

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 143 • Julho 2012



Gilmar Mendes | Ministro do STF

AS CONTRIBUIÇÕES DO CNJ PARA O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Editorial: Em defesa da Instituição e da Magistratura

Questões sobre a responsabilidade civil no âmbito da utilização do software livre

Pedro Henrique Monteiro Caldas | Advogado

1. Noções gerais

O software livre, de acordo com a definição da *Free Software Foundation*, é aquele que dá ao seu usuário a liberdade de usar, estudar, copiar, modificar e redistribuir.

Para um software ser considerado livre, ele deve fornecer 4 tipos de liberdades básicas:

- a liberdade de executar o programa para qualquer propósito;
- a liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo para as suas necessidades. Para isso, é necessário o acesso ao código-fonte;
- a liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar o próximo;
- a liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos a fim de beneficiar toda a comunidade.

Com base nas restrições ao licenciamento na redistribuição do trabalho ou criação de trabalhos derivados, as licenças de software livre se dividem em três categorias: permissivas, recíprocas totais e recíprocas parciais.

As licenças permissivas, também chamadas de licenças acadêmicas, impõem poucas restrições aos usuários. Os trabalhos derivados podem ser distribuídos sob qualquer tipo de licença, inclusive sob uma licença fechada. São exemplos desse tipo de licença a Apache, MIT/X11 e BSD.

Já as licenças recíprocas totais determinam que todo trabalho derivado deve ser distribuído sob os mesmos termos da licença original. Isso também é chamado de *copyleft*, termo criado pela *Free Software Foundation*, e é um trocadilho do termo *copyright*. A ideia do *copyleft* é permitir que o usuário

utilize, modifique, copie e distribua versões modificadas do programa, mas impedir que sejam adicionadas restrições a essas versões redistribuídas. O principal exemplo desse tipo de licença é a Licença Pública Geral (GPL).

Ocorre que essa limitação acaba gerando incompatibilidade com outros programas. Cita-se, como exemplo, a impossibilidade de utilização de um software sob a licença GPL junto com um software proprietário.

Em razão da incompatibilidade citada surgiram as licenças recíprocas parciais, também chamadas de *copyleft* fraco, que determinam que o programa é livre e deve permanecer livre. Entretanto, trabalhos derivados não precisam estar sob a mesma licença. Como exemplo, podemos citar a Licença Pública Geral Menor (LGPL) e a Mozilla.

No Brasil, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou a Instrução Normativa nº 4 de 19 de maio de 2008 incentivando a utilização de softwares disponíveis no Portal do Software Público e outros softwares livres mesmo não disponíveis no portal.

Em que pese a norma somente ser aplicável à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, deixa claro uma tendência da Administração Pública em adotar software com código aberto, o que demonstra a relevância prática do estudo das consequências jurídicas da utilização do software livre no que concerne a questão da responsabilidade civil.

Finalizando este capítulo cumpre ser ressaltado que, em regra, as licenças trazem um item específico prevendo a exoneração de responsabilidade do desenvolvedor por danos decorrentes da utilização do software. A validade



jurídica desta cláusula será examinada nos próximos capítulos do presente estudo.

2. Natureza contratual da relação jurídica no software livre

2.1. Partes no contrato de licenciamento de software

Um contrato de licenciamento de software clássico tem como partes o licenciante, aquele que permite a alguém utilizar o software de cujos direitos é detentor, e o licenciado, aquele que recebe o direito de utilizar o software.

O software livre é licenciado nos mesmos moldes, porém a licença possui caráter genérico e não individualizado. Isso porque, como veremos a seguir, a licença de software livre – ou o contrato de licenciamento – é um contrato de adesão, utilizado exhaustivamente pelos desenvolvedores.

Assim, qualquer um que se enquadre nas definições ali presentes será considerado parte do contrato – seja como licenciante, seja como licenciado.

A licença de software livre possui também a peculiaridade de alguém que agora se apresenta como licenciado, futuramente vir a ocupar o outro pólo contratual, apresentando-se como licenciante. Essa dualidade licenciado-licenciante, referentes à mesma pessoa, será importante para várias das análises que serão feitas ao longo deste estudo.

De toda sorte, o software livre dificilmente possui um autor único e identificável como o autor ao longo de toda a vida do software, sendo geralmente desenvolvido por uma comunidade de pessoas. Assim, mesmo a figura “licenciante” será alterada ao longo do tempo, à medida em que forem a ela acrescidos todos os demais contribuintes.

A única figura facilmente identificável será, portanto, o licenciado, o usuário do software, e mesmo assim apenas em relação ao software na versão que tiver recebido, sem quaisquer alterações por ele mesmo introduzidas.

2.2. Contrato atípico

Cumprido classificar, dentro dos parâmetros jurídicos atualmente vigentes, a relação jurídica estabelecida no âmbito do contrato de licença de software livre.

Tendo em vista que não há no ordenamento jurídico uma legislação específica que trate do licenciamento de software livre, tem-se que este pode ser qualificado como um contrato atípico, cuja existência está prevista na seguinte norma do Código Civil vigente:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

A possibilidade de celebração de contratos atípicos se dá com esteio no princípio da autonomia da vontade, no entanto, o civilista Caio Mário alerta que “a celebração de um contrato atípico exige-lhes o cuidado de descenderem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica”¹.

As licenças de software livre, em regra, apresentam essas minúcias, a serem utilizadas no âmbito de contratação de cada um dos softwares livres. Resta saber, portanto, se esta regulamentação própria de cada licença – e incluída como cláusula no documento – se coaduna com o que está preceituado no ordenamento jurídico pátrio.

2.3. Contrato benéfico

Partindo-se do pressuposto que o licenciamento em si é gratuito² observa-se que há um desequilíbrio entre as prestações, tendo em vista que o licenciado ao adquirir a licença só está obrigado a seguir os termos da mesma. Tal assertiva conduz o intérprete à conclusão inarredável de que se trata de um contrato benéfico.

2.4. Contrato de adesão

Segundo conceito trazido pelo civilista Caio Mário da Silva Pereira, “chamam-se contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.”³

Observa-se, portanto, que em razão de não haver a possibilidade de o licenciado discutir as cláusulas da licença e simplesmente ter que aderir aos termos nela propostos faz com que o citado pacto se caracterize como um contrato de adesão.

Concluir que se trata de um contrato de adesão não conduz o intérprete inexoravelmente à conclusão de que seriam inválidas as cláusulas de não indenizar que usualmente constam nas licenças⁴, como poderemos ver de forma mais detida no item 3.4 do presente estudo. Por ora, trataremos apenas da classificação do contrato em si, uma vez que existem posicionamentos diversos.

Ronaldo Lemos e Eduardo Senna, ao deterem-se na análise da GNU GPL⁵, discordam da classificação da licença de software livre como um contrato de adesão, conforme pode ser visto no seguinte trecho: “Nesse contexto, a GNU GPL configura-se como um contrato benéfico em nada se aproximando do conceito de contrato por adesão.”⁶

A argumentação acima destacada não deve ser acolhida, uma vez que “benéfico” e “por adesão” são classificações que se vinculam a parâmetros distintos. Dessa forma, classificar um contrato como “benéfico” não exclui a possibilidade de o mesmo instrumento ser caracterizado como “por adesão”.

No contrato de licença de software livre não há a possibilidade de discussão das cláusulas pelas partes, ou a parte aceita o disposto na licença (adere), ou não aceita e deixa de contratar. É, portanto, expressa a caracterização de um contrato de adesão conforme conceito acima exposto trazido pelo mestre Caio Mário.

2.5. Possibilidade de existência de relação de consumo

“Relação de consumo” é aquela sujeita aos ditames da Lei nº 8078/90 (conhecida como Código de Defesa do Consumidor). Analisar se a relação estabelecida entre licenciante (aquele que disponibiliza o software livre) e licenciado (o usuário do software livre) será relação de consumo, subordinada a essa lei, ou se apenas se sujeitará ao Código Civil, é fundamental para a análise acerca da responsabilidade civil do licenciante. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem como regra geral a responsabilização objetiva do fornecedor, independentemente de dolo ou culpa.

A relação de consumo caracteriza-se pela existência das figuras do consumidor e do fornecedor, conceituados pelo CDC em seus artigos 2º e 3º.

Considerando as definições presentes na legislação consumerista acima citadas, poderia ser compreendido que o desenvolvedor de um software é fornecedor, e seu usuário é consumidor, e essa associação é corretamente empregada nos contratos de licenciamento de softwa-

res proprietários normalmente encontrados no mercado, principalmente quando consideramos tratar-se de contrato de adesão⁷.

No entanto, a situação sob análise trata de uma espécie diversa de licenciamento, formalizado através da celebração de um contrato de adesão, de natureza benéfica, distinto do licenciamento acima comentado.

Apesar de não existir jurisprudência sobre o tema e o tratamento doutrinário também ser escasso, existem algumas questões a serem pontuadas para nos auxiliar na compreensão do tema proposto.

Costa e Marcacini⁸, analisando a GNU GPL, defendem o não enquadramento da relação jurídica em comento como relação consumerista tendo por base, em síntese, os seguintes argumentos:

- a peculiaridade da relação estabelecida no âmbito da licença de software livre, no qual a gratuidade e o modelo cooperativo dificultam a caracterização de qualquer uma das partes envolvidas como consumidor e/ou fornecedor;
- o fato de que a análise feita se restringiria apenas ao licenciamento em si, tendo em vista que outras atividades, tais como o suporte técnico ou a manutenção, relacionadas ao software livre, poderiam ser realizadas de forma onerosa, caracterizando por vezes a existência de relação de consumo.

Ronaldo Lemos e Eduardo Senna⁹ ressaltam o fato de a licença ser direcionada a uma universalidade de pessoas, usuárias do software livre a ela submetido, o que torna difícil a caracterização da relação de consumo.

Importante destacar ainda, na visão dos estudiosos acima citados, distinguir o licenciamento em si, que permite ao usuário utilizar o software, modificá-lo, adaptá-lo etc, dos serviços associados a esse software. A esses últimos, caberá a aplicação da legislação consumerista; àquele, não.

Outro fator a auxiliar na definição da relação de consumo é aquela relativa à remuneração obtida pelo fornecedor. Segundo Claudia Lima Marques¹⁰, existe distinção entre “remuneração” e “gratuidade”. Remuneração, direta ou indireta, significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor; gratuidade significa a não diminuição do patrimônio do consumidor. Assim, um contrato pode ser gratuito (não sendo o consumidor onerado), porém remunerado indiretamente (através, por exemplo, da agregação de valor a sua marca).

A ausência de remuneração pode, portanto, afastar a aplicação do CDC. A doutrinadora conclui afirmando que sempre que houver remuneração – direta ou indireta – e que as figuras de fornecedor e consumidor, conforme definido na lei, estiverem presentes, a relação estará subordinada ao CDC.

Dessa forma, *a priori* poder-se-ia dizer que, em hipótese pouco comum, mas juridicamente plausível, haveria a possibilidade de configuração de relação de consumo na realização do licenciamento, caso uma das partes seja uma pessoa física ou jurídica que venha a criar ou modificar um programa e disponibilizá-lo em seu nome, com algum tipo de remuneração indireta, estando no outro pólo um usuário final, que não modifique e/ou disponibilize o software posteriormente.

Voltamos a enfatizar que tal possibilidade é pouco provável de ocorrer na prática e que seria juridicamente controvertida esta conclusão, todavia tal interpretação neste caso seria juridicamente possível.

3. Software livre e responsabilidade civil

3.1. Responsabilidade civil em contratos benéficos

O artigo 392 do Código Civil é expresso ao dispor que: Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Logo, em havendo a caracterização do contrato de licença de software livre como um contrato benéfico, a consequência lógica será a responsabilização do licenciante apenas por dolo, ou seja, só será responsável quando causar prejuízo ao licenciado de forma intencional.

3.2. Responsabilidade civil em relação de consumo

Conforme ressaltado acima, a relação jurídica estabelecida no âmbito do contrato de licenciamento de software livre dificilmente se caracterizaria como relação de consumo. Todavia, como existe a possibilidade de tal caracterização ocorrer, deve ser apontada a consequência legal no âmbito da responsabilidade civil.

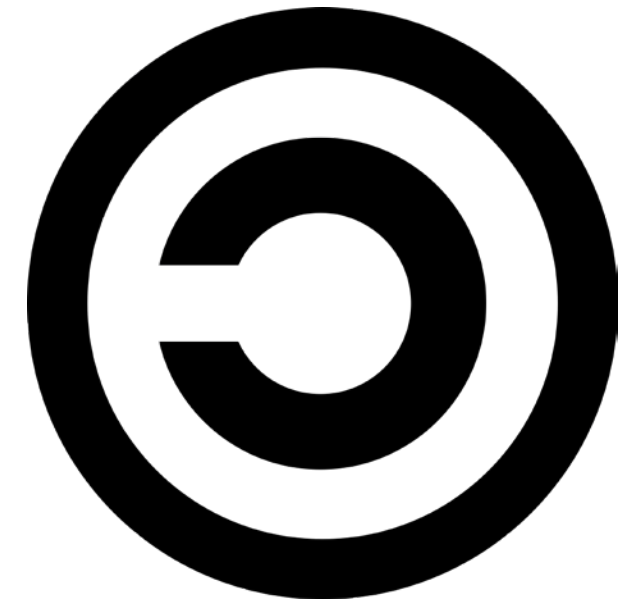
Logo, caso haja o entendimento de que existe, no âmbito do licenciamento do software livre, relação de consumo, os artigos 24 e 25 da Lei 8.078/90 se aplicariam, tornando nulas as cláusulas de não indenizar e subsumindo o caso concreto às disposições do CDC acerca de responsabilidade de fato ou vício do produto, termos dos artigos 12 e 18 da Lei citada.

Cumprido, todavia, ser novamente ressaltado que a caracterização do contrato de licenciamento de software livre dificilmente se caracterizaria como relação de consumo.

3.3. Responsabilidade civil no licenciamento de software livre

A análise acima feita demonstra que, em regra, a responsabilidade civil por danos irá se restringir ao dano causado por dolo do licenciante.

No entanto, conforme já analisado, o licenciamento de software livre tem a peculiaridade de o papel de licenciante



ser ocupado por uma universalidade de pessoas que já alteraram o código-fonte e, por esse motivo, respondem pelo produto final.

Nesse caso, o pedido de ressarcimento por danos poderia ser buscado junto a qualquer das partes, qualquer dos autores do código-fonte.

Cabe ressaltar que essa análise não pode ser aplicada àquelas situações nas quais, além do licenciamento do software, o usuário contrata serviços a ele associados, como a garantia e o suporte técnico. Nesses casos, o contrato não irá possuir natureza gratuita/benéfica, e então a responsabilidade por danos irá seguir a regra geral prevista pelo Código Civil, e não mais aquela aplicável aos contratos benéficos.

3.4. Validade jurídica da cláusula de não indenizar

A argumentação sobre a validade deste tipo de cláusula, comum nas licenças de software livre, trazida por Costa e Marcacini¹¹ é a de que ausência de cláusula de inexistência de responsabilidade iria engessar o movimento e a própria filosofia do software livre. Tal linha de argumentação deve ser confrontada com as disposições legais do Ordenamento Jurídico Pátrio que passamos a analisar.

O primeiro artigo a ser observado é o 424 do Código Civil, que tem a seguinte dicção:

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (grifou-se)

Conforme pode ser lido, são consideradas nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada a direito que seja resultante da natureza do negócio. Ora, conforme visto acima, a cláusula de não indenizar é um dos instrumentos contratuais que tornam possível a concretização não só do objeto contratual, mas da própria existência e desenvolvimento da filosofia do software livre.

Desta forma não poderia ser interpretado que o direito à indenização decorrente de alguma falha decorrente do próprio desenvolvimento de um programa de computador, que *a priori* e por toda a sua existência terá sempre um caráter experimental, seja um direito resultante da natureza do negócio.

A mesma argumentação pode ser utilizada para superar o disposto no artigo 10 §1º, inciso II, da lei 9.609/98 (Lei do Software), que tem a seguinte dicção ao tratar do contrato de licenciamento de software:

Art. 10, § 1º. Serão nulas as cláusulas que:

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

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

O elemento teleológico que norteou a confecção da norma acima citada é o da proteção do chamado software proprietário, licenciado em caráter oneroso, cujo elemento axiológico é diametralmente oposto ao do software livre. Não poderia ser diferente, uma vez que o software livre, licenciado em caráter gratuito, não tem por objetivo acrescer a riqueza individual, mas sim propiciar o desenvolvimento tecnológico e científico de uma comunidade.

Desta forma como a intenção é a de fomentar o movimento do software livre em razão dos benefícios decorrentes da sua aplicação nos últimos anos, o artigo acima não pode ser aplicado em tal caso por colidir frontalmente, conforme já explicitado, com toda a possibilidade de desenvolvimento do software livre.

4. Considerações finais

Diante do exposto considera-se em apertada síntese que o contrato de licenciamento de software livre caracteriza-se como um contrato benéfico, uma vez que apenas uma das partes é beneficiada e de adesão uma vez

que o licenciado não pode livremente alterar as cláusulas contratuais, podendo apenas aceitar os termos, aderindo ao contrato, ou não aceitá-los, não contratando.

Observa-se também que não se verifica possível enquadrar a relação entre as partes (licenciante e licenciado) como relação de consumo, uma vez que tal relação possui características que extrapolam aquela tipicamente estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. Todavia, observa-se que existe a possibilidade de tal enquadramento em situação excepcional, tendo em vista que, caso os requisitos elencados no presente estudo restem configurados, é possível que tal interpretação jurídica seja feita.

No que concerne a cláusula de exclusão de responsabilidade tem-se que esta é válida, exceto nas hipóteses de dano decorrente de dolo do licenciante, quando se aplicará a legislação civil nacional. Deve ser ressaltado que a despeito de tal entendimento existe a possibilidade jurídica de que tal cláusula seja considerada inválida; ainda que tal risco seja pequeno deve ser citado, em tal hipótese responderá a licenciante por comprovado dolo ou culpa (segundo Código Civil e Lei do Software) ou independentemente dessa comprovação (caso evidenciada a relação de consumo).



Notas

- 1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Vol.III p.61
- 2 Deve ser ressaltado que o licenciamento em si é gratuito, mas a mídia na qual são disponibilizadas as licenças e os serviços vinculados ao software podem ser objeto de contraprestação financeira.
- 3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Vol.III. p.68.
- 4 O fato de o aderente não ter como discutir o teor do contrato de adesão tem como consequência direta a interpretação favorável a ele e a nulidade de quaisquer cláusulas que dele retirem direitos atribuídos na legislação.
- 5 Licença Pública Geral do GNU, na tradução em português. A licença de software livre mais comum e mais difundida no mundo, possuindo traduções para diversos idiomas.
- 6 LEMOS, Ronaldo e SENNA, Eduardo. "Aspectos do Software Livre Sob o Direito Privado" in LEMOS, Ronaldo (org.) *Direito do software livre e a Administração Pública Rio de Janeiro*. Lúmen Júris, 2007.
- 7 Como exemplo, cite-se o licenciamento dos produtos de grandes empresas, como a Microsoft, para uso doméstico. Nessa situação, evidencia-se a "relação de consumo", sujeita à Lei nº 8078/90.
- 8 COSTA, Marcos da; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. "Primeiras Linhas sobre o Software Livre" in *Direito em Bits*. São Paulo: Fiúza Editoras, 2004.
- 9 LEMOS, Ronaldo e SENNA, Eduardo. Op. cit.
- 10 MARQUES, Claudia Lima. "Campo de aplicação do CDC" in BENJAMIN, Antônio Herman V., BESSA, Leonardo Roscoe e MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.
- 11 COSTA, Marcos da; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit.