

# TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DIREITO

*BREVES ESTUDOS*

**Almeida**  
CORPORATE LAW

Apresentação .....	02
1. <i>Stock Option Plan</i> .....	03
2. Contratos de adesão <i>on line</i> e sua interpretação pelo Poder Judiciário .....	06
3. Tributação de <i>software</i> - Solução de Divergência nº 27/2008 da Receita Federal do Brasil.....	08
4. A prova dos contratos celebrados no âmbito da <i>internet</i> e sua validade em Juízo.....	16
5. Terceirização de serviços em Tecnologia da Informação .....	19
6. Benefícios do contrato de Cessão de Mão-de-Obra nas empresas de Tecnologia da Informação .....	22
7. Incentivos tributários ao setor da Tecnologia da Informação – Panorama Atual .....	25
8. Contratos de TI – Melhores práticas para sua elaboração .....	28
9. Tecnologia da Informação e Direito – Documentos eletrônicos e sua validade em Juízo.....	30
10. Limitação da responsabilidade nos contratos de <i>software</i> e reflexões em torno dos princípios gerais tratados pelo Código Civil .....	33

## APRESENTAÇÃO

De acordo com o Ministério da Ciência e Tecnologia, a Indústria de Tecnologia da Informação no Brasil, em seus segmentos de hardware, software e serviços de informática em geral, contribuiu, já em 2000, com uma geração de riquezas da ordem de US\$ 15 bilhões anuais, cerca de 2,5% do PIB, com taxas anuais em franca ascensão.

Os incentivos governamentais, aliados às inovações proporcionadas pela legislação de informática, além das políticas de favorecimento de crédito ao setor, atraíram para o Brasil, nos últimos anos, mais de uma centena de empresas, reconhecidas mundialmente nesse seguimento de mercado e que hoje manufaturam bens de informática em diversas regiões do País.

Com vistas a fomentar o desenvolvimento da indústria da Tecnologia da Informação foram criadas políticas governamentais com foco na estruturação e baseadas em pontos considerados fundamentais para o crescimento do setor no País.

A Política Nacional de Informática, por exemplo, permitiu a inclusão do Brasil no cenário mundial dos grandes produtores de software. Nessa esteira, após atingir um crescimento médio anual de 19% na década de 1990, o mercado interno brasileiro de software ultrapassou a barreira US\$ 3 bilhões já em 2001, cifra esta que considerada em conjunto com os demais serviços técnicos relacionados à área de informática, superou o montante de US\$ 7 bilhões.

Atento a importância desse setor da economia o Almeida Advogados apresenta uma série de dez artigos tratando do tema Tecnologia da Informação e sua relação com os diversos ramos e áreas do direito, a saber: trabalhista, tributária, contratual, societária, previdenciária, consumerista, dentre outras.

Com esse estudo, o Almeida Advogados não pretende esgotar a infinita gama de questões jurídicas que se originam a partir dos inúmeros negócios jurídicos que são desenvolvidos e realizados no setor da Tecnologia da Informação. Pretende apenas contribuir no sentido de permitir que o leitor se inteire de algumas interessantes questões jurídicas relacionadas a esse estratégico seguimento da economia mundial.

Desejamos uma boa leitura!

---

## “STOCK OPTION PLAN” – UMA OPÇÃO INTERESSANTE PARA AS EMPRESAS E SEUS FUNCIONÁRIOS

---

André de Almeida  
[almeida@almeidalaw.com.br](mailto:almeida@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:  
Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

*Stock Option Plan*, ou Plano de Opção de Compra de Ações pode ser definido como um programa de longo prazo que faculta aos empregados adquirirem ações da empresa onde trabalham, por um preço abaixo do mercado. Trata-se de uma opção privilegiada de compra de ações em que a empresa se compromete a vender em data futura, mantendo o preço das ações congelado em data presente e garantindo o direito ao funcionário de não realizar a compra futura, caso o preço das ações decaiam.

O *Stock Option Plan* não é um instituto recente. Foi idealizado na década de 20 e teve seu ápice nos anos 90 quando funcionários de empresas que optaram por abrir o capital tornaram-se milionários, da noite para o dia, em razão da valorização exorbitante das ações das empresas em que trabalhavam. Os casos Microsoft e Google são bons exemplos a serem citados.

O principal objetivo do *Stock Option Plan* é o alinhamento estratégico entre empregado e empregador de modo que o

primeiro, ao investir na companhia, tem, no mínimo, interesse em que suas ações se valorizem de modo a obter o retorno financeiro ao capital investido. Ou seja, ganha o empregador e ganham os empregados.

Para a implementação do *Stock Option Plan* é necessário que alguns requisitos sejam observados: i) a empresa deve ser uma sociedade anônima de capital aberto ou fechado<sup>1</sup>; ii) existência de capital autorizado; iii) previsão expressa de sua instituição, nos estatutos da empresa; iv) o plano de oferta de opções de compra de ações deverá ser aprovado em assembléia geral da sociedade; e, ainda, v) que a compra de ações seja intermediada por um profissional do mercado de valores mobiliários, à luz das

---

<sup>1</sup> No caso das empresas de capital fechado, a aplicação do plano fica restrito, pois a emissão de ações será direcionada apenas aos funcionários da empresa. Além disso, empregados ao optarem pela compra das ações não terão grandes expectativas quanto ao ganho de capital, se comparado com as ações de maior liquidez típicas das companhias de capital aberto.

normas reguladoras provenientes da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A natureza jurídica do *Stock Option Plan* é um contrato de natureza mercantil, oneroso, que se sujeita às flutuações do mercado de ações, que gera mera expectativa de direito ao empregado que ao mesmo adere e que, finalmente, independe do contrato de trabalho.

Nesse sentido, e à luz do que disciplina a legislação trabalhista, discute-se se a opção de compra de ações poderia ser classificada, ou não, como um benefício de natureza salarial. Infelizmente, não há um consenso nesse sentido, mas a grande maioria dos doutrinadores brasileiros entende que o risco da Justiça do Trabalho considerar os planos de opções de ação como benefício salarial é mínimo.

É que, do ponto de vista legal, o *Stock Option Plan* não pode ser confundido com o contrato de trabalho, uma vez que a opção de compra revela-se como relação de natureza societária, ainda que exercida no curso do contrato de trabalho, sendo certo que ao aderir ao mesmo, o empregado irá auferir ou não rendimentos de natureza não salarial, nos termos do que disciplina a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> **Art. 168.** O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

Parágrafo § 3º. O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas

Alguns problemas oriundos da implementação de *Stock Option Plan* já divulgados pela mídia impressa e televisiva e, portanto, bem conhecido de grande parcela da população traduzem-se na falta de transparência, na manipulação de resultados, no desvio de foco baseado na preocupação excessiva com a cotação das ações, colocando em segundo plano a administração da companhia, dentre outros.

No entanto, tais problemas não desqualificam o *Stock Option Plan* como uma excelente forma para o empregador reter talentos e, sobretudo, motivar seus empregados a produzir mais e melhor, dado que também ganharão com seu esforço.

Os Setores Societário e Trabalhista do Almeida Advogados contam com equipes de grande experiência na elaboração, assessoramento e implementação de planos de opção de ações, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos acerca do mesmo.

---

naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle.

---

## CONTRATOS DE ADESÃO ONLINE E SUA INTERPRETAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

---

Guilherme de Carvalho Doval  
[gdoval@almeidalaw.com.br](mailto:gdoval@almeidalaw.com.br)

A nova realidade do mundo dos negócios, em que a utilização das facilidades trazidas pela tecnologia é inegável, não foi acompanhada da respectiva evolução das normas jurídicas.

Assim, a análise da aplicação das normas já existentes torna-se o único meio de avaliar, previamente, as práticas das empresas para que sejam evitadas condutas que possam ser desconsideradas pelo Poder Judiciário ou interpretadas de modo a colocar em risco seus interesses.

### 1 - Formação dos Contratos

Os requisitos formais para a validade da contratação independem do meio em que fora praticada, se pessoalmente ou à distância, como ocorre com as contratações pela internet. O art. 104 do Código Civil os estabelece como (i) agente capaz; (ii) objeto lícito; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

O mesmo ocorre com a sistemática para a formação dos contratos, em que em havendo a declaração de vontade do contratante (que o vincula) e a aceitação do contratado, estará formada a relação jurídica, seja ela por meio presencial ou pela *internet*.

### 2 - Legislação Aplicável

Com o advento da *internet* e especialmente do comércio eletrônico, a

celebração de contratos em que as partes situam-se em praças distintas, muitas vezes em países distintos, torna-se cada vez mais comum.

Por essa razão, em diversas oportunidades podem ocorrer divergências acerca da legislação aplicável, especialmente pelo fato de que a regra geral trazida pelo Código Civil (art. 435: o contrato reputa-se celebrado no lugar em que foi proposto) é de difícil aplicação prática nos chamados contratos *online*, onde o local do domicílio da parte e o do *website* onde a oferta foi proposta, geralmente não coincidem.

Nesta seara, o texto da Lei de Introdução ao Código Civil parece regular a questão com mais clareza: É constituída a obrigação resultante do contrato no lugar em que residir o proponente (art. 9º, §2º).

Já a Lei Modelo da UNCITRAL para o comércio eletrônico dispõe que, salvo se acordado de maneira diversa, uma mensagem eletrônica considera-se expedida no local onde o remetente tenha seu estabelecimento, e recebida onde o destinatário tenha seu local de negócios, de modo que, mais uma vez, tem-se a propositura relacionada ao domicílio do contratante (proponente).

Fato é que os tribunais têm interpretado o comércio eletrônico exatamente na forma

da legislação preexistente, no que regula a venda fora do estabelecimento<sup>1</sup>.

### 3 - Contratos de Adesão

Do até aqui exposto, pode-se concluir que no comércio eletrônico e nas negociações realizadas pelo meio eletrônico em geral, é raro as partes negociarem condições contratuais, estando os negócios praticados e entendidos como contratos de adesão.

Conforme determina o Código Civil em seus arts. 423 e 424, a interpretação dos contratos de adesão deve ser feita em benefício do aceitante, sempre que ocorrer cláusulas ambíguas, ou até mesmo sua nulidade (nos casos em que houver renúncia de direitos normalmente oriundos daquele negócio).

Todavia, em se tratando de relação de consumo, a regulação dos contratos de adesão é ainda mais severa<sup>2</sup>.

### 4 - Shrink-wrap e Click-wrap: A contratação pela internet

<sup>1</sup> TJRJ, Décima Quarta Câmara Cível, AC Nº. 2006.001.42097, Rel. Des. José Carlos Paes - Julgamento: 17/08/2006

<sup>2</sup> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Shrink-wrap é o termo em inglês para espécie de embalagem plástica à vácuo, comumente utilizada para embalar softwares de prateleira (entre diversos tipos de produtos).

Nos chamados *contratos shrink-wrap*, ao abrir a embalagem o adquirente, em tese, aceita todos os termos da licença inclusa.

O mesmo conceito passou a ser aplicado em grande escala na *internet*, passando a denominar-se *click-wrap*, em que o usuário deve clicar para aceitar os termos propostos pelo fornecedor/administrador do website.

A validade do uso da *internet* para a manifestação da vontade das partes já é plenamente reconhecida nos tribunais brasileiros<sup>3</sup>, inclusive para contratos de adesão, dada a inexistência de vedação pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup>.

Todavia, o fornecedor deve cuidar não apenas da qualidade de seus produtos e serviços. Caso opte por ofertar e contratar pelo meio eletrônico, passa a ser responsável também pela segurança, especialmente quando ao tráfego de informações e para que sejam evitadas fraudes<sup>5</sup>.

O setor consultivo do Almeida Advogados conta com equipe especializada na elaboração de contratos de tecnologia da informação, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários sobre o tema tratado neste artigo.

<sup>3</sup> TJMG - 1.0024.06.153382-4/001 - Relator: JOSÉ AMANCIO 05/03/2008 e TJMG - 1.0024.06.986334-8/001 - Relator: LUCAS PEREIRA 12/07/2007

<sup>4</sup> TJMG - 2.0000.00.472973-5/000 - Relator: Marcia Balbino 18/11/2004

<sup>5</sup> TJMG - 1.0702.03.065175-7/001 - Relator: Unias Silva 07/06/2006

---

## TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE

### Solução de Divergência nº 27/2008 da Receita Federal do Brasil

---

Eduardo Rocca  
[edrocca@almeidlaw.com.br](mailto:edrocca@almeidlaw.com.br)

No campo tributário, o tratamento conferido ao *software* ainda envolve algumas controvérsias que se relacionam, principalmente, à ausência de conceitos sólidos por parte da doutrina, da jurisprudência e, igualmente, por parte da legislação tributária.<sup>1</sup>

Apesar desses problemas e após anos de debates envolvendo a tributação dos *softwares* de prateleira, a Receita Federal reconheceu que **os valores remetidos ao exterior para pagamento pela aquisição ou pela licença de direitos de comercialização de software sob a**

**modalidade de cópias múltiplas (“software de prateleira”) não estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte e da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.**

Por meio da Solução de Divergência nº 27, de 30 de maio de 2008, publicada no Diário Oficial da União, na edição de 09.06.2008, a Receita Federal do Brasil trouxe interpretação distinta da que vinha sendo aplicada pelo próprio Fisco Federal às disposições do Regulamento de Imposto de Renda – RIR (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999) e da Portaria do Ministério da Fazenda nº 181/89, com relação à incidência do IRRF sobre as remessas ao exterior a título de pagamento pela aquisição de *softwares* de prateleira.

Com relação à incidência da Cide, a interpretação em comento não trouxe alterações práticas, uma vez que a lei instituidora da referida contribuição já havia sofrido alterações pela Lei nº 11.452/07, pacificando a não incidência desta contribuição sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, que não envolva a transferência da correspondente tecnologia.

---

<sup>1</sup> O conceito de software no Brasil é dado pelo artigo 9º, da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (“Lei do Software”), segundo o qual, “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”.

A referida lei não só define o conceito de software, ou programa de computador, como também lhe confere a mesma proteção da propriedade intelectual dada às obras literárias. Segundo o texto legal, são obras intelectualmente protegidas, as criações de suporte, expressas por qualquer meio ou fixadas em quaisquer suportes, tangíveis ou intangíveis, conhecidos ou que se invente no futuro, tais como os programas de computador.

Contudo, não foram suficientes, para fins de tributação das operações com programas de computador, as determinações previstas em lei, de modo que as Autoridades Fiscais, federais, estaduais e municipais viram, diante das imprecisões conceituais, uma oportunidade de aumentar sua arrecadação tributária.

O presente estudo visa esclarecer alguns aspectos relacionados ao conflito de tributação de operações envolvendo *softwares*, notadamente, após a publicação da recente Solução de

Divergência nº 27/2008, que, na prática, trouxe outras divergências sobre o tratamento tributário.

## **I Solução de divergência nº 27, de 30 de maio de 2008**

Conforme mencionado, a mais recente alteração no tratamento tributário dado às operações com *software* refere-se à incidência do IRRF e da Cide sobre os valores remetidos ao exterior a título de contraprestação pela aquisição de *softwares* de prateleira.

A Solução de Divergência nº 27/2008, assinada pelo Coordenador-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil, reconheceu que *“não estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda na Fonte (IRRF) nem à incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) os valores remetidos ao exterior em pagamento pela aquisição ou pela licença de direitos de comercialização de software sob a modalidade de cópias múltiplas (software de prateleira)”*.

### **1.a Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF**

A interpretação dada pela Solução de Divergência nº 27/2008 é significativa no tocante ao Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”), uma vez que representa uma desoneração de 15% sobre as remessas ao exterior, a título de pagamento por aquisição dos chamados “*software* de prateleira”.

O *software*, como é sabido, decorre de uma atividade criativa do programador, razão pela qual sua proteção é a que se dispensa aos direitos autorais, embora no Brasil, haja uma lei específica tratando da matéria.<sup>2</sup> Portanto, a relação jurídica que

se instaura entre o proprietário intelectual do *software* e o *software* em si é regida pelo direito autoral.

As importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas à residente ou domiciliado no exterior, em virtude de contrato de cessão de direitos de uso de *software* e de licença de uso de *software*, a título de direitos autorais, bem como em virtude de manutenção de *software*, caracterizam o pagamento de *royalties*.

Nesse sentido, o Regulamento de Imposto de Renda – RIR (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), em seu artigo 710, estabelece que as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de *royalties* de qualquer natureza sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte, à alíquota de 15%, ressalvada a possibilidade de aplicação da alíquota de 25%, caso o país de destino seja considerado um “paraíso fiscal”.

Assim, na remessa de valores ao exterior a título de *royalties* pelo licenciamento do *software*, incidirá o IRRF à alíquota de 15%, bem como a Cide à alíquota de 10%.

O assunto em questão não geraria tanta polêmica não fosse à regra que determina a **não** incidência do IRRF sobre as remessas ao exterior a título de pagamento pela aquisição de *software* de prateleira, ao contrário do *software* desenvolvido por encomenda. Isto por que, para referido tipo de *software* as remessas de capital não se caracterizam como *royalties*, uma vez que o mesmo se considera mercadoria e não direito autoral.

<sup>2</sup> *ibidem*.

Embora esta classificação não encontre amparo legal, a jurisprudência admite a existência de distinção entre o “*software* de prateleira” e o *software* desenvolvido sob encomenda.

O “*software* de prateleira” (*off the shelf*), ou sob a modalidade de “cópias múltiplas”, é comumente definido como o programa de computador produzido em larga escala, de maneira uniforme e colocado no mercado para aquisição por qualquer interessado.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial é de que a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constitui comercialização de mercadorias.

Por sua vez, o *software* desenvolvido sob encomenda, direcionado a determinado usuário e para um fim específico é classificado pela jurisprudência como serviço, corroborado pelo enquadramento promovido pela Lei Complementar 116/2003.

De acordo com a mencionada Lei ficam sujeitos à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISS”), a “elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos” e o “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”. No tópico abaixo (item I.b) do presente estudo, abordaremos algumas questões sobre a incidência do ISS nas operações de licenciamento de *software* e cessão de direitos.

Seguindo o entendimento jurisprudencial quanto à distinção do *software* de prateleira, que o qualifica como sendo mercadoria, não há que se falar em

incidência do IRRF na medida em que a contraprestação pela aquisição desse tipo de *software* não consiste em pagamento de *royalties*.

Daí por que, a novidade trazida pela Solução de Divergência em comento se consubstancia na segurança jurídica de não autuação pelas remessas ao exterior a título de pagamento pela aquisição ou pela licença de direitos de comercialização de “*software* de prateleira”, sem a retenção e o recolhimento do IRRF e da Cide.

### **I.b Imposto Sobre Serviços – ISS.**

Conforme mencionado acima, a simples previsão de determinada atividade na Lista de Serviços sujeitos à incidência do ISS não basta para tornar referida atividade um serviço. É necessário que tal atividade configure, de fato, a prestação de serviço, sendo certo que é discutível a caracterização da cessão de direitos e o licenciamento de *software* como serviços, sujeitos à incidência do ISS.

A Lei Complementar 116, de 31/07/03, trouxe diversas alterações, de âmbito nacional, dentre elas a previsão de cobrança do ISS em relação ao “licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computação”, constante do item 1.05, da sua lista anexa.

O ISS tem seu arquétipo constitucional traçado pelo artigo 156, III, da Constituição Federal, segundo o qual compete aos Municípios instituir o referido imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. O critério material do Imposto sobre serviços consubstancia-se na prestação de serviços, consoante já dispunha o artigo 8º do Decreto Lei nº 406/68 e como ainda estabelece o artigo 1º da Lei

Complementar nº 116/03.

Para elucidar esse critério material, prestação de serviços, o Direito Tributário se utiliza dos conceitos do direito das obrigações, em especial, da distinção havida entre as obrigações de dar e de fazer.

Nesse sentido, o critério material do Imposto sobre Serviço (ISS) jamais poderia contemplar qualquer espécie de obrigação de dar, ou mesmo de não fazer, uma vez que é justamente um fazer, que se traduz na prestação de serviços albergada pela hipótese tributária.

Consoante mencionado acima, com o advento da Lei Complementar nº 116/03, o legislador tentou abarcar a atividade de "*licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computação*" como hipótese de incidência do ISS. O programa de computador, a teor do disposto no artigo 1º, da Lei nº 9.609/98 "*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.*"

A Lei nº 9.609/98, que regula a propriedade intelectual dos programas de computador, aduz, em seu artigo 2º, que o seu regime de proteção intelectual é o mesmo conferido às obras literárias. Por sua vez, as obras literárias, a teor do artigo 3º da Lei nº 9.610/98, são consideradas, para fins legais, bens móveis.

Assim, tais bens são passíveis de terem sua titularidade transferida a terceiros, o

que ocorre mediante os "*contratos de cessão de direitos de programa de computador*", pelo qual se transferem, total, ou parcialmente, os direitos autorais do titular da obra a outrem.

No Brasil, como em grande parte dos países, a contratação do uso dos programas de computador se dá mediante o "*contrato de licença de uso*" (licenciamento), formatação esta que foi, inclusive, positivada pelo artigo 9º da Lei nº 9.609/98.

Pois bem, a licença de uso ou cessão de direito de uso de programa de computador não se consubstancia numa obrigação de fazer, mas sim numa obrigação de dar, na modalidade disponibilizar temporariamente, mediante contraprestação ou não (onerosa ou gratuita).

A cessão do direito de uso ou o licenciamento implica na disponibilização do *software* para que um terceiro dele se utilize, de forma temporária, conservando-se, desta forma, a sua propriedade com o titular original.

Deste modo, no simples licenciamento do *software*, sem a efetiva agregação de outros serviços (consultoria, customização e etc.), não há prestação de serviços, mas sim mera permissão, contratada onerosamente ou não, quanto ao direito de uso da obra por terceiro e sua regulamentação (direitos e obrigações das partes).

Tratando de situação jurídica bastante semelhante, e, portanto totalmente aplicável ao presente raciocínio, o E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121, decidiu ser inconstitucional a incidência do ISS na atividade de "*locação de bens móveis*", atividade esta não qual,

como na ora tratada, não há que se falar em obrigação de fazer, mas sim de dar, na modalidade disponibilizar temporariamente.

Diante dos breves argumentos ora expostos, a nosso ver, aquelas empresas que auferem receita advinda da licença de uso ou cessão de direito de uso de programas de computador poderão obter o reconhecimento da não incidência do ISS sobre tais valores, para os períodos futuros, bem como reclamar a restituição dos valores já recolhidos, mediante a propositura da adequada ação judicial.

### ***1.c Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide***

Quanto à Cide, a Solução de Divergência não trouxe modificações, pois a Lei nº 11.452, de 28 de fevereiro de 2007, já havia alterado a interpretação do artigo 2º da Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000, alterada pela Lei nº 10.332 de 19 de dezembro de 2001, que instituiu a Cide-*Royalties*.

O artigo 20 da referida Lei, introduziu o parágrafo 1º-A ao artigo 2º da Lei nº 10.168/00, estabelecendo que não haverá incidência da Cide sobre a remuneração obtida pelo licenciamento de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.

A Cide sobre *royalties* foi criada para o financiamento do desenvolvimento tecnológico brasileiro, onerando em 10% a remuneração paga por empresas brasileiras a fornecedores estrangeiros de conhecimentos tecnológicos, basicamente *softwares*.

Desde a sua criação, pela Lei nº 10.168/00, o fato gerador da contribuição

– transferência de tecnologia – admitia uma série de interpretações, assumindo um caráter para o fisco de que qualquer licenciamento de *software* no exterior era fato gerador da contribuição.

A Lei nº 11.452/07 deu solução a este problema ao acrescentar à mesma, dispositivo que esclarece que a simples aquisição de um programa de computador não significa transferência de tecnologia, mas apenas uma ferramenta ao adquirente do produto. A efetiva “transferência de tecnologia” somente ocorre quando o *software* é adquirido com acesso ao código fonte.

Nesse sentido, desde a alteração trazida pela Lei nº 11.452/07, restou esclarecido que no caso dos chamados “*software de prateleira*” não há incidência da Cide, por não configuração de transferência da correspondente tecnologia. Não há, portanto, aplicação prática, no que diz respeito à Cide, para a interpretação da Solução de Divergência nº 27/2008.

## **II Tributação incidente na importação de *software***

Diante do exposto, verificamos que a caracterização do *software* como personalizado ou “de prateleira” acarreta diferentes conseqüências tributárias de forma a determinar os tributos incidentes na operação.

Nesse sentido, apresentaremos adiante um resumo da tributação da importação de *software*, nos termos da legislação e jurisprudência atualmente aplicáveis.

### **II.a *Software Personalizado***

O Acordo de Valoração Aduaneira determina que, no caso de importação de *software*, o imposto de importação seja calculado somente sobre o valor do

suporte físico, sem considerar o valor do programa nele contido, seguindo a lógica de que o referido imposto incide somente sobre "mercadoria" (bem corpóreo), que neste caso é tão somente o suporte físico onde foi gravado o programa de computador.

Portanto, para que se apliquem as regras do Acordo de Valoração Aduaneira à importação de *software* é necessário que seja destacado o valor do suporte informático do valor do programa de computador gravado neste suporte. Em geral, esse suporte informático tem valor ínfimo, face ao valor do serviço nele contido.

A *invoice*, por sua vez, deverá indicar o custo ou valor do suporte físico, quando houver, separadamente do custo ou valor do programa de computador gravado neste suporte.

Cumprido frisar que, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado pela não incidência de ICMS sobre o *software* personalizado, o Estado de São Paulo, aprovou o Decreto nº 51.619, de 27 de fevereiro de 2007, o qual traz texto praticamente idêntico ao decreto anterior sobre o mesmo assunto, vigente desde 2002, determinando que *"na operação realizada com programa para computador ("software"), personalizado ou não, o ICMS será calculado sobre uma base de cálculo que corresponderá ao dobro do valor de mercado do seu suporte informático"*.

Assim, neste tipo de importação, o valor do suporte físico sofrerá a incidência dos

tributos devidos na importação de mercadorias (Imposto de Importação – "II" + Imposto sobre Produtos Industrializados – "IPI" + PIS/Pasep + COFINS + ICMS), sendo que o valor do programa sofrerá tributação quando da realização da remessa financeira para o exterior.

O já mencionado artigo 9º da Lei de *Software*, que está em plena conformidade com as regras de direito internacional, define que o programa de computador será objeto de contrato de licença, sendo que os valores remetidos a título de remuneração pela licença de uso do *software* configuram o pagamento de *royalties*.

A remessa ao exterior, a título de remuneração pela licença de uso do *software*, estará sujeita à incidência do IRRF à alíquota de 15% e ao pagamento da Cide à alíquota de 10% (dez por cento), além das contribuições ao PIS-importação e à COFINS-importação, às alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

Além disso, a legislação e a jurisprudência atuais classificam como prestação de serviço o licenciamento de *software*, sujeito à incidência do ISS, nos termos da Lei Complementar 116/2003. No caso do Município de São Paulo, a alíquota prevista para o licenciamento de *software* é de 2%.

Resumidamente, a carga tributária incidente no caso de importação de *software* personalizado será conforme se segue no quadro abaixo:

<b>Importação de Software Personalizado</b>	
Valor total ( <i>software</i> + meio físico)	100,00
Valor do <i>software</i> (serviço)	99,00
Valor do suporte informático destacado	1,00
19% de II, sobre o suporte informático;	0,19
17,5% de IPI, sobre o suporte informático;	0,17
18% de ICMS, sobre dobro do valor de mercado do suporte informático;	0,36
2% de ISS;	1,98
15% de IR;	17,65
10% de Cide;	11,11
1,65% de PIS-importação;	1,97
7,6% do COFINS-importação;	9,70
<b>Total</b>	<b>143,13</b>

## **II.b Software de Prateleira**

Na importação do chamado "*software* de prateleira" haverá incidência do ICMS, igualmente, calculado sobre uma base de cálculo que corresponderá ao dobro do valor de mercado do seu suporte informático.

Com base na legislação federal e estadual, na importação de "*software* de prateleira" haverá incidência do II, do IPI e do ICMS, somente sobre o suporte informático, caso esse esteja destacado. Caso não haja destaque do suporte informático, a incidência se dará sobre o valor total da transação.

Além disso, incidirão as contribuições ao

PIS-importação e a COFINS-importação, às alíquotas de 1,65% e 7,6%.

Nos termos da recentíssima Solução de Divergência nº 27/2008, abordada anteriormente, não haverá incidência de IRRF e nem da Cide sobre os valores remetidos ao exterior em pagamento pela aquisição ou pela licença de direitos de comercialização de *software*, sob a modalidade de cópias múltiplas ('*software* de prateleira').

Resumidamente, a carga tributária incidente no caso de importação de *software* de prateleira, com destaque do suporte informático, será conforme se segue no quadro abaixo:

<b>Importação de Software de Prateleira</b>	
Valor total ( <i>software</i> + meio físico)	100,00
Valor do <i>software</i>	99,00
Valor do suporte informático destacado	1,00
19% de II, sobre o suporte informático, se destacado;	0,19
17,5% de IPI, sobre o suporte informático, se destacado;	0,17
18% de ICMS, sobre dobro do valor de mercado do suporte informático, se destacado;	0,36
1,65% de PIS-importação;	1,68
7,6% do COFINS-importação;	8,25
<b>Total</b>	<b>110,65</b>

No caso de importação de *software* de prateleira, sem o destaque do suporte

informático, ficará da seguinte forma a carga tributária:

<b>Importação de Software de Prateleira</b>	
Valor do <i>software</i> (valor da transação)	100,00
19% de II;	19,00
17,5% de IPI;	17,00
18% de ICMS;	18,00
1,65% de PIS-importação;	1,97
7,6% do COFINS-importação;	9,70
<b>Total</b>	<b>165,67</b>

Deve-se ter cautela, todavia, com relação à classificação do *software*, uma vez que, como vimos, falta precisão conceitual à classificação dada tanto pela legislação, quanto pela jurisprudência, muitas vezes em decorrência da falta de conhecimento

técnico sobre o assunto.

A Equipe Tributária do Almeida Advogados permanece à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais sobre o assunto.

---

## A PROVA NOS CONTRATOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DA *INTERNET* E SUA VALIDADE EM JUÍZO

---

Ana Carolina R. de Oliveira  
[acoliveira@almeidalaw.com.br](mailto:acoliveira@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:

Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

O contrato, dentre as inúmeras definições existentes na doutrina, pode ser definido como “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”<sup>1</sup>

Com a ampliação do uso da *internet* era inevitável o surgimento da possibilidade de realização de negócios jurídicos em um ambiente virtual. O *e-commerce* surgiu, portanto, como o principal mecanismo viabilizador desse novo modo de transação comercial que ocorre entre governos, empresas e consumidores.

A partir dessa realidade, a atual nomenclatura utilizada para designar os contratos celebrados na internet por esses agentes, a saber: a) B2B – transações entre empresas; b) B2C – transações entre empresas e consumidores; c) B2G – transações entre empresas e governo e d)

C2C – transações entre consumidores, entre outras formas existentes.

É notória e freqüente a evolução nas modalidades de transações eletrônicas, como no exemplo de aquisição de software. A modalidade *click-wrap*<sup>2</sup> surgiu em resposta ao crescimento do e-commerce, substituindo quase que na totalidade os contratos *shrink-wrap*<sup>3</sup>, visando garantir que a parte adquirente tivesse ciência dos termos da contratação e somente prosseguisse ao clicar no “Eu concordo” ou “Aceito” todas as cláusulas do contrato. Atualmente essa forma de contratar passou a ser a regra para se fazer um download de software entre outros produtos e serviços. Essa evolução possibilitou aumentar a segurança tanto para o adquirente quanto do vendedor do mercado on-line.

No que tange à Tecnologia da Informação, os exemplos mais comuns de contratos

---

<sup>1</sup> VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, página 118.

---

<sup>2</sup> Forma de contratação pela qual o comprador tem acesso aos termos do contrato antes de adquirir o produto.

<sup>3</sup> Forma de contratação pela qual o comprador tem acesso aos termos e condições da compra do produto ao abrir a caixa do mesmo.

que se realizam por meio da *internet* no âmbito *B2B* ou *B2G*, são os relacionados à virtualização de servidores, ao controle de acessos a ambientes do cliente remotamente, à monitoração de ambientes do cliente para garantir a segurança dos seus dados, dentre outras possibilidades.

Do ponto de vista da proteção jurídica que envolve as partes que celebram contratos pela *internet* cabe esclarecer que, enquanto na modalidade B2C o Código de Defesa do Consumidor é aplicável, na modalidade B2B tal aplicação é vedada, eis que, em tese, entre empresas não há que se falar em hipossuficiência de uma das partes.

Dentre as medidas que podem ser tomadas para conferir maior segurança aos contratos, independentemente da forma de celebração, se por meio físico ou virtual, cita-se, por exemplo, o estabelecimento de condições gerais de contratação, a observância da confidencialidade, a previsão de limitação de responsabilidade, a instituição da arbitragem como método de solução de controvérsias, dentre outros.

Contudo, a questão que mais traz desconforto às partes em se tratando especificamente dos contratos celebrados via *internet* é, sem sombra de dúvida, a que diz respeito à eficácia probatória de tais contratos.

Isso por que em um ambiente virtual a prova da celebração, para muitos, é frágil, na medida em que não há como se obter

uma confirmação precisa acerca da identidade das partes que nele contratam.

Alguns cuidados básicos devem ser tomados, para efeito de prova, àqueles que optam por realizar negócios jurídicos em um ambiente virtual. Guardar consigo as mensagens eletrônicas enviadas e recebidas, os comprovantes de pagamento ou transferência bancária são alguns exemplos, dado que, por intermédio destes pode-se identificar o titular da conta.

Para os contratos realizados diretamente em *website* a doutrina especializada recomenda que o comprador imprima as principais telas do site como: a de apresentação do produto adquirido, a de confirmação da compra, a tela dos dados de pagamento. Também é fundamental o arquivamento do comprovante de pagamento ou de transferência bancária.

Além de tais precauções, alguns doutrinadores<sup>4</sup> alertam, ainda, que “os cuidados devem ser redobrados com as escolhas de lei aplicável e foro competente para dirimir as controvérsias que possam surgir nas operações B2B e B2C, no caso de sites que atuam além das fronteiras nacionais. Em sites voltados ao consumidor, é preciso ter presente que o consumidor está sempre protegido pelo seu direito de domicílio e somente se submeterá ao juiz deste domicílio. Já nos

<sup>4</sup> BASSO, Maristela. A inclusão legal na economia digital. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3048>. Acesso em: 26 ago. 2008.

sites B2B, é possível fazer as escolhas de direito aplicável e foro competente, desde que respeitado o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”.<sup>5</sup>

Aos contratos celebrados pela *internet* pode ser perfeitamente aplicada a teoria geral dos contratos instituída pelo Código Civil. Tais contratos possuem, na realidade, a particularidade de serem celebrados entre ausentes. E, para efeito de prova, o Código de Processo Civil não deixa desamparada tal modalidade de contrato, eis que, à luz deste diploma, ao juiz é conferida a livre apreciação da prova.<sup>6</sup>

Com a intensificação das relações comerciais estabelecidas pela *internet* alguns mecanismos foram criados para conferir maior segurança aos contratos celebrados nesse ambiente. Os principais exemplos são a criptografia e a assinatura digital. A criptografia, cuja finalidade é a de preservar o teor original de um documento, consiste em sua codificação por meio de algoritmos matemáticos denominados de chaves. Já a assinatura digital visa garantir informações suficientemente seguras quanto à identidade das partes envolvidas.

<sup>5</sup>**LICC, art. 9º, caput.** Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

<sup>6</sup>**CPC, art. 131.** O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento.

**CPC, art. 332.** Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

De todo o exposto, conclui-se que as relações jurídicas estabelecidas em um ambiente virtual não alteram a sua natureza para as partes. Também os seus requisitos são os mesmos aplicáveis aos contratos celebrados por outros meios.

Salienta-se, apenas, que as partes de tais relações deverão assegurar-se mutuamente e com maior cuidado para que, na hipótese da ocorrência de descumprimento do que fora estabelecido no contrato, existam garantias efetivas para os prejuízos, sem que haja o desequilíbrio entre as mesmas.

---

## TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

---

Luiz Fernando Alouche  
[lfalouche@almeidalaw.com.br](mailto:lfalouche@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:  
Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

A terceirização tem sido uma medida cada vez mais adotada como forma de melhor organizar os negócios e reduzir custos das empresas contratantes, tornando a atividade empresarial mais rentável e sustentável. Esta modalidade de contratação é uma alternativa segura, desde que seguidas às exigências previstas em lei e, pode ajudar a escapar dos elevados custos decorrentes da contratação de empregados diretos.

Os encargos sobre a folha no Brasil, considerado um país recordista neste quesito, revela-se como um verdadeiro entrave para o emprego formal. No ramo de Tecnologia da Informação este cenário se acentua ainda mais, tendo em vista a escassez de bons profissionais, os salários serem elevados, a característica de temporariedade dos projetos desenvolvidos neste setor, e ainda, os índices baixos de futuras reclamações trabalhistas, tendo em vista que os próprios terceirizados também se beneficiam dessas relações, ao reduzirem os descontos de altíssimos de IR e INSS que incidiriam sobre suas remunerações caso operassem por meio de empregados diretos das empresas tomadoras de serviços.

Por estes motivos a terceirização praticamente impera neste ramo, caracterizada pela criação de empresas de consultores ou de prestadores de serviços, nos quais seus sócios desenvolvem atividades como terceirizados dentro de outras empresas.

No entanto, as fiscalizações por parte do INSS e Ministério do Trabalho podem representar empecilhos para o sucesso dessas contratações. Do ponto de vista prático, verifica-se que denúncias podem surgir dos Sindicatos das

Categorias por conta da diminuição do emprego formal.

Com relação ao posicionamento dos Tribunais Brasileiros quanto à terceirização nas demais atividades, denota-se que tem sido contrário a este mecanismo, uma vez que é evidente o aumento do número de condenações de empresas que se utilizam de mão de obra terceirizada no desempenho de sua atividade comercial.

Isto por que, é pacífico o entendimento de que a prestação de serviços terceirizados ligada à atividade fim da empresa traz a contratante o risco de reconhecimento de vínculo empregatício entre esta e o prestador dos serviços<sup>1</sup>. Caso a relação

---

<sup>1</sup>Súmula **331 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade** (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações

de emprego seja reconhecida, a empresa contratante arcará com o pagamento de todas as verbas e encargos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, sem contar a possibilidade de aplicação de multas administrativas pelo Ministério do Trabalho ou pelo INSS.

Por isso, é indispensável uma análise criteriosa das funções a serem terceirizadas e, adicionalmente, a celebração de contratos de prestação de serviços nos quais conste, de maneira clara, quais atividades serão terceirizadas, a correta disposição da função a ser exercida, e a conseqüente inclusão de cláusulas protetivas à empresa contratante. Igualmente, deve existir um gerenciamento mensal de todos os documentos emitidos pela empresa terceirizada quanto à regularidade no pagamento de verbas e encargos devidos aos seus empregados, como também daqueles decorrentes da relação terceirizada.

A contratação de profissionais para execução de um trabalho específico e por prazo determinado, como, por exemplo, o desenvolvimento de um “software”, é muito comum no ramo da Tecnologia da Informação, em razão do caráter *sui generis*. Este tipo de prestação de serviço, por ser específico e por tempo determinado, é uma forma de terceirização que, em tese, afasta o risco de configuração do vínculo empregatício, uma vez que não apresenta o requisito legal da habitualidade para tal. Contudo, para resguardar os interesses da empresa contratante, é necessário o preenchimento dos requisitos legais que autorizem a contratação por tempo determinado, para realização de um serviço específico, sob pena de ser considerada pela Justiça ou Ministério do Trabalho como fraudulenta, sendo reconhecido o vínculo de emprego.

públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Neste cenário, cabe destacar a introdução no nosso ordenamento jurídico da “MP do Bem”, Medida Provisória convertida na Lei n.º 11.196/05, que em seu art. 129<sup>2</sup>, autorizou a prestação de serviços intelectuais, nestes contidos os de tecnologia da informação, por meio de “PJs” (pessoas jurídicas). Contudo, ainda que mitigados os riscos por conta deste artigo, subsistem os entraves com relação à atividade fim da empresa.

Outro ponto relevante sobre este assunto, mesmo não se tratando de terceirização da atividade fim da empresa, é o risco de pagamento de verbas<sup>3</sup> e encargos trabalhistas<sup>4</sup> devidos ao empregado terceirizado. Isto porque, entende a legislação vigente<sup>5</sup> que a empresa que se vale dos serviços terceirizados possui responsabilidade indireta pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, em razão da falha ou má administração, sendo obrigada a pagá-los, caso a prestadora não o faça.

Entende-se como falha ou a má administração da empresa terceirizada a sua atuação irregular quanto ao cumprimento das obrigações em face de seus empregados ou, até mesmo contratuais, em face da empresa contratante. Consiste no pagamento em atraso ou em valores indevidos das verbas salariais, como salário, horas extras, férias, adicionais, entre outros, bem como dos encargos previdenciários (INSS e FGTS) e fiscais (IRRF).

<sup>2</sup> Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

<sup>3</sup> Salários, férias, horas extras, adicionais, bônus, aviso prévio, etc.

<sup>4</sup> IRRF, INSS e FGTS.

<sup>5</sup> Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

Por isso, é indispensável a gestão e a administração mês a mês dos documentos emitidos pelas empresas contratadas que comprovem sua regularidade no pagamento de verbas salariais e encargos trabalhistas (IRRF, INSS e FGTS) aos empregados e decorrentes do contrato, buscando com isso afastar os riscos da relação terceirizada e possibilitar a correção imediata das falhas apresentadas.

Sugere-se que haja uma fiscalização direta pela empresa contratante quanto à pontualidade dos pagamentos e o correto preenchimento das guias GFIP, haja vista que autenticam a efetiva terceirização de serviço, sobretudo quanto ao valor, tornando a relação de prestação de serviço válida para todos os fins.

Paralelamente, é de extrema importância, a realização de uma análise minuciosa dos contratos de prestação de serviço, para eventual inclusão de cláusulas protecionistas às empresas contratantes e estipulando obrigações às empresas contratadas de comprovar sua idoneidade financeira ao longo da prestação de serviços, bem como o direito de retenção dos valores pagos pela contratante, em caso de falha ou de má administração destas no pagamento de verbas salariais ou encargos fiscais e previdenciários da empresa terceirizada. Certamente, estes procedimentos trarão à empresa contratante uma maior segurança jurídica quanto aos contratos terceirizados, prevenindo-as contra eventuais descumprimentos e irregularidades futuras.

Desde já, o Almeida Advogados coloca-se à disposição para elucidar eventuais dúvidas sobre a matéria apresentada, bem como discutir em conjunto com as empresas no setor de tecnologia da informação as medidas estratégicas necessárias a uma eficaz proteção dos riscos envolvidos na prestação de serviços terceirizados.

---

## BENEFÍCIOS DO CONTRATO DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA EM EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

---

Fábio Lopes Vilela Berbel  
[flberbel@almeidalaw.com.br](mailto:flberbel@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:  
Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

Do ponto de vista previdenciário, a cessão de mão de obra é legalmente definida como a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.<sup>1</sup>

Diferente da terceirização, embora classificada como uma de suas espécies, a cessão de mão de obra permite que os serviços objeto de contratação relacionem-se com a atividade fim da empresa, ao contrário da primeira. Para tanto, há o dever imposto ao tomador de serviços de reter o percentual de 11%<sup>2</sup> do

valor bruto da nota de prestação de serviços, nos termos definidos pela Lei 8.212/91.<sup>3</sup>

Outro ponto de fundamental importância na diferenciação entre cessão de mão de obra e terceirização é que na primeira pode ocorrer a subordinação dos trabalhadores ao tomador de serviços, situação esta que não deverá ocorrer na segunda tendo em vista a vedação expressa pelo Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho ("TST"), sob pena da configuração de relação de emprego, com os consectários daí decorrentes.

As empresas de Tecnologia da Informação ("TI") têm como principal

---

três ou dois pontos percentuais, relativamente aos serviços prestados pelo segurado empregado cuja atividade permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

<sup>3</sup> **Art. 31.** A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

---

<sup>1</sup> **Art. 31, § 3º da Lei nº 8.212/91.** Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. ([Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98](#))

<sup>2</sup> Além dos previstos no **art. 6º da Lei nº 10.666/03.** O percentual de retenção do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços relativa a serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, a cargo da empresa contratante, é acrescido de quatro,

característica operacional a necessidade de contratação de mão de obra altamente especializada e em considerável número. O maior problema que se origina desse fato é o impacto gerado na folha de salários de tais empresas, fazendo-as perder em competitividade em razão do repasse do custo ao produto final.

Daí por que, pode-se concluir que a modalidade de cessão de mão de obra poderá melhor se ajustar às necessidades das empresas de TI, haja vista que, normalmente, os profissionais que prestam serviços às mesmas o fazem pessoalmente e mediante subordinação à contratante.

Ademais, o que se constata na prática é que as empresas de TI, quando demandadas na Justiça do Trabalho acabam por não conseguir afastar a caracterização do vínculo trabalhista, justamente por conta da inequívoca relação de emprego que se forma entre esse profissional e a tomadora de seus serviços.

Também não pode ser desconsiderado o teor do já mencionado Enunciado 331 do TST que é claro ao dispor que não formará vínculo de emprego com o tomador a contratação dos serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistam a pessoalidade e a subordinação direta.

Ou seja, a contratação de empregado para desempenhar qualquer atividade que não se enquadre no mencionado Enunciado, bem como que se configure como atividade fim da empresa de TI, trará riscos concretos em eventuais fiscalizações pelo Ministério do Trabalho e ações de natureza trabalhista.

Cabe esclarecer, contudo, que a opção pelo contrato de cessão de mão de obra não traz total tranquilidade ao tomador de serviços, caso a questão seja levada à análise e apreciação da Justiça do Trabalho. O que se pretende esclarecer é que a cessão de mão de obra traz, para as empresas de TI, menor risco se comparada à terceirização.

Logo, ao estabelecer a contratação por meio de Contrato de cessão de mão-de-obra, deve-se observar que enquanto na seara trabalhista o risco será provável, se verificadas as premissas de formação do vínculo de emprego<sup>4</sup>, no campo previdenciário o risco será remoto, desde que observado o procedimento adequado, estabelecido em lei.

Considerando que o maior encargo que se origina de uma relação de trabalho é o previdenciário, a escolha pela modalidade de contrato de cessão de mão-de-obra poderá ser mais interessante para empresa ao invés de estabelecer um contrato de prestação de serviços na modalidade de terceirização.

Assim, se o objetivo, considerada a peculiaridade das atividades desenvolvidas pelas empresas de TI, é a redução do custo gerado pela contratação por meio do regime da Consolidação das Leis do Trabalho ("CLT"), mais vale um risco remoto, por meio da utilização da cessão de mão-de-obra, a um risco elevado, oriundo da terceirização de serviços, especialmente os decorrentes da atividade fim. Afinal de contas, como já mencionado, os maiores encargos incidentes sobre a folha, são os previdenciários.

---

<sup>4</sup> Arts. 2º e 3º da CLT.

O risco previdenciário da descaracterização da cessão de mão-de-obra restou sobremodo mitigado pela Lei nº 11.196/05, que interpretando a conjuntura legal reiterou os enunciados já vigentes determinando que as atividades intelectuais, mesmo exercidas pessoalmente, se contratadas através de pessoas jurídicas, devem ser regidas pelo regime adotado nessa seara.

Dessa forma, o equacionamento dos interesses jurídico e econômico pode ser atingido através da escolha pelo contrato de cessão de mão-de-obra, sobretudo por meio dos contratos de trabalhos intelectuais, na medida em que os tomadores assumem menores riscos, se considerado a mitigação das autuações tributárias e previdenciárias (contribuições sociais).

O setor Previdenciário do Almeida Advogados conta com equipe altamente especializada e coloca-se à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos adicionais referentes ao assunto abordado no presente artigo.

---

## Incentivos Tributários ao Setor da Tecnologia da Informação – Panorama Atual

---

Sidney Stahl

[sestahl@almeidalaw.com.br](mailto:sestahl@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:

Ana Carolina Renda

Cassio Augusto Ambrogi

O setor da tecnologia da informação foi um dos contemplados pela Medida Provisória nº 252/05, posteriormente convertida na Lei nº 11.196/05, também conhecida como “Lei do Bem”. Referida lei, além de alterar diversos dispositivos da legislação tributária federal, também trouxe alguns benefícios fiscais, dentre eles o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES.

De acordo com a Lei nº 11.196/05 é beneficiária do REPES a pessoa jurídica que exerça preponderantemente as atividades de desenvolvimento de *software* ou prestação de serviços de tecnologia da informação, e que, por ocasião da sua opção pelo citado regime, assumo o compromisso de exportação igual ou superior a sessenta por cento de sua receita bruta anual, decorrente da venda de tais bens e serviços.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 2º - É beneficiária do Repes a pessoa jurídica que exerça preponderantemente as atividades de desenvolvimento de software ou de prestação de serviços de tecnologia da informação, e que, por ocasião da sua opção pelo Repes, assumo compromisso de exportação igual ou superior a 60% (sessenta por cento) de sua receita bruta anual decorrente da venda dos bens e serviços de que trata este artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.774, de 2008).

O REPES faz parte do pacote de incentivos criados pelo Governo Brasileiro com o objetivo de fortalecer as empresas de tecnologia nacional e apoiar a consolidação das mesmas neste setor da economia.

A Medida Provisória nº 428/08, que baixou o percentual acima mencionado para 60% - na redação original a lei exigia o compromisso de exportação de 80% da receita bruta anual - ainda facultou ao Poder Executivo a possibilidade de reduzir esse percentual em até 50 % (cinquenta por cento).

Com a conversão desta última medida provisória (nº 428/08) em Lei (n.º 11.774/08), foi alterado o parágrafo 3º do Artigo 2º da Lei 11.196 (Lei do Bem). Nele havia a obrigação de as empresas que desejassem entrar no REPES, abrissem mão da cumulatividade do PIS/COFINS o que era impossível para as empresas de software cujo regime legal é o da cumulatividade tendo em vista que por força do artigo 25 da Lei 11.051/2004, estão excluídas do regime de não cumulatividade as receitas auferidas por empresas de serviços de informática, decorrentes das atividades de

desenvolvimento de software e o seu licenciamento ou cessão de direito de uso, bem como de análise, programação, instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de software, compreendidas ainda como softwares as páginas eletrônicas.

Na época a Receita Federal ajustou essa falha por intermédio da regulamentação que previu que não se aplicam às pessoas jurídicas optantes pelo REPES as disposições do inciso XXV do art. 10 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003<sup>2</sup>.

Com a nova redação dada pela Lei 11.774/08, também se beneficiam do REPES, agora através da Lei, a “pessoa jurídica que exerça preponderantemente as atividades de desenvolvimento de software ou de prestação de serviços de tecnologia da informação”.

Como parte destes incentivos, a Lei nº 11.196/05 estabelece que no caso de venda ou de importação de bens novos destinados ao desenvolvimento, no País, de *software* e serviços de tecnologia da informação, fica suspensa a exigência da contribuição para o PIS e da COFINS, bem como do PIS/COFINS-Importação e quando os referidos bens forem, respectivamente, adquiridos ou importados por pessoa jurídica

beneficiária do REPES, para incorporação em seu ativo imobilizado. A mesma regra vale no caso de venda ou de importação de serviços com este mesmo escopo.

A Lei do Bem também estabelece que a adesão ao REPES fica condicionada à regularidade fiscal da pessoa jurídica em relação aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, podendo ter sua adesão cancelada: i) na hipótese de descumprimento do compromisso de exportação nos percentuais nela definidos; ii) sempre que se apure que o beneficiário não satisfazia as condições ou não cumpria os requisitos para a adesão, ou ainda, que tenha deixado de satisfazer as condições ou cumprir os requisitos estabelecidos para a adesão; e, finalmente, iii) a pedido da mesma.

A adesão ao REPES, contudo, é vedada à pessoa jurídica optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Outro benefício conferido pela Lei às empresas que aderirem ao REPES é a suspensão da exigência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na importação dos bens relacionados pelo Poder Executivo<sup>3</sup> a serem utilizados para a incorporação ao seu ativo imobilizado, desde que referidos bens não tenham similar no mercado nacional.

A Lei nº 11.196/05 também estabelece que a suspensão do pagamento aos

<sup>2</sup> XXV - as receitas auferidas por empresas de serviços de informática, decorrentes das atividades de desenvolvimento de software e o seu licenciamento ou cessão de direito de uso, bem como de análise, programação, instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de software, compreendidas ainda como softwares as páginas eletrônicas. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

<sup>3</sup> Estabelecidos no Decreto nº 5.713.

tributos nela definidos converter-se-á em isenção desde observados todos os prazos e condições fixados para as empresas que pretendem fazer jus a este benefício.<sup>4</sup>

O REPES, na realidade, não é o único incentivo existente com o fito de promover a elevação do investimento em inovação. Na esteira de benefícios criados pelo legislador pátrio pode-se citar, além da Lei do Bem, a Lei de Informática (Lei nº 10.176/01), a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/04), bem como a Lei nº 8.387/91, que criou a Zona Franca de Manaus.

Na própria lei do bem, há de se destacar, os incentivos fiscais de inovação tecnológica, expressos do seu artigo 17 ao seu artigo 26, que tem sido o mais significativo incentivo já auferido pelas empresas.

Paralelamente às mencionadas leis, alguns órgãos governamentais também promovem programas direcionados às empresas do setor de tecnologia da informação, especialmente no campo do incentivo à inovação, a exemplo do BNDES que instituiu o Prosoft; do Ministério da Ciência e Tecnologia, através do SIBRATEC; do SEBRAE, através do Proimpe, dentre outros.

O fato é que de alguns anos para cá, o mercado de *software* no Brasil vem crescendo vertiginosamente. A título de

exemplo, no período compreendido entre 2004/2006, a indústria da tecnologia da informação cresceu 21,4%, sendo que a de *softwares* e serviços (apenas) cresceu 23,0%.<sup>5</sup>

Para que o Brasil continue a figurar como um *player* de destaque nesse competitivo cenário é de fundamental importância a criação de novos programas de incentivo e desoneração tributária, principalmente no que tange aos encargos da folha de funcionários, bem como a manutenção e aprimoramento dos já existentes, de modo a incrementar, as condições favoráveis ao desenvolvimento deste importante, e por que não dizer fundamental, setor da economia.

O setor tributário do Almeida Advogados conta com equipe altamente especializada na análise e desenvolvimento de pareceres e projetos relacionados à indústria da tecnologia da informação, colocando-se à disposição para quaisquer outros esclarecimentos relacionados à matéria tratada no artigo em questão.

<sup>4</sup> O prazo será apurado considerando-se a média obtida, a partir do ano-calendário subsequente ao do início da utilização dos bens adquiridos no âmbito do REPES, durante o período de 3 (três) anos-calendário. O prazo de início de utilização não poderá ser superior a 1 (um) ano, contado a partir da aquisição.

<sup>5</sup> Fonte: ABES.

---

## CONTRATOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – MELHORES PRÁTICAS PARA SUA ELABORAÇÃO

---

Maria Carolina La Motta Araújo  
[maraujo@almeidalaw.com.br](mailto:maraujo@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:

Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

O contrato de tecnologia da informação (“Contrato de TI”) possui algumas características e peculiaridades que se observadas garantem maior efetividade e segurança em favor das partes contratantes.

Na elaboração de um contrato de TI é de fundamental importância a inserção das seguintes cláusulas: i) glossário preliminar; ii) objeto e escopo da contratação; iii) prazo e cronograma de desenvolvimento dos trabalhos; iv) garantia do produto ou serviço (responsabilidade das partes); v) qualidade; vi) segurança; vii) confidencialidade; viii) previsão de arbitragem; ix) cláusula penal; x) cláusula sobre direitos autorais, dentre outras.

Dentre os contratos de TI, os de software customizados são, seguramente, os que exigem maior cuidado e atenção quando de sua elaboração, o que não ocorre com o denominado software “de caixinha”, cuja aceitação aos termos da licença de uso se dá no momento em que o adquirente rompe o lacre da embalagem na qual se encontra a mídia com o software instalado.

No caso do software customizado o que se recomenda é o estabelecimento de um cronograma de verificações e aprovações intermediárias que, uma vez cumpridas, recebam a aprovação final do cliente. É importante esclarecer, contudo, que tais

aprovações garantem que o software está de acordo com as especificações contratadas, mas não necessariamente que irá atingir todos os fins pretendidos pelo contratante.

Os contratos de TI também devem conter cláusula que contemple a estipulação de horas de trabalho contratadas. Isto por que, como é comum aos contratos dessa natureza, o licenciante é também, na maioria dos casos, o prestador dos serviços de instalação, manutenção e consultoria.

A inserção dessa cláusula nos contratos de TI evita, por exemplo, que ao longo dos trabalhos o contratante passe a solicitar o acréscimo de novas funcionalidades no produto que não foram contempladas no contrato original, hipótese esta que poderá gerar desgastes entre as partes.

Outra cláusula que, pela sua importância, exige um maior cuidado quando da elaboração de contratos de TI é a que diz respeito à limitação de responsabilidade. Nesse sentido, deve-se esclarecer que apesar de constantes testes é possível que o produto (software) não atenda o objetivo final pretendido, ainda que de acordo com a proposta inicial.

Daí por que, no contrato, deve ficar claro o que está envolvido no projeto

(especificações técnicas necessárias) e quantas horas de instalação estão previstas. Essa observação é importante, pois eventual hipótese de insatisfação do cliente pode custar muitas horas de instalação extra, gerando prejuízos ao licenciante.

Ainda quanto à limitação de responsabilidade, outro ponto que merece atenção, especialmente nos softwares de segurança da informação, é o que se refere às invasões de sistemas, muitas vezes causadas por ação de funcionário do contratante, que atua juntamente com os consultores da licenciante na operação do software.

Nos casos acima citados é fundamental que haja uma limitação da responsabilidade, tanto em termos de valor, que jamais poderá ultrapassar o valor do contrato, mas também em termos de comprovação do dano. O licenciante somente pode se responsabilizar por aquilo que comprovadamente tenha causado.

Quanto ao prazo de garantia, a Lei do Software (n.º 9.609/98) trata em seu artigo 8º<sup>1</sup> sobre o prazo de validade técnica de

---

<sup>1</sup> Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.

Parágrafo único. A obrigação persistirá no caso de retirada de circulação comercial do programa de computador durante o prazo de validade, salvo justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros.

produtos, que não se confunde com os prazos fixados em lei para garantia técnica de produtos duráveis. Dessa forma, cabe ao contratante estipular no contrato o prazo pelo qual responderá por falhas ou danos que o software poderá gerar.

A cláusula de eleição de arbitragem também assume relevo especial nos contratos dessa natureza, em razão da celeridade que normalmente se exige nas contratações envolvendo a tecnologia da informação. Daí por que é de extrema importância que o árbitro tenha, do ponto de vista técnico, um completo domínio sobre a matéria.

O setor consultivo do Almeida Advogados conta com equipe especializada na elaboração de contratos de tecnologia da informação, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários sobre o tema tratado neste artigo.

---

## TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DIREITO - DOCUMENTOS ELETRÔNICOS E SUA VALIDADE EM JUÍZO

---

Gustavo Henrique de Faria  
[ghfaria@almeidalaw.com.br](mailto:ghfaria@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:  
Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

A validade dos documentos eletrônicos como meio de prova ainda gera controvérsias no meio jurídico.

Aqueles que a defendem embasam seu entendimento no que dispõe o Código de Processo Civil brasileiro ao tratar das chamadas provas documentais. De outro lado, os que são contrários sustentam a ausência, no citado diploma legal, de menção expressa à possibilidade de seu uso como meio de prova<sup>1</sup>.

Há também os que advogam que estariam ausentes, nesta modalidade de documento, os elementos que atestariam sua autoria, integridade de conteúdo e corporalidade, requisitos estes essenciais para sua caracterização como meio de prova idôneo.

Apesar das justificativas apresentadas, o posicionamento contrário ao uso dos documentos eletrônicos não é consentâneo com o grau de evolução a que chegaram as relações jurídicas travadas a partir do final do século XX e início do século XXI.

---

<sup>1</sup> **CPC, art. 366.** Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, poderá suprir-lhe a falta.

Além disso, se o problema é de nomenclatura, referidos documentos nem mesmo precisariam ser designados como tais para o fim de serem aceitos em juízo, uma vez que poderiam ser inseridos na categoria geral denominada de *provas atípicas*<sup>2</sup>.

De qualquer forma, vale mencionar que a Jurisprudência pátria já tem se curvado à nova realidade, aceitando em muitos casos os documentos eletrônicos, como meio de prova<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> DINIZ, Davi Monteiro apud GANDINI, João Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva et al. *A validade jurídica dos documentos digitais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3165](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3165). Acesso em: 26 set. 2008.

<sup>3</sup> *Ementa: MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO ELETRÔNICO - E-MAIL ANÔNIMO - INDEFERIMENTO NO PRIMEIRO GRAU - INCONFORMISMO - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO - FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS - DECISUM REFORMADO - RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento, n. 2003.024687-8, decisão 13/10/2005, Relator Des. Antônio do Rego Monteiro Rocha).*

*Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - MENSALIDADE ESCOLAR - CONTRATO DE*

A tese da fragilidade dos documentos eletrônicos como meio de prova também sofreu um duro golpe a partir da instituição da certificação digital no Brasil, cujo diploma legal mais importante é a Medida Provisória nº 2.200/01 que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

A chave pública nada mais é do que um método criptográfico<sup>4</sup> que tem por finalidade garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

---

*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DOCUMENTO ELETRÔNICO - POSSIBILIDADE - ENGARGOS - LEGALIDADE. A despeito de o contrato de prestação de serviços não conter a assinatura da requerida, tal fato não é apto a invalidar o referido ajuste, tendo em vista que o contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, podendo até ser firmado verbalmente. O contrato de prestação de serviços, juntado aos autos, ainda que desprovido de assinatura da ré, é suficiente para provar a realização do ajuste, visto que os documentos eletrônicos gozam de valor probante e o doc. de f. 06-09 demonstra que a requerida efetivamente aderiu ao aludido contrato, via internet. Não há ilegalidade ou abusividade da cláusula que prevê, para o caso de inadimplemento, a incidência de multa de 2%, juros de mora de 1%, atualização monetária pelo IGP-M. (TJMG, Rel. Pedro Bernardes, Ap. nº 2.0000.00.450396-4/000, jul. 19/10/2004).*

<sup>4</sup> Criptografia: Arte de escrever em cifra ou em código. In FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, 2ª ed., pág. 499.

Ora, se os documentos eletrônicos tinham sua validade contestada pelo fato da facilidade de sua alteração, o que em última conseqüência poderia comprometer sua originalidade e integralidade, a certificação digital revela-se como mecanismo eficaz no combate à fraude, responsável por sua invalidade como meio de prova.

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, reconheceu a validade do certificado digital ou versão impressa de documento digital protegido por certificado digital, não obstante ter sinalizado sobre a necessidade de sua regulamentação<sup>5</sup>.

O legislador brasileiro, contudo, está atento aos avanços da era digital. Nesse sentido, em 2006 foi editada a Lei nº 11.419/06 que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Referida lei, embora não trate especificamente sobre o documento eletrônico e sua validade como meio de prova, já sinaliza para a necessidade e importância do seu uso no âmbito do Poder Judiciário.

---

<sup>5</sup>Ato processual: recurso: chancela eletrônica: exigência de regulamentação do seu uso para resguardo da segurança jurídica. 1. Assente o entendimento do Supremo Tribunal de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Precedentes. 2. No caso dos autos, não se trata de certificado digital ou versão impressa de documento digital protegido por certificado digital; trata-se de mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica. 3. A necessidade de regulamentação para a utilização da assinatura digitalizada não é mero formalismo processual, mas, exigência razoável que visa impedir a prática de atos cuja responsabilização não seria possível. AI 564765 / RJ - Rio de Janeiro, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 14/02/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma.

São inúmeras as vantagens oferecidas pelo uso dos documentos eletrônicos em relação aos documentos tradicionais, como por exemplo: i) maior celeridade em sua elaboração, bem como redução de custos de impressão; ii) arquivamento de forma simples e fácil recuperação de dados; iii) alta capacidade de armazenamento, sendo seu custo reduzido; iv) dificuldade de fraude, mediante mecanismos que a impeçam; dentre outras<sup>6</sup>.

Assim, e em que pese o posicionamento conservador de alguns, desde que preservada a integridade de seu conteúdo, por meio de mecanismos como a certificação digital, bem como preservados os “logs de acesso”, que são as informações necessárias para indicação de uma prova de autoria na rede ou em um ambiente “interno” corporativo, o documento eletrônico vem ganhando aceitação até mesmo nas instâncias inferiores de julgamento.

Nessas condições, o documento eletrônico não só contribui para o desenvolvimento do comércio realizado em ambiente virtual, bem como garante a segurança jurídica necessária à sua consecução, dado que as partes envolvidas terão a certeza de que na hipótese de um futuro conflito de interesses, os documentos gerados nesse ambiente poderão ser usados como forma de salvaguarda de seus direitos em juízo.

O Almeida Advogados coloca-se à disposição para quaisquer outros esclarecimentos relacionados à matéria de direito eletrônico, tratada neste artigo.

---

<sup>6</sup> GANDINI, João Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva et al, op. cit., loc. cit.

---

## LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS DE SOFTWARE

---

Rafael Pavan  
[rpavan@almeidalaw.com.br](mailto:rpavan@almeidalaw.com.br)

Colaboradores:  
Ana Carolina Renda  
Cassio Augusto Ambrogi

No Direito brasileiro, as regras atinentes à limitação da responsabilidade sofreram, com o advento do novo Código Civil<sup>1</sup>, modificações que atingiram diretamente o princípio do *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes ficam totalmente vinculadas ao contrato por meio do qual celebram um negócio jurídico.

Ressalta-se que antes da entrada em vigor do Código acima referido, já havia microsistemas que mitigavam consideravelmente os efeitos de tal princípio, vedando ou limitando cláusulas de grande utilização previstas na maioria dos contratos, a exemplo da chamada cláusula de não indenizar.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal de o fornecedor indenizar o consumidor, classificando-a, por consequência, como nula de pleno direito e, portanto, ilegítima sua inclusão nos contratos de consumo<sup>2</sup>.

O atual Código Civil, seguindo esta tendência, também estabeleceu regras no sentido de diminuir a rigidez das cláusulas que têm por finalidade vincular totalmente as partes ao instrumento contratual, em prestígio ao princípio da função social do contrato.

A opinião da doutrina é a de que o contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I), da justiça social (CF, art. 170 *caput*), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não se ferirem valores ambientais, etc.<sup>3</sup>

De outro lado, a função social não estaria atendida quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato, etc<sup>4</sup>.

Assim, e em atenção ao princípio em comento, é perfeitamente admissível a inclusão de cláusula de limitação de responsabilidade nos contratos, qualquer que seja a sua natureza.

A intenção do legislador brasileiro, por meio das inovações trazidas pelo Código Civil, foi justamente a de mitigar a força que se dava aos contratos celebrados entre as partes, nas hipóteses em que as vantagens estabelecidas para uma delas

---

<sup>1</sup> Lei nº 10.406/02.

<sup>2</sup> CDC, arts. 25 e 51, I.

---

<sup>3</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora RT. 2003, pág. 336.

<sup>4</sup> *idem*.

fossem ou se tornassem extremamente desproporcionais em relação à outra.<sup>5</sup>

Isso não significa dizer, contudo, que a cláusula de limitação de responsabilidade inserida em um contrato seja, de plano, considerada nula por eventual afronta à mencionada função social dos contratos.

A “Lei do Software”, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, estabelece que nos contratos de licença serão nulas as cláusulas que não permitam a fixação de responsabilidade entre as partes contratantes<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Essa é a interpretação que julgamos mais adequada para o artigo 2.035 e parágrafo único do Código Civil, a seguir transcrito: “**Art. 2.035:** A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. **Parágrafo único:** 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”.

<sup>6</sup> **Art. 10, da Lei nº 9.609/98.** Os atos e contratos de licença de direitos de comercialização referentes a programas de computador de origem externa deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecerão a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior.

**§ 1º.** Serão nulas as cláusulas que:

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

Daí por que, não só à luz do que determina o Código Civil, mas também em razão da lei específica destinada à proteção dos direitos autorais sobre programas de computador, é perfeitamente admissível se considerar válida, por exemplo, uma cláusula contratual que fixe a responsabilidade da parte ao valor anual do contrato, considerando-se o ano da infração, ou que, num outro exemplo, limite a responsabilidade da parte ao valor da obrigação principal pactuada, dentre inúmeras outras limitações possíveis de fixação de responsabilidade contratual.

Portanto, e ao contrário do que uma análise menos atenta desta questão poderia sugerir, o estabelecimento de limitação da responsabilidade em contratos não implica afronta direta ao princípio da função social. Pelo contrário, permite que o negócio jurídico celebrado possa ser cumprido, o quanto possível, em plena igualdade de condições entre as partes envolvidas.

O Almeida Advogados conta com equipe de profissionais com *expertise* no setor de Tecnologia da Informação, bem como na elaboração e análise de contratos, colocando-se à disposição para prestar quaisquer outros esclarecimentos necessários em relação ao assunto abordado neste artigo.

