

Renata Furtado de Barros (Org.)
Juliana Maria Matos Ferreira (Org.)
Alana Carlech Correia (Org.)
Luciana Maria Reis Moreira (Org.)

DIREITO PRIVADO: **desafios contemporâneos**



Conselho Editorial

Profa. Juliana Maria Matos Ferreira
Profa. Renata Furtado de Barros
Profa. Alana Carlech Correia
Profa. Luciana Maria Reis Moreira
Prof. Alexandre Oliveira Soares
Profa. Maria Ângela Brescia Gazire Duch
Prof. Wesley Roberto de Paula
Profa. Paula Maria Tecles Lara

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DIREITO PRIVADO: desafios contemporâneos.

Organizadores: Renata Furtado de Barros, Juliana Maria Matos Ferreira, Alana Carlech Correia e Luciana Maria Reis Moreira. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2015.

331 p.

ISBN 978-1-329-17450-4

Coletânea de trabalhos elaborados por profissionais da área do Direito e selecionados pelo Centro Universitário da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte e pela Academia Brasileira de Produção Jurídica Discente (ABPJD).

1. Direito Privado. 2. Desafios. 3. Centro Universitário da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte 4. Academia Brasileira de Produção Jurídica Discente (ABPJD)

Apresentação

A contraposição de perspectivas distintas dos diferentes autores em temas jurídicos envolvendo o Direito Privado Contemporâneo, é algo que engrandece o debate e enriquece a presente obra. Nesse sentido, considerando a amplitude das relações que se inserem dentro da temática “Direito Privado: Desafios Contemporâneos”, os capítulos que conformam a presente obra tratam de questões atuais, todas envolvendo alguma ligação atinente aos Direitos Fundamentais, que vão desde os direitos de personalidade, dignidade da pessoa humana, posse e propriedade e direitos sucessórios, incluindo ainda, a relação entre Direito, Moral e Democracia.

No sentido de selecionar criteriosamente os textos, os organizadores da obra, por intermédio de um Conselho Editorial altamente conceituado, composto por Professores Mestres e Doutores, buscou agregar qualidade substancial aos mesmos, proporcionando aos leitores o acesso a um conteúdo distinto.

Dessa forma, buscou-se inserir uma construção teórica, sob um viés específico, compatível com o constitucionalismo contemporâneo, brindando a comunidade jurídico/acadêmica com uma publicação de tamanha relevância e qualidade.

Assim, a presente obra se apresenta com o propósito precípua de alargar o debate teórico-prático, viabilizando um espaço discursivo-democrático, a fim de proporcionar reflexões profundas acerca de temas principais relacionados ao Direito Privado.

As Organizadoras.

SUMÁRIO

- 6 O COMPARTILHAMENTO OBRIGATÓRIO
DOS DEVERES PARENTAIS: A GUARDA
COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DA LEI
13.058/2014

Luciana Maria Reis Moreira

- 42 POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO
BRASILEIRO NA ELEIÇÃO DO FORO
ESTRANGEIRO NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS

Nayara Luíza da Silva Campos

Renata Furtado de Barros

- 77 A USUCAPIÃO FAMILIAR: Aspectos Controversos
na interface entre o Direito das Coisas e o Direito de
Família

Daniela Soares Hatem

Natália Andrade Campos

98 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL,
DIREITO DE PROPRIEDADE E MEIO
AMBIENTE

Magno Federici Gomes

Wallace Douglas da Silva Pinto

148 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO
DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE
PROGRAMA DE COMPUTADOR

Bernardo Menicucci Grossi

168 O SISTEMA DE CARTÕES DE CRÉDITO E
SEUS ASPECTOS CONTRATUAIS SOB O
CONTEXTO DA ANÁLISE JURÍDICA DA
ECONOMIA

Pedro Rocha Olguin

Nied Pereira Ferreira Rocha

204 CUMULAÇÃO DO DANO ESTÉTICO E
MORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA
Nº 387 DO STJ

Mariana de Araújo Freitas Prado

Maria Angélica dos Santos

247 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA USUCAPIÃO
ENTRE HERDEIROS

Paula Maria Tecles Lara

Dayenne Aparecida de Abreu

289 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O CARÁTER
SOCIAL DO CONTRATO

Leandro de Assis Moreira

Raquel Ribeiro Mayrink

318 COMPRAS ONLINE: DESAFIOS DA
CONTEMPORANEIDADE

Ingrid Freire Haas

Karen Beatriz Haas Dornas

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Bernardo Menicucci Grossi¹

Resumo

Busca-se avaliar os aspectos da responsabilidade civil relacionados à violação de direito patrimonial de autor de programa de computador com especial foco à polêmica da atribuição de função punitiva à indenização por dano material.

Palavras-chave: direito autoral, *software*, programa de computador, Lei 9.609/98, Lei 9.610/98, responsabilidade civil, indenização, *punitive damages*, função punitiva

ABSTRACT

It is the objective to evaluate aspects of civil liability related to patrimonial law violation of the computer program author rights, with special focus to the controversy of the punitive role assignment to compensation for material damage.

Keywords: copyright, software, computer program, Law 9.609/98, Law 9.610/98, liability, damages, punitive damages, punitive function.

¹ Possui graduação em Direito pela PUC Minas, especialização em Direito Processual Civil pela UGF/CAD e é Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. cursou Extensão em Internet Law pela Harvard Law School e em Direito Autoral e Direitos Conexos e Propriedade Intelectual pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Atualmente é sócio da Grossi Paiva Sociedade de Advogados, Professor da PUC Minas, da Universidade Estácio de Sá e Diretor Regional da Associação Brasileira de Direito da Tecnologia da Informação e das Comunicações. Membro do Comitê Gestor do PJE do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (indicado pela OAB/MG) e Membro do Conselho de Usuários do Grupo Tim Brasil - Região Sudeste.

1 INTRODUÇÃO

Embora exista relativo desconforto quanto a sujeição dos *programas de computador* ao regime do direito autoral (ASCENÇÃO, 1997), o legislador brasileiro optou por superar tal discussão e atribuir a estes o mesmo tratamento reservado pela lei às obras literárias.

O direito autoral encontra previsão constitucional, assim como está inserido na Declaração dos Direitos Universais do Homem e, relativamente aos programas de computador, é importante destacar a existência de Lei Especial, a Lei 9.609/98, em relação à qual existe aplicação subsidiária da Lei 9.610/98 e também da Lei 10.406/02.

Como consequência da atribuição do regime autoralista, exige-se o atendimento a dois requisitos para que a obra intelectual possa ser tutelada pelas Leis 9.609/98 e 9.610/98, quais sejam: exteriorização e originalidade.

Quanto ao requisito da exteriorização, é importante frisar que as idéias não configuram objeto idôneo do regime autoralista, sendo necessário, para a conseqüente tutela do ordenamento jurídico, que o programa seja fixado em algum meio, tangível ou não.

Quanto ao requisito da originalidade, sua conceituação detém uma razoável carga de subjetividade, sendo que nas palavras de

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

BITTAR (2000, p.23), “... tem caráter relativo, não se exigindo, pois, novidade absoluta, eis que inexorável é, de um ou outro modo, o aproveitamento até inconsciente do acervo cultural comum”.

A conceituação de programa de computador estabelecida pelo art. 1º da Lei 9.609/98 deixa clara a referência aos mencionados requisitos:

Art. 1º. 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.

Os direitos de autor inerentes ao programa de computador são classificados pela própria Lei como *patrimoniais* e *morais*, sendo o primeiro inerente à exploração econômica e direito de autorizar a reprodução da obra e o segundo ao vínculo pessoal que une o autor *indissoluvelmente à obra* (ABRÃO, 2002, p.74).

O tema objeto deste breve estudo diz respeito à forma de comprovação da lesão aos direitos de autor do programa de computador e, em um segundo momento, à relevante divergência doutrinária e jurisprudencial relativa à apuração e reparação do dano.

Neste sentido, o objeto deste estudo está intrinsecamente relacionado à responsabilidade civil e ao que a doutrina (MELO,

2009, p.108) convencionou chamar de função compensatória e punitiva.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES DE ORDEM PROCEDIMENTAL

Ainda que a violação ao direito autoral constitua, no campo eminentemente teórico, um fato muito claro a ser analisado, o empirismo é capaz de demonstrar a dificuldade com que este ato é comprovado em uma relação jurídica processual.

E isto decorre da própria essência dos programas de computador, os quais podem ser facilmente ocultados, apagados ou terem suas informações de registro e instalação adulteradas com pouca ou nenhuma chance de identificação em um posterior exame pericial.

Esta é uma das razões pelas quais o artigo 13 da Lei 9.609/98 estabeleceu como verdadeira *conditio sine qua non* da ação penal e de diligências preliminares de busca e apreensão, a realização de *vistoria*.

O Código de Processo Civil, por sua vez, ainda impõe que a medida da busca e apreensão no caso de violação de direitos autorais seja realizada por dois oficiais de justiça e dois peritos.

Além disso, o artigo 14 da Lei 9.609/98 preceitua que:

Art. 14. Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com cominação

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

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

Tais elementos tornaram a ação cautelar de vistoria, busca e apreensão um ato importantíssimo para a apuração da violação de direitos de autor de programa de computador que antecede, logicamente, a ação de indenização por danos materiais.

Acerca da importância da precedência da ação cautelar, POLI afirma que:

Assim, a medida cautelar de busca e apreensão de programas de computador tem caráter duplice por visar garantir a produção de prova e consequente modificação da situação relativa ao objeto litigioso.

Ainda que exista uma presunção de boa-fé objetiva no direito processual civil brasileiro, a *plausibilidade do direito alegada* e o *perigo na demora do provimento jurisdicional futuro* são facilmente demonstráveis em ações dessa natureza, conquanto o primeiro requisito resida invariavelmente em um critério indiciário da violação aos direitos de autor e o segundo no risco iminente de frustração da vistoria, a qual geralmente é realizada em caráter *inaudita altera pars*.

Tais observações se fazem oportunas conquanto a dificuldade de comprovação da extensão do dano material gerado pela violação do direito autoral seja comumente utilizada como

argumento retórico para justificar o estabelecimento de um critério punitivo.

3 BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO MATERIAL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Antes de qualquer ponderação acerca da violação de direito de autor de programa de computador, é importante compreender que se está a debater, como pano de fundo, a própria concepção da responsabilidade civil.

Pode-se afirmar, neste sentido, que são extremamente diversas as causas apontadas pela doutrina para a mudança do eixo focal da responsabilidade civil, que hodiernamente tem deixado de se preocupar exclusivamente com o causador do dano e, gradualmente, enfatizado o dano sofrido pela vítima (MORAES, 2009).

Por uma opção metodológica, este trabalho não se atém especificamente à indenização por dano moral decorrente da violação de direito autoral, mas apenas à reparação material, até mesmo por este comportar uma polêmica ainda maior em razão da taxatividade do artigo 402 do Código Civil.

SOUZA (2013, p.38) é de grande clareza ao lecionar que:

O dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante. O dano emergente presente no artigo 402 do Código Civil de 2002: além do que ele efetivamente perdeu, significa segundo Sérgio

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Cavaliere Filho a imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2003, p.90). O lucro cessante disposto no artigo 402 do Código Civil de 2002: o que razoavelmente deixou de lucrar, segundo Cavaliere Filho consistem a perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima (CAVALIERI FILHO, 2003, p.90)

Posteriormente, (SOUZA, *ibidem*), conclui:

Quanto a identificação do dano, o dano patrimonial necessita da comprovação do efetivo prejuízo sofrido pela vítima, já para o dano moral é dispensada a prova do prejuízo.

Embora a tentativa de reparação do dano moral sofrido, considerado este como uma violação à cláusula geral dos direitos de personalidade (MORAES, 2009), não seja passível de quantificação direta e, preterida a restituição ao *status quo*, haja uma verdadeira conversão em perdas e danos através de estipulação judicial, o fato é que a polêmica quanto a natureza e definição da responsabilidade civil tem sido tão grande que tem dispensado, até mesmo, a comprovação dos lucros cessantes e danos emergentes na quantificação do dano material.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou em várias oportunidades no sentido de que a responsabilidade civil, notadamente aquela relativa à violação de direito autoral de programa de computador, deve comportar um caráter punitivo independentemente de qualquer comprovação, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. CONTRAFAÇÃO. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 102 DA LEI 9.610/98. 1. Ação de indenização ajuizada em 14.03.2003. Recurso especial concluso ao Gabinete em 20.08.2013. 2. Discussão relativa à adequação dos critérios utilizados para fixar a indenização devida, em razão da utilização ilegítima de softwares desenvolvidos pela recorrente. 3. A exegese do art. 102 da Lei de Direitos Autorais evidencia o caráter punitivo da indenização, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. 4. A mera compensação financeira mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quanto muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas. 5. A quantificação da sanção a ser fixada para as hipóteses de uso indevido (ausente a comercialização) de obra protegida por direitos autorais não se encontra disciplinada pela Lei 9.610/98, de modo que deve o julgador, diante do caso concreto, utilizar os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos. 6. É razoável a majoração da indenização ao equivalente a 10 vezes o valor dos programas apreendidos, considerando para tanto os próprios acórdãos paradigmas colacionados pela recorrente, como os precedentes deste Tribunal em casos semelhantes. 7. Recurso especial provido.

É possível identificar que a responsabilidade civil tem sido utilizada como forma de imposição de um padrão de conduta à

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

sociedade, punindo-se aqueles que se distanciam do paradigma assumido como esperado pelo intérprete, em um verdadeiro instrumento de controle social do indivíduo.

SAMPAIO JUNIOR (2009, p.237) também coaduna deste ponto de vista:

A resposta está no fato de que a responsabilidade civil, no tocante aos danos morais, tem deixado de se centrar no dano para se centrar na conduta. O que se repudia é a conduta do ofensor, e é por essa conduta indevida, pouco ética, que se deverá pagar. Mais do que o ressarcimento da vítima, o que se pretende é impor ao ofensor uma punição pela prática de um ato atentatório à ética da sociedade...

A proposta não é nova e, há muito, foi apontada por CAPPELLETTI (1999, p.37), segundo o qual:

É evidente, em suma, que o problema das externalities ambientais impõe às sociedades modernas e aos seus governos o enorme desafio de dar direção a milhões de decisões individuais, a fim de que se movam de acordo com certas finalidades sociais, sem todavia estrangular outras finalidades, especialmente o crescimento da economia e a preservação de razoável liberdade de escolha dos cidadãos.

Fundado no princípio do pleno ressarcimento do dano, ROSENVALD (2010) chega ao extremo de defender que o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil teria a aptidão, em interpretação teleológica, de viabilizar o acolhimento do

ordenamento jurídico da majoração do dano fixado de acordo com o grau de culpa apurado judicialmente.

A doutrina (MELO, 2011, p.97) que defende abertamente o acolhimento do caráter punitivo para a responsabilidade civil também é a mesma que reconhece, *prima facie*, a dificuldade que a quantificação subjetiva impõe ao intérprete.

A este respeito, é oportuno reportar-se a diversas propostas legislativas de pré-fixação da indenização com caráter punitivo para, em tese, propiciar maior uniformização aos julgados, isonomia das condenações e viabilizar um cálculo das consequências do ato ilícito pelo agente violador.

Concorda-se, neste sentido, com a crítica de MELO (2011, p.102):

A nosso sentir, tarifar se mostra inconveniente num primeiro momento até por quebrar o princípio da equidade, na medida em que limitará os poderes de juiz para aplicação da justiça ao caso concreto. Além disso, como se pode atribuir a cada um o que efetivamente seja de seu direito, se esse mesmo direito estará previamente tarifado? Como considerar as peculiaridades de cada caso, de tal sorte a que se possa sentenciar com uma perfeita dosimetria do valor indenizatório, se o julgador estiver limitado por pautas? Ademais, como harmonizar o preconizado na Constituição que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, com um sistema de tarifas?

Um sistema de tarifação da responsabilidade civil para comportar danos com caráter punitivo de maneira controlada teria ainda evidente inconstitucionalidade declarada ante o histórico do

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Supremo Tribunal Federal que já reconheceu como violador da Constituição Federal a tarifação do dano contida na antiga Lei de Imprensa, Lei 5.250/67

Não se poderia deixar de registrar a expressa dissonância com o ponto de vista defendido por ROSENVALD (2010), conquanto ainda que o ordenamento jurídico tenha acolhido em situações excepcionais o caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil, é evidente que não o fez de forma generalizada.

Em uma perspectiva histórica, convém recordar que a separação da reparação e da punição é um fato que remonta à *lex poeetelia papiria*, e que a responsabilidade civil ontologicamente, em especial a tradição a que se filia o ordenamento jurídico nacional. É curioso notar, portanto, que a proposta de interpretação do caráter punitivo rompe com quase 2000 anos de tradição do Direito Civil para acolher um anseio que, historicamente, é muito recente na sociedade.

Uma vez consumada a violação ao direito de autor de programa de computador, o que é aludido pela Lei 9.610/98 como *contrafação*, e efetuada comprovação razoável do fato através de ação cautelar de vistoria, busca e apreensão, revela-se muito oportuna a discussão acerca da quantificação do dano material a ser apurado.

A responsabilidade civil, há muito, dissociou a figura da recomposição do patrimônio lesado da penalidade imposta à pessoa

do inadimplente, sendo conveniente até mesmo reportar-se à origem do vocábulo que é oriundo do latim *respondere* “que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado” (GONÇALVES, 2012, p.41).

Na hipótese específica da violação aos direitos de autor de programa de computador, o ato ilícito é configurado, no mais das vezes, pela cópia não autorizada. O dano diz respeito a tudo aquilo que o respectivo titular de direitos deixou de auferir com a comercialização da obra e o nexó causal, o liame direto de causa e efeito entre o primeiro e o segundo.

A esse respeito, a Lei 9.610/98 anteviu dificuldades em quantificar o dano material suportado pelo autor que teve a sua obra reproduzida indevidamente, e estabeleceu que quando essa contrafação fosse destinada *ao comércio*, haveria uma pré-fixação indenizatória equivalente a 3.000 (três mil) vezes o valor da obra intelectual.

E este era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça antes mesmo da edição da nova Lei de Direitos Autorais, para o qual no caso da reprodução ilícita de programas de computador que não fossem destinados à comercialização, mas ao uso próprio, não restaria qualquer possibilidade de aplicação do critério pré fixado pela lei autoralista

É importante ressaltar ainda que na hipótese da precedência de ação cautelar de vistoria, busca e apreensão, a reprodução ilícita que não se destine à comercialização é muito bem delineada pelo

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

laudo pericial, inexistindo dúvida acerca do montante de exemplares que teriam sido reproduzidos.

Sob este prisma, os danos emergentes decorrentes da reprodução ilícita estariam delineados pelo valor pecuniário da licença do *software*, enquanto os lucros cessantes dificilmente admitiriam clara comprovação.

Este raciocínio aliado ao *princípio do pleno ressarcimento* (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p.228) acabou por motivar a inusitada inserção jurisprudencial no regime da responsabilidade civil brasileiro da indenização por dano material com caráter punitivo, em nítida alusão às decisões judiciais dos países de *common law*.

Ainda que do ponto de vista doutrinário e legislativo o princípio do pleno ressarcimento encontre acolhida, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que *salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*. Mesmo que o artigo 944 do Código Civil venha a ser interpretado como uma forma de recepcionar a referida teoria, ainda assim seria necessário o estabelecimento da exceção pela lei civil.

O que a jurisprudência moderna tem realizado, com o endosso do Superior Tribunal de Justiça, é alterar deliberadamente a dicção do parágrafo único do artigo 103 da Lei 9.610/98 que estabelece que *pagará o transgressor o valor de três mil exemplares para nele*

consignar que *pagará o valor de até três mil exemplares*, havendo um juízo eminentemente subjetivo para a apuração do *quantum debeatur*.

Em interpretação extremamente similar àquela proposta por parte da doutrina (ROSENVOLD, 2010) para justificar a majoração da indenização baseada no artigo 944, parágrafo único do Código Civil, é possível identificar inúmeros julgados que também a utilizam para atenuar aquela pré-fixação de danos do artigo 103, parágrafo único, da Lei 9.610/98.

Este silogismo ainda traz uma outra celeuma para a pacífica aplicação do dano material com caráter punitivo que é a extrema carga de subjetividade atribuída à figura do magistrado, que nos países de tradição do *common law*, ao menos observam critérios minimamente objetivos para a fixação do valor devido.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, já decidiu que a quantificação da indenização de caráter punitivo para os danos extrapatrimoniais deve observar, via de regra, três elementos, quais sejam: (1) *o grau de reprovabilidade da conduta do réu*; (2) *a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e dos danos punitivos*; (3) *a diferença entre os danos punitivos e as sanções civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes* (MARTINS-COSTA, *et. al.*, 2005, p.17).

Pode-se concluir que na analisada hipótese da jurisprudência nacional, a introdução do instituto do *punitive damages*, além de contribuir claramente para a insegurança jurídica, é capaz de violar até mesmo o princípio da separação dos poderes.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

4 NOTAS CONCLUSIVAS

Este texto tem o intuito de apresentar uma breve discussão acerca da responsabilidade civil pelos atos de violação de direito de autor de programa de computador e problematizar a aplicação do caráter punitivo que não se compatibiliza com a tradição civilista e com o ordenamento jurídico brasileiro.

Sob esta perspectiva, é possível identificar uma série de impeditivos quanto ao acolhimento do *punitive damages* no país, especialmente capitaneados pela crítica de SOUZA (2013).

Entretanto, sob uma perspectiva pragmática, é inegável a identificação da tendência de parte razoável da doutrina (MELO, 2011) (GONÇALVES, 2012) (ROSENVALD, 2010) e da jurisprudência em acolher a punição não apenas na esfera criminal, mas também na civil. Ainda que não se concorde fundamentalmente com tais conclusões, acredita-se que a sua origem está diretamente relacionada a uma compreensão capitalista do sistema econômico no qual a sociedade moderna se insere e da grande valorização do patrimônio.

É possível notar, portanto, que a responsabilidade civil, através de uma gradual mudança de seu foco, tem sido considerada como um instrumento jurídico apto a impor à sociedade a adoção de

um perfil de conduta compatível com a boa-fé, punindo-se aqueles que divergem dos atos esperados pelo intérprete.

Não haveria como discordar das observações de SOUZA (2013) de que talvez a responsabilidade civil não seja o instituto jurídico mais adequado à regulação da vida em sociedade através da imposição de punições.

Além disso, entende-se que as ponderações acerca da aplicação de um caráter punitivo e compensatório à responsabilidade civil, especialmente quanto ao dano material decorrente da violação de direito de autor de programa de computador, constituem proposições de alteração da realidade legislativa, conquanto o próprio Código Civil, Lei 10.406/02, já tenha estabelecido taxativamente que as perdas e danos restringem-se aos lucros cessantes e danos emergentes, salvo naqueles casos em que o legislador previamente os excepcionar.

O que grande parte da doutrina, a defender a aproximação da responsabilidade civil a um conceito acolhido no regime do *common law*, realiza não é meramente interpretar o Direito, mas verdadeiramente criá-lo, a despeito de contrariar substancial história e, em certos casos, o próprio ordenamento jurídico.

Não há dúvida de que a proposição de acolhimento de um caráter punitivo e compensatório da responsabilidade civil, além de romper definitivamente com a tradição româno-germânica do nosso sistema jurídico, constitui uma verdadeira proposição de *lege ferenda*, eis que até mesmo nos diversos dispositivos que regulam a

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

propriedade intelectual, *ex vi* do artigo 103 da Lei 9.610/98, a pré-fixação da indenização por dano material não foi atrelada à imposição de sanção, mas a estabelecer uma forma mais eficaz de que o titular de direitos pudesse ser ressarcido ante a dificuldade, ou até mesmo inviabilidade, de prova documental nesta área.

Não se admite, portanto, que uma pré-fixação realizada pelo legislador com o claro intuito de auxiliar a quantificação do dano material e afastar a improcedência do pleito indenizatório por ausência de provas possa ser utilizado e interpretado como forma de acolhimento do caráter meramente punitivo e compensatório da responsabilidade civil.

Por fim, e em linhas gerais, não se pode negar o grande movimento, especialmente da jurisprudência, tendente a acolher no país o caráter punitivo da responsabilidade civil, ainda que de forma logicamente incompatível com o ordenamento jurídico, e isto reclama um debate ético ainda mais importante: seria este, realmente, um perfil de regulação social eticamente adequado à vida em sociedade? Será que o Direito deveria permitir o deliberado retorno do sentimento de vingança pessoal para a responsabilidade civil a fim de que indivíduos possam ser duplamente punidos por suas condutas?

Seria este o modelo ético que a geração atual deixará para as futuras?

Aparentemente, a sociedade caminha para um verdadeiro retrocesso da responsabilidade civil em um verdadeiro paradoxo que não se compatibiliza com um olhar mais abrangente. Basta notar que, quando se trata de punição, é o Direito Penal aquele que tem maior tradição e experiência por regular, *maxime*, a aplicação de penas aos indivíduos transgressores de normas jurídicas. E é exatamente o Direito Penal que, modernamente, caminha para reclamar o estabelecimento de penas alternativas, de diminuição das punições e da necessidade de se trabalhar o aspecto educativo e inclusivo da sociedade.

Sob este prisma, o Direito Civil punitivo está em completa rota de colidência com o Direito Penal, ao mesmo no aspecto sociológico, pois caminha para o enrigecimento das punições ao indivíduo, enquanto nesta seara já se chegou ao consenso de que a pena não é capaz de impor um padrão de conduta, senão agravá-lo.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. Análise jurisprudencial sobre contrafação de softwares. *In: Revista de Direito das Novas Tecnologias*. Ano 1, N.º. 1, Ja-jun/2006, p.89-106.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, 3ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

GAMA, André Couto. O princípio da reparação integral no direito privado. . In: FIUZA, César. *et. al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.267-302.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, 7ª ed. 2ª tiragem. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012

MARTINS-COSTA, Judith. *Et. al. Usos e abusos da função punitiva*. In: Revista CEJ, n°. 28. Brasília: Conselho da Justiça Federal, p.15-32.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral – Problemática: do cabimento à fixação do quantum*, 2ª ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

POLI, Leonardo Macedo. Análise teórica e prática do monopólio de exploração econômica de obras intelectuais. In: FIUZA, César, *et. al.*

Bernardo Menicucci Grossi

Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.637-561.

POLI, Leonardo Macedo. *A tempestividade da tutela jurisdicional dos direitos de autor de programa de computador.* Disponível em: http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/leonardo_poli.pdf - Acesso em 10 de dezembro de 2013.

POSNER, Richard. *The little book of plagiarism.* New York: Pantheon Books, 2007

ROSENVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. In: FIUZA, César. *et. al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades IV.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.625-648.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIUZA, César. *et. al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades III.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.227-254.

SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções.* São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha, *et. al. Dano Moral & Punitive Damages.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do ano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César. *et. al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades III.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.255-266.