

O DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES IMPOSTO ÀS PARTES NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS, ENVOLVENDO PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Diogo Dias Teixeira¹

Contratos empresariais que envolvem cessão, licenciamento ou desenvolvimento de programas de computador muito frequentemente experimentam problemas decorrentes da ausência de conhecimento prévio de determinadas informações por uma das partes, normalmente ocasionados pela não disponibilização de informações ou pela falta de diligência de um contratante na obtenção de informações durante a negociação do contrato (FERNANDES, 2007).

Entre outros inúmeros exemplos, pode-se citar os recorrentes problemas de interoperabilidade ou compatibilidade entre o *software* contratado e as tecnologias previamente adotadas pela contratante, que poderiam ser antevistos mediante uma troca adequada de informações, mas muitas vezes restam por surpreender as partes.

Contribui para este cenário o fato de que uma das partes costuma ser capacitada sobre o programa objeto do contrato (desenvolvedora ou licenciante), mas nem sempre possui informações suficientes sobre as tecnologias, programas e equipamentos utilizados nas atividades da contratante (tomadora de serviços ou licenciada) ou mesmo uma visão completa sobre os objetivos da contratante em relação ao *software* objeto do contrato.

A ocorrência de situações desse tipo pode gerar elevados prejuízos para os envolvidos, pois, dentre outros efeitos indesejados, faz a implantação de um programa demorar mais tempo do que o estimado e pode diminuir a eficiência do programa quando não há a esperada sinergia com outras tecnologias usadas na consecução das tarefas empresariais.

Assim, interessa saber se existe um responsável pela deficiência na troca de informações anterior à celebração do contrato e, caso a resposta seja afirmativa, em que medida deve ele responder pelos prejuízos da outra parte. Em resumo, importa saber qual a extensão do dever de prestar informações ao qual as partes contratantes estão sujeitas.

Para uma análise adequada, parece inicialmente necessário esclarecer que as partes simplesmente não possuem todas as informações que podem impactar o contrato (e.g. o programa

¹ **Diogo Dias Teixeira**, sócio da Dias Teixeira Sociedade de Advogados. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e em Direito Eletrônico. Membro da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. diogo@diasteixeira.com.br.



licenciado não foi testado com todas as tecnologias disponíveis no mundo) e, ainda que as informações estivessem todas disponíveis, uma troca exaustiva de informações aumentaria demasiadamente o custo de transação, tornando a negociação do contrato economicamente inviável e absurdamente longa.

Desse modo, percebe-se que o dever de informar está preliminarmente limitado pelas informações que são do efetivo conhecimento da parte, pois ninguém pode ser obrigado a disponibilizar informação que não possui. Ainda, nota-se que o dever de informar se esgota com a disponibilização da parcela considerada essencial das informações, pois a troca exaustiva de informações não é uma alternativa concreta.

Deve-se, pois, esclarecer que o dever de prestar informação está sempre ligado à relevância da informação. Em outras palavras, importam para o debate apenas as informações que podem impactar significativamente o contrato, assim consideradas aquelas que motivaram as partes a celebrar o contrato, aquelas capazes de diminuir significativamente o valor ou a utilidade da transação para uma das partes ou aquelas ligadas a uma preocupação específica revelada por uma das partes durante a negociação.

Nesse aspecto, há efetiva conexão entre o dever de informar e aquilo que se denomina “obrigação de autoinformação”, pois uma informação é considerada relevante quando a parte que a detém sabe que tal informação possui significativa importância, o que pode ser inerente ou decorrente do próprio negócio, mas pode também depender de uma sinalização prévia da outra parte, no exercício de sua autoinformação.

Exemplificando, a parte que comercializa um *software* de criptografia tem o dever de revelar falhas de segurança já verificadas no programa, pois a segurança das informações é premissa do negócio e característica essencial do produto. Por outro lado, uma empresa que licencia um programa de gestão financeira não está *prima facie* obrigada a relevar as limitações de customização dos relatórios emitidos pelo programa, mas, se durante o processo de negociação, a outra parte demonstrou especial interesse ou preocupação com a questão, aquela informação adquiriu fundamental relevância, passando a integrar o dever de prestar informações imputado à licenciante.

O segundo exemplo acima evidencia não somente a estreita ligação entre o dever de informar e o princípio da boa-fé objetiva que rege a fase pré-contratual¹ e integra os contratos (uma vez que a parte tome conhecimento de que uma informação é relevante para a outra parte, uma omissão seria incompatível com o comportamento probo e leal que seria dela esperado), mas também a importância que existe na busca de informações antes de contratar, a qual pode ampliar a extensão do dever de prestar informações da outra contratante.

Em suma, terão consequências jurídicas as discussões que tratem de informações efetivamente detidas por uma das partes e – diante da impossibilidade da troca exaustiva de



informações - que se mostrarem relevantes, seja porque foram essenciais na formação e celebração do contrato, influenciaram significativamente as características da contratação e/ou porque uma parte, exercendo diligentemente sua obrigação de autoinformação, manifestou especial interesse ou preocupação com a questão.

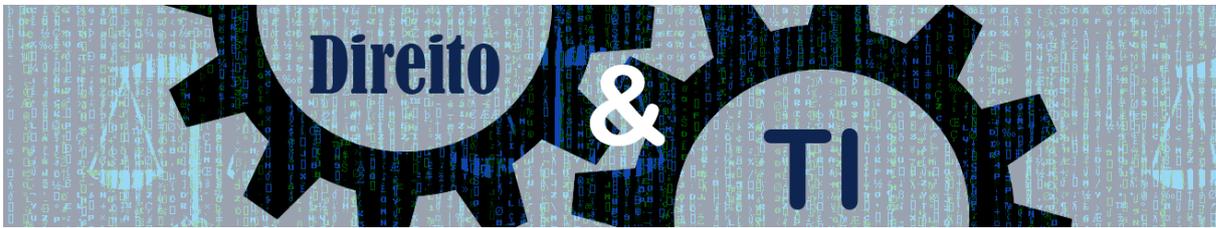
Enquanto parece ser que a responsabilidade de reparar os prejuízos decorrentes da omissão de uma informação previamente solicitada pela outra parte deriva da violação dos deveres de cooperação e lealdade, arraigados na boa-fé, nas demais violações ao dever de prestar informações há indiscutível relação com os institutos do erro e do dolo.

(...) a boa-fé objetiva é fonte autônoma de obrigações e direitos, desvinculada da declaração de vontade, a parte prejudicada tem legitimidade de agir cobrando perdas e danos ou pedindo outro tipo de sanção, mesmo que a prestação tenha sido cumprida. Sobre as consequências da desobediência dos deveres anexos ao contrato são anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa (FERNANDES, 2007).

De acordo com o artigo 138 do Código Civil, o erro capaz de ocasionar a anulação do contrato deve ser escusável, cabendo ao contratante ser diligente no tocante à obtenção de informações. Percebe-se, pois, que, ao impor aos contratantes uma diligência mínima na obtenção de informações antes da celebração do contrato, o dispositivo legal citado cria também uma obrigação de autoinformação. Assim, se uma parte não foi diligente e deixou de buscar uma determinada informação abarcada pelo seu dever de autoinformação, não poderá essa parte reivindicar indenização da outra contratante por conta da omissão da respectiva informação, do mesmo modo como não poderia exigir a anulação do contrato por erro ou ignorância. Caso contrário, seria retirado o incentivo das partes à busca de informações essenciais antes de contratar, fragilizando a sistemática dos negócios jurídicos como um todo.

Consequentemente, toda informação que deveria e poderia ser obtida ou solicitada por uma das partes e não o foi, deixa de integrar o dever de informar da outra parte, exceto se a omissão puder também configurar dolo, conforme sustenta Monteiro (1999).

(...) contamina-se o ato simultaneamente de erro e dolo, este oriundo do emprego de manobras astuciosas, aquele decorrente do estado de espírito da vítima, que dá seu consentimento, acreditando numa situação que, em verdade, não existe. O ato seria, portanto, duplamente anulável, por erro e por dolo. Aconselham os autores, entretanto, se funde a ação anulatória no dolo e não no erro, não só porque aquele é mais fácil de provar, sendo certamente mais viva a reação psicológica do julgador, como também porque o ressarcimento é mais completo que no caso de simples erro. Ademais, o dolo é mais profundo; enquanto o erro sobre qualidades acidentais e



sobre a causa (quando esta não é determinante) não anula o ato, pode o dolo provocar-lhe a anulação.

É novamente na boa-fé e no conseqüente dever de lealdade, que visa desencorajar comportamentos oportunistas e o abuso de direitoⁱⁱ, que se justifica a exceção, a qual conforme interpretação dos artigos 145 e 146 do Código Civil abrangerá apenas as informações capazes de viciar a vontade da outra parte e/ou de afetar o modo (e.g. preço) como o contrato foi celebrado.

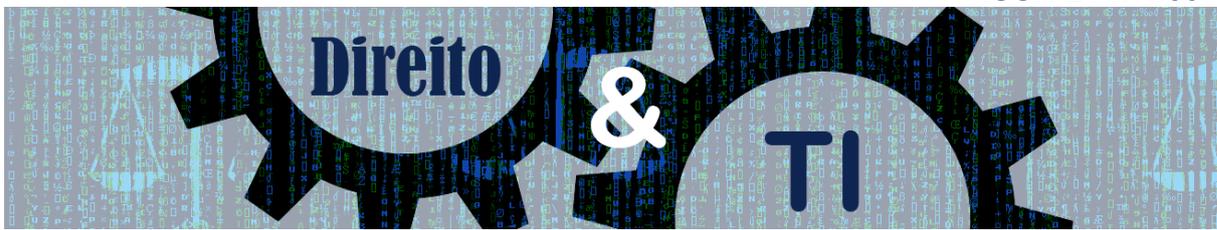
Gonçalves (2003) observa que o instituto do abuso do direito se aplica em quase todos os campos do direito, como instrumento destinado a reprimir o exercício antissocial dos direitos subjetivos. As sanções esta estabelecidas em lei são as mais diversas e podem implicar na imposição de restrições ao exercício de atividade e até sua cessação, declaração de ineficácia de negócio jurídico, demolição de obra construída e até mesmo obrigação de ressarcimento dos danos.

Em síntese, o dever de informarⁱⁱⁱ comporta somente as informações cuja omissão voluntária poderia configurar dolo^{iv} (informações essenciais e detidas pela parte) e aquelas em relação as quais houve expressa solicitação e/ou manifesta preocupação da outra parte, cuja omissão violaria então o dever de boa-fé. Sem a violação do dever de informar, natural que inexistam culpa ou abuso de direito e, portanto, inaplicáveis os efeitos da responsabilidade civil. Por outro lado, a inobservância do dever de informar pode ter sérias conseqüências para o infrator e para o próprio contrato, as quais podem ser divididas em:

(a) configuração de dolo substancial e possibilidade de anulação do negócio jurídico, sujeitando a parte que agiu com dolo ao dever de reparação: abarca a omissão de informações essenciais e que motivaram uma das partes a celebrar o contrato, solicitadas ou ignoradas pela parte prejudicada e detidas pela infratora;

(b) configuração de dolo acidental, sujeitando a parte que agiu com dolo ao dever de reparação: abarca a omissão de informações consideradas essenciais, não para a celebração do contrato, mas quanto ao modo de celebração do contrato, solicitadas ou ignoradas pela parte prejudicada e detidas pela infratora;

(c) violação do dever de boa-fé, sujeitando a parte infratora ao dever de reparação: abarca a omissão de informações relevantes, mas não necessariamente essenciais, cujo interesse na obtenção foi manifestado pela parte prejudicada e que estavam em posse da parte infratora.



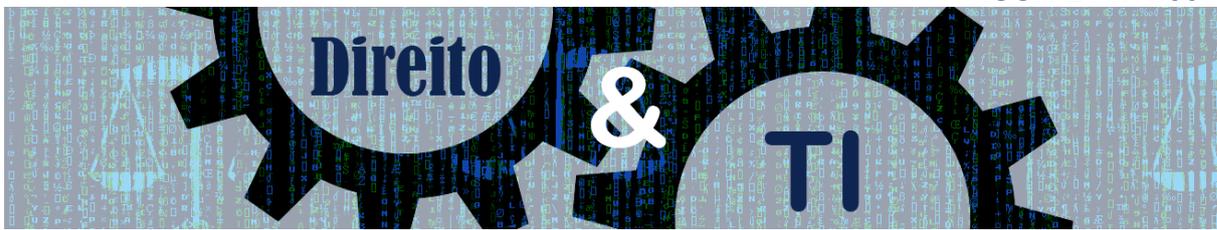
Como se pode ver, há evidente dificuldade em estabelecer precisos limites para o dever de informar, o qual será sempre estabelecido de acordo com as peculiaridades do caso concreto e, em última análise, estará ainda sujeito à interpretação de juízes ou árbitros. Portanto, recomendável que as partes adotem cautelas para melhor gerenciar o risco e dar mais segurança e previsibilidade aos contratos que envolvem *software*.

Nesse sentido, a primeira alternativa dos contratantes costuma ser a estruturação de cláusulas de exclusão e/ou limitação de responsabilidade, normalmente amparadas por declarações em que as partes afirmam ter trocado as informações necessárias e conhecer profundamente as características do *software* objeto do contrato. Entretanto, tais disposições parecem ser insuficientes e até impróprias para solucionar casos de violação do dever de informar, haja vista que tal dever está embasado nos institutos do dolo e da boa-fé, que constituem normas de ordem pública^v e, portanto, estão fora da autonomia das partes.

FERNANDES (2007) destaca que cláusula geral é norma de ordem pública. Essa afirmação vem comprovada pelo parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, nas Disposições Transitórias, que determina que ‘Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos’. Sem dúvida a boa-fé é norma que garante não só a conduta leal dos contratantes mas, por consequência, também a sua função social do contrato. Contratos injustos ferem a ordem social também.

Mais eficientes seriam as medidas que atacam diretamente o *gap* de informação, como (a) os períodos de teste gratuitos, que permitem à contratante obter as informações necessárias sobre o programa, aumentando assim o peso da obrigação de autoinformação; (b) os anexos técnicos, que descrevem de forma detalhada os requisitos técnicos mínimos para o adequado funcionamento do *software*; (c) a disponibilização prévia de manuais de instalação e operação do programa; (d) no caso de desenvolvimento de programa ou aplicativo, a descrição detalhada das funcionalidades do *software* que será construído, informações sobre as interoperabilidades e compatibilidades que o programa deve assimilar e limitações esperadas no produto final, e; (e) no caso de produtos em versão *web* e que, portanto, não tem disponibilidade garantida, anexos com conteúdo equivalente a um *service level agreement*.

Como se vê, o presente ensaio está longe de esgotar o tema e tem o simples propósito de destacar a importância da troca de informações nas negociações preliminares de contratos empresariais relativos a programas de computador, bem como de orientar os interessados a melhor estruturar suas transações e identificar a amplitude de seus respectivos deveres no tocante à disponibilização de informações.



REFERÊNCIAS

FERNANDES, Wanderley. **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** / Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ⁱ Conforme enunciado da III Jornada de Direito Civil do STJ 170 – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

ⁱⁱ Observa-se, assim, que o instituto do abuso do direito tem aplicação em quase todos os campos do direito, como instrumento destinado a reprimir o exercício anti-social dos direitos subjetivos. As sanções estabelecidas em lei são as mais diversas, podendo implicar imposição de restrições ao exercício de atividade e até sua cessação, declaração de ineficácia de negócio jurídico, demolição de obra construída, obrigação de ressarcimento dos danos (...) GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. – pág. 61.

ⁱⁱⁱ Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176 I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo. GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.– pág. 37.

^{iv} O *dolus causam danscontractui* é o dolo principal, também chamado dolo essencial, dolo determinante ou dolo causal; é a causa eficiente do ato, sua única razão, o dolo que o origina e que sem ele não se teria concluído. O *dolus incidens* (dolo incidente ou acidental) é aquele que leva a vítima a realizar o ato, porém em condições mais onerosas ou menos vantajosas. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1999. – Pág. 203).

^v Em seguida devemos ter em mente que essa cláusula geral é norma de ordem pública. Essa afirmação vem comprovada pelo parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, nas Disposições Transitórias, que determina que ‘Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos’. Sem dúvida a boa-fé é norma que garante não só a conduta leal dos contratantes mas, por consequência, também a sua função social do contrato. Contratos injustos ferem a ordem social também. FERNANDES, Wanderley. Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais São Paulo: Saraiva, 2007. – Série GVlaw – pag. 49.