

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

CLAUDIA LIMA MARQUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFBA

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Maria Cláudia da S. Antunes de Souza; Mariana Ribeiro Santiago; Cláudia Lima Marques – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-654-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I”, durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 13 e 15 de junho de 2018, em Salvador/Bahia, sobre o tema “Direito, cidade sustentável e diversidade cultural”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da ética, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham nos ideais de consumo justo e de consumo sustentável, no fenômeno do consumismo enquanto cultura, nas práticas abusivas observadas em determinados seguimentos do mercado, na proteção dos dados pessoais do consumidor, no impacto da publicidade sobre o consumo e sua autorregulação, nos aspectos da responsabilidade civil etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

Everton Das Neves Gonçalves (UFSC)

Maria Claudia da Silva Antunes De Souza (UNIVALI)

Mariana Ribeiro Santiago (UNIMAR)

Claudia Lima Marques (UFRGS)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**PRODUTO OU SERVIÇO? UMA ANÁLISE DO ENQUADRAMENTO DOS
SOFTWARES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSEQUENTE
RESPONSABILIZAÇÃO POR VÍCIO**

**PRODUCT OR SERVICE? AN ANALYSIS OF THE SOFTWARE'S FRAMEWORK
IN THE CONSUMER DEFENSE CODE AND THE CONSEQUENT
RESPONSIBILIZATION BY INHERENT FLAW**

Mauro Massucatti Netto ¹
Márcio Luís de Oliveira ²

Resumo

O trabalho analisa o enquadramento dos softwares no Código de Defesa do Consumidor, sob o marco teórico Consumerista, da Lei de Software e de Direitos Autorais, para fins de determinar as consequências jurídico-doutrinárias obrigacionais quando da Responsabilização por Vício. A hipótese deste artigo reside inobservância legal de alguns julgados frente a proteção legislativa que é dada ao software. Dessa forma e, alicerçado no método lógico-dedutivo-dogmático, este estudo se baseia em decisões e no estudo da legislação aplicável para, a partir de incursões nos conceitos doutrinários, alcançar o enquadramento em produto ou serviço, e determinar as consequências do seu reconhecimento.

Palavras-chave: Software, Código de defesa do consumidor, Responsabilidade civil por vício, Direito das obrigações, Direito autoral

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the software's framework in the Consumer Defense Code, under the Consumer's Law, Software's Law, and Copyright Law, in order to define the legal-doctrinal consequences of Civil-Consumer Liability, in case of Inherent Flaw. The hypothesis of this article lies in nonobservance of the law in some case laws against the legislative protection that is given to the software. Thus, grounded on the logical-deductive-dogmatic method, this study is based on decisions and the study of the applicable legislation to, from incursions into doctrinal concepts, achieve the framework in product or service and settle the consequences of their recognition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Software, Code of consumer protection, Liability for inherent flaw, Right of obligations, Copyright

¹ Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Pós-Graduando em Direito Empresarial pela FGV, Graduado pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória. Advogado e Consultor Jurídico.

² Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, da Escola Superior Dom Helder Câmara e da Faculdade Milton Campos. Advogado e Consultor Jurídico.

Introdução

O desenvolvimento tecnológico, principalmente nas últimas décadas, tem produzido em curtos espaços de tempo ferramentas e soluções das mais diversas, com finalidades até então impensáveis em um primeiro momento.

Se tal afirmação pode ser considerada como verdade frente a existência de carros elétricos com autonomia maior que aqueles movidos à combustível, eletrodomésticos capazes de serem controlados pela internet e computadores com processadores quânticos, quem dirá dos programas/softwarewares que controlam todos esses aparelhos – sendo esse último, o objeto de análise do presente estudo.

Desde simples aplicativos que permitem que duas pessoas se comuniquem, até programas de inteligência artificial capazes de suplantar a capacidade humana na análise jurídica de casos e criação de contratos – vide o *ROSS* da IBM e o *COIN* da JP Morgan, respectivamente –, os softwares têm dado saltos de evolução a ponto de substituírem os seres humanos em postos de trabalho.

Assim, devido a sua aplicabilidade social, é natural – e recorrente – que o direito seja demandado a se pronunciar acerca dos negócios jurídicos firmados pela aquisição e consequente uso de tais ferramentas. Entretanto, por mais que existam meios jurídicos adequados para responder aos questionamentos que partem dos anseios de sua sociedade, nem sempre aqueles que os aplicam compreendem a extensão das tecnologias, a fim de traduzir o bem juridicamente protegido de maneira adequada.

Cabe pontuar, ainda que a título de conhecimento, que esse não é um problema exclusivamente brasileiro. Nos EUA, um dos maiores polos de produção e comercialização de software do mundo, até a presente data, é possível afirmar que não há consenso nas cortes quanto a natureza do software (WILLIAMS, 2018, p. 461).

É nessa esteira que o presente trabalho se apresenta para dirimir o questionamento acerca da relação obrigacional, em sede consumerista, do real negócio jurídico firmado entre o usuário e as empresas de software, para fins de responsabilização no caso de vício, cujo marco teórico encontra-se calcado no Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil Consumerista, bem como nas legislações pertinentes ao caso, quais sejam, a Lei de Software, de Direitos Autorais e no Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, utilizar-se-á o método lógico-dedutivo-dogmático numa abordagem conceitual dos direitos que envolvem as partes, perpassando pela definição legal e técnica de software (objeto do negócio jurídico em comento) para, ao final, propor por meio de silogismo qual o devido enquadramento do programa de computador (se produto, ou serviço) e as

consequências desse em sede de responsabilização por vício – esse último, corte epistemológico doutrinário deste trabalho.

1. Da definição de Produto e Serviço

Produto e serviço são considerados elementos objetivos da relação de consumo e, sua definição legal encontra-se, respectivamente, no art. 3º, parágrafos 1º e 2º da Lei 8.078/90, in verbis:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Em princípio parece clara a diferenciação pretendida pelo legislador consumerista ao dizer que “produto é qualquer bem”, enquanto “serviço é qualquer atividade”. Não obstante, e com fins em dirimir quaisquer possíveis controversas, recorre-se aos ensinamentos dos mestres Tartuce e Neves (2016, p. 135) quanto ao conceito de produto, quando informam que “... a Lei 8.078/1990 utilizou o termo bem, no sentido de ser **uma coisa** – algo que **não é humano** –, com interesse econômico e/ou jurídico ...”. (Grifo nosso)

Pari passu, imprescindível é a brilhante definição de serviço trazida do professor Lisboa (2012, p. 189), ao afirmar que “A atividade remunerada consiste fundamentalmente, como se sabe, em uma obrigação de fazer (**ação comissiva ou positiva**) ou de não fazer (**ação omissiva ou negativa**)”. (Grifei)

A inteligência dos discursos doutrinários cria discrepante crivo de determinação entre os conceitos consumeristas de produto e serviço, que em resumo pontua-se respectivamente como: (i) algo não humano (coisa), e; (ii) atividade/ação humana ou personificada (quando realizada por pessoa jurídica).

2. Da definição de Software e a Lei 9.609/98

O Michaelis (2017) define software como “Qualquer programa ou grupo de programas que instrui o hardware sobre a maneira como ele deve executar uma tarefa, inclusive sistemas operacionais, processadores de texto e programas de aplicação” e, ainda, como programa de computador o “Conjunto de instruções numa sequência lógica, que, por meio de linguagem de programação, capacita a máquina para determinado fim”. Tal definição encontra-se consoante a apresentada pelo mestre Rizzardo (2017, p. 1260), quando preleciona que o software:

[...] compreende o programa de computador, ou o escrito destinado a processamento de dados, o que requer um conjunto de combinações para alcançar um resultado. Representa um conjunto de instruções colocadas em códigos, interpretadas também por códigos e por uma linguagem própria, o que permite codificações, operações de cálculo, gráficos, etc.

Nada distante do até então exposto, a definição legal de software no Brasil, fornecida pelo art. 1º da Lei 9.609/98, informa que:

(O) Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

É possível inferir, a partir de tais conceitos, que a estrutura de um programa de computador é composta por uma sequência lógica de códigos em determinada linguagem de programação que, quando executados pela máquina (ex: computador), permitem que o usuário realize determinada tarefa para a qual o software foi construído.

Estabelecido o conceito base para o presente estudo, insta observar que atualmente existem algumas variáveis para o termo programas de computador (ou softwares) que recebem uma nomenclatura mais específica de acordo com o ambiente para o qual são criados como, por exemplo, *app's*¹ e *homepages* (ou *websites*)².

Em termos de categorização, resta abordar o conceito de tipo específico de software que, de fato, não se difere pelo ambiente para o qual é criado (computador, celular ou acesso web), mas por sua função básica: o *SaaS* (*Software as a Service*).

O Software como Serviço (tradução livre do termo SaaS), para fins didáticos, pode ser caracterizado como uma “evolução” dos programas de computador que tem como função precípua emular/simular um serviço – Wagner (2015), em matéria para o blog *meetime* define *SaaS* como:

[...] *Software as a Service*, onde o cliente em geral paga uma mensalidade ou anuidade para ter acesso a um **software online** (não instalado em sua máquina), e a hospedagem, manutenção e atualização do mesmo fica a cargo da empresa fornecedora do software (por isso o **paralelo** com um serviço). (Grifo nosso)

O paralelismo com serviço é apresentado por meio da “hospedagem, manutenção e atualização”, mas é possível acrescentar que a pedra de toque de tal paralelismo reside na execução, de determinadas funções operadas pelo computador que antes eram exercidas por pessoas (prestadores de serviço ou empregados), e que, tendo em vista a “evolução” das

¹ Sigla em inglês para *Applications* (livre tradução para *aplicativos*). Os *app's* não fogem a lógica estrutural proposta, tendo como diferença fundamental sua criação destinada para dispositivos móveis (*smartphones*, *tablets*, *smartwatches*, dentre outros). Seus principais expoentes de mercado, atualmente, são os sistemas operacionais *iOS* e *Android* das empresas *Apple* e *Google*, que utilizam, respectivamente, as linguagens de programação “C” (e derivados, como C++ e Objective-C) e Java (apesar de também poder se utilizar de “C” para se programar em *Android*).

² No Brasil também conhecidas como *páginas de internet* ou somente *sites*, nada mais são que programas de computador, uma vez que sua constituição se dá, também, por linguagens de programação, compostas de uma sequência lógica de códigos próprios como, por exemplo: (i) JavaScript, (ii) Ruby, (iii) Python, (iv) PHP, (v) HTML5, dentre outras.

técnicas de programação, forma **automatizadas e traduzidas em uma sequência lógica de códigos**. Complementar à definição apresentada, a Microsoft (2017) esclarece que o *SaaS*:

[...] fornece uma **solução de software** completa que você pode comprar em um regime pré-pago de um provedor de serviço de nuvem. Você pode alugar o uso de **aplicativo** para sua organização e seus usuários se conectarem a ele pela Internet, normalmente por um navegador da Web. Toda a infraestrutura subjacente, *middleware*, software de aplicativo e dados de aplicativo ficam no *datacenter* do provedor de serviços. O provedor de serviço gerencia hardware e software e, com o contrato de serviço apropriado, garante a disponibilidade e a segurança do aplicativo e de seus dados. O *SaaS* permite que sua organização entre em funcionamento rapidamente com um **aplicativo** por custo inicial mínimo. (Grifei)

Com fins em clarificar o ponto chave da diferenciação, toma-se como exemplo a contratação de serviços contábeis de determinado escritório. O que se espera da referida contratação é que a pessoa do contador responsável, de posse das informações fornecidas pelo contratante, faça sua contabilidade que, em termos simplórios, significa dizer: Determinar com exatidão e enquadramento adequado os tributos, taxas e impostos que deverão incidir sobre as movimentações financeiras daquele que o contratou.

De outro lado, temos o ContaAzul (Sistema de Gestão Financeira e Contábil On-line). Esse software é um conhecido *SaaS*³ que **possibilita/permite** que seu usuário (contratante) possa, a partir da imputação de suas movimentações financeiras, obter “o possível enquadramento mais adequado” de seus tributos, taxas e impostos a serem pagos.

Perceba que, enquanto no primeiro exemplo existe uma atividade por parte de um escritório, na pessoa de seu responsável, para desenvolver determinado serviço; no segundo exemplo, quem de fato exerce a atividade é o próprio usuário/contratante, obtendo de um programa o resultado almejado pela imputação de determinados dados – em outras palavras, caso sejam imputadas informações equivocadas e/ou imprecisas, certamente os resultados apresentar-se-ão “viciados”.

Proposto o exemplo, retoma-se a descrição dada pela Microsoft, que em leitura preliminar, poder-se-ia admitir uma confusão diante da utilização do termo “provedor de serviço de nuvem” com “provedor de acesso à internet, ou provedor de conexão com a internet”, o que não pode ocorrer e, para fins de manutenção da inteligência sequencial do presente estudo, há de ser feita a distinção de maneira técnica quanto a provedores de serviços de nuvem.

Enquanto a conexão com a internet é de comum vivência, seja por meio do computador de sua residência ou smartphone, que quando contratado determinado pacote com empresas,

³ Outros exemplos de *SaaS* são: O *Buscador* do Google, o *Software* de Gestão da TOTVS, o *Outlook* (Gerenciador de E-mails da *Microsoft*), o *Mapas* da *Apple* (Software que permite buscar rotas, lugares, estabelecimentos, saber do trânsito em tempo real, etc.), o *Dropbox* (Programa para Armazenamento e Compartilhamento de Arquivos), etc.

permitem o acesso à rede mundial de computadores, os provedores de serviço de nuvem não aparecem de forma tão usual.

Karin Breitman e José Viterbo (2010), em seu artigo publicado no III Congresso Internacional Software Livre e Governo Eletrônico sob o título “Computação na Nuvem – Uma Visão Geral”, adotam como definição mais acertada aquela proposta por Vaquero et al. (2008, p. 51) em seu artigo “*A Break in the Clouds: Towards a Cloud Definition*”, que no original informa:

Clouds are a large pool of easily usable and accessible virtualized resources (such as hardware, development platforms and/or services). These resources can be dynamically reconfigured to adjust to a variable load (scale), allowing also for an optimum resource utilization. This pool of resources is typically exploited by a pay-per-use model in which guarantees are offered by the Infrastructure Provider by means of customized SLAs⁴.

Considerando que, ao utilizar um software como serviço acessível na nuvem (*SaaS*), o cliente não promove a reconfiguração dinâmica, ajustes de cargas variadas, otimização de recursos das estruturas do prestador de serviço, mas, tão somente, faz uso das funcionalidades daquele **programa de computador**, poder-se-ia afirmar que se está diante de duas relações jurídicas distintas e, nenhuma delas está relacionada com a do provimento de conexão com a internet, quais sejam: (i) A contratação do provedor de serviços nas nuvens pelo proprietário desenvolvedor do software, para “depósito” e disponibilização desse na internet e; (ii) A contratação do **usuário/cliente para a utilização do software** com a empresa desenvolvedora.

Finda-se, portanto, o diagrama conceitual-definidor, observando que, a despeito do aprofundamento quanto a provedores “de conexão com a internet” e “de serviço nas nuvens”, o presente estudo não tem por objeto sua completa dilação, e assim o fez com no intuito de dar completude à interpretação. Dito isto, passa-se, então, à proteção jurídica do software no direito pátrio, que é prevista no art. 2º da Lei de Software, cujo conteúdo instrui que:

O regime de proteção à **propriedade intelectual de programa de computador** é o conferido às **obras literárias pela legislação de direitos autorais** e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei. (Grifei)

Em outras palavras, ao programa de computador é conferida a mesma proteção presente na Lei de Direitos Autorais e, respeitando-se o direcionamento dado pela referida lei, a proteção de que trata a norma em epígrafe será encontrada no art. 7º, caput, inciso XII da Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998:

⁴ Nuvens são grandes repositórios de recursos virtualizados (hardware, plataformas de desenvolvimento e/ou serviços), facilmente acessíveis. Estes recursos podem ser reconfigurados dinamicamente de modo a se ajustar a cargas variadas, otimizando a utilização destes mesmos recursos. Este repositório de recursos é tipicamente explorado utilizando-se um modelo do tipo pagamento-por-uso, onde os fornecedores de infraestrutura oferecem garantias no formato de SLAs (*service level agreements*) customizadas. (CONSEGI 2010, p. 20) – tradução proposta por BREITMAN e VITERBO da qual compartilho.

Art. 7º São **obras intelectuais** protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, **tangível ou intangível**, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

XII - **os programas de computador**; (Grifo nosso)

Assim, pode-se dizer que o software possui a mesma proteção jurídica de uma obra intelectual intangível (a exemplo dos livros virtuais) e que, o instituto jurídico do qual os artigos supramencionados retiram sua concretude protetiva é encontrado no art. 3ª da referida Lei de Direitos Autorais, *in verbis*: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, **bens móveis**” (Grifei). Portanto, encerra-se o presente tópico para prosseguir no silogismo e consequente enquadramento.

3. Do Silogismo ao Enquadramento

De posse dos conceitos de produto, serviço e software, bem como da determinação legal de proteção do bem jurídico tutelado pelo Estado para o programa de computador, resta nesta etapa determinar seu enquadramento legal para, por fim, compreender quais serão as repercussões na responsabilização em caso de vício. Cabe, a priori, estabelecer o motivo da utilização do silogismo para o presente caso. Silogismo, recorrendo outra vez ao Michaelis (2017), é o:

[...] raciocínio dedutivo que consiste em duas proposições: a primeira, chamada premissa maior, a segunda, premissa menor, e a conclusão. Admitida a coerência das premissas, a conclusão se infere da maior por intermédio da menor [...].

Tal lógica teórica foi apresentada por Aristóteles, cuja obra “Tópicos” (2007) foi traduzida e publicada com louvor pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda, e o motivo de sua utilização filia-se na mesma linha de pensamento do ilustre professor Haddad (2010, p. 111), quando afirma que:

Nem tudo pode ser usado como fundamento para as decisões; se há norma claramente identificável que incide sobre os fatos, não há porque preterir o silogismo ou taxá-lo, de antemão, como pobre ou insuficiente. Apenas na ausência de uma norma que, por silogismo, possa decidir a controvérsia, é que faz sentido buscar outros modos de interpretação e justificação das decisões.

Assim, se existem normas com menção direta a determinado instituto, qualquer dilação interpretativa poderá ocorrer – sem prejuízo – a partir da conclusão operativa do que as normas estabelecem, uma vez que o ordenamento jurídico não pode ser escolhido e acolhido senão como um todo indivisível; em assim sendo:

(PM)⁵ Se **produto** é qualquer **bem, móvel** ou imóvel, material ou imaterial – art. 3º, §1º do Código de Defesa do Consumidor e; (pm)⁶, os **direitos autorais** reputam-se, para os efeitos

⁵ Premissa Maior.

⁶ Premissa menor.

legais, como **bens móveis** – Art. 3º da Lei de Direitos Autorais. (C e PM²)⁷ Logo, os direitos autorais, são considerados à luz do Código de Defesa do Consumidor, como **produtos**.

E ainda, (pm²)⁸ se o regime de proteção à propriedade intelectual de **programa de computador** é o conferido às obras literárias pela legislação de **direitos autorais** e conexos vigentes no País – Art. 2º da Lei de Software; (CF)⁹ logo, os **programas de computador**, por meio da proteção destinada pela Lei de Software e conferida pela Lei de Direitos Autorais são, para fins de determinação legal consumerista, considerados **produtos**.

Complementarmente, ainda que tais prescrições legais não tivessem evidente estipulação quanto à materialidade da proteção do bem jurídico e, por conseguinte, possível enquadramento legal, outras formas interpretativas poderiam ser utilizadas para se chegar a uma conclusão “aproximada”, uma vez que **produto** também é qualquer bem **imaterial** e, a Lei 9.610/1998, em seu art. 7º, caput, inciso XII e §3º, assevera que são obras intelectuais protegidas as criações de espírito, por qualquer meio, tangível ou **intangível**, como os programas de computador e que, sua proteção, recairá sobre a forma literária ou artística, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos **de propriedade imaterial**.

O Michaelis (2017), mais uma vez é invocado para dirimir quaisquer dúvidas, posto que define ser **imaterial** como o “Que ou aquilo que não é ou não tem matéria; **que não se pode palpar**; impalpável”, e, ainda, que **intangível** é aquilo “Em **que não se pode tocar**” ou “... se pode perceber pelo tato; **incorpóreo**”, concluindo-se, por fim, tratarem-se de sinônimos o que, inexoravelmente, lastreia a dilação para o enquadramento de **software como produto**.

De forma que, em sendo o software nada mais que um programa de computador, que opera por meio de uma sequência lógica de códigos determinadas funções ausentes de qualquer interferência humana, antes, durante ou após sua alimentação por meio de comandos ou informações imputadas pelo usuário (consumidor), **ainda que aquele o faça de forma a emular uma atividade/ação**, não há que se falar **serviço** e, por conseguinte, em **prestação de serviço**.

Concluída as fases de conceituação, silogismo e enquadramento, passa-se à análise da responsabilidade civil por vício e estudo de alguns julgados acerca do tema.

⁷ Conclusão e segunda Premissa Maior.

⁸ Segunda premissa menor.

⁹ Conclusão Final.

4. Da Responsabilidade por Vício no Direito do Consumidor

A responsabilidade civil nas relações de consumo é um tema de extrema complexidade e com abordagens “n” em diversos institutos jurídicos. Tal fato não é preterido pelo presente artigo; não obstante, esse não possui o intento de construir uma dilação exaustiva de todas aquelas envoltas ao tema, mas, tão somente, de voltar seus olhares para a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, corte epistemológico doutrinário aqui adotado.

Antecipa-se, ainda, que na procura pelo que se acredita ser o enquadramento “mais adequado” dos softwares quanto produto, vide o silogismo apresentado, não se quer legar à obscuridade de possível responsabilização civil-consumerista aos programas de computador, mas, de fato, primar pela correta aplicação dos institutos jurídicos, na medida que esses se constituem como ferramenta de concatenação do ordenamento, bem como de delimitação dos parâmetros mínimos aplicáveis em prol da segurança jurídica.

Ato contínuo, a despeito de se admitir a possibilidade de responsabilização pelo fato do produto-software, este também não constitui objeto do presente estudo, por entender que sua ocorrência, ainda que possível, até o presente momento não apresenta expressividade no mundo físico.

De forma que, com fins no provimento objetivo deste trabalho, considerar-se-á previamente que os elementos subjetivos da relação de consumo (fornecedor e consumidor) já se encontram presentes e que, os elementos objetivos (produto ou serviço), apresentar-se-ão na relação conforme a análise da responsabilidade.

4.1 Do Vício do Produto ou Serviço

Ponderadas as considerações supramencionadas, cabe diferenciar – ainda que minimamente – vício de fato para, então, prosseguir com suas variantes; e é nos escritos do mestre Lisboa (2012, p. 212 e 259) onde mais uma vez se encontra o crivo necessário para tanto:

O vício do produto acarreta prejuízo econômico ao consumidor, pois ele acaba adquirindo ou se utilizando de um bem que não lhe concede a adequação que ordinariamente se poderia esperar, causando-lhe um dano patrimonial.

[...]

Responsabilidade pelo fato¹⁰ do produto e serviço é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao

¹⁰Faz-se mister observar que, atualmente, com a evolução e o desenvolvimento do mercado de “Internet das Coisas”, com o qual se criou uma integração entre softwares e dispositivos domésticos ou industriais, com fins em melhorar a interatividade ou, até mesmo, a produtividade de determinados setores, considera-se plenamente viável a responsabilização pelo fato de produto advindo de “vício exógeno ou extrínseco” ao *produto-software*. O site *European Research Cluster on the Internet of Things* (2014), define “Internet das Coisas” como: “A dynamic global network infrastructure with self-configuring capabilities based on standard and interoperable

consumidor. No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6.º, I, da Lei n. 8.078/90).

De acordo com a legislação consumerista, são três tipos de vício que são passíveis de ser encontrados em determinado produto, quais sejam: 1.) Vício de Quantidade, 2.) Vício de Qualidade e; 3.) Vícios de Informação.

No tocante ao software como produto, o vício de qualidade dar-se-á quando ele não se mostrar adequado para os fins a que se presta, ou seja, não executar total ou parcialmente os comandos e funcionalidade para o qual foi construído. Nessa toada, o professor Lisboa (2012, p. 241) leciona que:

(O) Vício de qualidade do produto é aquele que existe à época da sua aquisição do fornecedor, que torna o bem inadequado para o fim ao qual ordinariamente se destina. Trata-se, pois, de vício que afeta a funcionalidade econômica do produto, dele não se podendo extrair o proveito esperado.

O vício de qualidade do produto inviabiliza a satisfação dos interesses do consumidor, causando prejuízo econômico ao seu adquirente.

Já o vício de quantidade, em se tratando de programa de computador, estar-se-ia falando na quantidade de licenças para utilização de um determinado número de usuários. Não se quer, em momento algum reduzir a importância da presente proteção, entretanto, para este estudo, verifica-se que a resolução de tal vício não cria entraves para o prosseguimento do feito de diferenciação com serviço e, por isso, sua abordagem finda-se aqui.

Por fim, tem-se o vício de informação, cujo postulado legal, ainda que não existisse, estaria resguardado em decorrência direta dos princípios da boa-fé, da publicidade e da transparência, restando imprescindível apontar os ensinamentos do mestre Igor Suzano Machado que, recorrendo a Dworkin, leciona:

Para Dworkin, o trabalho dos juízes deve ser guiado primordialmente por argumentos de princípio, enquanto legisladores e chefes do Poder Executivo, por mais que condicionados também por princípios, estariam livres para trabalhar com argumentos de política ainda não explicitados em lei.

[...]

Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. E os princípios são proposições que descrevem direitos, enquanto as políticas são proposições que descrevem objetivos (DWORKIN, 2002, p. 141).

Ancorada a questão principiológica, retoma-se a linha argumentativa recorrendo-se mais uma vez à tão rica obra “Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo” do ilustre doutrinador Lisboa (2012, p. 248), tão abordada neste trabalho, não poderia ser mais precisa ao informar que:

communication protocols where physical and virtual “things” have identities, physical attributes, and virtual personalities and use intelligent interfaces, and are seamlessly integrated into the information network.”

Considera-se que é dever do fornecedor conceder ao consumidor, que é a parte vulnerável na relação de consumo, o conhecimento prévio de todas as informações relevantes sobre o produto ou o serviço que a ele é oferecido (características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, riscos existentes à vida, à saúde ou à segurança), de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa (art. 31 do CDC).

Tal vício, perante os programas de computador, apresenta-se de forma mais expressiva em três dos contratos assinados pelos usuários/consumidores: O Contrato de Licença de Uso de Software, o Termo de Uso e a Política de Privacidade nos quais, é possível elencar – respectivamente – como informações relevantes mais comumente não exaradas, (i) as possíveis falhas (bugs) do software; (ii) as limitações de responsabilidade do fornecedor, e; (iii) a forma de utilização de informações pessoais.

Quanto aos vícios de serviço, está-se a falar de atividade remunerada que (quando executada) resulta em dano patrimonial sofrido pelo consumidor (LISBOA, 2012, p. 250). A determinante “qualidade” também é prevista no tipo vício de serviço e, primordialmente, constitui-se núcleo das principais razões para a definição de software como produto, objeto conclusivo deste estudo como será analisado em momento oportuno.

Assim, por vício de qualidade do serviço, diz-se daquela prestação inadequada para a obtenção do fim a que se destina (LISBOA, 2012, p. 253-4), seja porque faltou com perícia, agiu com negligência ou imprudência, seja porque o resultado não estava adequado ao contratado pelas partes – obrigação de meio e fim, respectivamente.

4.2 Da Responsabilidade por Vício do Produto ou Serviço

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), preconiza em seus arts. 18 e 20 a forma de responsabilização civil e os direitos do consumidor frente aos vícios do produto e do serviço, quando existentes, conforme se lê, *in verbis*:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

[...]

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles

decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

Nesse ponto, exsurtem algumas questões que merecem breves pontuações. O art. 12 e 14 do Código Consumerista estabelecem de forma clara que a responsabilidade é objetiva ao informar que o fornecedor responde “independentemente de culpa” e, ambos, trazem determinadas excludentes de responsabilidade em seus §3ºs, e incisos:

Art. 12, § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

[...]

Art. 14, § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

De antemão, verifica-se que perante o produto existe a possibilidade de o consumidor acreditar ser ele de determinado fornecedor, quando na verdade é de propriedade de outro e, tal confusão, não pode ensejar a responsabilização conforme estabelece o inciso I, do Art. 12, §3º supra.

Já as demais excludentes para produto e serviço se equiparam em objetivo, posto que delimitam não ensejar a responsabilidade quando o fornecedor provar a inexistência do defeito, ou quando (apesar do defeito existir) esse só veio a ocorrer por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro – ressalvado, ainda, a responsabilização pessoal dos profissionais liberais, que de acordo com o §4º do art. 14 em epígrafe, será verificada mediante a apuração de culpa.

Progressivamente, no art. 18 do mesmo diploma legal, verifica-se o postulado da solidariedade legal dos fornecedores quando da reparação por danos causados, de forma que, firma-se como qualificadoras de tal sistema no Código de Defesa do Consumidor a responsabilização civil objetiva e solidária. Assim, cabe resgatar os ensinamentos quanto a obrigações de meio e de resultado para melhor esclarecer o limite de cada responsabilidade ora discursada.

4.3 Das Obrigações de Meio e de Resultado

Nas obrigações de meio, o contratado se obriga perante o contratante, na utilização dos meios necessários para a obtenção de determinado fim, ainda que o resultado não seja alcançado

a contento, de forma que, o limite de sua responsabilidade encontra-se adstrita aos meios por ele utilizados – ou, nas palavras do mestre Mello (2017, p. 128):

Nas obrigações de meio, o devedor não se vincula ao êxito, não assegura ao credor que satisfará integralmente o seu interesse econômico, uma vez que o devedor apenas assume a obrigação de utilizar-se de todos os meios, de toda a sua técnica, de toda a sua arte para se alcançar a prestação esperada pelo credor.

A despeito de o professor ter trazido a satisfação do “... seu interesse econômico ...”, consigna-se que tal interesse dá-se *lato senso*, uma vez que o mesmo pode ser outro, que não a obtenção de determinado numerário.

Diferente, no entanto, é a obrigação de resultado, ou seja, o vínculo obrigacional a que o contratado está atrelado, é o da obtenção de determinado fim almejado pelo contratante, de forma que, somente utilizar-se dos meios adequados não é suficiente para aquele que com esse fim se obrigou, devendo entregar na totalidade o objeto pelo qual se constituiu a relação jurídica e, ainda nas palavras daquele ilustre doutrinador (MELLO, 2017, p. 129):

Já na obrigação de resultado, o devedor encontra-se vinculado ao êxito. Neste caso, o devedor assegura ao credor que atenderá ao seu interesse econômico. Neste caso, o inadimplemento se presume culposos. É o caso, por exemplo, dos contratos de transporte. O passageiro deverá ser conduzido, de forma incólume, ao seu destino. Os fornecedores de serviço em geral, respondem pela teoria do risco, ou seja, assumem perante o credor que entregarão o produto sem defeito e que não venha a causar dano ao credor.

Não seria prudente prosseguir sem uma mínima ponderação acerca da teoria do risco ora avançada; e é no artigo “A Responsabilidade Objetiva pelo Risco do Desenvolvimento dentro do Contexto da Sociedade de Risco e da Defesa do Consumidor” da nobre colega Marcondes (2013, p. 09-10), no qual verifica-se que:

A partir desta responsabilização, tem-se a teoria do risco do empreendimento, que serve justamente para responsabilizar àqueles que colocam no mercado de consumo produtos capazes de gerar danos, independentemente de culpa.

Dilação que instrui os argumentos até então apresentados e que finda com o presente para, então, demonstrar como tais institutos se diferenciam na prática, quando aplicáveis aos softwares (como produto).

4.4 Das Implicações na Responsabilidade decorrentes do reconhecimento de Software como Produto

Em momento pretérito ainda neste estudo, o exemplo contador *vs.* o software ContaAzul (que permite que sua contabilidade seja feita) induz o núcleo motivacional da distinção produto-serviço para fins de responsabilidade civil por vício.

Se a resposta para o enquadramento do software perante o Código de Defesa do Consumidor fosse a de serviço, forçosamente admitir-se-ia que uma série de códigos concatenados, interpretados por um computador, exerceria uma **atividade** remunerada e que,

com isso, espera-se que a mesma seja realizada com fins na obtenção de determinado resultado, ou meio para sua consecução – no entanto, já restou demonstrado que a “atividade” para a doutrina está atrelada a “ação humana” e, portanto, afasta-se de plano tal interpretação.

Ato contínuo, se serviço o fosse e o software não devolvesse corretamente os tributos, taxas e impostos que deveriam ser pagos e recolhidos pelo consumidor, a empresa proprietária do programa deveria arcar com todos os custos de quaisquer erros e variações nesses perante o contratante.

Observa-se que, no mesmo diapasão, não haveria qualquer ação do usuário na imputação de dados, mas, tão somente, do envio das informações para determinado “lugar” e, que o próprio programa, por meio de suas funcionalidades de leitura e interpretação dos documentos recebidos, faria todos os cálculos e enquadramentos para devolver somente as guias de pagamento e recolhimento – fato que não é dessa forma que acontece.

Em outro exemplo, quando se faz uma busca no Google, não existe uma pessoa por trás do computador, analisando semanticamente o significado dos vocábulos e da estrutura das palavras digitadas para, com base no resultado por ele obtido, filtrar e devolver para o usuário aquelas páginas com conteúdo que mais se aproximam do que esse gostaria de obter como resultado.

Mais uma vez a realidade se apresenta diversa da proposta no parágrafo acima. O motor de busca do Google possui algoritmos complexos de rastreamento, indexação, análise e devolução de resultados com base na sequência de palavras propostas pelo usuário, não havendo qualquer ação humana para que todo processo aconteça – e, se ação humana tivesse, poder-se-ia responsabilizar o Google sempre que os resultados obtidos não fossem satisfatórios para a obtenção das informações que se quer.

Agora perceba como esse último exemplo toma proporções diversas quando o motor de busca do Google é tratado como produto. Qual o objetivo do software? Devolver ao usuário uma série de resultados com base nas informações fornecidas por esse, que se aproximem ao máximo do seu intento, ou, como próprio Google (2017) informa em sua página “Como a Pesquisa do Google funciona”:

Quando um usuário faz uma consulta, **nossas máquinas** pesquisam o índice de páginas correspondentes e retornam os resultados que acreditamos ser os mais relevantes para ele. **A relevância é determinada por mais de 200 fatores**, entre eles o PageRank de uma determinada página. (Grifo nosso)

Esses mais de 200 fatores de relevância são parte de um complexo algoritmo que fazem do Google um dos maiores motores de busca da atualidade, principalmente por sua acurácia.

Com fins em transportar para a realidade jurídica tais constatações, toma-se como exemplo o seguinte julgado:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. **O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.** 3. **O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo**, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui **atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa**, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. [...]
(STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012) (Grifo nosso)

Ainda que toda construção proposta pelo crivo da Exma. Ministra Nancy Andrighi, em que pese o posicionamento contrário a ser exarado, o presente caso reflete – ainda que não tenha se traduzido em responsabilização do recorrente – na exata expressão contrária ao que o presente artigo delineia como proposta de enquadramento – ainda mais tomando como base os seguintes argumentos propostos no recurso:

Fernando Antônio de Vasconcelos observa que o serviço preconizado na Lei 8.078/90 é o mesmo prestado pelas várias empresas que operam no setor [rede virtual]. Fica, pois, difícil dissociar o **prestador [provedor] de serviços da Internet do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor** (Internet. Responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2004, p. 116).

E prossegue com a construção interpretativa de que os “provedores” de busca são de certa maneira, similares ou derivativos dos provedores de internet, ao aduzir que “Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo ...”.

Acredita-se que, com base em todo exposto, não se poder determinar que motores de busca se constituem como espécie do gênero “prestação de serviço de acesso à internet”, que está para a legislação no mesmo patamar dos prestadores de serviço de acesso à água, luz e telefonia. De qualquer forma, é em parte reconfortante que a Exma. Ministra tenha reconhecido que:

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no **serviço prestado** pelos sites de busca via Internet, a sua responsabilidade deve ficar restrita à natureza da **atividade** por eles desenvolvida que, como visto linhas acima, corresponde à típica provedoria de pesquisa, facilitando a localização de informações na web. (Grifei)

Entretanto, não parece ser tal restrição o posicionamento mais adequado em se tratando dos institutos jurídicos que aqui se apresentam. Se está se falando de serviço, existe a obrigação

pela honorável Ministra excluída, ao passo que, se reconhecido o enquadramento como produto, nenhuma dilação exclusiva para adequação da responsabilidade seria necessária.

Seguindo, quando se fala em responsabilidade pelo vício de produto, ante a construção doutrinária já apresentada, estar-se a falar também de determinado “defeito” inerente ao produto que, quando apresentado, causa um dano patrimonial no seu consumidor. Em assim sendo, segue o julgado:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. APLICAÇÃO DO CDC. CADEIA DE FORNECEDORES. **FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INTERMEDIÇÃO DE PAGAMENTO DE COMPRA REALIZADA PELA INTERNET. PRODUTO COMPRADO E NÃO ENTREGUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.** Recurso conhecido e desprovido. Ante o exposto, esta 1ª Turma Recursal resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de PAG SEGURO INTERNET LTDA, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Não-Providimento nos exatos termos do voto.
(TJ-PR - RI: 002035971201581600180 PR 0020359-71.2015.8.16.0018/0 (Acórdão), Relator: FERNANDA DE QUADROS JORGENSEN GERONASSO, Data de Julgamento: 23/11/2016, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 24/11/2016)

No presente caso, a reclamante efetuou a compra de determinado aparelho celular e, uma vez não o tendo recebido, ajuizou ação indenizatória contra a loja virtual e o PagSeguro. A Exma. Juíza Relatora Drª Fernanda de Quadro Jorgensen Geronasso não deu provimento ao recurso oferecido pela PagSeguro, sustentando que:

Deve-se destacar que todos os participantes da cadeia produtiva respondem solidariamente pela falha na prestação dos serviços e produtos.
[...]
Em que pese as alegações da recorrente de que somente realiza o serviço de intermediação de pagamento, tenho que a natureza dos serviços prestados é exatamente amenizar os riscos decorrentes dos negócios entabulados pela internet. Configura-se, portanto, um contrassenso imputar o ônus da consecução dos seus negócios ao consumidor ou vendedor.

Apresentados os argumentos, posiciona-se diversamente da conclusão ora avençada, uma vez que o produto “software para intermediação de pagamentos realizados em ambiente virtual” não apresentou qualquer falha, uma vez que – com a segurança por ele proposta – transferiu o valor de compra do produto do consumidor para a loja, constituindo o presente caso claramente dentro de uma das excludentes de responsabilidade que, conseqüentemente, retira o PagSeguro da cadeia solidária a que essa faz menção, por força do inciso II, do art. 12, § 3º do Códex Consumerista.

Por fim, sem entrar no mérito do Recurso Inominado 1001252-72.2013.8.22.0003, cuja relatoria fica a cargo da Exma. Juíza Euma Mendonça Tourinho, insta observar a construção por essa realizada acerca do recorrente Mercado Livre, quando informa que:

[...] os sites-classificados oferecem um **serviço ao consumidor**, quer seja, o de **intermediação de negociações entre usuários-compradores e usuários-**

vendedores. Todas as transações realizadas na plataforma, mesmo quando avençadas entre duas pessoas físicas - relação privada regida pelo Código Civil -, serão instrumentalizadas nos espaços do website, que atua como **moderador da negociação**, fato que lhe proporciona remuneração direta sobre cada transação efetivada.

Basicamente, a participação das empresas recorrentes na negociação sub judice consiste em: a) Mercado Livre: remuneração direta por meio de porcentagens e/ou comissões sobre o valor dos produtos e serviços ofertados em sua **plataforma**, cobradas de usuários-comprador e usuários-vendedores; b) Mercado Pago: remuneração direta para utilização da **plataforma de pagamento "MercadoPago"**, calculada por meio de porcentagens e/ou comissões diretamente incidentes sobre o valor dos produtos e serviços em casos de pagamentos parcelados, e, mediante cobrança de taxas/tarifas para retirada e movimentação das quantias disponibilizadas nesta plataforma.

Sendo assim, imperioso reconhecer a legitimidade ativa das recorrentes para responder aos termos da demanda, eis que, precipuamente, a alegação do consumidor é a de que houve falha na **prestação dos serviços de intermediação**. Doravante, deverá ser analisada a ocorrência, ou não, de **falha na prestação dos serviços das empresas recorrentes**. (Grifo nosso)

Ainda que pese posicionamentos contrário, não há como extrair do modelo de monetização (forma como determinada empresa efetua a cobrança pela execução do seu objeto social), a relação de consumo por ela produzida. O Código do Consumidor em nada se refere à forma de cobrança e, sim, a bens ou serviços, e delimita, conforme todo exposto no primeiro capítulo deste estudo, as características discernentes à cada um.

Ao prosseguir com a inteligência proposta de software-produto, resulta clara a impossibilidade de afirmar que o Mercado Livre oferta um **serviço de intermediação** ou, ainda, como **moderador da negociação**. A plataforma em questão permite que determinada pessoa (vendedor) ofereça seus produtos no ambiente virtual criado pela empresa e que, outra pessoa (usuário da plataforma), possa adquirir determinado produto ofertado pelos vendedores.

Deve-se delimitar as relações jurídicas entre os negócios apresentados de forma clara; o usuário do Mercado Livre deverá responsabilizá-lo por qualquer utilização do software que esteja em desacordo ao que esse se propõe, ou seja, no encontrar produtos ofertados, no entrar em contato com o vendedor, no verificar as características do produto, etc. O software configura-se como meio para o fim “aquisição de produto”, e não exerce nenhuma atividade moderativa, apenas dispondo as informações fornecidas pelo vendedor e por outros usuários, para que o consumidor decida em prosseguir ou não com o negócio compra e venda.

Ademais, se o vendedor não for habitual, essa relação estará legada à esfera Cível e não consumerista, posto ser impossível prosseguir com o enquadramento de fornecedor e, por conseguinte, da escala obrigacional de responsabilização objetiva e solidária.

Ante o exposto, conclui-se que, independente de o usuário beneficiar-se da emulação/simulação de “prestação de serviços” por meio de software – como produto que é –, tal fato somente ocorreu com a evolução da programação e das linguagens de computador nas

últimas décadas e, portanto, não há que se confundir o programa com atividade, tão menos legar a responsabilização civil por vício àquela relativa aos serviços, como proposto atualmente pelas decisões de nossos tribunais.

Considerações Finais

O presente estudo iniciou-se com incursões legais e doutrinárias para, num primeiro momento, definir e diferenciar o conceito de produto e serviço presentes no Códex Consumerista.

Ato contínuo, apresentou a definição legal de software para, a partir dela, construir um arcabouço teórico acurado e consoante a teleologia da lei e, por fim, determinar sua proteção jurídica que emerge da combinação dos diplomas 9.609 e 9.610, ambos de 1998.

Tendo sido as bases conceituais constituídas, enfrentou-se o enquadramento legal do software, sob a ótica de proteção do bem jurídico e, o com apoio conceitual presente no CDC, demonstrou-se por meio de claro e objetivo silogismo a impossibilidade jurídica de se considerar legalmente em solo pátrio Software como Serviço.

Reconhecido a natureza jurídica em epígrafe, o presente estudo retomou seu viés conceitual para apresentar os primados constituintes da responsabilidade civil na seara consumerista e, por fim, constatou perante a colação da tese em comento com os julgados aqui trazidos, que esses encontram-se dissonantes do que se defendeu e demonstrou-se objetivamente ser o “mais adequado” enquadramento do software no direito brasileiro, qual seja, como **produto**.

Concluiu-se, assim, que a dissonância porventura encontrada, por vezes afasta a responsabilidade do proprietário do software sob argumentos que vão de encontro à natureza que os julgadores legal à ele ou, quando o responsabilizam, tomam variáveis como parâmetro de definição conceitual que não encontram guarida na legislação pátria – o que, efetivamente, pode causar um prejuízo substancial para tais empresas e programadores autônomos.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução, introdução e notas de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007.

AZURE, Microsoft. **O que é o SaaS? Software como Serviço**. Disponível em:

<<https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-saas/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, da 3ª Turma do Rio de Janeiro, 29 de junho de 2012**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **1001252-72.2013.8.22.0003 Recurso Inominado, Turma Recursal, 01 de abril de 2015**. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294520044/recurso-inominado-ri-10012527220138220003-ro-1001252-7220138220003/inteiro-teor-294520060>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **RI: 002035971201581600180 PR 0020359-71.2015.8.16.0018/0, da 1ª Turma Recursal, 24 de novembro de 2016**. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409229149/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-2035971201581600180-pr-0020359-7120158160018-0-acordao>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BREITMAN, Karin; VITERBO, Jose. Computação na Nuvem – Uma Visão Geral. In: **Congresso Internacional Software Livre e Governo Eletrônico**, 3, 2010, Amãpytuna. Computação em Nuvem: serviços livres para a sociedade do conhecimento. Brasília: FUNAG, 2010.

GOOGLE. **Como a Pesquisa do Google Funciona**. Disponível em:

<<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=pt-BR>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

HADDAD, Luíz Gustavo. Direito, poder e interpretação: notas críticas sobre Miguel Reale a função social do contrato no Código Civil. **Raízes Jurídicas**. Curitiba, v.6, nº 1, p. 105-120, jan. jun. 2010.

IERC. **European Research Cluster on the Internet of Things**. Disponível em:

<http://www.internet-of-things-research.eu/about_iot.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 243-265, set./ dez. 2016. Disponível em:

<<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/860/524>>. Acesso em: 29 de março de 2018.

MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. **A Responsabilidade Objetiva do Desenvolvimento na Sociedade de Risco e a Defesa do Consumidor**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f74b6a56785817c3>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOFTWARE, A&H; MELHORAMENTOS LTDA, Editora. **Michaelis: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo, v.1.0.0, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Vaquero, Luis M. et al. A Break in the Clouds: Towards a Cloud Definition. **ACM SIGCOMM Computer Communication Review**. v. 39, nº 1, p. 50-55, jan. 2009.

WAGNER, Diego. **Guia de Crescimento para o SaaS Brasileiro**. Disponível em: <<https://meetime.com.br/blog/gestao-empresarial/empresas-saas-b2b/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

WILLIAMS, Chadwick L. Not So Good: The Classification of “Smart Goods” Under UCC Article 2. **Georgia State University Law Review**, v. 34, n. 2, p. 5, 2018. Disponível em: <<https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol34/iss2/5>>. Acesso em: 02 mar. 2018.