



COMERCIALIZAÇÃO DE SISTEMAS DE COMPUTADOR: ENTRE A DISTRIBUIÇÃO E A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

KLOCK, Gabriel Klemz
BOTELHO, Martinho Martins

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar esclarecimentos a respeito da possibilidade de contratos de colaboração empresarial destinados à comercialização de sistemas de computador serem entendidos como contratos de representação comercial. Para tanto, realizou-se levantamento bibliográfico a respeito dos institutos da agência, distribuição e da representação comercial. Após, apurou-se as principais características da proteção legal dada aos sistemas de computador no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, analisou-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que determinado canal de distribuição pretendeu ver reconhecida sua relação com o desenvolvedor dos sistemas como de representação comercial. Pôde-se concluir que, neste tipo de relação, se o parceiro comercial assumir a prestação de outras atividades que ultrapassem a mera prospecção e intermediação de negócios, tem-se como incompatível esta relação com a de representação comercial, regrada nos termos previstos pela Lei nº 4.886/65.

Palavras-chave Distribuição; *software*; licença de uso; representação comercial.

Abstract

The present study aims to present clarifications concerning the possibility of business cooperation contracts intended for the marketing of computer systems being regarded as commercial representation contracts. To this end, bibliographic survey about the institutes of Agency, distribution and commercial representation. After it was found the main characteristics of the legal protection given to computer systems in the brasileiro legal system. Finally, it was examined whether judgment of the Court of Justice of the State of São Paulo in that particular distribution channel intended view recognized your relationship with the developer of systems such as commercial representation. It might be concluded that, in this type of relationship, if the business partner take over the provision of other activities that go beyond the mere prospect and business intermediation, as incompatible with the relationship of commercial representation, ruled under previs.

Keywords: Distribution; *software*; use license; commercial representation.

INTRODUÇÃO

De acordo com estudo encomendado e divulgado pela Associação Brasileira de Empresas de *Software* em 2015, o Brasil figura como o sétimo país mais importante no mundo no setor de tecnologia da informação, com investimentos que alcançaram US\$ 60 bilhões somente em 2014. No período, apenas Estados Unidos, China, Japão, Reino Unido, Alemanha e França superaram esses investimentos. Na América Latina, o Brasil responde por 46% de todos os investimentos feitos na região, o que revela a importância desse segmento para a economia brasileira (Associação Brasileira de *Software*, 2015).

Em recortes regionais, o segmento é tão relevante no estado do Paraná que, no ano de 2016, o governo do Estado instalou o Comitê Gestor da Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação para incentivar as políticas do setor. De acordo com o presidente da Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, *Software* e Internet do Paraná (ASSESPRO-PR), Sandro da Silva, o ato significou um grande avanço para o setor que, àquele ano, empregava mais de 20 mil pessoas em 8,5 mil empresas.

A importância do setor em Santa Catarina não destoa do cenário nacional. Com base em estudo intitulado “Panorama de Inovação e Tecnologia de Santa Catarina”, desenvolvido pela Associação Catarinense de Empresas de Tecnologia, em 2015 apurou-se faturamento de R\$ 11,4 bilhões no setor, representando senão 5% do Produto Interno Bruto (PIB) catarinense. Em números específicos, são mais de 2,9 mil empresas do ramo com 5,3 mil sócios e mais de 47 mil funcionários (Associação Catarinense de Empresas de Tecnologia, 2016).

Os números apontados acima são suficientes para demonstrar a importância do setor de tecnologia da informação para a economia brasileira. Justamente por isso, suas práticas comerciais merecem maiores cuidados pelos operadores do direito, que necessitam de identificar a natureza das operações que são sedimentadas nesse espaço.

Em específico, pode-se destacar que as empresas desenvolvedoras de *software*, para a comercialização e implantação de seu produto no mercado,

buscam o estabelecimento de parcerias com colaboradores externos que executam atividades destinadas à comercialização ou distribuição de seus produtos. Vale dizer que, das 12.660 empresas identificadas no ramo da tecnologia da informação do Brasil, 28,7% atuam na produção de sistemas ou *hardwares*, 26,4% na prestação de serviços e 44,7% exercem atividade de distribuição (Associação Brasileira de Empresas de *Software*, 2015).

Estes dados revelam que a maior fatia do mercado de tecnologia da informação no Brasil é ocupada por empresas que se dedicam às atividades de comercialização, o que ressalta a urgência de estudos dedicados ao segmento da intermediação destes negócios.

Há um debate recente que opõe desenvolvedoras de sistemas e respectivas distribuidoras, uma vez que, inauguram-se perante os tribunais brasileiros algumas discussões judiciais a respeito da possibilidade de determinados contratos de comercialização de *software* mascararem, na verdade, uma relação que deveria ser regida por um contrato de representação comercial, com as garantias previstas pela Lei nº 4.886/65.

É o caso, por exemplo, da Apelação Cível nº 9185289-38.2009.8.26.0000/SP, com origem na Comarca de São Caetano do Sul, em sede da qual uma empresa dedicada à comercialização de *softwares* pleiteou o reconhecimento de relação de representação comercial com a desenvolvedora, especialmente por conta da indenização equivalente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a vigência do contrato.

Essa discussão exigirá dos operadores do direito estudos sobre a vestimenta jurídica deste tipo de operação, sobretudo para garantir maior segurança jurídica aos atores envolvidos. Objetivamente, vale destacar que a eventual possibilidade de configuração de contrato de representação comercial nesta relação poderá resultar em um prejuízo econômico significativo para as empresas desenvolvedoras de sistemas, notadamente em razão da obrigação do pagamento de indenização correspondente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade no caso de rescisão imotivada (art. 27, alínea j, da Lei nº 4.866/65).

OBJETIVO

O presente trabalho se propõe a analisar a natureza jurídica do contrato firmado entre empresas desenvolvedoras de *softwares* e seus canais de comercialização, investigando-se a possibilidade de esta relação ser enquadrada como de representação comercial.

METODOLOGIA

Para investigar o tema, realiza-se um breve levantamento bibliográfico a respeito dos contratos de agência, distribuição e, especialmente, representação comercial. Além disso, registram-se comentários pertinentes à proteção destinada ao *software* para entender suas particularidades e os contratos necessários a possibilitar a sua comercialização por terceiros.

Por fim, diante do arcabouço bibliográfico, analisa-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em caso que representa a controvérsia sobre o qual se dedica o estudo proposto, com a análise endossada pelos doutrinadores utilizados neste trabalho. No entanto, importante registrar que, apesar de se tratar de um caso isolado, a sua investigação é importante para esclarecer eventuais demandas judiciais do porvir que tenham a mesma temática por objeto de estudo, permitindo-se melhores considerações a respeito do tema.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

Há muito se adotou o conceito de que a empresa é, senão, o exercício de atividades organizadas pelo empresário com o escopo de promover a produção e circulação de mercadorias e serviços.

Esta atividade, normalmente, não é realizada de forma individual, pois pode contar com a ajuda de diversas figuras que dão suporte ao desenvolvimento das atividades empresariais. A respeito do tema, Rubens Requião (2015, p. 263-64) adota interessante categorização a respeito dos colaboradores da empresa, que podem ser divididos entre auxiliares dependentes (empregados assalariados, gerentes, viajantes, praticistas) e

auxiliares independentes (corretores, leiloeiros, representantes comerciais, agentes, distribuidores):

A respeito do mencionado representante comercial, trata-se de figura com origem no Direito moderno. Isso porque a atividade de intermediação entre produtores e consumidores se dava através das atividades dos corretores, ou comissários e mandatários, que atuavam na qualidade de auxiliares independentes do comércio. Acompanhando o desenvolvimento tecnológico, tanto nas áreas da indústria, comunicação e transporte, as atividades de mediação de negócios se intensificaram, tendo a figura do representante comercial importância singular para a expansão dos negócios e desenvolvimento econômico de toda uma rede (REQUIÃO, 2015, p. 264).

Acompanhando o movimento de nações desenvolvidas, como Alemanha, Itália e Espanha, ainda que tardiamente, o Brasil promoveu a regulamentação da questão atinente aos representantes comerciais, que se deu através da edição da Lei nº 4.886/1965, com algumas alterações posteriormente incrementadas com o advento da Lei nº 8.420/1992. De acordo com a lei, exerce a representação comercial a pessoa física ou jurídica que, sem qualquer relação de emprego, desempenha em caráter não eventual a “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

Importante destacar que a Lei nº 4.886/1965 trouxe diversas garantias aos representantes comerciais, como a exclusividade de área para atuação, recebimento de comissões de vendas realizadas em sua área e independentemente de participação, concessão de aviso prévio para denúncia do contrato e, especialmente, no caso de rescisão sem justo motivo pelo representado, direito ao recebimento de indenização equivalente a 1/12 avos de todas as comissões recebidas durante a vigência do contrato.

Além disso, estabeleceu a legislação em comento que, para o exercício da representação comercial autônoma, é obrigatória a inscrição perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais competente. Outrossim, estabeleceu alguns elementos obrigatórios para fazer constar do contrato de

representação comercial, como: indicação dos produtos objeto da representação; indicação de zona de atuação, com ou sem exclusividade; comissões e formas de pagamento; prazo de duração do contrato; exercício da atividade com exclusividade em favor do representado. Avançando na regulamentação da matéria, a legislação estabeleceu hipóteses de justo motivo para a rescisão do contrato de representação comercial, tanto pelo representante como pelo representado.

Vale dizer que a definição de representação comercial trazida pela Lei nº 4.886/1965 está condensada em nova redação emprestada pelo Código Civil, rebatizando o instituto como “agência” em seu artigo 710.

Inicialmente, a utilização deste novo termo causou estranhamento à comunidade jurídica. Entretanto, diversos autores, como Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Humberto Theodoro Junior e tantos outros passaram a defender a tese de que o contrato de representação comercial e agência são sinônimos.

Segundo Washington de Barros Monteiro, o contrato de agência “nada mais é que o contrato de representação comercial regulado pela Lei nº 4.866, de 9 de dezembro de 1965, com as alterações feitas pela Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992” (BARROS MONTEIRO, 2008, p. 309).

Para os fins deste trabalho, adota-se entendimento confirmado pela obra atualizada de Rubens Requião (2015), na qual assinala que a representação comercial e a agência definida pelo novo Código Civil se confundem. Embora a alteração do nome após o advento da Lei nº 10.406/2002, no contrato de agência estão previstos todos os elementos do contrato de representação comercial, destacando-se: atividade permanente e profissional; autonomia; aproximação para realizar negócios; onerosidade; limitação da área de atuação.

Sintetizando a matéria, em importante artigo produzido por Leandro Santos de Aragão e Rodrigo Monteiro de Castro, afirma-se que o contrato de representação comercial ou agência implica na prática habitual de atividade econômica, em espaço predeterminado, consistente em realizar negócios em

nome e por conta de outrem, mediante o recebimento de determinada contraprestação (2006, p. 259).

Em que pese o estranhamento inicial, parece superada a discussão a respeito da confusão entre os termos representação comercial e agência, vez que a primeira é, senão, uma espécie de instituto vinculado à última. No caso da representação comercial, tem-se que o Código Civil não revogou a Lei nº 4.886/1965, e tampouco com ela é incompatível. Ao contrário, o Código Civil e a lei dos representantes comerciais vigoram em conjunto, tendo a primeira ressalvado a aplicação de lei especial em seu artigo 721. Assim, pode-se afirmar que a nova redação trazida pelo Código Civil de 2002 a respeito do instituto da agência apenas consolidou as garantias já previstas pela legislação atinente aos representantes comerciais.

Outra confusão trazida quando da publicação do novo Código Civil brasileiro está relacionada com a adoção do termo “distribuição” em seu artigo 710, que trata da já mencionada agência. Conforme consta da redação em comento, opera-se o contrato de distribuição “*quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada*”.

Sobre esse novo termo adotado, a distribuição, diversos estudiosos se debruçaram sobre a matéria para esmiuçar os significados e zonas de regulamentação trazidos pela nova redação do Código Civil, sendo necessário para o desdobramento do presente trabalho analisar o alcance do termo e a sua aplicabilidade. Isso porque, alguns autores vão dividir o tema para enquadrar a distribuição ora como contrato *típico*, ora como contrato *atípico*.

De acordo com os ensinamentos de Rubens Requião (2015, p. 281), a distribuição regulada nos termos do Código Civil se opera como verdadeiro contrato de representação comercial ou agência, diferindo apenas na parte em que o agente possui à sua disposição a coisa a ser negociada. Em outros termos, quando o agente tiver condições de executar o contrato intermediado, estando a coisa a ser negociada à sua disposição, teremos o contrato de distribuição. Nessa hipótese, o agente não executa atividades por conta própria, tampouco assume os riscos da atividade. Como não há a transferência da propriedade pelo distribuído das mercadorias a serem negociadas pelo

distribuidor, que poderia ser traduzida na tradicional operação de compra e venda, o agente adquire apenas o poder de executar o contrato a ser celebrado, dispondo de poderes para, eventualmente, promover a pronta entrega das mercadorias em nome do proponente.

Nesse aspecto, ter o agente à sua disposição a coisa a ser negociada não importa afirmar ser este o proprietário da mercadoria, porém apenas possuidor indireto dela. Assim, portanto, quando verificado que a comercialização se dá segundo as diretrizes previstas pela parte final do artigo 710 do Código Civil, estaremos diante de um contrato de distribuição *típico*, conforme explicaremos adiante.

Na I Jornada de Direito Comercial, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2012, aprovou-se o Enunciado de nº 31 que afirma que o contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência, visto que o agente atua como verdadeiro mediador ou mandatário. Por sua vez, no contrato de “distribuição autêntico”, há comercialização direta do produto recebido do produtor pelo distribuidor, sendo que o lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco.

Este enunciado informa uma classificação doutrinária dividida entre o que podemos chamar de contrato de distribuição regrado pelo Código Civil, com a roupagem que lhe é dada pelo contrato de agência previsto no artigo 710 do diploma legal, e um contrato de “distribuição autêntico”, ou *atípico*, que obedece uma lógica muito diferente daquela em que se estabelece ter o agente “à sua disposição” a coisa a ser negociada.

Rubens Edmundo Requião (2006) procura estabelecer a distinção entre o contrato de distribuição previsto pelo Código Civil, em detrimento do contrato daquele instituto que denomina “concessão comercial”. Para o autor, a Lei nº 10.406/2002 adotou regulamentação genérica a respeito do tema, em que pese o contrato de distribuição de utilização mais frequente merecer regulação autônoma.

Nesse sentido, a “distribuição comercial” difere, em muito, da “agência-distribuição”, que contempla a já mencionada hipótese de o representante ter à sua disposição a coisa a ser negociação. Ao contrário desse caso, o contrato

de distribuição deve ser entendido como os casos em que existe operação de compra e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, com a transferência da propriedade de um para o outro, a fim de possibilitar a revenda pelo distribuidor em determinada zona e com vinculação econômica.

Assim, portanto, seria diferente do contrato de distribuição regrado pelo Código Civil, vez que a “distribuição comercial” encerra uma operação de compra e venda entre distribuidor e distribuído, devendo ser encarado como contrato *atípico*, notadamente em virtude de não haver regulamentação da matéria. Nesse ponto, Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 424) entende que se a avença contratual “tiver por objeto regular relações negociais menos comuns, ou *sui generis*, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas na lei, estaremos perante um contrato *atípico*”.

Endossando a tese de diferenciação entre as situações acima, Fabio Ulhoa Coelho (2011, p. 488) propõe a divisão do assunto em dois campos distintos, trazendo as ideias de *distribuição-aproximação* e *distribuição-intermediação*.

Segundo o autor, nos contratos de *distribuição-aproximação*, a figura do distribuidor assume a obrigação de promover a realização de determinados negócios por conta do proponente, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, tendo em sua posse as mercadorias a serem vendidas. Nesse caso, estaríamos tratando de contrato *típico* regido pelo Código Civil de 2002 e sujeito às mesmas regras.

Em contrapartida, propõe uma nova modalidade de distribuição, intitulada de *distribuição-intermediação*, que seria verdadeiro contrato *atípico*, por não ser haver legislação regulamentado a matéria.

Nestes casos, a sua caracterização se dá, independentemente da nomenclatura utilizada, pela obrigação do distribuidor em criar, consolidar ou ampliar o mercado de produtos do distribuído, comprando deste os produtos para posterior revenda. Nestes casos, não se aplicariam as normas sobre agência e distribuição previstas pelo Código Civil, posto que seus regramentos nem sempre são compatíveis com a estrutura e função econômica da operação ilustrada.

Para o mesmo caminho apontam os ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2006), segundo o qual a prática mercantil adotada no Brasil há muito utiliza o termo “contrato de distribuição” para identificar modalidade especial de parceria comercial, entendida como a operação de revenda com exclusividade pelo distribuidor.

De acordo com o mesmo autor, trata-se de contrato atípico e muito utilizado na comercialização de medicamentos e bebidas, não guardando, porém, características do contrato de agência ou de representação comercial. Aliás, ao contrário do que acontece com o contrato de agência ou distribuição regidos pelo Código Civil, nessa modalidade o distribuidor age por sua conta própria, comprando do distribuído os bens para posterior revenda. Em razão dessa peculiaridade, sua remuneração não é comissionada, porém obtida pelo resultado do lucro gerado entre a operação de compra e venda.

Como evidenciado anteriormente, de acordo com a dicção trazida pelo Código Civil de 2002, o contrato de agência também poderá ser denominado de distribuição quando se estabelecer que o distribuidor tenha à sua disposição a coisa a ser negociada. Em resumo, pôde-se observar que o empresário se socorre historicamente da atividade de auxiliares independentes para a expansão de seus negócios no mercado. Para tanto, estabelece relações com determinados sujeitos do mercado para impulsionar a sua atividade, o que se normalmente se dá pelo estabelecimento de contratos representação comercial, agência ou distribuição.

Como visto, a Lei nº 4.886/1965 estabeleceu a regulamentação da atividade do representante comercial, dispondo a respeito de diversos requisitos para atuação neste ramo, inclusive com o estabelecimento de garantias especiais para o representante no caso de rescisão imotivada do contrato, com indenização estabelecida no patamar mínimo de 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante o prazo de vigência do contrato.

Com o advento do Código Civil, especialmente por seu artigo 710 e seguintes, foram inseridas novas regulamentações a respeito do tema com os institutos da agência e distribuição. Em que pese a polêmica inicial, o entendimento predominante, e defendido neste trabalho, é o de que o contrato

de representação comercial se confunde com o de agência, visto que a nova lei não esgotou a matéria em comento.

Além da agência, a redação do Código Civil trouxe a figura da distribuição que, complementando as características da agência, difere-se exclusivamente no ponto em que coloca à disposição do distribuidor a coisa a ser negociada, operação tratada pela doutrina como contrato típico. Entretanto, quando se falar em contrato de distribuição que engloba operação de compra e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, teremos verdadeiro contrato atípico, visto que não houve regulamentação pela legislação brasileira a respeito da matéria.

Feitas as ponderações acima a respeito dos diversos tipos de contrato, importante efetuar análise da operação de licenciamento de uso de sistemas de computador, com especial enfoque para as parcerias firmadas entre empresas de tecnologia da informação para promover a venda de referidos *softwares*.

LICENÇA DE USO DE SOFTWARE E CONTRATOS DE CESSÃO PARCIAL DE DIREITOS PARA COMERCIALIZAÇÃO

Conforme resgatado, para aumentar a sua presença no mercado e expandir seus negócios, as empresas utilizam-se de representantes comerciais, agentes ou distribuidores. Não diferente ocorre na área da tecnologia da informação, com especial atenção às empresas que se dedicam à atividade de desenvolvimento e licenciamento de *softwares*.

O questionamento proposto neste trabalho está vinculado à possibilidade de os contratos para comercialização de licença de uso de *software* serem entendidos como de representação comercial, sobretudo em razão das garantias previstas para os representantes comerciais. Entretanto, antes de abordar essa modalidade de contratos, importante registrar-se alguns destaques a respeito da tutela jurídica sobre *software* pelo ordenamento jurídico pátrio.

No Brasil, a Lei nº 9.609/1998, conhecida como Lei do *Software*, tratou de disciplinar a proteção da propriedade de programa de computador e sua respectiva comercialização.

De acordo com o previsto pelo artigo 2º da lei, endossada pelo artigo 7º, inciso XII, da Lei nº 9.610/98, o regime jurídico aplicável aos programas de computador é o de direito autoral. Esse regramento permite afirmar que o direito de autor sobre o *software* possui duas vertentes: material, vinculado à utilização econômica da criação; e moral, com garantias direcionadas à autoria, integridade e ineditismo da obra.

De acordo com o preconizado pela já mencionada Lei de Direitos Autorais, os direitos patrimoniais e morais da obra pertencem ao seu autor, sendo os últimos irrenunciáveis e inalienáveis. Em virtude dessa premissa, seu artigo 49 estabelece que os direitos de autor poderão ser, total ou parcialmente, transferidos a terceiros mediante licenciamento, concessão ou cessão. Para o mesmo sentido aponta a Lei do *Software*, que em seus artigos 9º e 10 estabelece que tanto o uso, assim como também a próprio direito de comercialização do *software*, dar-se-ão por meio de licença ou cessão de direitos.

Para o propósito deste trabalho, que busca compreender se a operação de comercialização de *software* por terceiros pode ser entendida como relação de representação comercial, importante frisarmos, inicialmente, que o direito de comercialização de sistema de computador se dará por meio de cessão de direitos conferida pelo titular, e não mediante operação de compra e venda, que pressupõe transferência de propriedade. Esse realce é importante para condensarmos a ideia de que, neste tipo de operação, não existe a aquisição do sistema a ser comercializado, porém apenas a concessão de determinados direitos sobre o mesmo, nos termos definidos pelo titular.

Diferentemente do que ocorre nos contratos distribuição baseados no regramento previsto pelo Código Civil, modalidade em que a figura do distribuidor assume a posse do bem que irá efetuar a venda, na comercialização de *software*, ou melhor, na comercialização do direito de uso de *software*, o vendedor não assume posse do produto, porém apenas detém o

direito de efetuar tal transação comercial – o que pode se dar através de cessão parcial de direitos sobre o sistema.

É através desse mecanismo que determinada pessoa, física ou jurídica, obtém a autorização para efetuar a comercialização de licenças junto aos clientes finais. Com efeito, na prática contratual pátria, o termo cessão parcial vem sendo empregado para configurar a concessão de direitos limitados, ainda que “a cessão de direitos exista para refletir o negócio jurídico através do qual o titular do direito transfere a titularidade deste a terceiro” (PEREIRA DOS SANTOS, 2011, p. 89).

Cabe registrar que, ao contrário da cessão parcial, a cessão total de direitos sobre *software* compreende a transferência total dos direitos sobre o sistema de computador em favor de terceiro, devendo realizar-se nos termos previstos pelo artigo 11 da Lei do *Software*. Em específico, pela cessão total de direitos sobre o sistema, o titular transfere ao novo titular o código-fonte e toda a documentação completa, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e quaisquer outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia, devendo-se, contudo, observar a exigência de se proceder o registro do competente contrato de transferência perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), sobretudo para produzir efeitos em relação a terceiros.

Em resumo, a comercialização de programas de computador por terceiros requer autorização específica conferida pelo titular de direitos do *software*, conforme preconizado pela própria Lei de *Softwares* (9.609/98), através de cessão parcial de direitos. A comercialização, portanto, não se dá através da aquisição da propriedade do produto, mas através da obtenção do direito de comercializá-lo. Isso porque, como denunciado anteriormente, a aquisição de propriedade do *software* consiste em transferência absoluta de todos os direitos a ele inerentes, inclusive a titularidade do direito de licenciar o uso.

Vale dizer que a cessão de direitos é uma faculdade conferida ao seu titular, que pode se valer da sua criação da melhor maneira que lhe aproveitar (RODRIGUEZ, 2012, p. 107).

Feitas estas digressões, o que ocorre no caso específico da comercialização de *software* é a cessão parcial de direitos sobre o sistema para que o beneficiário, mormente conhecido como “distribuidor” ou “canal”, possa realizar seu licenciamento, de acordo com as regras definidas pelo titular. Assim, o canal de distribuição é compreendido como a pessoa física ou jurídica que recebe direitos sobre *software* para possibilitar o licenciamento de uso ao cliente, verdadeiro destinatário final do programa de computador desenvolvido.

No caso de comercialização de *software*, necessário se ter em mente o fato de que o bem transferido em favor do parceiro comercial não é o programa de computador propriamente dito, mas tão somente o direito relacionado ao seu uso, instalado ou não em determinando suporte físico. Em razão desta peculiaridade, não há como se comparar os contratos tradicionais de distribuição com a comercialização de *software*, posto que o elemento transferido é o direito de comercializar ou utilizar o programa e não a propriedade.

Fato é que, a respeito dos contratos firmados para promover a comercialização de *softwares*, que se darão obrigatoriamente por meio de cessão parcial de direitos para esse fim, o agente comercial não se torna titular da propriedade do produto, porque em desacordo com a própria natureza delimitada pela Lei nº 9.609/98. Ao contrário, o canal de vendas detém, de modo incontroverso, a titularidade do direito de comercializar a licença de uso do *software* aos clientes.

Superada a questão do formato adequado para que se permita a comercialização de *software* por terceiros, necessário destacar os desdobramentos importantes a respeito tema. O primeiro está relacionado ao formato da comercialização. Como abordado, a utilização do *software* pelo destinatário final se dará por meio do contrato de licença de uso, que poderá ser editado de duas formas distintas.

Em um primeiro modelo, pode-se identificar o canal de comercialização efetuando o licenciamento do *software* diretamente em favor do cliente final, sem participação do titular dos direitos sobre o programa, porém de acordo

com as regras estabelecidas por este, em operação também conhecida como *sublicenciamento*. Em outro modelo contratual, o canal de comercialização realiza apenas a aproximação entre o desenvolvedor do sistema e o cliente final, cabendo ao primeiro efetuar o competente licenciamento de uso em favor do último.

Independentemente do modelo utilizado para se efetuar o licenciamento de uso em favor do destinatário final do programa de computador, por imposição contida na Lei nº 9.609/98, especialmente em seu artigo 8º, aquele que comercializa o software, sendo o titular ou apenas mero autorizado a comercializar, deve assegurar a prestação de serviços técnicos “complementares” sobre o sistema durante seu prazo de validade técnica. De modo sucinto e exemplificativo, os serviços técnicos complementares podem ser entendidos como aqueles que envolvam a: 1) manutenção e correção de erros do sistema; 2) implantação e instalação do programa; 3) suporte técnico aos usuários do *software*.

Deste modo, além do contrato de licenciamento de uso em favor do usuário final, referido pacto também conterá o regramento específico a respeito da prestação de serviços correlatos sobre o *software*. Nesse ponto, as atividades mencionadas anteriormente poderão acontecer às expensas do licenciante, que assumirá por si a realização destas atividades, ou serão atribuídos direitos em favor do canal, que prestará estas atividades por sua conta e risco, faturando estas atividades diretamente contra o usuário da licença comercializada.

Em razão da proximidade com o cliente final, a última modalidade aparece com frequência nos contratos celebrados. Vale dizer que, nesse formato, caberá ao canal dispor de todos os conhecimentos e de quadro de funcionários apropriados para lidar com as atividades. Nesse formato, diversas obrigações e responsabilidades serão assumidas pelo canal, atuando como verdadeiro prestador de serviços em favor do cliente final.

Em resumo, na relação havida entre desenvolvedor de sistema e respectivo canal de comercialização, além da cessão de direitos para venda do produto, haverá que se estabelecer regramento sobre quem será o responsável

pela prestação de serviços de dos serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, que poderá recair sobre o próprio fabricante ou sobre o canal de distribuição.

Assim, delineadas as considerações a respeito dos contratos de licença de uso de sistema de computador e do correlato contrato de cessão parcial de direitos para outorgar a possibilidade de comercialização do *software* em favor de terceiro por seu titular, passa-se a analisar caso que representa de maneira ímpar a controvérsia que motivou a confecção deste trabalho.

CASO PARADIGMA

A discussão proposta neste trabalho se resume a investigar se a relação estabelecida entre fabricante e canal de distribuição de *software* pode ser interpretada como relação de representação comercial.

Isso porque, de acordo com a lei de regência, exerce a representação comercial a pessoa física ou jurídica que, sem qualquer relação de emprego, desempenha em caráter não eventual a “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”. Para tanto, procurou-se delinear as considerações doutrinárias a respeito do próprio contrato de representação comercial, além dos contratos de agência e de distribuição. Além disso, foram traçadas as considerações sobre as particularidades do tratamento do *software*, da cessão de direitos e da obrigação de prestação de serviços.

O estudo da matéria parece importante porque, na prática, o Poder Judiciário poderá ser provocado para se manifestar a respeito da natureza jurídica dos contratos firmados entre parceiros comerciais no intuito de promover a comercialização de licenças de uso de programas de computador, e as decorrentes prestações de serviço sobre os mesmos.

Para ilustrar a discussão proposta, traz-se à baila importante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 9185289-38.2009.8.26.0000, com origem na comarca de São Caetano do Sul. O caso em destaque trata de medida judicial

protocolizada em 28 de fevereiro de 2007 pela empresa Pro Data System's Software & Serviços Ltda, dedicada às atividades de comercialização de licença de uso de sistemas de computador e prestação de serviços correlatos. Em linhas gerais, a parte autora pleiteou o reconhecimento de sua relação comercial estabelecida com a empresa ré Senior Sistemas, sediada na cidade catarinense de Blumenau, como contrato de representação comercial, cumulando pedidos de indenização por perdas e danos e obrigação de não fazer, especificamente para impedir a apropriação dos clientes da primeira pela última.

Em peça processual que inaugurou a discussão, a Pro Data System's alegou atuar como verdadeira representante comercial, uma vez que intermediava propostas de negócios para a comercialização de licenças de uso de sistemas de computador de titularidade da ré Senior Sistemas. Detalhando suas atividades, afirmou que, desde o ano de 1990, realizava a captação de clientes e mediação de negócios em favor da empresa demandada, sendo que a concretização das operações se daria de forma subordinada aos interesses da empresa licenciadora dos sistemas comercializados pela parte autora da demanda.

Devidamente citada, a empresa Senior Sistemas apresentou defesa na forma de contestação, alegando a ausência de plausibilidade jurídica para o acolhimento do pedido formulado pela Pro Data System's, visto que esta atuaria efetivamente na qualidade de distribuidor, assim como previsto no instrumento firmado entre as partes. Por fim, afirma que o contrato não teria os requisitos estabelecidos pela Lei nº 4.886/1965, especialmente no que diz respeito ao registro da autora perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais (CORE).

Na data de 28 de novembro de 2008, após larga instrução probatória com a oitiva de testemunhas e juntada de documentos, sobreveio sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul, ocasião em que a tese de caracterização de contrato de representação comercial fora enfrentada. De acordo com a sucinta decisão de primeira instância, a tese de existência de contrato de representação comercial foi

rechaçada porque não existiria dos autos elementos comprobatórios dos requisitos previstos pela lei de regência e que, além, a parte autora da demanda não comprovou seu registro perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais correspondente.

Em 29 de maio de 2014, a tese de caracterização de contrato de representação comercial fora novamente enfrentada, agora pela instância recursal. Ao analisar o feito, os desembargadores entenderam que do contrato juntado aos autos, não existiam elementos que possibilitassem entender pela ocorrência de representação comercial. Em primeiro lugar, porque o contrato não observou os requisitos do art. 27 da Lei. 4.886/1965, nem, tampouco, comprovou a parte autora registro no conselho competente. Além disso, “a autora foi destinatária em nota fiscal emitida pela ré, e também emitiu nota fiscal em negócios com seus clientes, o que indica a não classificação de tais atos como representação comercial”.

Descontente com o acórdão proferido, a parte autora interpôs Recurso Extraordinário e Recurso Especial, sendo que ambos tiveram seguimento negado pelo Tribunal de Justiça. Diante disso, a autora ainda interpôs agravo ao Superior Tribunal de Justiça no intuito de promover a remessa dos autos àquela corte. Entretanto, houve manifestação superveniente da autora pedindo a desistência do recurso, devidamente homologada, o que motivou o trânsito em julgado da decisão em destaque.

Em que pese a manifestação judicial da tese em comento, verifica-se que as decisões proferidas, em ambas instâncias, não aprofundaram o estudo da matéria, especialmente para ressaltar as características específicas que envolvem as parcerias para comercialização de licença de uso de sistemas de computador, sobretudo em contraponto com a lei específica que rege a matéria, senão a 9.609, de fevereiro de 1998.

No entanto, apesar de pouco profundidade, passa-se a analisar de forma detida as características da matéria, especialmente para confrontar a decisão judicial estabelecida nos autos da Apelação nº 9185289-38.2009.8.26.0000.

RESULTADOS E ANÁLISE

O caso da Apelação nº 9185289-38.2009.8.26.0000, submetido à análise pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demonstra controvérsia na comunidade jurídica a respeito da possibilidade de se enquadrar um contrato de comercialização de licença de uso de computador como representação comercial, sobretudo em razão das garantias previstas pela Lei nº 4.886/1965.

Como visto, a empresa Pro Data System's Software & Serviços Ltda ingressou com ação judicial postulando o reconhecimento do contrato estabelecido com a empresa Senior Sistemas Ltda para a comercialização de *softwares* como de representação comercial, cumulando diversos outros pedidos, especialmente de indenização.

Ao julgar o feito, a corte afastou o enquadramento do contrato como de representação comercial porque, conforme destacado pelo desembargador relator, ainda que de forma sucinta, tanto o contrato como as próprias alegações trazidas à inicial demonstravam que havia a prestação de serviços de manutenção e suporte pela parte autora em favor dos clientes que esta prospectou, sendo motivo suficiente a afastar as pretensões iniciais. Infelizmente, o voto condutor do julgado não se escora em jurisprudência, casos análogos e muito menos doutrina a respeito da matéria – o que, por si só, demonstra a necessidade de maiores estudos a respeito da matéria.

Em que pese a escassez de elementos para fundamentar o acórdão utilizado neste estudo, a decisão proferida foi a adequada para o caso. Isso porque, ainda que não tenha sido citada em nenhum trecho do voto, é absolutamente possível perceber que a relação estabelecida entre Pro Data System's e Senior Sistemas não compreendia apenas uma intermediação de negócios em favor da última, como é próprio da representação comercial. Ao contrário disso, extrai-se que, paralelamente à atividade de intermediação de vendas de licenças de uso de sistemas de computador, a empresa Pro Data System's assumiu a prestação dos serviços correlatos de suporte técnico e manutenção sobre os *softwares* por sua conta e risco.

Nesse sentido, as cláusulas que importam em assunção de responsabilidades pela autora da ação judicial demonstram cabalmente que a relação existente entre as empresas litigantes não é de representação comercial, mas sim de uma outra espécie de parceria, em que são distribuídas diversas obrigações e responsabilidades às partes envolvidas. Efetivamente, neste tipo de modalidade contratual, existem diversas partes agindo ativamente na relação com o cliente final. Como evidenciado, a Pro Data, sob a menor hipótese, não atuava como mero mediador na realização de um negócio mercantil. Ao contrário, ela própria assumiu o risco inerente do negócio, tomando para si as responsabilidades pela prestação de serviços ao cliente final. Pela própria natureza da relação analisada, algumas atividades são de responsabilidade inerente do desenvolvedor do *software*, ao passo que outras foram assumidas pela Pro Data System's. Em específico, o caso analisado denuncia uma união de esforços para fornecimento de uma solução ao cliente final, estabelecendo atividades próprias de cada uma das partes.

Com base nos excertos transcritos acima, a conclusão a que se chega é que o contrato estabelecido entre Pro Data System's e Senior Sistemas atribuiu uma série de obrigações à parte autora, que assumiu, por sua conta e risco, a responsabilidade pela prestação dos serviços de implantação, manutenção e suporte técnico. Em conjunto com as provas produzidas nos autos, demonstrou-se claramente que a participação da Pro Data na relação comercial com o cliente final não se encerrava no momento da aquisição da licença de uso de determinado *software*, visto que, em razão das obrigações assumidas, perdurava durante todo o contrato quanto à prestação dos serviços de suporte técnico. Em outras palavras, havia verdadeira participação ativa da empresa autora da medida nos momentos posteriores à comercialização da licença de uso de sistema de computador. A assunção destas responsabilidades, portanto, é incompatível com a natureza da representação comercial, na qual a representante não assume os riscos do negócio, já que permanecem inteiramente sob responsabilidade da figura representada.

Assim, de acordo com todos os elementos agrupados acima, temos suficientemente comprovado que o contrato de representação comercial não se

amolda ao caso em comento, visto que este não suporta a execução de atividades que ultrapassem a intermediação comercial e, muito menos, a assunção de obrigações em uma determinada relação contratual. De fato, o sentido do contrato é diametralmente oposto ao alegado pela parte autora da demanda analisada, visto que esta não comprovou que atuava como mera intermediadora de propostas em favor da parte demandada.

Assim, e em decorrência das considerações formuladas a respeito do instituto da representação comercial, conclui-se que o contrato que ensejou o ingresso de ação judicial analisada não possui os elementos necessários para o reconhecimento de representação comercial. Em especial, devemos destacar que, ao assumir por sua conta e risco a responsabilidade pela prestação de diversos serviços, a parte autora da demanda se afastou da mera intermediação de negócios típica da relação de representação comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu apresentar algumas considerações a respeito de tema recente para a comunidade jurídica. O avanço do setor da tecnologia da informação vem exigindo dos operadores do direito maiores reflexões a respeito das práticas comerciais usualmente adotadas pelos atores que compõem este segmento da economia.

Destaca-se que, há muito, a atividade empresária se aproveita dos esforços empreendidos por auxiliares independentes para a promoção de seus produtos e serviços perante o mercado. Essa prática é replicada na área da tecnologia da informação, espaço em que, igualmente, são procuradas formas para viabilizar a expansão de atividades para as empresas deste segmento. Em específico, este artigo concentrou esforços para tentar responder ao seguinte questionamento: os contratos estabelecidos com desenvolvedoras de *software* para a comercialização de seus sistemas podem ser entendidos como uma relação de representação comercial, nos moldes previstos pela Lei nº 4.886/65?

Após investigamos as diversas figuras de intermediação comercial, como a agência, distribuição e representação comercial, além de caso

analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que bem representa a controvérsia objeto deste artigo, tem-se que não há uma resposta única para esse questionamento.

Isso porque, conforme destacado, a representação comercial, ainda que tratada por agência ou distribuição pela definição adotada pelo Código Civil, importa em mero agenciamento de pedidos e propostas em favor do fabricante ou prestador dos serviços. Sob esse formato, somente se admite a execução de uma ou outra atividade para que se garanta a execução dos negócios, como, por exemplo, a entrega de determinada mercadoria em favor do cliente prospectado.

Assim, ainda que estejamos diante de operações mercantis da área da tecnologia da informação, a figura da representação comercial poderá se fazer presente se o agente assumir a única e exclusiva responsabilidade de prospectar pedidos em favor da empresa titular dos direitos sobre determinado sistema de computador.

Ocorre que, na maior parte das relações contratuais estabelecidas para esse segmento específico, as empresas desenvolvedoras de *software* conferem aos seus parceiros o direito de prestarem serviços correlatos de implantação, manutenção e suporte técnico sobre o sistema comercializado. Exemplo clássico desse formato é o caso tratado nos autos da Apelação nº 9185289-38.2009.8.26.0000. Apesar de a apelante Pro Data System's deter os direitos de comercialização e prestação de serviços correlatos sobre o *software* da apelada Senior Sistemas, postulou o reconhecimento da relação entre as empresas como de representação comercial, cujas pretensões foram devidamente repelidas pela corte paulista.

Vale lembrar que, na representação comercial, o agente se traduz em mero intermediador para a realização do negócio jurídico entre o representado e o cliente final, de forma que o vínculo contratual se estabelece apenas entre os dois últimos.

Trazendo para os casos dos desenvolvedores de *software*, esse enquadramento não pode ser feito acaso sejam conferidos poderes para o parceiro efetuar a prestação de serviços sobre os sistemas por estes

comercializados. Ou seja, quando a situação se adequar a este último formato, temos que o parceiro assumiu o risco do negócio, diante da assunção de diversas responsabilidades para bem executar suas atividades de prestação de serviços, dispondo de capacitação técnica e recursos humanos para cumprir as obrigações.

Dito isso, pode-se concluir que, nos contratos estabelecidos para promover a comercialização de licenças de *software*, acaso se verifique que o parceiro assuma a prestação de outras atividades que ultrapassem a mera prospecção e intermediação de negócios em favor da empresa desenvolvedora e titular dos direitos de determinado sistema, tem-se como incompatível esta relação com a de representação comercial, regada nos termos previstos pela Lei nº 4.886/65.

Referências

ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 243-285.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Contratos de software**. Santa Catarina: Momento Atual. 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.200-217.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito dos Contratos: Direito Civil**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Murilo Tadeu. **Direitos e obrigações do representante comercial**: (segundo a Lei 4.886/65, com as modificações introduzidas pela Lei 8.420/92). Curitiba: Juruá, 2002. 164p.

MONROY RODRIGUEZ, Juan Carlos. **Cuestiones jurídicas entorno a los contratos de desarrollo y licencia de software**. Revista de La Propiedad Inmaterial, 2012, nº 16, p. 103/135.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34.ed., v. 5., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARANAGUA, Pedro; BRANCO, Sergio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J., Contratos de Tecnologia. In: FERNANDES, Wanderley. **Contratos de organização da atividade econômica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-217.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol 1. 34. ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **O contrato de concessão de venda com exclusividade: concessão comercial**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 15, 1972, p. 207-246.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**: teoria e prática da juscibernética ao código civil. São Paulo : Saraiva, 2009. xvi, 439 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.