

A boa-fé objetiva nos contratos de licença de uso de software

Mauricio Jorge Pereira da Mota

Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor da UERJ (graduação e pós-graduação).

Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: Neste artigo o autor destaca a necessidade de a ciência do Direito, à luz da globalização e suas conseqüências, estar sempre superando os desafios impostos pelas novas relações jurídicas que têm surgido, a partir do uso dos princípios gerais do Direito. Com isso em mente, o autor analisa baseado no princípio da boa-fé objetiva, os contratos de licença de uso de software.

PALAVRAS-CHAVE: Licença de uso de software – Boa-fé objetiva – Princípios do Direito

ABSTRACT: In this article the author emphasizes the necessity of the Law science, face to globalization and its consequences, to be always overcoming the challenges imposed by the new juridical relations that have being emerged, from the use of the general principles of Law. With this idea in mind, the author analyzes, based on the objective good-faith, the software's use license contracts.

KEYWORDS: Software's use license – Objective good faith – Law's principles

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contrato de Licença de uso de software – 3. O princípio da boa-fé objetiva - 4. A boa-fé objetiva no contrato de licença de uso de software. 5. Conclusão – 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem o escopo de estudar os problemas jurídicos existentes numa das áreas científicas mais novas e de maior mutabilidade tecnológica: a das ciências da computação. Sendo vastíssimo tal campo jurídico, optou-se por visualizar apenas um determinado mas relevante aspecto desse campo: o que diz respeito aos contratos de *softwares* e mais especificamente aos contratos de licença de uso de *software*.

O trabalho divide-se em três partes. Na primeira, *Contrato de licença de uso de software*, se define o conceito atual de *software*, estabelece-se um pequeno resumo histórico de seu desenvolvimento e conceituam-se os diversos tipos de contratos de *software*. Ainda na primeira parte do trabalho se definem as características gerais do contrato de licença de uso de *software*, seu objeto, definição e especificação do programa, suas condições de aceitação e garantia, a fixação do preço do *software* e as restrições ao seu uso.

A segunda parte, *O princípio da boa-fé objetiva*, trata da definição deste princípio, sua subdivisão entre boa-fé objetiva e subjetiva e suas diferenças, e a importância deste preceito no estudo do Direito. Nela se conceituam a boa-fé objetiva especificamente contratual, seus limites e esmiúçam-se as suas funções, bem como a extinção das obrigações imposta por seus preceitos.

A terceira parte, *A boa-fé objetiva no contrato de licença de uso de software*, aborda as relações entre a informática e o Direito à luz do princípio da boa-fé, define-se em que consiste a tutela de expectativas jurídicas e estabelecem-se as bases para a aplicabilidade da boa-fé aos contratos de licença de uso de *software*.

Na *Conclusão* enfim se procura realizar uma síntese totalizante da importância da boa-fé objetiva para os contratos em apreço e de como esta pode contribuir para assegurar uma proteção mais efetiva às partes dessa relação jurídica.

1. Contrato de licença de uso de *software*

a). O *software*

Um computador pode ser definido como qualquer máquina capaz de aceitar uma entrada estruturada de dados, processá-la de acordo com regras pré-estabelecidas, e produzir uma saída com os resultados.

Os circuitos de computador processam essas instruções lógicas que configuram a entrada estruturada de dados usando duas notações: o número 1 para representar “verdadeiro” e 0 para representar “falso”.

Este é um sistema binário. Um código. O sistema binário é o alfabeto dos computadores eletrônicos, a base da linguagem para a qual todas as informações são traduzidas e na qual são armazenadas e utilizadas no interior de um computador.

Um texto de instruções para o computador também pode ser expresso no sistema binário. Por convenção (ASCII) fixou-se que o número 65 representa o A maiúsculo, o número 66 o B maiúsculo e assim por diante. Num computador, cada um desses números é expresso por código binário: o A maiúsculo, de número 65, torna-se 01000001. O B maiúsculo, número 66, vira 01000010. Um espaço é representado pelo número 32, ou 00100000. De modo que a frase “Sócrates é homem” torna-se uma fileira de 128 dígitos composta por 1s e 0s:

01010011	10100010	01100011	01110010	01100001
01110100	01100101	01110011	00100000	10000010
00100000	01101000	01101111	01101101	01100101
01101101				

Assim, qualquer série estruturada de instruções pode ser transformada num conjunto de números binários. Com a evolução da computação essa linguagem binária passou a ser substituída por uma linguagem codificada, traduzida para a linguagem de máquina por um programa especialista em traduções de linguagens (compiladores ou tradutores).

Denominam-se Linguagens de Alto Nível aquelas que se expressam o mais possível da mesma forma que as linguagens humanas. Em contrapartida as Linguagens de Baixo Nível são as que mais se aproximam da linguagem de máquina, que oferecem maior dificuldade de conhecimento.

Estas linguagens de computador (elaboradas a partir dos conceitos binários) são linguagens de comandos potentes: basta uma pequena ação humana (o leve pressionar de uma tecla) para desencadear toda uma seqüência de comandos até o resultado final. A tradução da linguagem usada pelo programador para a linguagem de máquina é feita pelo programa compilador ou tradutor que geralmente pertence ao conjunto dos programas do Sistema Operacional.

O *software* é assim a série de instruções que fazem com que o *hardware* - as máquinas - realizem o trabalho que se quer. É um produto da intelectualidade, expresso por uma linguagem e gravado em um meio físico.

Sua natureza jurídica portanto é a de um bem intelectual ou imaterial, protegido e regulado pela legislação de proteção dos direitos autorais. Trata-se todavia de um conceito *in fieri*, em construção, porque a inovação tecnológica está alterando essa própria idéia de instruções fixas e determinadas criadas por alguém para que a máquina execute exatamente aquelas instruções pré-determinadas. Está se pesquisando programas capazes de executar silogismos: dada a premissa maior e a premissa menor o computador seria capaz de dar a conclusão lógica ao problema, de acordo com dados habitualmente inferidos da forma de utilização do computador, e, conseqüentemente de raciocínio do usuário . Trata-se de uma

evidente revolução na teoria do conhecimento das máquinas, a implicar em mudanças na própria idéia de propriedade intelectual exclusiva do fabricante.

Em termos de classificação de *softwares* podemos agrupá-los em três tipos primordiais, escalados na razão inversa de sua proximidade com o usuário do computador: *firmware*, sistemas operacionais e programas aplicativos.

Firmware são os programas gravados permanentemente em *chips*, dispostos na memória ROM (*Read Only Memory*), memória onde ficam os programas básicos, essenciais para que o computador funcione e se torne receptivo para receber outros programas.

O principal programa gravado (parcialmente) diretamente no chip da ROM é o BIOS (*Basic Input Output System*), que controla diretamente o *hardware*. O BIOS é o primeiro programa que entra em ação a partir do momento em que ligamos o computador, antes da entrada em cena de qualquer outro programa: o BIOS é o responsável por um primeiro teste que a máquina faz em si mesma denominado POST (*Power On Self Test*) e que surge, sempre da mesma forma, na tela do computador, cada vez que o ligamos, informando que a memória está perfeita e disponível, que os periféricos estão O.K. etc..., além de efetuar outras atividades básicas de processamento.

O BIOS foi desenvolvido pela IBM entre outubro de 1980 e abril de 1981. É um programa geralmente escrito em linguagem ASSEMBLER e, por estar permanentemente gravado na memória ROM permite que os programadores elaborem programas para os Computadores IBM-PC, ou compatíveis com IBM-PC, sem a necessidade de incluir determinadas rotinas básicas, como as que tratam de manejo de unidades de entrada e saída¹.

Estes programas igualam-se a quaisquer outros e se submetem à disciplina jurídica dos direitos autorais como qualquer programa. A diferença é que esses programas não são adquiridos em disquetes ou CD-ROMs, mas permanecem no interior da máquina.

¹CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: Direito Autoral e Contratos*. Rio de Janeiro: Fotomática Ed.; Ed. e Gráfica Polar, 1993, pp. 57/58

O segundo tipo de *software* são os sistemas operacionais. São programas que têm por objeto outros programas, controlando funções ou partes da máquina, administrando o processamento, distribuindo tarefas, escalonando entradas e saídas, ocupando racionalmente diferentes setores de memória etc...

De um modo geral os sistemas operacionais são compostos de um módulo básico chamado supervisor e de módulos que gerenciam recursos específicos. O módulo supervisor centraliza a coordenação dos recursos previstos pelo sistema, operacionando os módulos responsáveis por cada tarefa específica.

Os principais recursos previstos pelo sistema operacional são o gerenciamento dos processos em execução, o gerenciamento do espaço em memória, a alocação e controle de arquivos e periféricos, e a comunicação com o operador.

O terceiro tipo de *software* são os programas aplicativos. São programas desenvolvidos para resolver os problemas do usuário. Há tantos programas aplicativos quanto as necessidades dos diversos grupos de consumidores. São exemplos de programas aplicativos os processadores de texto, as planilhas eletrônicas, os gerenciadores de bancos de dados e diversos tipos de utilitários.

Os programas aplicativos podem ser *software* produto ou *software* desenvolvido por encomenda. O *software* produto é aquele desenvolvido por uma *softhouse* visando atender uma necessidade genérica de uma gama indeterminada de consumidores (processadores de texto, planilhas eletrônicas etc.). Ao adquirirem um *software* produto os usuários assinam contratos de adesão denominados *licença de uso*.

O *software* desenvolvido por encomenda é aquele feito sob medida mediante um contrato de desenvolvimento. As partes combinam desenvolver certo programa para resolver problemas específicos de um dos contratantes. Neste tipo de operação ocorre em geral uma cessão de uso com a possibilidade de a empresa solicitante fazer quaisquer utilizações comerciais com intuito lucrativo da obra.

O computador moderno teve sua origem nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial quando um grupo de matemáticos da *Moore School of Electrical Engineering* da *University of Pennsylvania* começou a desenvolver uma máquina eletrônica destinada a acelerar os cálculos das tabelas para dirigir a pontaria da artilharia. Disseminou-se seu uso na década de 50 nos Estados Unidos, com várias empresas competindo pela liderança do mercado.

Até 1964, todo modelo de computador, inclusive quando fabricado por uma mesma empresa, além de possuir projeto exclusivo, exigia um sistema operacional e um *software* aplicativo próprio. Era preciso muito trabalho para migrar de um *software* de um modelo de computador para outro, mesmo quando o *software* era escrito em linguagem-padrão como COBOL ou FORTRAN.

Entretanto, nesse ano, a IBM produz um computador de arquitetura escalável, a família System/360, os quais, independentemente de tamanho, responderiam ao mesmo conjunto de instruções. Modelos construídos com diferentes tecnologias, desde os mais lentos aos mais velozes, desde as máquinas de pequeno porte que cabiam num escritório de tamanho normal, até os gigantes refrigerados a água, enclausurados em cabines climatizadas de vidro, todos eram capazes de executar o mesmo sistema operacional. Os usuários poderiam transferir as suas aplicações e periféricos, acessórios, tais como discos, unidades de fita e impressoras, livremente de um modelo a outro. A arquitetura escalável reformulou por completo a indústria².

O System 360 foi um sucesso absoluto e fez da IBM a mais dinâmica das empresas ligadas à fabricação de *mainframes* durante os anos seguintes. Os usuários investiram muito no 360, confiantes de que seu comprometimento com *software* e treinamento não seria desperdiçado. Se eles precisassem passar para um computador maior, poderiam obter um IBM capaz de rodar o mesmo sistema e partilhar da mesma arquitetura.

²GATES, Bill. *A Estrada para o futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 55/56

Tal sucesso atraiu competidores, principalmente ex-funcionários da IBM que criando novas empresas procuraram construir computadores totalmente compatíveis com o *software* do IBM 360. Assim passou a existir no mercado *hardware* capaz de rodar não só com os mesmos sistemas operacionais e as mesmas aplicações dos computadores da IBM mas também por preços sensivelmente menores que os computadores IBM. Logo o sistema IBM converteu-se no *hardware* padrão do mercado.

No que se refere aos computadores pessoais equipados com microprocessadores, terreno onde não imperava a IBM, a principal fornecedora de *hardware* dos EUA era a DEC e os usuários desses computadores tinham de fazer seus próprios programas pois não havia *softwares* aplicativos para esses computadores de baixo custo. Para desenvolver esses programas aplicativos eles utilizavam sobretudo o *Microsoft Basic*, escrevendo seus próprios programas em linguagem *Basic*.

No verão de 1980 a IBM, líder incontestado do mercado de *hardware*, com mais de 80% das vendas de computadores de grande porte, resolve entrar no mercado de máquinas pequenas e baratas tanto para consumidores particulares quanto para empresas. Para tanto, associa-se à *Microsoft* que forneceria o sistema operacional e à Intel que forneceria o microprocessador para os computadores IBM. A *Microsoft* cria então o que viria a ser o sistema operacional mais famoso do mercado o MS-DOS ou Sistema Operacional de Disco da *Microsoft*.

Fornecendo seu sistema operacional junto com os computadores IBM a uma taxa irrisória de licença de uso (60 dólares) a *Microsoft* transforma o MS-DOS no padrão do mercado. Em três anos quase todos os padrões concorrentes de computador e de sistemas operacionais haviam desaparecido.

Em 1983 a *Microsoft* começa a desenvolver uma interface gráfica para tornar o MS-DOS mais amigável para o usuário, em estratégica ocupação de espaço mercadológico. Assim os micros se tornariam mais fáceis de usar e facilitariam a vida de quem já possuísse

o equipamento, atraindo ainda clientes sem tempo de aprender a trabalhar com interfaces complicadas.

Porém um fato grave viria a atrapalhar a parceria até então absolutamente proveitosa entre a Microsoft e a IBM. Esta última empresa lança em 1984 o seu microcomputador de segunda geração, uma máquina de alto desempenho chamada PC AT, que incorporava o microprocessador 80286 da Intel (vulgarmente conhecido como “286”). Era três vezes mais rápido que o IBM-PC original. O AT fez um enorme sucesso e, um ano depois, era responsável por mais de 70% de todas as vendas de microcomputadores. Porém, os microcomputadores passaram a ameaçar as vendas de seus computadores profissionais e a IBM procurou frear o desenvolvimento do PC para evitar a canibalização de seus produtos mais caros. Assim, decidiu adiar o lançamento do PC equipado com o potente chip 386 da Intel, sucessor do 286, para proteger as vendas dos minicomputadores *low end*, máquinas de médio porte que não tinham muito mais capacidade que um PC 386. O atraso permitiu que outra empresa, a Compaq, fosse a primeira a lançar o 386 em 1986, abalando o império da IBM.

Para recuperar o tempo perdido a IBM decidiu construir computadores e escrever sistemas operacionais totais e exclusivamente dependentes um do outro, de modo a paralisar os concorrentes ou obrigá-los a pagar salgadíssimas taxas de licença. A estratégia era tornar obsoletos todos os microcomputadores “compatíveis com IBM” que estavam sendo fabricados.

Nesse ponto seus interesses colidem com os interesses da *Microsoft* que dedicava parte considerável de suas atividades ao fornecimento do MS-DOS a fabricantes de micros compatíveis com os sistemas IBM. A Microsoft abandona o projeto de um sistema operacional conjunto com a IBM (o OS/2) e decide partir para a criação de sua própria interface gráfica para DOS, o *Windows*.

Lançado em abril de 1987 o OS/2 da IBM apresenta problemas de compatibilidade com os periféricos existentes no mercado e não consegue atingir o gosto

popular. Ao não conseguir impor seu padrão e insistir no mesmo, a empresa perde o controle da arquitetura de microcomputadores, não sendo mais capaz de, sozinha, levar toda a indústria a adotar um novo projeto. Enquanto isso o *Windows*, um *software* menor que ocupava muito menos espaço em disco rígido e podia funcionar em máquinas com menos memória, passa a ocupar crescentes nichos de mercado³.

Hoje o *Windows* é o padrão do sistema operacional para microcomputadores. Seu sucesso é explicado pelo seu criador, Bill Gates, como uma espiral de retorno positiva, espiral essa formada por todos os aplicativos produzidos pelas várias empresas de *software* que se utilizam da plataforma *Windows*. Quanto mais produtos *for Windows* existem no mercado, mais se incrementam as vendas do próprio *Windows* e dos demais *softwares* para *Windows* da Microsoft. A *Microsoft* é hoje uma empresa avaliada em 236 bilhões de dólares (avaliação de maio de 2006) e a fortuna pessoal de seu dono, Bill Gates, está avaliada em 59,2 bilhões de dólares (estimativa de setembro de 2007), a segunda maior fortuna individual do mundo. Por outro lado a Microsoft se constitui hoje numa multinacional do *software*, com virtual monopólio desta atividade, sendo alvo de incessante controle pela Comissão Antitruste do governo norte-americano.

b). O contrato de licença de uso de software

Os contratos de *software* no Brasil são regulados pela Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) e pela Lei do *Software* e seu Decreto regulamentador (Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998).

Esses contratos deverão ser escritos de acordo com a determinação do art. 50 da Lei nº 9.610/98⁴.

³GATES, Bill. *op. cit.* pp. 55/86

⁴ Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

A proteção aos direitos relativos aos programas de computador é assegurada por 50 anos a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação em cada país. A exemplo do que ocorre com os direitos autorais, a proteção de programas de computador de titular residente no exterior é garantida no Brasil, desde que seu país de origem ofereça reciprocidade de tratamento, isto é, que o país estrangeiro conceda aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil proteção equivalente em extensão e duração.

A proteção aos direitos sobre programa de computador também não depende de registro, não havendo necessidade de o autor registrá-lo, para reivindicar à sua propriedade. O registro poderá, no entanto, ser feito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

Assim, um programa que tenha sido lançado nos Estados Unidos há 10 anos atrás e só agora tenha ingressado no Brasil, fica protegido legalmente pelo prazo de 40 anos, caindo a partir daí em domínio público.

Não constitui ofensa ao direito de autor de um programa de computador a reprodução de cópia legitimamente adquirida desde que indispensável à utilização adequada do programa, a citação parcial para fins didáticos identificada a fonte, a integração de um programa com suas características essenciais a um sistema aplicativo ou operacional desde que de uso exclusivo do usuário.

Os principais tipos de contrato que possuem o *software* como objeto são:

- Contratos de cessão ou licença de uso;
- Contratos de distribuição ou revenda ;
- Contratos de manutenção;
- Contratos de desenvolvimento de sistemas por encomenda;
- Contratos de edição.

Os contratos de distribuição ou representação de *software* são aqueles realizados entre dois contratantes, a *softhouse* e o representante, pelo qual o representante adquire o direito de comercializar o produto.

Na maioria das vezes estes contratos estipulam que os vendedores não poderão nomear outros revendedores ou revender os produtos; deverão seguir certos padrões de

condições de licença de uso; a garantia final será dada pelo fornecedor que prestará também os serviços de manutenção.

Pode ser exigida pelo fornecedor nesse contrato uma caução em garantia pelos produtos fornecidos, em valores fixos por ano, que equivalerão a “x” produtos e serão, ao final, creditados ao distribuidor. A caução é empregada habitualmente em contratos entre empresas nacionais e estrangeiras.

Outro tipo bastante comum de contrato envolvendo *software* é o de manutenção de programa de computador. Por esse contrato a empresa contratada assume a obrigação de, dentro de um plano de visitas e trabalhos previamente combinado, efetuar periódicos exames no equipamento de forma a detectar possíveis defeitos que sejam iminentes e, de forma preventiva, agir antes que os problemas aconteçam de maneira que o computador funcione normalmente sem problemas.

É essencialmente um contrato de manutenção preventiva realizado comumente através de programas que gravam informações e relatórios de manutenções anteriores, desde o início de funcionamento do equipamento, de modo a detectar com facilidade os possíveis defeitos.

A manutenção também pode ser corretiva. O usuário chama a empresa contratada após ocorrer o problema e esta age para corrigir um defeito manifestado.

Geralmente os contratos de manutenção são exclusivos, ou seja, só a empresa contratada pode fornecer a manutenção - já que é imprescindível conhecer o código fonte para poder trabalhar com o programa - e contém cláusula que estabelece a necessidade da empresa prestadora ter facilidade de acesso às instalações para poder executar satisfatoriamente o seu trabalho.

Quando a manutenção é fornecida pelo próprio fornecedor do *software* é comum virem juntos, em um só instrumento, os contratos de licença de uso e de manutenção. As condições do contrato variam em função das características de fato do produto e das possibilidades dos contratantes, sendo os contratos em geral de duração de 12 meses, renováveis, com pagamentos mensais.

Outro contrato de *software* importante é o contrato de desenvolvimento de sistemas por encomenda. Por esse contrato uma empresa (na maioria das vezes) contrata com outra empresa ou com uma pessoa física o desenvolvimento de um sistema sob medida

ou por encomenda. Por “sistema” deve-se entender um conjunto de programas ou de módulos de programas que precisa ser desenvolvido por completo ou parcialmente para atender a necessidades específicas da empresa contratante.

A natureza jurídica desse contrato é a de um contrato de prestação de serviços e não de fornecimento de mercadoria, sendo portanto devido à Fazenda Pública apenas o pagamento de ISS.

O pagamento é usualmente feito ao final, de uma só vez, com a apresentação do sistema concluído, testado, dado oficialmente como pronto e mediante a entrega da documentação completa e conferida. Deve-se efetuar nesses contratos uma aceitação formal do sistema por parte da contratante, para salvaguardar os direitos de ambas as partes do contrato.

O contrato de edição ou contrato de *publishers* é o tipo mais recente dos contratos envolvendo os *softwares*. Consiste numa prestação de serviços semelhante à realizada pelos editores de livros, pela qual a empresa contratada (distribuidora) se dispõe a assumir a responsabilidade pela estrutura comercial de programas de computador criados por terceiros, ou seja, desde a concepção da embalagem do produto até a sua distribuição no mercado.

A Lei nº 9610/98 em seu art. 30 estabelece que a exploração econômica de programas de computador será objeto de contratos de licença ou cessão de uso livremente pactuados pelas partes.

A doutrina estabelece uma distinção de gênero para espécie entre as figuras jurídicas da cessão e a da licença. Na cessão de uso ocorre uma transferência de direitos, ou seja, o beneficiário tem o direito não só de usar mas também de fruir, podendo utilizar economicamente a obra que lhe foi atribuída.

A licença de uso permite apenas a utilização direta da obra dentro de formas restritas e determinadas no contrato.

O contrato de licença de uso de *software* deve conter basicamente o objeto, a definição e a especificação do programa, as condições de aceitação e garantia, a previsão de manutenção ou não, os termos de treinamento de pessoal, o direito de aquisição de novas versões, os custos e encargos e o termo de duração do contrato, características que serão a seguir esmiuçadas.

O *software*, por definição, é um produto intelectual, uma série de instruções para que a máquina realize determinados procedimentos; assim é somente com a utilização que se pode avaliar o desempenho do produto.

Portanto, nesses contratos devem constar:

a) descrição funcional do *software*, quer dizer: 1 - todas as tarefas que o *software* deve cumprir; 2 - todas as entradas; 3 - todas as saídas; 4 - todas as necessidades de processamento; 5 - todos os arquivos de dados; 6 - volumes de atividades e arquivos;

b) descrição da marca do equipamento onde o *software* deve operar, incluindo: 1 - restrições de armazenagem; 2 - restrições em matéria de equipamentos periféricos; 3 - procedimentos de transmissão de dados; e 4 - interface de comunicação;

c) descrição da marca do *software* dentro do qual o programa deve residir incluindo: 1 - especificações dos sistemas operativos; 2 - as linguagens de programação; 3 - outros programas com os quais o *software* do cliente deve interconectar-se de maneira apropriada; 4 - qualquer sistema de nomenclatura que deve ser usado para os programas;

d) informes concernentes ao rendimento do *software* com relação a: 1- sua organização interna; 2 - sua velocidade de execução; 3 - sua capacidade de aperfeiçoamento e modificação; 4 - suas propriedades de detecção de erros; 5 - suas propriedades de correção e recuperação de erros; e 6 - qualquer restrição de atividades que o usuário deve evitar;

e) normas de programação e documentação incluindo detalhes quanto a: 1 - conteúdo da documentação; 2 - quantidade; 3 - formulários; 4 - natureza e alcance da codificação;⁵

Essas especificações devem estar completas no momento da celebração do contrato, devendo estar incorporadas como parte dele, particularmente quando se tratar de contratos *standard* de licença de uso de *software*.

Em geral, nos contratos de licença de uso de *software* o cliente só recebe o código objeto, isto é, um programa legível para a máquina mas não o acesso ao código fonte. Tal fato cria severas limitações nesses contratos: em primeiro lugar criam a dependência do provedor para a manutenção do *software*; excluem também a possibilidade

⁵CORREA, Carlos M. et alli. *Derecho informático*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 192.

de modificação e aperfeiçoamento do programa por parte do usuário para o atendimento de suas necessidades específicas.

Além disso, deixam o usuário em situação deveras desvantajosa caso o provedor suspenda suas operações, abra falência ou de qualquer outro modo interrompa seus serviços de manutenção. A lei brasileira prevê uma garantia ainda muito débil para esses casos, ao exigir como condição para a comercialização do *software* o registro de seu programa fonte; entretanto, não prevê o seu fornecimento obrigatório aos usuários no caso de falência da empresa, nem soluciona os casos concernentes aos usuários não programadores.

Outra questão importante no que concerne às especificações diz respeito à documentação do programa, isto é, os registros escritos sobre a maneira como foi elaborado o programa, o que este faz e a maneira de usá-lo. Em geral a documentação deve conter:

Documentação do usuário:

- a) instruções escritas que sirvam de guia para o operador em computação sobre a maneira de carregar e transferir o programa e sobre a maneira de manejar as exceções (por exemplo quando o programa rejeita dados por estarem em formato equivocado etc.);
- b) Instruções escritas para os operadores de entrada quanto à maneira de identificar os dados de entrada;
- c) Diagrama de fluxos funcionais ou de sistema mostrando em linhas gerais de que maneira funciona o sistema;

Documentação do sistema/programa

- a) Diagramas do fluxo do programa resumindo cada programa (e que provavelmente serviram de guia ao programador para escrever o programa);
- b) seqüência do código fonte⁶.

Ainda na questão referente à definição do *software*, assume relevância o aspecto concernente à titularidade do mesmo.

No contrato de licença de uso de *software* (pré-impresso) se procura fundamentalmente estabelecer as regras para o uso não exclusivo desse programa, protegendo a propriedade do seu produtor. Daí decorrem as tradicionais proibições de ceder, vender, dar em locação, alterar ou fazer cópias sem expressa autorização do

⁶ CORREA, Carlos M. et alli. *op. cit.* p. 193

fornecedor, também se proibindo o uso do programa para fins diferentes daqueles para os quais foi adquirido, como, por ex., prestar serviços a terceiros.

O licenciante geralmente também não se responsabiliza por problemas, erros, danos ou prejuízos advindos de: falhas no *software* constatadas após o período de garantia; quaisquer alterações efetuadas sem autorização expressa, seja no programa fornecido, seja no equipamento; má operação ou operação indevida sem sua expressa anuência; decisões tomadas com base em informações, quaisquer que sejam, fornecidas pelo *software*.

Uma condição que também costuma ser estipulada nesses contratos é a que obriga o licenciado, caso o equipamento onde se encontra instalado o *software*, objeto do contrato, seja apreendido, retomado, arrestado, seqüestrado ou simplesmente ameaçado por quaisquer medidas judiciais que o retirem da posse e uso do licenciado, a destruir ou remover o programa, de forma a que o equipamento seja transladado sem o *software* e, conseqüentemente, de forma a se evitar que o *software* caia em mãos de terceiros não obrigados⁷.

Um aspecto importante dos contratos de *software* é o de que maneira e quando é aceito o *software*. Nos contratos pré-impessos em geral inexistem disposições sobre este tema ou então estas carecem do necessário equilíbrio com respeito à proteção dos interesses e direitos do usuário.

É desejável que seja dado ao futuro usuário referências (que podem ser na forma de programas *shareware*, de aplicabilidade limitada) de forma que se permita a este avaliar o *software* antes de ver-se obrigado a efetuar qualquer pagamento. Tais provas dariam ao usuário uma oportunidade de conhecer o programa e de medir e comparar a quantidade de uso da unidade central de processamento (CPU), a memória dos núcleos, o armazenamento de discos e outros parâmetros.

Não sendo isto possível, de qualquer maneira, depois do licenciamento deveria começar um período de prova adequadamente largo (p. ex., 90 dias) durante o qual o usuário pudesse pôr à prova o *software* sob condições operativas reais, em face de suas necessidades e com dados verídicos.

Efetuada esta, se estabeleceria um limite de tempo depois do qual se consideraria que o *software* teria sido automaticamente aceito. Porém tal presunção deveria

⁷CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *op. cit.*, p. 86

ter por base o uso produtivo do cliente e não o mero decorrer do tempo. Desde que este pudesse provar que não foi possível, por razões independentes de sua vontade, de fazer uso produtivo do programa no período de prova, tais dados, desde que comprovados, deveriam prevalecer de forma a garantir ao cliente o direito de provar efetivamente o *software* recebido.

No que se refere às garantias é patente o desequilíbrio entre as partes no contrato de licença de uso de *software*.

Um dos tópicos mais vagos em muitos contratos de *software* está relacionado com as garantias outorgadas pelo provedor com respeito ao funcionamento. As típicas cláusulas em contratos pré-impressos excluem usualmente qualquer garantia, ou a limitam a uma obrigação de levar a cabo os melhores esforços no sentido de corrigir qualquer falha identificada. Esta solução deixa o usuário sem proteção real alguma frente ao inadimplemento por parte do provedor em proporcionar um *software* apropriado.

Em outras palavras, o provedor não garante que o *software* se ajustará às necessidades do usuário nem que o *software* seria capaz de passar sem objeções ao circuito comercial ou que se ajusta ao fim ordinário para o qual é utilizado.

Portanto para que a garantia do contrato seja efetiva devem estar presentes os seguintes elementos:

a) em primeiro lugar a definição de um “período de garantia” dentro do qual o provedor se veria obrigado a manter a operatividade do *software* sem encargo, e a desenhar, codificar e verificar a documentação e a entregar quaisquer emendas requeridas para corrigir erros que afetem a dita operação. Este requisito pode restringir-se, excluindo aqueles erros triviais ou pequenos que não prejudicam significativamente o rendimento conforme as especificações.

b) devem ser inclusas também punições apropriadas para os casos em que o provedor não cumpra adequadamente suas obrigações. A prática geral nos acordos pré-impressos é de evitar tais soluções e de excluir qualquer responsabilidade que surja do inadimplemento.

A garantia desses contratos deve abranger também a violação dos direitos de terceiros. Deste modo deve ser garantido ao usuário proteção contra qualquer ação

empreendida por um terceiro com base na violação de sua propriedade intelectual, de sua patente ou de outros direitos.

Na hipótese em que se prove que o *software* em questão está sujeito a direitos de terceiros o provedor deve ser obrigado a, alternativamente:

- a) proporcionar ao usuário o direito de continuar usando o dito *software*;
- b) reelaborar ou modificar o *software* na medida necessária para evitar a violação;
- c) eliminar o dito *software* ou uma parte dele e reembolsar o usuário na parte proporcional do honorário.

Nessas duas últimas situações, deveria permitir-se contratualmente ao usuário rescindir o contrato, já que seu objeto havia sofrido alterações que podiam afetar seu interesse em manter a relação contratual⁸.

As disposições a respeito do preço do *software*, se não estão adequadamente redigidas, podem criar riscos substanciais para o usuário. Nos contratos pré-impresos dos grandes fabricantes que também subministram sistemas operativos, resultam habituais as cláusulas abertas que permitem ao provedor dispor de uma grande flexibilidade na fixação e revisão de preços, sem nenhum vínculo real com o cumprimento da obrigação.

Nos contratos de licença de uso de *software*, além do preço, deve-se considerar outros custos indiretos, principalmente de instalação, capacitação, manutenção, cópias adicionais da documentação, tempo de máquina e, eventualmente, conversão e adaptação ao cliente do *software* transferido. O contrato portanto deve ser o mais preciso possível sobre essa questão, incluindo, em particular, tudo aquilo relacionado com o alcance das obrigações de manutenção e do tratamento das atualizações e aperfeiçoamentos.

As restrições ao uso contidas nos contratos de *software* representam uma ferramenta comum e importante do provedor a fim de obter o máximo de ingressos a partir da comercialização de um *software*, aumentando ou fixando um novo preço conforme o número ou tipos de usos. Tais restrições podem incluir, conforme as práticas correntes dos provedores mais importantes, algumas ou todas das seguintes cláusulas:

- a) uma limitação de uso para só um usuário especificado;

⁸CORREA, Carlos M. et alli. *op. Cit.*, pp. 197/199

b) uso restrito a um lugar determinado, geralmente definido por um domicílio postal e um edifício únicos;

c) uso para apoiar exclusivamente terminais operados pelo usuário;

d) uso em uma única unidade central de processamento (CPU);

e) uso em uma CPU por vez em um lugar que dispõe de vários sistemas adequadamente configurados;

O problema do uso em mais de uma CPU do usuário pode ser resolvido obtendo-se uma tarifa reduzida para qualquer licença sucessiva de um mesmo programa. Outra solução para os grandes usuários é a negociação de uma licença matriz que pode reduzir notoriamente o preço no conceito de licença. Um problema prático que deve afrontar-se neste último caso é o de se avaliar se as várias CPUs do usuário são compatíveis (se não o são, o provedor solicitará normalmente um maior honorário para cada versão do *software* que se requeira). Em uma licença matriz, também deve-se tratar a questão da centralização dos pedidos de serviço, de garantia e manutenção⁹.

3. Princípio da boa-fé objetiva

a). A boa-fé e suas distinções

Reconhecem a maioria dos autores, sobretudo após a consagração do princípio nos Códigos Civis alemão e austríaco, a importância da boa-fé como dever imposto as partes de agirem com correção e lealdade uma com a outra.

Sendo um princípio geral de Direito, a boa-fé tem natureza juscultural, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Está ligada ao estágio de desenvolvimento

⁹CORREA, Carlos M. et alli. *op. cit.*, pp. 205/206

cultural atingido por cada povo e é insuscetível de definição positiva esgotante de sua diversidade¹⁰.

A boa-fé assume relevância na prática jurídica a partir das transformações advindas da Revolução Industrial que estabelecem um novo padrão frenético de realização das transações civis e comerciais. Tal frenesi obriga os contraentes a se relacionarem, cada vez mais, dentro de estreitas relações de confiança e lealdade dada a multiplicidade de operações a realizar num mundo em incessante mudança.

Assim, impunha-se que além das disposições expressas do contrato, tal como disposto no Código napoleônico¹¹, também fosse tutelada a confiança legítima das partes no regular cumprimento do contrato.

Essa nova mentalidade expressa-se sobretudo na Alemanha a partir da jurisprudência dos Tribunais Comerciais, e, particularmente, do *Oberappellationsgericht zu Lübeck* (OAG Lübeck), tribunal superior de apelação comercial criado em Lübeck em 1815 por quatro cidades livres do Ocidente alemão - Lübeck, Hamburgo, Bremen e Frankfurt - por força do incremento das necessidades comerciais e com jurisdição sobre as cidades em causa¹².

Segundo Menezes Cordeiro, ainda que num estágio embrionário, denota-se já a presença dos vetores futuros da evolução do conceito: o exercício inadmissível de posições jurídicas, a interpretação objetiva e os deveres de comportamento no tráfego. Tudo isso traduzia a vitalidade do fator germânico da tradição romanística, o poder juscriativo das necessidades reais e um certo desapego jurisprudencial perante a doutrina, dadas as insuficiências desta¹³.

O BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em vigor a partir de 1900, consagra o novo princípio ao dispor em seus §§ 242 e 157:

¹⁰CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 18.

¹¹ Código Civil francês. Art. 1134. As convenções legalmente formadas têm força de lei entre àqueles que as fizeram. (tradução livre)

¹²CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *op. cit.*, p. 316

¹³CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *op. cit.*, p. 319

“§ 242 - O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”¹⁴

§ 157 - Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”

Segue-se o Código Civil suíço, vigente desde 1912, que estabelece em seu art. 2º: *“cada um é obrigado a exercer seus direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé”* (tradução livre), e muitos outros que estabeleceram princípios análogos¹⁵.

No Brasil o Esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas já previa em 1864 a interpretação dos contratos segundo a boa-fé:

“art. 1954 - os contratos devem ser cumprido de boa-fé, pena de responsabilidade pelas faltas (arts. 844 a 847) segundo as regras do art. 881. Eles obrigam não só ao que expressamente se tiver convencionado, como a tudo que, segundo a natureza do contrato, for de lei, equidade, ou costume”¹⁶

O Código Civil de 1916 não contemplou expressamente o princípio da boa-fé embora este possa ser desvelado em diversos dispositivos esparsos¹⁷.

¹⁴Os “costumes do tráfico” [Verkehrssitte], de natureza discutida, são mais do que meros usos, mas menos que Direito consuetudinário.

¹⁵Codice Civile d'Italia - 1942 - art. 1175 - “il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”

art. 1337 - “le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fé”

Código Civil Português - 1966 - art. 227/1: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”

art. 762/2: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”

Título preliminar do Código Civil Espanhol: “los derechos deben ejercitarse conforme a los dictados de la buena fé”

Código Civil argentino modificado pela Lei 17.711 de 22.4.1968: art 1198 - “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”

¹⁶FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v. II. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 364

¹⁷Código Civil de 1916. Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

O Código Civil de 2002 consagra diversos preceitos ao princípio da boa-fé:

“art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

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

art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”

O Código de Defesa do Consumidor também consagra especificamente o princípio da boa-fé em seus arts. 4º, III, e 51, IV.

A expansão do princípio da boa-fé pode ser associada à falência do conceitualismo - redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal - ao fracasso do positivismo legalista exegético - solução de casos concretos com recurso à lei como texto - ou ainda aos óbices da subsunção - passagem mecânica, passiva, do fato à previsão normativa, de modo a integrar a premissa maior do silogismo judiciário - na busca de soluções que a realidade impõe ao Direito. Na procura de uma atividade jurídica criadora e prática, o Direito cria a partir do ordenamento “pensamentos jurídicos gerais” ou “princípios” que irão informar a própria idéia da lei. Esses princípios jurídicos não são nem “proposições jurídicas” (normas), ainda que entendidas de maneira muito ampla, nem “proposições” na acepção da lógica (proposições axiomáticas de que pudessem ser inferidas, por dedução racional, concretas proposições de dever). O princípio jurídico, ao contrário, é descoberto originariamente no caso concreto; só depois se constitui numa fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados. Assim, se o caso é atípico, ou se sobrevêm uma modificação, ainda que mínima, dos critérios culturais de valor que historicamente deram vida ao princípio, a solução do caso pode vir a ser precisamente a contrária. Por outro lado, mesmo depois de descoberto o princípio, o seu desenvolvimento ulterior na jurisprudência não é simples aplicação, mas um processo de permanente conformação. Para adquirir eficácia prática, o princípio precisa ainda de uma cunhagem judicial ou legislativa, que o transforme em injunção vinculativa, visto que, em regra, o princípio não contém por si próprio essa

injunção, por lhe faltar a determinabilidade dos casos de aplicação que caracteriza a proposição jurídica enquanto tal¹⁸.

Esse rigor jurídico associado à maleabilidade da aplicação definida em última instância em termos culturais e históricos, explica o desabrochar dessa concepção principiológica do Direito e seu desenvolvimento na moderna ciência jurídica.

A idéia de boa-fé como regra de conduta abrange assim em sua concepção totalizante os principais institutos que se desenvolveram nesse século no direito obrigacional como a responsabilidade pré-contratual, a teoria do abuso de direito, o reconhecimento dos deveres acessórios ou laterais e a tutela da aparência jurídica¹⁹.

Existem duas acepções de boa-fé ou duas boas-fés no sentido jurídico. A primeira é a boa-fé subjetiva que os alemães definem como *guter Glauben* (boa crença) e a segunda a boa-fé objetiva referida por *Treu und Glauben* (lealdade e crença).

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetível de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas²⁰.

Discute-se na doutrina os elementos que caracterizam a boa-fé subjetiva: se a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa-fé psicológica ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável no chamado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao art. 550 do Código Civil francês²¹, que não exige mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa-fé.

¹⁸LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989, pp. 162/163

¹⁹NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 129.

²⁰NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 132

²¹CODE CIVIL FRANÇAIS art. 550 - "Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus"

Nessa concepção psicológica, boa-fé contrapõe-se à má fé, ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má fé.

Na concepção ética da boa-fé exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado; ela estaria de má fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposo²².

A boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade é um dever - dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte.

Três são as notas características da boa-fé objetiva. A primeira pressupõe a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação à outra, ou, pelo menos de uma delas em relação à outra.

Esses deveres, a segunda nota característica, são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familias*.

Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva²³.

Na concepção objetiva a boa-fé contrapõe-se à ausência de boa-fé e não à má fé. Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa-fé (objetiva), mesmo sem má fé (ou dolo) e sem culpa. Portanto nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita em princípio, continuará sendo geradora de responsabilidade²⁴.

²²NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 134

²³NORONHA, Fernando. *op. cit.* pp. 137/138

²⁴NORONHA, Fernando. *op. cit.* pp. 140

A boa-fé contratual está abrangida de certa maneira pela boa-fé objetiva. Ela traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra parte. Como bem esclarece Karl Larenz, impõe-se em primeiro lugar ao devedor e ao credor mas abrange igualmente outros participantes da relação jurídica:

“tal dever em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente...e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada²⁵”

A tutela da confiança que fundamenta a boa-fé está ligada àquele espectro da realidade que não pode ser abarcado pela lei, que não pode a tudo prever e regular. Essa adequação, essa fina sintonia entre a realidade e a norma legislada é realizada pelos princípios gerais de Direito e, particularmente, pela boa-fé. Tal intuição já se encontra presente em Aristóteles, que bem define a idéia de conformação da lei pela equidade:

“O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza.

Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão - em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.

Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça - não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da

²⁵LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 148

*disposição legal. É essa a natureza do eqüitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. Com efeito, **quando uma coisa é indefinida, a regra também é indefinida**, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua não é rígida e adapta-se à forma da pedra²⁶”*

A boa-fé contratual pode ser entendida portanto como um dever de agir objetivamente de boa-fé. Essa boa-fé objetiva constitui no campo contratual um processo que deve ser seguido nas várias fases das relações entre as partes. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, os contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.

Na fase contratual a conduta leal implica em vários deveres secundários à obrigação principal, e na fase pós contratual implica em deveres posteriores ao término do contrato – deveres pós-contratuais²⁷ - como o de guarda de documentos ou fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados.

A boa-fé contratual definida assim como um processo desdobra-se em diferentes acepções: a função interpretativa da boa-fé, a função integrativa da boa-fé, a função de controle da boa-fé e a resolução dos contratos com fundamento na boa-fé.

b). Função interpretativa da boa-fé

A idéia de que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé significa que os contratos e os negócios jurídicos unilaterais devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; quando o sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável.

²⁶ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 336

²⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 186

Visa tal idéia de interpretação amparar a tutela da confiança do destinatário da declaração, bem como a assegurar o valor real da aparência, sendo tais elementos essenciais ao intercâmbio de bens e serviços e à segurança das transações.

A segunda acepção da função interpretativa da boa-fé é a que diz respeito à significação a atribuir ao contrato, quando contenha cláusulas ambíguas, isto é, cláusulas cujo próprio sentido objetivo seja duvidoso.

Segundo Fernando Noronha, quando em presença de cláusulas ambíguas deve-se preferir o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável. Este autor descreve os meios pelos quais a jurisprudência vem procurando dar conta de tais hipóteses:

a) pela aplicação do princípio da conservação do contrato, pelo qual deve-se escolher sempre, entre os diversos sentidos possíveis, o que assegure a preservação do contrato;

b) pela aplicação do princípio do menor sacrifício, ou seja, pela idéia de que o contrato deve ser interpretado no sentido mais favorável à parte que assume obrigações;

c) pela aplicação do princípio da interpretação contra o predisponente, pelo qual se deve interpretar o contrato sempre no sentido menos favorável a quem o redigiu, disposição esta particularmente relevante no que se refere aos contratos padronizados e de adesão²⁸.

c). Função integrativa da boa-fé

Por função integrativa da boa-fé entende-se a idéia de que os deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis, mas que se impõe também a observância de muitos outros deveres de conduta, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou totalizante²⁹.

²⁸NORONHA, Fernando. *op. cit.* pp. 155/156

²⁹NORONHA, Fernando. *op. cit.* pp. 157

O princípio da boa-fé regula não apenas a interpretação das cláusulas do contrato referida anteriormente mas ainda o reconhecimento desses deveres secundários (não diretamente pactuados) derivados diretamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação. São deveres que excedem o dever de prestação. Assim são os laterais de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins plenos visados pela outra parte) etc..

Deste modo, nos contratos onde se caracterizar a superioridade intelectual, econômica ou profissional de uma parte, e principalmente nos contratos de adesão, com suas condições gerais de negócios, deve-se invocar tal idéia de boa-fé para a eventual suspensão da eficácia do primado da autonomia da vontade, a fim de rejeitar-se cláusula violadora ou imposta sem o devido esclarecimento de seus efeitos, principalmente no tocante à isenção de responsabilidade da estipulante ou limitação de vantagens do aderente³⁰.

Tal criação de deveres jurídicos não expressamente estipulados pelas partes é possível se entendemos o sistema jurídico como uma totalidade sistêmica, normativamente fechado mas cognitivamente aberto.

Gunther Teubner define esse tipo de sistema como um sistema autopoietico onde a clausura normativa autopoietica do sistema jurídico não implica necessariamente numa espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, mas funciona justamente como uma condição de sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio evolvente. O fluxo de eventos extrassistêmicos estimularia os respectivos processos evolutivos internos de seleção gerando o devir do próprio sistema jurídico, ainda que seu critério de relevância básico continuasse a ser definido, em última instância, pela *autopoiesis* específica de seu próprio sistema, ou seja, pela sua clausura. Referenciando tal idéia com a noção das

³⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 246

cláusulas gerais de Direito, vemos que estas, nessa perspectiva, convertem-se em mecanismos de resolução dos conflitos intersistêmicos. Como preleciona Teubner:

“Um direito funcional de conflitos exige, portanto, mecanismos internos de resolução dos conflitos entre os subsistemas sociais, entre as ordens quasi-jurídicas de esferas sociais semi-autônomas, e entre os vários setores internos do sistema jurídico. Um exemplo paradigmático desses mecanismos podemos encontrá-lo porventura nas conhecidas cláusulas gerais do direito privado (“boa-fé”, “interesse público”). Na verdade, ainda que outra tivesse sido a sua intenção originária, o elevado grau de abertura e indeterminação dessas cláusulas torna-as particularmente apropriadas ao tratamento dos conflitos entre esferas sociais autônomas, tendo esta inflexão de função sido já considerada como um exemplo primeiro de ‘materialização do direito privado’”³¹.

Assim, como interface do sistema jurídico a boa-fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados para outro sentido, que se impõem à consideração, modificando a relação jurídica ou alguns de seus preceitos, que são reelaborados ou desconsiderados em função da atuação prevalente do princípio.

Esses deveres laterais de conduta como acima considerados, podem ser definidos como deveres que não interessando à obrigação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. São usualmente divididos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Os primeiros dizem respeito à obrigação das partes de evitar, no curso do fenômeno contratual, que sejam infringidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.

Os segundos obrigam as partes a, na vigência do contrato, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que com ele tenham relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. Os deveres de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado³².

³¹TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993, p. 230

³²CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *op. cit.*, pp. 604 e s.

d). *Função de controle da boa-fé*

A função de controle da boa-fé é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder antijuridicamente.

O exemplo mais significativo é o da proibição do exercício de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção do contrato não cumprido, quando o cumprimento é insignificante em relação ao contrato total.

Essa idéia do abuso de direito desdobrou-se, doutrinariamente, em duas concepções: a primeira, subjetivista, define que só há abuso de direito quando a pessoa age com a intenção de prejudicar outrem. A segunda, objetivista, estabelece que para que o ato seja abusivo basta que ele tenha o propósito de realizar objetivos diversos daqueles para os quais o direito subjetivo em questão foi preordenado, contrariando o fim do instituto, seu espírito ou finalidade.

A primeira concepção de abuso de direito foi consagrada inicialmente pelo BGB que dispôs em suas regras gerais:

*“Exercício de direitos – Interdição da chicana
§ 226 – Não é permitido exercer um direito quando esse exercício não tem outro fim a não ser causar um prejuízo a outrem”*

Essa disposição do direito germânico, a proibição da chicana no exercício de um direito, encontra sua origem no direito civil prussiano (Conf. Landrecht, I.6 § 37 I.8 § 27 - art. 826)³³, tendo tido largo emprego em todas as relações contratuais civis.

Paulatinamente porém a jurisprudência alemã vai tomando partido pela concepção objetivista do abuso de direito, fundada na boa-fé, e assim, termina por predominar na decisão dos tribunais alemães a doutrina consagrada no § 242 do BGB:

³³CODE CIVIL ALLEMAND. Traduis et annotés par O. de Meulenaere. Paris: Librairie A. Marescq, 1897, p. 62

“§ 242 - O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico³⁴”

Quatro são as modalidades principais que assume o abuso de direito dentro de uma perspectiva objetivista da boa-fé: as situações *de venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*.

A teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em tempo e lugar diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato. Para o reconhecimento da proibição é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada.

Na *supressio*, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. O contrato de prestação duradoura, que tenha passado sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não pode ser exigido, se o devedor teve motivo para pensar extinta a obrigação e programou sua vida nessa perspectiva. Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível segundo o princípio da boa-fé.

A *surrectio* consiste no nascimento de um direito, conseqüente à prática continuada de certos atos. A duradoura distribuição de lucros de sociedade comercial, em desacordo com os estatutos, pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro.

Por fim, aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira (“*tu quoque*”). O condômino que viola a regra do condomínio e

³⁴Os “costumes do tráfico” [Verkehrssitte], de natureza discutida, são mais do que meros usos, mas menos que Direito consuetudinário.

deposita móveis em área comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito. Quem já está em mora, ao tempo em que sobrevêm circunstâncias modificadoras da base do negócio, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial³⁵.

e). *Extinção das obrigações imposta pela boa-fé*

Karl Larenz define que existem certas situações onde a prevalência do princípio da boa-fé chega a justificar a extinção de obrigações e a resolução de contratos: é a denominada frustração do fim contratual objetivo. A boa-fé exige que se dê o contrato por sem efeito quando a finalidade que as partes tinham em vista, e nele pressuposta, se torna definitivamente irrealizável, não obstante as prestações a que ambas se obrigaram, em si mesmas, continuarem objetivamente possíveis³⁶.

O art. 1198 do Código Civil da Argentina consagrou, na redação dada pela lei nº 17.711/68, a possibilidade de resolução do contrato, fundada na boa-fé, se uma das prestações se torna excessivamente onerosa para uma das partes:

“art. 1198 Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”³⁷

³⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *op. cit.*, pp. 249/250

³⁶LARENZ, Karl. *op. cit.*, v. 1, p. 318

³⁷Código Civil argentino modificado pela Lei 17.711 de 22.4.1968: art 1198

O dever de agir de acordo com a boa-fé justifica a extinção da relação obrigacional com base na impossibilidade econômica da relação. Surgem obstáculos tais à realização da prestação devida que esta, sem chegar a se tornar irrealizável, fica extremamente difícil ou onerosa para o devedor. Diz-se então que, segundo a boa-fé objetiva, o devedor não está obrigado a gastos ou esforços que vão além do limite do sacrifício que seria dele exigível.

4. A boa-fé objetiva nos contratos de licença de uso de *software*

A informática trouxe uma verdadeira revolução no que se refere ao conceito de produto para uso e as expectativas que ele gera. Normalmente quando pensamos em um produto nossa expectativa é a que ele simplesmente funcione bem, de acordo com suas especificações técnicas: de um aparelho de CD esperamos que ele reproduza sem ruídos e com alta qualidade sonora os sons previamente gravados em um disco de CD; não esperamos contudo que este possa reproduzir sons gravados em disco de 78 rotações ou mesmo em discos de vinil, seus antecessores na reprodução de sons, ou que seja conectável com outros aparelhos como o videocassete ou uma filmadora.

Tudo se altera contudo quando se pensa num *software*. De um *software*, um editor de textos, Microsoft Word 6.0 por exemplo, legitimamente esperamos que este primeiramente possa rodar em qualquer máquina (compatível com IBM-PC, Macintosh etc.), que seja retro-operante, ou seja, que possa reconhecer textos escritos em antigos processadores como o Wordstart 1.0 ou o velho EDIT do DOS; espera-se também que o programa seja compatível com todas as plataformas disponíveis no mercado (OS-2, *Windows*, Apple etc.); espera-se ainda que este possa operar em compatibilidade total com outros aplicativos, sejam estes *Microsoft*, *Lotus* etc... Portanto o “passado informático” deve ser perfeitamente ajustável ao programa e sua tutela jurídica é uma expectativa legítima.

Do mesmo modo o presente aguarda tutela. Ao comprar um programa a expectativa é a de que ele não só seja compatível com os padrões de plataforma atuais do

mercado mas que também rode nas modificações tecnológicas que estão surgindo. Exige-se o melhor de dois mundos. É legítimo esperar que este programa possa fazer tudo aquilo que a sua propaganda diz que ele realiza e, ao mesmo tempo, que possa conformá-lo e modificá-lo à saciedade para atender às necessidades particulares dos usuários.

Mas ainda, os *softwares* estão ficando cada vez maiores, consumindo cada vez mais memória e sobretudo ficando cada vez mais caros; assim, tendo dispendido uma soma considerável na compra de cada um deles é correto esperar que sejam eternamente compatíveis com as novas inovações tecnológicas, que sempre se possa rodar em um futuro e sofisticadíssimo computador os velhos editores de textos, tal como até hoje posso ouvir na vitrola os discos de 78 rotações ou dirigir um antigo Ford modelo T de 1929. Enfim, é legítimo esperar uma conectividade absoluta e duradoura, que o programa seja eterno enquanto dure. Mais do que isso também é necessário ter um direito de *upgrade* indeterminado. Desde que se compre determinada marca de *software* tem que ser garantido o direito de comprar todas as novas versões, pagando apenas aquilo que constitui a justa retribuição em relação ao valor agregado ao programa (suas novas funções) e não ser obrigado a comprar novamente um produto que de certa maneira já se possui (em versão menos desenvolvida). A tutela legítima do futuro em termos de programa de computador deve abranger ainda todas as funções desempenhadas pelo velho programa que deverão estar disponíveis em sua versão *upgrade*, sendo inadmissível a retirada intempestiva de qualquer dos atributos do programa.

Do mesmo modo a minha capacitação pessoal para o uso de determinado programa tem de ser respeitada, uma vez que, certamente, foi gasto muito tempo, dinheiro, e treinamento aprendendo a operar este programa. Assim, a nova versão deste programa deve conservar todos os mecanismos e a lógica de funcionamento deste, como um dever lateral de cuidado, de modo a não lesar seus usuários.

Esta é, num pequeno resumo, a expectativa legítima de um usuário quando adentra numa loja de venda de *softwares*. Trata-se de uma profunda e radical revolução no entendimento do que deva ser a tutela de confiança das partes numa relação de consumo; por uma simples razão: um *software* nada mais é do que um conjunto de instruções dadas a uma máquina para a realização da minha vontade, dos meus desígnios. Como bem se expressa Bill Gates:

“Os computadores são maravilhosos porque quando você trabalha com eles obtém resultados imediatos que lhe permitem saber se seu programa funciona. Poucas coisas na vida dão um retorno desses. Foi aí que começou meu fascínio por software. O retorno dado por programas simples é particularmente desprovido de ambigüidade. Até hoje vibro ao pensar que, quando o programa dá certo, ele funciona perfeitamente bem o tempo todo, toda vez que eu uso, do jeito como eu disse para fazer³⁸”

Assim, um programa de computador não é um mero objeto de consumo que realiza uma ou algumas funções bem determinadas, mas sim, dependendo do programa, um instrumental para que eu realize virtualmente o que eu quiser, dentro de sua especificidade. É, em suma, o poder da vontade instrumentado e potenciado em uma determinada direção, livre de freios ou ambigüidades.

Deste modo, dada a autonomia de cada indivíduo para regular seus próprios interesses, dentro daquela esfera permitida pelo ordenamento³⁹, é legítimo esperar que um programa de computador possa efetivamente ser essa vontade ampliada, potenciada em determinada direção e regida por dada especificidade, vontade esta que não pode deixar de ser tutelada em sua atemporalidade senão quando infrinja os direitos de outrem ou os preceitos legais.

Em regra, no campo do direito privado, na disposição de seus interesses, os homens procuram regulá-los através de acordos que vinculam ambas as partes em relação: os contratos. É o poder de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidos pelos próprios titulares deles, a ser exercido nos limites e com as finalidades assinadas pela função social do contrato.

Porém tal auto-regulação, dentro da esfera da autonomia privada, encontra severo obstáculo no que se refere aos contratos de licença de uso de *software* pela disparidade das condições das partes que se apresentam para contratar. De um lado uma poderosa fabricante de *softwares*, detentora não só de incomensurável poder econômico e de indução do consumo através da propaganda mas também detentora de um poder

³⁸GATES, Bill - **op. cit.** - p. 12

³⁹*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen - 26 août 1789 - art. 4 - La liberté consiste à pouvoir faire tout qui ne nuit pas à autrui; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.*

intelectual sobre a outra parte na medida em que só ela conhece a tecnologia, as vicissitudes e as falhas do programa que será objeto do contrato, características essas que só poderão ser avaliadas parcialmente pelo usuário, necessariamente depois que houver ultimado o contrato. Do outro lado, a outra parte contratante é, muitas vezes, apenas parcial e deficientemente informada das características do contrato que está por realizar e não pode nem ao menos comprovar se tal programa atende a suas necessidades, uma vez que, tais necessidades só se manifestarão em sua inteireza com o decorrer do tempo e o uso do programa.

Está-se portanto diante da clássica situação que impõe a intervenção de normas do ordenamento jurídico de forma a reequilibrar os termos dessa equação, voltando a lei a tratar, no sentido aristotélico, os desiguais como desiguais na medida em que se desigalam, de modo a restabelecer a igualdade substancial que deve reger as relações entre contratantes.

Aqui porém principiam-se os problemas. Teoricamente é sempre possível observar certos fatos da realidade, valorá-los a partir de determinados critérios e a seguir transformá-los em lei, isto é, em norma genérica e abstrata imposta coativamente à obediência de todos. Quanto mais complexa for a situação que se quer valorar mais minudente deverá ser a legislação que a regula. Porém, o direito ao afirmar-se enquanto realidade objetiva, ao tornar-se lei, deve assumir certas características que o tornam exigível, quais sejam, as da generalidade, abstração e perenidade. Positivado, o direito regula determinada situação, agora jurídica, e não outra à qual não alude. Perene, tem como pressuposto a manutenção daquela situação básica no tempo.

Tudo se modifica no entanto quando se trata de situações em constante devir, em processo interminável de mutação, que existe hoje mas já se modificou amanhã. Para regular essas situações a lei, enquanto previsão de hipóteses faticamente passíveis de acontecer no cotidiano hoje, se apresenta muitas vezes como inútil, pois a situação jurídica que pretendeu regular já se transmudou completamente e seus dispositivos restam inoperantes.

Hegel intuiu com maestria essa permanente incapacidade do direito positivo e da ciência jurídica de, simplesmente através de deduções e silogismos, adaptarem-se à constante natureza cambiante dos fatos:

“O que é o direito é em si afirma-se na sua existência objetiva, quer dizer, define-se para a consciência pelo pensamento. É conhecido como o que, com justiça, é e vale; é a lei. Tal direito é, segundo esta determinação, o direito positivo em geral.

Nesta identidade do que é em si e do que é afirmado, só tem capacidade jurídica para obrigar o que for lei positiva. Como a realidade positiva constitui o aspecto de existência, nela se pode também inserir a contingência do capricho e outras realidades particulares, e pode, portanto, acontecer que a lei seja, em seu conteúdo, diferente do que é o direito em si.

No direito positivo o que é legal é origem do conhecimento do que é o direito ou, para falar com propriedade, do que é de direito. Deste ponto de vista, a ciência jurídica positiva é uma ciência histórica que tem por princípio a autoridade. O mais que se lhe possa acrescentar são assuntos a tratar pelo intelecto e referem-se à ordem exterior, à coordenação, à coerência e à aplicação. Quando o intelecto se intromete na própria natureza das coisas já sabemos o que ele é capaz de fazer com o seu método de raciocínio motivado, como se pode ver, por exemplo, nas teorias de direito criminal. A ciência positiva tem não só o direito mas também o rigoroso dever de deduzir, dos dados positivos e em todas as minúcias, as formações históricas, bem como as aplicações e complicações das regras jurídicas. É assim que se mostrará a sua lógica interior. Mas não deverá espantar-se, embora se trate de uma questão que é alheia ao seu objeto, que lhe perguntem, após todos os seus raciocínios se uma regra jurídica é racional”⁴⁰

A realidade é assim, como bem esclarece Hegel, insuscetível de ser plenamente apreendida em um regramento positivo, sendo o direito enquanto realidade imanente, o permanente critério de validade da ordem positiva.

Tal aspecto dessa insuficiência da normatização jurídica na apreensão da realidade cambiante, e particularmente da informática, nos é demonstrado pelo próprio conceito legal de *software*, datado de 1998:

Lei 9609/98

Art 1. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou

⁴⁰HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, pp. 195 e 197/198

equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou analógica, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”

Como explicamos anteriormente, a inovação tecnológica está alterando essa própria idéia de instruções fixas e determinadas criadas por alguém para que a máquina execute exatamente aquelas instruções pré-determinadas. Está se pesquisando programas capazes de executar silogismos: dada a premissa maior e a premissa menor o computador seria capaz de dar a conclusão lógica ao problema, de acordo com dados habitualmente inferidos da forma de utilização do computador, e conseqüentemente de raciocínio do usuário . Trata-se de uma evidente revolução na teoria do conhecimento das máquinas, a implicar em mudanças na própria idéia de propriedade intelectual exclusiva do fabricante. Portanto, num curto espaço de tempo, de menos de 10 anos, o conceito legal já está totalmente superado pela realidade fática, gerando-se assim uma permanente inadequação da norma legal à situação que pretendia regular.

Como bem lembra Tarcísio Cerqueira:

“Não devemos nos esquecer que estamos legislando sobre uma atividade de intenso dinamismo, que se altera a cada semana e a cada dia - e quanto mais para o futuro caminhamos maior a velocidade das mudanças. Se fôssemos legislar sobre o software há dez anos atrás (quando se media a produtividade de um programador pela quantidade de linhas de programas produzidas - o que consideramos hoje um absurdo) a realidade certamente seria outra e, conseqüentemente, nossa lei estaria desatualizada. E seria mais uma lei a não ser obedecida”⁴¹

Portanto, em se tratando de regulamentação jurídica dos negócios de informática e particularmente de contrato de licença de uso de *software*, devemos renunciar àquela procura de um conceitualismo estéril e passarmos a adotar para a regulação desses institutos cláusulas gerais capazes de dar conta da complexidade e da mutação dessas relações jurídicas.

A relação obrigacional decorrente dos contratos de licença de uso de *software* deve ser entendida, segundo os ditames da boa-fé objetiva, como um processo que possui

⁴¹CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *op. cit.*, p. 56

várias fases: uma fase preliminar ou pré-contratual, de negociações preliminares e de declaração de oferta; uma fase posterior, de execução contratual e ainda uma fase pós contratual, de deveres suscitados após o término do contrato.

Em todas essas fases os contraentes ou em expectativa de contratar devem agir com correção e lealdade em relação à contraparte, de modo a não frustrar a sua confiança.

Na fase ainda pré-contratual, das negociações preliminares, os candidatos a contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação dos dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc..⁴².

São, de modo geral, escassas as negociações preliminares em tema de contratos de licença de uso de *software*, por predominarem no âmbito desses os contratos pré-impessos e por adesão. Entretanto, no que se refere aos contratos de desenvolvimento de sistemas por encomendas, incide toda a força dessas regras, particularmente no que se refere à tutela de expectativas geradas nas negociações ou do dever de não revelação de dados obtidos em confiança. Violados estes deveres, configura-se a responsabilidade extra-contratual.

A fase das negociações importa também em deveres de colaboração como o de bem informar o contraente sobre o conteúdo do contrato e o dever de proteção, não abusando da outra parte.

O dever de informação e proteção da outra parte é particularmente significativo nas negociações para contratação de programas de computador, porque, o mais das vezes, implicam numa paralisação dos investimentos do usuário ou da empresa em informática durante a escolha do *software*. Além disso acarreta também um investimento em treinamento prévio daquelas pessoas que deverão operar imediatamente o *software*.

Portanto, se a empresa fornecedora chega à conclusão que seu *software* não atende às necessidades do usuário ou ainda possui rotinas incompatíveis com a metodologia de trabalho adotada por este, deve encerrar de pronto as negociações, dada a inutilidade do prosseguimento.

⁴²AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 176/177

Do mesmo modo o fornecedor deve lealmente informar ao usuário a existência de *bugs* (erros) que possam comprometer o desenvolvimento de rotinas específicas do programa de interesse do usuário. Um programa de computador é um produto sofisticado, o que aumenta, pela conduta de boa-fé, a responsabilidade do fornecedor, dada a sua especialidade profissional e sua natural ascendência sobre o consumidor. Seu dever de informar deverá então abranger o esclarecimento, o aconselhamento e a advertência.

Tema relevante no direito de informação é o da publicidade, que deve conter dados fáticos, técnicos e científicos que dêem sustentação à mensagem e, principalmente, não pode ser enganosa (art. 37 do Código de Defesa do Consumidor).

As obrigações da fase contratual não se limitam à prestação principal mas abrangem toda uma série de deveres acessórios - quando a boa-fé serve para interpretar, completar ou corrigir o contrato - e mesmo na fase pós contratual quando subsistem ainda deveres *post pactum finitum*, dentre eles o dever de destruir as cópias ainda porventura em poder do usuário depois de findo o contrato de licença de uso de *software*.

Os contratos de *software* assumem com freqüência a modalidade de contratos de adesão, nos quais, em geral falta o princípio da igualdade econômica. Neste tipo de contrato uma das partes fixa todas as cláusulas e a outra pode ou não aderir, sem ter oportunidade de formular uma contra-oferta e, em certas ocasiões, de rejeitá-las.

A situação de desigualdade entre as partes, característica dos contratos de adesão, se agrava nesses contratos, porque o cliente, por ignorar a técnica informática, não pode estabelecer um juízo de valor sobre o produto ou serviço que se propõe. Por outro lado, do ponto de vista econômico, sua situação não lhe permite muitas vezes resistir à pressão dos provedores.

Portanto ao dever de informação pré-contratual visto anteriormente, agrega-se na fase contratual a obrigação de fornecer informações sobre a adequação e qualidades dos produtos vendidos, assim como as possibilidades de ampliação dos mesmos.

No que se refere às garantias de funcionamento e performance outorgadas pelo provedor, as típicas cláusulas dos contratos pré-impresos a limitam a uma obrigação de levar a cabo os melhores esforços para corrigir qualquer falha identificada.

Interpretada segundo o dever de conduta reta e leal imposto pela boa-fé, esta obrigação deve ser entendida como se ajustando às especificações funcionais, de

rendimento e cumprimento dos tempos declarados pelo provedor. Não cumpridos estes o provedor é obrigado a trocar o produto ou a resolver a obrigação.

O período de garantia se diminuto, deve ser reinterpretado elásticamente de modo a abranger um período razoável de teste por parte do usuário (em geral, 90 dias). Neste período correm por conta do fabricante todas as despesas de manutenção de operatividade do *software*, inclusive aquelas requeridas por modificações para corrigir erros que afetem as ditas operações.

No que se refere aos aperfeiçoamentos e fornecimentos gratuitos pelo fabricante de arquivos e novas configurações de programa deve-se igualmente interpretar a cláusula concessiva destes como abrangendo todas as ofertas concedidas a futuros usuários, ainda que em caráter promocional especial.

A função integrativa da boa-fé é uma das mais relevantes no que diz respeito à observância de certos deveres de lealdade que, embora não expressamente previstos pelas partes no contrato, devem ser observados dentro da idéia de confiança e cooperação que impõe a prática por cada uma das partes dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte.

Deste modo uma conduta reta e leal segundo os ditames da boa-fé objetiva impõe ao fabricante de um *software* o dever de assegurar a compatibilidade deste com todas as antigas versões de seu produto e mesmo com as antigas versões dos principais produtos concorrentes no seu segmento de mercado, de modo que o usuário tenha garantido a qualquer tempo o uso de trabalhos realizados em seus antigos programas.

Do mesmo modo a função integrativa da boa-fé dita a este fabricante o dever lateral de assegurar que seu programa possa rodar em qualquer máquina e sob qualquer plataforma hoje existente no mercado pois a compatibilidade dos programas de computador é uma necessidade para qualquer uso profissional de um *software*.

O dever de lealdade obriga também que em situações de transição entre modelos de plataformas hegemônicos no mercado, um novo *software* só seja lançado se puder se compatibilizar com ambos os modelos. É o dever que incumbe ao fabricante de não submeter desnecessariamente os clientes a “atrasos tecnológicos”.

O direito ao *upgrade* do programa também se insere na modalidade de um dever lateral de conduta, mesmo que não expressamente previsto. O fabricante deve, agindo

de boa-fé, assegurar a cada usuário o direito de comprar todas as novas versões do programa, pagando apenas o valor do produto novo que foi agregado a este.

Aqui o princípio da boa-fé mescla-se com a justiça contratual. O direito de comprar a nova versão pagando apenas o justo preço do seu incremento é um princípio de justiça contratual: não basta que haja uma pequena diferença de preço entre o programa *full* e o programa *upgrade* mas sim que o segundo seja efetivamente vendido aos seus já usuários pelo justo valor do seu incremento, do contrário estes estariam adquirindo de novo um produto que já teriam comprado.

O dever lateral de conservação imposto pela boa-fé impõe também que o novo programa observe os mecanismos e a lógica de funcionamento do antigo de modo a assegurar a conservação do treinamento dispendido pelo cliente para o manejo do programa.

Resultam desses fatos que, num contrato de licença de uso de *software* os deveres acessórios possam ser mais complexos e mais cogentes que a própria prestação principal. Isso deriva da natureza especial da relação jurídica criada, uma relação de fornecimento de um produto que nada mais é que uma potencialização da vontade do usuário empregada em uma dada finalidade.

A função de controle da boa-fé é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder antijuridicamente. Essa função de controle da boa-fé tem especial relevância no que se refere à invalidade das cláusulas abusivas.

Nos contratos de licença de uso de *software* a concentração do poder de negociação em uma das partes contratantes, como sucede nos contratos de adesão leva ao abuso, especialmente quando o empresário aproveita seu domínio negocial para exonerar-se de responsabilidades ou limitar suas conseqüências, para atenuar suas obrigações ou facilitar a execução a seu encargo, ou, da perspectiva do consumidor, para agravar desmesuradamente suas cargas, acentuar seus deveres, estabelecer prazos estrangulantes, inverter o ônus do encargo probatório; enfim desequilibrar o princípio da reciprocidade das estipulações, de tal sorte a acumular vantagens em seu favor e simultaneamente desvantagens nas prestações do cliente.

Entre as cláusulas abusivas mais frequentes nos contratos de licença de uso de *software*, que a função de controle da boa-fé reputa como não escritas, estão as cláusulas limitativas da responsabilidade, os pactos de garantia e as disposições sobre a lei aplicável.

A obrigação de reparar o dano resultante do inadimplemento contratual nasce do nexo causal entre o dano e o inadimplemento do contrato. Porém, sucede muitas vezes em contratos de *software* que o fornecedor intente liberar-se antecipadamente dos danos que resultam para seu co-contratante de seu inadimplemento. Estabelece-se então cláusulas que limitam antecipadamente a responsabilidade que deve assumir o inadimplente.

A limitação da responsabilidade deve ser entendida em sentido amplo: abrange esta as limitações das causas de atribuição de responsabilidades e as limitações de fato resultantes. Incluem-se assim a inversão do ônus da prova para o credor, a limitação do patrimônio garante da obrigação do devedor, a limitação do tempo de prescrição ou de caducidade da ação para exigir a responsabilidade etc..

Embora tais cláusulas limitativas expressas conflitem com o disposto no art. 186 do Código Civil, a função de controle da boa-fé persiste em sua aplicabilidade quando o caso de limitação de responsabilidade é mais dúbio.

Tal solução não discrepa da prevista em outros ordenamentos que também prevêem a desconsideração dessas cláusulas com base na boa-fé:

“La excusa de culpa grave, por otra parte, significa un ataque directo al principio de la buena fe, que es indispensable en el cumplimiento de las obligaciones: no se concilia con dicho principio, permitir que desde el comienzo se tenga por liberado al deudor de su propia responsabilidad”⁴³

Os pactos de garantia são aquelas cláusulas mediante as quais, não obstante a existência de caso fortuito ou força maior, o devedor não se exonera das conseqüências de seu inadimplemento.

A idéia de controle ínsita no cumprimento de boa-fé da obrigação impede que nestes casos o princípio da autonomia da vontade justifique a ruptura de um dos pilares fundamentais do sistema ressarcitório: a eximção da responsabilidade quando a inexecução

⁴³CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Derecho de las obligaciones*. T. 1., Buenos Aires : Ediciones Platense, 1979, p. 285

por ser atribuível a um caso fortuito, não se acha juridicamente vinculada à conduta do devedor pelo nexo de causalidade adequado.

Deve ser considerada também à luz das proibições impostas pela função de controle da boa-fé as cláusulas que estabelecem a aplicabilidade da lei do país do contratante predisponente em contratação internacional. Deve ser aplicável a lei do país onde se dá o cumprimento substancial do contrato e não necessariamente a do país do contratante predisponente.

A função de controle da boa-fé exige ainda que no cumprimento do contrato sejam observadas as práticas reiteradas efetuadas pelos contratantes, em detrimento da forma literal pela qual se expressaram no contrato.

5. Conclusão

A globalização das economias e a interconectividade resultante do grande desenvolvimento de uma rede planetária de computadores, a mudança vertiginosa na tecnologia desses equipamentos e nas relações jurídicas dos negócios de informática trouxe novos e prementes desafios à ciência do Direito.

Um mundo em permanente devir não se coaduna facilmente com a imposição de regras imutáveis, feitas para fixar a generalidade e perenidade das relações que interessam ao Direito. A velocidade das transformações cedo deixa sem sentido os preceitos jurídicos, tornando obsoleto aquilo que ontem parecia tão revolucionário.

Como não se pode renunciar à regulação dessas relações sociais sob pena de se aguçarem os conflitos intersetoriais, deve o Direito buscar em preceitos gerais, abertos o bastante para abarcar a realidade cambiante, a solução para a resolução desses novos problemas.

Assim, na disciplina dessas modernas relações de consumo de massas que são os contratos de licença de uso de *software*, mais do que procurarmos a pureza analítica das definições perpétuas, das ontológicas naturezas jurídicas, devemos procurar o regramento aberto, totalizante, que integrado a uma jurisprudência construtivista possa dar efetiva proteção e tutela às partes em conflito.

Nessa idéia global se insere a importância da noção de boa-fé objetiva para a interpretação, modificação, controle e mesmo resolução dos contratos de licença de uso de *software*.

A noção aberta de boa-fé, de iminente sentido historicista e juscultural, é capaz de englobar em sua simplicidade totalizadora a enorme complexidade e mutabilidade pelas quais se revestem esses contratos. Também ela pode, como ficou explicitado no texto, se devidamente trabalhada pela jurisprudência, dar conta das necessidades transtemporais de uso dos programas de computador, assegurando efetivamente a tutela das expectativas e da confiança dos usuários.

Trata-se portanto de um campo negocial novo que se abre na senda do mundo jurídico e que, por sua diversidade e mutabilidade ontológica, só podem ser devidamente regulados e equacionados com o auxílio de princípios gerais de Direito.

6. Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor*. Rio de Janeiro : Aide, 1991
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Livro V. 10*. São Paulo : Nova Cultural, 1987
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo : Saraiva, 2004
- CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Derecho de las obligaciones. T. 1*. Buenos Aires : Platense, 1979
- CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: direito autoral e contratos*. Rio de Janeiro: Fotomática Ed.; Ed. e Gráfica Polar, 1993
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil . v. I*. Coimbra : Almedina, 1984
- CORREA, Carlos M. et alli. *Derecho informático*. Buenos Aires : Depalma, 1994
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil. v. II*. Brasília : Ministério da Justiça; UnB, 1983
- GATES, Bill. *A Estrada para o futuro*. São Paulo : Companhia das Letras, 1995

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa : Guimarães Editores, 1990

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbekian, 1989

_____. *Derecho de obligaciones*. Madri : Revista de Derecho Privado, 1958

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo : Saraiva, 1994

TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoiético*. Lisboa : Calouste Gulbekian, 1993