199, cuja ementa é a seguinte, *ipsis verbis*:

DANO MORAL - BANCO - DIVULGAÇÃO ERRÔNEA DE QUE A EMPRESA AUTORA ESTÁ EM CONCORDATA, COM RETENÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS E DEVOLUÇÃO DE CHEQUES DA MESMA - FATO QUE PROVOCA O VENCIMENTO ANTECIPADO DE FINANCIAMENTOS, FORÇANDO A VENDA DE BENS PARA SALDAR DÍVIDAS - CUMULAÇÃO DE PREJUÍZOS MATERIAIS E MORAIS - EXCLUSÃO DA VERBA RELATIVA À DIMINUIÇÃO DE FATURAMENTO - AÇÃO PROCEDENTE.

Ementa oficial: Responsabilidade Civil. Banco. Dano Patrimonial. Dano Moral.

Responsabilidade civil do banco pelo dano material que causou à cliente, pela errônea avaliação da situação econômica da empresa, provocando a antecipação de vencimento dos financiamentos concedidos pelo banco de investimentos, seu parceiro nos contratos, e pela retenção indevida dos saldos disponíveis.

Responsabilidade civil do banco pelo dano moral que causou à cliente, ao enviar circular a terceiros, informando falsamente a sua concordata.

Apelo provido em parte para deferir ambas as indenizações.

LEGITIMIDADE ATIVA - DANO MORAL - PESSOA JURÍDICA - POSSIBILIDADE DE SER SUJEITO PASSIVO DO DANO MORAL E PLEITEAR A RESPECTIVA REPARAÇÃO.⁴³

Possuindo a pessoa jurídica legítimos interesses de ordem imaterial, embora não tenha psiquismo próprio nem sinta dor, ela

⁴³ Sobre a legitimidade passiva da pessoa jurídica do dano moral: V. Ac. do TJSP - Ap. Cív. 98.377-1, JB 157/262.

pode sofrer dano moral passível de reparação.⁴⁴

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE RELAÇÃO DE CONSUMO

Como verberado no item 4 suso, o programa de computador, inegavelmente, assim como o próprio computador, máquinas periféricas e unidades, enquadram-se na legislação específica de proteção aos direitos do consumidor. Entretanto, a par da aplicação do CDC, comandos direcionados à tutela dos usuários do software também estão estampados na Lei nº 7.646/87 e Decreto nº 96.036/88.

Pois bem. Primeiro analisaremos os direitos específicos do consumidor inseridos na Lei do Software (e Decreto nº 96.036/88) e os genéricos inseridos no CDC; ao depois, faremos a respectiva alusão à responsabilização civil dos danos ocasionados em decorrência de

⁴⁴ No corpo do acórdão, aliás, encontramos preciosa lição acerca do tema: Duas correntes se digladiam sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de dano moral. Definido este como o dano jurídico que decorre da ofensa do equilíbrio espiritual da vítima, conclui-se necessariamente que somente a pessoa física pode sofrer a dor ou a alteração psíquica necessária para a caracterização do dano moral. Porém, se entendermos ser o dano moral o dano jurídico causado por violação a interesse extrapatrimonial protegido pela ordem jurídica - como me parece que é - a conclusão a que chego é pela admissibilidade de a pessoa jurídica sofrer um dano moral, apesar de não ter psiquismo, não sentir dores, não padecer abalo no seu sentimento de dignidade. Desprovida de espiritualidade, ela tem porém legítimos interesses de ordem imaterial, citando-se entre eles o "direito à privacidade", com a faculdade de manter seu domicílio livre de intrusos, o direito à inviolabilidade da correspondência, o direito ao segredo profissional (ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños Moral*, vol. 4, p. 1.224, nota 26, edição Ediar, 1986). Acrescente-se um dos mais importantes, que é o direito de preservar a sua reputação comercial. O bom nome, a boa fama é importante para a sociedade comercial no seu relacionamento com as outras empresas, com seus clientes e com o público em geral. A reputação, a "honra externa" que a pessoa jurídica também pode ser alvo de agressão de outrem, inclusive de outra pessoa jurídica, e a ofensa assim praticada provocará diminuição na posição jurídica de que desfruta a sociedade comercial, causando-lhe um dano jurídico, o qual, por atingir bens de natureza extrapatrimonial, denomina-se de dano moral.

A resposta positiva à presente questão tem sido dada com predominância na França (MAZEAUD - TUNC - *Traité de la Responsabilité Civile*, 2 - II; SALVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*, II/570) e na Itália (FROSALI, *Reato, Danno Sancione*, p. 71).

relação de consumo.

São direitos específicos do consumidor usuário do software, conforme artigos 23, 24, 25 e 26 da Lei nº 7.646/87 e artigos 28 e 29 do Decreto nº 96.036/88: a) de informação sobre o prazo de validade técnica do programa; b) de garantia e serviços de manutenção; c) de circulação do programa até o término do “prazo de validade técnica”; d) de responsabilização do fornecedor pela fixação do programa em seu meio magnético de transporte; e) de ter bem caracterizado, pelo fornecedor, isto é, de forma inequívoca, as responsabilidades que são suas e as que pertencem a fornecedores de outros programas que “apresentem relação de dependência funcional com o seu programa”.

São direitos genéricos-básicos do consumidor (art. 6º do CDC): a) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; b) a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e igualdade nas contratações; c) a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; d) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impróprias no fornecimento de produtos e serviços; e) a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; f) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; g) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; h) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência; i) a adequada

e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.⁴⁵

Verificados os direitos específicos e genéricos-básicos do consumidor usuário do software, resta analisar a responsabilidade decorrente da relação de consumo.

Impossível falar em sistema tutelar do consumidor sem antes fixarmos regras contundentes para reparação dos danos materiais e morais.

Nesse sentimento, verificamos que o CDC introduziu modelo jurídico ímpar de extremada eficácia, impingindo normas precisas para regular a relação de consumo.

Assim, em contraposição à exagerada liberdade de celebração de contratos, o legislador impôs, com o advento do CDC, dirigismo contratual necessário, visando o equilíbrio, inexistente outrora, entre o fornecedor e consumidor, quebrando regras consagradas há muitos anos.⁴⁶

⁴⁵ Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins (Código de processo Civil Comentado, 2ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 59) lembram que em certa medida o elenco de princípios do art. 4º do CDC transporta-se aos direitos básicos dos consumidores elencados nesse art. 6º, que mantêm correlação com os direitos básicos dos consumidores aprovados pela **Assembleia Geral das Nações Unidas**. O nº 3 das Diretrizes para a proteção do consumidor, indica como direitos básicos os seguintes (constantes da Resolução 39/248):

“3.- As necessidades legítimas que as diretrizes procuram atender são as seguintes:

- a) Proteção dos consumidores frente aos riscos para a sua saúde e sua segurança;
- b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que os permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual;
- d) a educação dos consumidores;
- e) a possibilidade de compensação efetiva do consumidor;
- f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações afins de consumidores e a oportunidade para estas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem”.

⁴⁶ João Batista de Almeida esbanjou ensinamentos a respeito do tema, da seguinte forma: “O princípio da igualdade de todos perante a lei justificou, no início, a abstenção do Estado no momento da formação do contrato. Em nome desse princípio, pressupunha-se que as partes haviam discutido previamente os termos e as condições do contrato, chegando, a final, a denominador comum, arcando cada qual com os efeitos jurídicos decorrentes.

“A idéia da igualdade das partes conduziu, a seu turno, no campo contratual, ao princípio da autonomia da vontade, traduzindo na liberdade de contratar - direito de realizar ou não determinado contrato, segundo sua vontade e com a pessoa escolhida - e na liberdade contratual, entendida como o direito de definir o conteúdo do contrato, pactuando livremente as condições suas cláusulas e condições. A autonomia da vontade, que de início se pensou absoluta e irrestrita, na verdade mostrou-se relativa, diante da constatação de que a liberdade contratual é relativa por sua própria natureza e encontra limites nas normas de ordem pública e nos bons costumes (A proteção jurídica do consumidor, 1ª, edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, pp. 100/101).

Nesse particular, mitigou-se de forma violenta o primado da culpa,⁴⁷ que sucumbiu diante da necessidade social de efetiva reparação dos danos suportados pelos consumidores em decorrência da relação de consumo.

É inolvidável que “a insuficiência do sistema tradicionalmente adotado para a responsabilidade extracontratual, e, até então consagrado em nosso Código Civil, como regra geral, resulta da própria evolução das relações comerciais, que, tornando-se mais complexas e de maiores proporções, em face, principalmente, da irrupção da industrialização, com sistemas massificados de produção e consumo, passam a exigir tratamento jurídico compatível com suas necessidades”.⁴⁸

É nessa esteira que o legislador, incisivamente, na Seção II do Capítulo IV do CDC regula a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, dispondo no *caput* do art. 12, *in verbis*:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (os negritos e as maiúsculas não estão nos originais).

Como se vê das letras claras do *caput* do art. 12 do CDC, a responsabilidade civil na hipótese “independe de culpa”. Desta feita, o legislador retirou a necessidade de comprovação da culpa do fornecedor pelo dano provocado pelo fato do produto ou do serviço.

Outrossim, cumpre lembrar que a dispensabilidade da comprovação da

⁴⁷ Nos termos do artigo 159 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

⁴⁸ James Marins, *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto (Os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor)*, 1ª edição, São Paulo, Ed. RT, Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 5, 1993, p. 89.

culpa não implica em dizer que a vítima nada precisa provar, **em regra**.⁴⁹ De fato, a responsabilidade objetiva não tem o condão de exterminar a problemática respeitante à prova.

O nosso legislador, às expensas, divorciando-se do critério aceito em diversos países, reduziu o rol dos fatos a serem provados pela vítima, pois transferiu ao fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito.⁵⁰ Assim, cabe à vítima provar: a) o dano; e, b) o nexo de causalidade entre o defeito, que é presumido⁵¹, e o evento lesivo.

A responsabilidade objetiva, *in casu*, não é absoluta, como transparece num primeiro momento.⁵² O nosso legislador, no próprio art. 12 do CDC, trouxe causas excludentes da responsabilidade civil do fornecedor. As causas, pois, estão inseridas no § 3º do art. 12 do CDC, enquadradas assim:

“§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I. que não colocou o produto no mercado;

II. que, embora haja colocado o produto no mercado, o efeito inexistente;

III. a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁴⁹ Diz-se em regra, porquanto o CDC incluiu como direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for de hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art., 6º, VIII).

⁵⁰ Silvio Luiz Ferreira da Rocha (citando Alpa e Bessone; João Calvão da Silva; Paolo Cedon e Patrícia Ziviz) anota que, no Direito Comparado, sobretudo, americano, português e italiano o consumidor deve provar: a) o dano; b) o defeito do produto; c) o nexo de causalidade entre o defeito e o dano (Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro, 1ª edição, São Paulo, Ed. RT, Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 4, 1992, p. 89).

⁵¹ Preceitua o inciso II do § 3º do art. 12 do CDC: “§ 3º o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: II. que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente”;

⁵² Esta indefinição transporta-se da doutrina para a jurisprudência conforme se observa dos acórdãos coligidos por Darcy Arruda Miranda Júnior (Das Obrigações na Jurisprudência, LEUD, 1987), aonde, para o mesmo dispositivo legal encontramos julgados ora admitindo a responsabilidade sem culpa, ora entendendo pela presunção de culpa ou ainda analisando mesmo a culpa para possibilitar a responsabilização (observação feita por James Marins, Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto - Os acidentes de consumo de Proteção e Defesa do Consumidor, 1ª edição, São Paulo, Ed. RT, Biblioteca de Direito do Consumidor - vol. 5, 1993, p. 92).

A mitigação da responsabilidade objetiva, na espécie, com a possibilidade de caracterização de causas excludentes, impôs um sistema sério e eficaz para reparação de danos extracontratuais. Daí, como defende James Marins,⁵³ “a estrutura jurídica da responsabilidade sem culpa para os danos causados pelo fato do produto ou do serviço, à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, necessita ser corretamente delimitada, procurando-se investigar qual a exata extensão de seus efeitos em face do que o novo sistema prescreve, sendo irrelevante qual o *nomen juris* que se adote. Assim, aspectos basilares como o dano, o nexó causal e a extensão das eximentes de responsabilidade, abrindo-se margem para a produção de prova liberatória, devem ser enfrentados sob visão nova, moderna, à luz de um inédito sistema, exigindo do estudioso, no mais das vezes, esforço consciente que o desvencilhe de responsabilidade hoje de todo sepultado pela realidade que emerge das novas dinâmicas forças das relações de consumo na estrutura econômica dominante.”

Trazendo a análise genérica para o tema proposto, folgo em dizer que todas as considerações aludidas são perfeitamente aplicáveis ao usuário do software. O fornecedor, aqui considerado no sentido amplo do termo, que colocar em circulação um software defeituoso, causando, por isso, danos ao usuário, será responsável, independentemente da comprovação da culpa.

É bom lembrar que a responsabilidade do fornecedor não tem aplicação restrita. O próprio *caput* do artigo 12 do CDC indica uma enumeração bem ampla, formando espécies do gênero fornecedor, impulsionada, ainda, pela aplicação solidária da responsabilidade. Nesse diapasão, calha trazer à colação a classificação que melhor se amolda ao caso⁵⁴: 1. fornecedor real (fabricante produtor, construtor); 2. fornecedor aparente (detentor do nome, marca ou signo aposto no produto); e, 3. fornecedor presumido (importador e comerciante de produto anônimo).

⁵³ Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto (Os acidentes de consumo no Código de proteção e Defesa do Consumidor), 1ª edição, São Paulo, Ed. RT, Biblioteca de Direito do Consumidor - vol. 5, 1993, p. 93.

⁵⁴ Conforme ensina James Marins, Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto (Acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor), 1ª, edição São Paulo, Ed. RT, Biblioteca de Direito do Consumidor - vol 5, 1993, p. 98.

Ora, da classificação proposta podemos tirar a seguinte ilação: há responsabilidade solidária entre o autor do programa de computador e os diversos níveis de distribuidores ou revendedores de produtos e serviços. Enfim, toda a rede de fornecimento é responsável solidariamente.⁵⁵

Nem mesmo o comerciante do programa de software está excluído da responsabilidade. Para evitar dúvidas, visando amparar o consumidor, em casos específicos, prescreve o artigo 13 do CDC:

“O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I. O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II. O produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III. não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.”

É verdade: geralmente, o comerciante não é responsável pela reparação dos danos decorrentes do defeito do produto. Entretanto, excepcionalmente, segundo o art. 13 do CDC, será sim responsabilizado, em hipóteses restritas. O que pretendeu o legislador, sabiamente, foi impedir ou obstaculizar a indesejada circulação de produtos anônimos (incisos I e II) e a má conservação de produtos perecíveis (inciso III).

⁵⁵ Nesse sentido: Tarcísio Queiroz Cerqueira, *Software - Direito Autoral e Contratos*, Rio de Janeiro, Fotomática Editora Ltda e Editora e Gráfica Polar, 1993, p. 101.

8. CONCLUSÕES

1 . Os desencontros retirados das particularidades do software implicaram em certa controvérsia quanto ao tratamento jurídico aplicável: tentou-se enquadrá-lo nas normas reguladoras das patentes de invenção, mas a tese vitoriosa, hoje amplamente aceita no Mundo, é de que o programa de computador constitui obra intelectual, protegida pelo Direito Autoral.

2. No Brasil, a legislação autoral é aplicada subsidiariamente, porquanto aqui existe norma específica tratando do software, que institui, em linhas gerais, o regime básico vazado da seguinte forma: a) prazo específico de proteção (que é de 25 anos a partir do lançamento do software); b) registro próprio com caráter sigiloso; c) estatuto da titularidade; d) elenco limitativo dos direitos autorais.

3. O texto constitucional garante de forma ampla o direito exclusivo do autor de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros por tempo que a lei fixar. Por força da norma suprema, a violação, INDEPENDENTEMENTE DE CULPA, impõe o dever de indenizar, perfeitamente possível a cumulatividade de danos morais e materiais; inclusive quando o titular for pessoa jurídica.

4. O programa de computador enquadra-se na legislação específica de proteção aos direitos do consumidor. Entretanto, a par da aplicação do CDC, comandos direcionados à tutela dos usuários do software estão estampados na Lei nº 7.646/87 e Decreto nº 96.036/88. Assim, temos os direitos específicos inseridos na Lei do Software (e Decreto nº 96.036/88) e os genéricos inseridos no CDC.

5. A responsabilidade do fornecedor do programa do computador INDEPENDENTE DE CULPA, mas isto não implica na afirmação de que o usuário nada precisa provar. Realmente, o nosso legislador, afastando-se do critério reinante em diversos países, reduziu o rol dos fatos a serem provados, transferindo ao fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito. Assim, deve o usuário provar apenas: a) o dano; e, b) o nexo de causalidade entre o defeito, que é presumido, e o evento lesivo.

9. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, 1ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

ALPA, Guido. La tutela Giuridica del software, *Giufreè Editore*, 1984.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel e outros. *Código do Consumidor Comentado*, 2ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1995.

_____. *Tratado de Direito Processual Civil*, São Paulo, Ed. RT, vol. 1, 1990.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “*Proteção jurídica do software, novos desenvolvimentos*”, in RF 301/47.

BITTAR, Carlos Alberto. “*O Regime Legal do Software no Brasil*”, in RT 677/13.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, São Paulo, Ed. RT, 1980.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software - Direito Autoral e Contratos*, Rio de Janeiro, Fotomática Editora e Editora e Gráfica Polar, 1993.

CHALOUPKA, Pedro. “*El Derecho de la Informática*”, in *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986.

CHAVES, Antônio. “*Software Brasileiro sem Mistério*”, 1ª edição, Ed. Julex, 1988.

CORREA, Carlos M.; BATTO Hilda N.; ZALDUENDO, Suzana Czar de;

ESPECHE, Felix A. Nazar. *Derecho Informático*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 7º vol. - Responsabilidade Civil, 1988.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor - Conceito e Extensão*, São Paulo, Ed. RT, 1994.

FRAGOSO, Fernando. “A pirataria e suas conseqüências legais”, in RF 306/314.

FRANÇA, R. Limongi. “Reparação do Dano Moral”, in RT 631/29.

FROSINI, Vittorio. *Informática y Derecho*, Bogotá - Colombia, Editorial Temis S.A, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.

LAZZARINI, Marilena; RIOS, Josué de Oliveira; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Código de Defesa do Consumidor*. Código de Defesa do Consumidor Anotado e Exemplificado pelo Idec, São Paulo, Aju Editora Ltda, 1991.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral, “Considerações em Torno do Dano Moral e a Pessoa Jurídica”, in RT 689/07.

LIMA, Jesus Costa. *Comentários às Súmulas do STJ*, 2ª edição, Ed. Brasília Jurídica, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, 1992.

MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, 1ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1993.

MORAES, Walter, “*Se é viável a indenização por dano moral a Pessoa Jurídica*”, in *Repertório de Jurisprudência* 19/413.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1991.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, São Paulo, Saraiva, 1º vol., 1985.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira de. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, 1ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1992.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. “*A Proteção adequado ao ‘Software’*”, in *Revista de Direito Civil* 40/131.

SEREC, Fernando Eduardo. “*Os Avanços da Lei do Software e de sua Regulamentação*”, in *Revista de Direito Civil*, 46/152.

SILVA, A. C. Fonseca da, “*Copy Right Indústria para Proteção de Software no Brasil*”, in 40/131.

SILVEIRA, Newton. “*A Proteção Legal do Software*” in RT 546/22.

SILVA, Wilson Melo. *O Dano Moral e sua Reparação*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993.