

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM CONTRATOS SAAS:
UMA ANÁLISE DA SUA EXTENSÃO E IMPORTÂNCIA**

MANUELA MIZRAHI GOLDFARB

Rio de Janeiro
2022

MANUELA MIZRAHI GOLDFARB

**CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM
CONTRATOS SAAS: UMA ANÁLISE DA SUA EXTENSÃO E
IMPORTÂNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.^a Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro.

Rio de Janeiro
2022

MANUELA MIZRAHI GOLDFARB

**CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM CONTRATOS SAAS:
UMA ANÁLISE DA SUA EXTENSÃO E IMPORTÂNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.^a Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ Orientador

_____ Membro da Banca

_____ Membro da Banca

Rio de Janeiro
2022

RESUMO

GOLDFARB, Manuela Mizrahi. Cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos SaaS: uma análise da sua extensão e importância. Rio de Janeiro, 2022. Monografia de final de curso. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Empresas SaaS possuem especificidades que tornam esse setor tecnológico extremamente mais exposto a riscos se comparado a outros prestadores de serviço no mercado. Considerando essas especificidades, apresentarei o princípio balizador da execução de negócios jurídicos, a autonomia das partes para livremente contratar, analisando a sua reflexão prática: cláusulas de limitação de responsabilidade. Partindo de uma abordagem dos limites impostos ao instrumento das cláusulas de limitação de responsabilidade no Brasil, o presente trabalho busca analisar cláusulas de grandes players no mercado SaaS, avaliando a sua relevância para saúde financeira dos negócios firmados, dentro dos limites legais permitidos.

Palavras-Chave: SaaS; Limitação de Responsabilidade; Interrupções; Indisponibilidades.

ABSTRACT

GOLDFARB, Manuela Mizrahi. Limitation of liability clauses in SaaS agreements: an analysis of its extension and importance. Rio de Janeiro, 2022. Monografia de final de curso. National Faculty of Law of the Federal University of Rio de Janeiro.

SaaS companies have specificities that make this technological sector extremely more exposed to risks compared to other service providers in the market. Taking these specificities into consideration, I will present one of the fundamental principles of contractual law, the parties' autonomy to freely contract, analyzing its practical result: limitation of liability clauses. Starting from an approach to the limits imposed on the instrument of limitation of liability clauses both in Brazil and the United States, the present work seeks to analyze clauses of major players in the SaaS market, evaluating their relevance to the financial health of the signed deals, within the legal limits.

Keywords: SaaS; Limitation of Liability; Outages; Unavailability.

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
SUMÁRIO	6
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – EMPRESAS SAAS	10
1.1. O que são empresas SaaS	10
1.2. por que contratar uma empresa SaaS	11
1.3. Riscos de contratar uma empresa SaaS	13
1.3.1. Segurança e Privacidade	14
1.3.2. Indisponibilidade do Software	16
1.4. Diferenças entre arquiteturas <i>Multi-Tenant</i> e <i>Single-Tenant</i>	17
1.5. Créditos de Serviço	18
CAPÍTULO 2 - CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	20
2.1. Autonomia da vontade das partes	20
2.2. Panorama Geral	21
2.2.1. Cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos empresariais	23
2.3. Modalidades de limitação	24
2.4. Extensão da possibilidade de limitação	25
2.4.1. Brasil	25
2.4.2. Dolo	26
2.4.3. Culpa grave	27
2.4.4. Ordem pública	30
2.4.5. Violação à Integridade Física	31

<i>CAPÍTULO 3 - IMPORTÂNCIA DAS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PARA CONTRATOS SAAS</i>	33
3.1. Riscos inerentes à atividade	33
3.1.1. Falhas de sistema relevantes	34
3.2. Modelos de cláusulas de limitação de responsabilidade	36
3.2.1. Breve análise de compatibilidade	42
3.2.1.1. Indiretos, especiais, incidentais e punitivos	44
3.2.1.2. Lucros cessantes	46
3.2.1.3. Perda de dados	50
3.2.1.4. Danos diretos	52
3.2.1.5. Teto de valor máximo a ser pago em caso de obrigação indenizatória:	53
3.3. Importância especial de cláusulas de limitação de responsabilidade para empresas multi tenant 54	
<i>CONCLUSÃO</i>	56
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	58

INTRODUÇÃO

Esse trabalho busca traçar uma correlação entre as restrições de extensão impostas às cláusulas de limitação de responsabilidade no Brasil, para, a partir de então, avaliar algumas das cláusulas de poderosos *players* do mercado de empresas SaaS, analisando a sua importância para esse setor tecnológico.

Um dos mais relevantes princípios norteadores da formação de negócios jurídicos é a liberdade das partes de contratar, ou a sua autonomia de celebrar contratos livremente. Esse princípio protege o poder das partes de estabelecer obrigações, direitos e deveres entre si por meio de relações contratuais, contratos.

Não à toa, um dos princípios de maior enfoque no nosso ordenamento é o *Pacta Sunt Servanda*, em português, “o contrato faz lei entre as partes”. Ou seja, aquilo que entre duas ou mais partes foi acordado contratualmente, regulará a sua relação dali em diante.

Na prática, uma importante consequência desse princípio são as cláusulas de limitação de responsabilidade, instrumento por meio da qual as partes acordam os limites máximos de responsabilização por quaisquer indenizações devidas em razão de determinada violação de seus deveres e obrigações.

Por outro lado, essa liberdade negocial não é irrestrita e esbarra em limites como a boa fé, ordem pública, equilíbrio contratual e função social do contrato, visto que não se pode única e exclusivamente se atentar aos interesses individuais sem calcular o que é relevante para a sociedade. Ainda assim, respeitados esses limites, defenderemos a importância do instituto, especialmente no contexto de provedores SaaS.

A sigla SaaS significa *Software as a Service*; são empresas que provém *softwares* hospedados na nuvem como um serviço *online* para aqueles que os contratam. A ideia dessa obra não é se debruçar sobre os pontos de atenção que empresas contratantes desse tipo de serviço devem levar em conta ao negociar um contrato e uma cláusula de limitação de responsabilidade, mas sim

demonstrar a especial importância que esse instrumento tem tanto para o provedor, quanto para o usuário dos serviços.

Assim, partindo de uma análise inicial sobre as especificidades de empresas SaaS, abordaremos em seguida o instrumento das cláusulas de limitação de responsabilidade, observando suas restrições no Brasil, para, por fim, apresentar como o instituto é refletido na prática comercial e os impactos necessários que cada uma das previsões tem para o negócio firmado.

CAPÍTULO 1 – EMPRESAS SAAS

1.1. O QUE SÃO EMPRESAS SAAS

O modelo de solução SaaS vem tomando espaço no meio tecnológico e promete se tornar um pilar fundamental no meio digital¹. Esse crescimento foi especialmente potencializado com a pandemia do COVID-19, momento no qual o mercado precisava urgentemente de soluções ágeis que acompanhassem a esperada, porém repentina, transição para o mundo digital². Para Dan Sommer, diretor sênior e líder de inteligência do mercado da Qlik, o COVID-19 foi o combustível final que faltava para a grande transição digital³.

O modelo SaaS abarca uma série de categorias de negócios, das mais distintas, seja entretenimento, tecnologia da informação, plataformas de ecommerce e tantos outros. Para 2024, a receita estimada desse mercado é de 185,8 bilhões de dólares⁴. Ainda de acordo com Sommer, plataformas SaaS correspondem a 25% das demais em uso, com previsão de crescimento de até 50%⁵.

A sigla SaaS significa *Software as a Service*, em tradução livre para o português, *Software* como um serviço. Uma empresa SaaS oferece o armazenamento de um *software* em sua infraestrutura enquanto seus clientes fazem exclusivamente o uso desse *software online*, sem que

¹ BENLIAN, Alexander; HESS, Thomas; BUXMANN, Peter. **Drivers of SaaS-Adoption – An Empirical Study of Different Application Types**. 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12599-009-0068-x#ref-CR48>. Acesso em: 01/06/2022.

² BROWN, Nick. **What is a SaaS Company? Top 20 SaaS Companies Killing It in 2022**. 2021. Disponível em: <https://accelerateagency.ai/saas-company>. Acesso em 15/05/2022.

³ AVIDON, Eric. **SaaS adoption, real-time BI among top analytics trends**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchbusinessanalytics/feature/SaaS-adoption-real-time-BI-among-top-analytics-trends>. Acesso em: 10/05/2022

⁴ CHAI, Wesley. **Software as a Service (SaaS)**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcloudcomputing/definition/Software-as-a-Service>. Acesso em 23/04/2022.

⁵ AVIDON, Eric. **SaaS adoption, real-time BI among top analytics trends**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchbusinessanalytics/feature/SaaS-adoption-real-time-BI-among-top-analytics-trends>. Acesso em: 10/05/2022

ele esteja armazenado em seu servidor. É um modelo de fornecimento de *software*, no qual a solução fica armazenada na nuvem e é oferecida aos usuários *online*⁶. Nesse caso, existe um licenciamento do uso do *software*, sem qualquer exclusividade por cliente, por meio do pagamento de uma taxa de subscrição, enquanto seu armazenamento permanece centralizado pelo fornecedor na nuvem.

Em outros termos, esse modelo SaaS permite que os clientes finais façam uso de uma solução tecnológica por meio de uma subscrição⁷ em contraposição ao licenciamento de compra, armazenamento, manutenção e atualização do *software*. Assim, o usuário deixa de ter o trabalho, na maioria esmagadora das vezes complexo, de instalar e manter um *software*, e passa a apenas precisar acessá-lo e usá-lo via internet. O desenvolvimento, armazenamento e constante atualização do software passam a ser responsabilidades exclusivas do fornecedor.

1.2. POR QUE CONTRATAR UMA EMPRESA SAAS

O grande atrativo e principal diferencial que leva empresas a escolherem o uso de plataformas SaaS é a eficiência que esse serviço permite⁸. A alternativa de uso do *software* em contrapartida à aquisição, desenvolvimento, armazenamento e manutenção de um software gera uma série de vantagens que fazem desse modelo um grande negócio para empresas⁹.

Elencamos aqui algum dos benefícios gerados em razão da contratação desse serviço, culminando em uma eficiência geral do negócio.

Economia de gastos: por óbvio, desenvolver manter e armazenar um software envolve incontáveis gastos, que são significativamente reduzidos com a contratação de uma plataforma

⁶ CHAI, Wesley. **Software as a Service (SaaS)**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcloudcomputing/definition/Software-as-a-Service>. Acesso em 23/04/2022.

⁷ CHAI, Wesley. **Software as a Service (SaaS)**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcloudcomputing/definition/Software-as-a-Service>. Acesso em 23/04/2022.

⁸ BROOK, Chris. What is a SaaS Company?. 2020. Disponível em: <https://digitalguardian.com/blog/what-saas-company>. Acesso em: 10/05/2022.

⁹ CHAI, Wesley. **Software as a Service (SaaS)**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcloudcomputing/definition/Software-as-a-Service>. Acesso em 23/04/2022.

SaaS. Independentemente do modelo de precificação de cada provedor, os valores que antes seriam dispendidos para uma série de ações frente ao licenciamento do *software*, passam a ser voltados exclusivamente para o seu uso, deixando de lado uma série de outros gastos que não mais serão necessários.

Terceirização da atualização do *software*: a responsabilidade pela atualização do software é única e exclusivamente do fornecedor. Ou seja, as empresas podem deixar para o fornecedor a responsabilidade por atualizações automáticas e gerenciamento de correções no software. Além de deixar o cliente isento de qualquer obrigação com relação à instalação de correções, atualizações e outros sistemas, isso evita a possibilidade de um sobrecarregamento do time interno de tecnologia da informação das empresas contratantes.

Acesso *online*: o modelo SaaS permite a utilização do serviço a partir de qualquer localidade do mundo. Na atualidade, contexto no qual grande parte das empresas tem seus funcionários e clientes espalhados ao redor do globo, fornecer um serviço que possa ser acessado facilmente de qualquer lugar é de extrema importância¹⁰.

Investimento em tecnologia da informação: licenciar um *software* envolve uma série de investimentos para mantê-lo atualizado e alinhado às boas práticas do mercado e eficiente para aproveitamento pelos seus usuários. No modelo SaaS, é o fornecedor que tem a obrigação de investir em tecnologias e recursos para manter o *software* funcionando de maneira eficiente, confiável e segura - tirando essa responsabilidade da empresa contratante, que poderá investir recursos em outras áreas do seu negócio.

Escalabilidade: ainda que mediante um provável aumento de valores, uma plataforma SaaS permite a expansão ilimitada da capacidade e do uso dos seus clientes, sem a necessidade de compra de novos *softwares*. É possível ao contratante fazer uma escolha de compra personalizada, requerendo mais ou menos serviços, funcionalidades ou capacidades. Isso permite a ampliação dos serviços de empresas que optam pelo uso do modelo SaaS com facilidade e agilidade.

¹⁰ WATERS, Bret. **Software as a service: A look at the customer benefits.** *J Digit Asset Manag* 1, 32–39 (2005). Disponível em: <https://doi.org/10.1057/palgrave.dam.3640007>. Acesso em 01/05/2022.

Customização: plataformas SaaS são facilmente customizáveis e permitem a sua integração com outros serviços e aplicativos, sejam de terceiros, incluindo novas funcionalidades ao serviço, ou mesmo sistemas internos da empresa contratante. Ou seja, o modelo SaaS permite que seus usuários customizem o seu uso de serviço para adequá-lo ao seu negócio, sem que isso afete na infraestrutura compartilhada com outros usuários.

Fácil adaptação: a facilidade e agilidade do modelo SaaS permite a sua rápida adaptação às recentes inovações tecnológicas. Esse modelo permite uma introdução repentina e ágil das novas tecnologias, como a realidade aumentada, *machine learning* e quaisquer novas tendências que dependam de uma reação e introdução imediata.

1.3. RISCOS DE CONTRATAR UMA EMPRESA SAAS

Apesar de todos os benefícios acima expostos, alguns riscos intrínsecos à prestação de serviços SaaS são contrapartida lógica. Ainda que o caminho natural possa parecer ser unicamente o da orientação às partes contratantes quanto a essas sensibilidades na hora da contratação do serviço, entendo que esses riscos, como inerentes aos serviços de empresas SaaS, devem ser fruto de análise de ambas as partes para que seja atingida uma negociação bem-sucedida.

O mapeamento dos riscos de cada relação comercial deve ser levado em consideração por ambas as partes, com o objetivo de elaborar contratos, deveres e obrigações que sejam compatíveis com os limites suportáveis por cada lado.

Listo abaixo alguns dos principais riscos relacionados à contratação de um serviço SaaS.

Situações fora do controle da contratante: considerando a total dependência da contratante no *software* fornecido, problemas de instabilidade, incidentes de segurança ou mesmo a terminação de certas funcionalidades do software terão necessariamente impactos na disponibilização dos serviços da contratante para seus usuários. Essas situações estão fora do controle da contratante e, portanto, não podem ser por ela remediadas.

Para minimizar o impacto dessas alterações na disponibilização dos serviços para usuários finais, deve-se ser observado o Acordo de Nível de Serviço (ANS - em inglês, Services Level Agreement - SLA) oferecido pelo provedor. O ANS será abordado com mais detalhes abaixo, mas, em resumo, é a taxa de disponibilidade do *software* com a qual a empresa fornecedora se compromete a entregar. Em caso de níveis abaixo do esperado, é muito relevante analisar quais serão as penalidades, muitas vezes créditos com descontos para pagamentos futuros, que a empresa fornecedora oferece.

Alteração de versões: alinhado ao ponto acima, o fornecedor tem liberdade para gerir seu *software* da maneira que entender apropriada. Assim, a possibilidade de uma alteração de versões do *software* é uma realidade, e essa atualização não necessariamente será interessante para todos os seus usuários. Uma mudança relevante pode implicar na necessidade de treinamentos para o uso da nova versão ou mesmo não estar alinhada às necessidades do usuário.

Certo é que a venda de produtos e serviços pelo contratante é tão importante para este quanto para o fornecedor, que depende do sucesso do negócio de seus clientes para o impulsionamento de seu próprio serviço. Nesse sentido, raramente esbarraremos com a alteração de funcionalidade relevantes que impactem o serviço oferecido. Ainda assim, essa é uma escolha discricionária do fornecedor do software.

Dificuldade para migração entre fornecedores: durante o uso de serviços de um fornecedor SaaS, a empresa contratante armazena no seu sistema uma quantidade significativa de dados e informações do seu negócio. A escolha de um novo fornecedor impõe a necessária transição desses dados de um sistema a outro, o que pode gerar muitas complicações. Ainda assim, existem fornecedores que oferecem um serviço de suporte para essa migração, mesmo que por um preço adicional.

Segurança e privacidade: a segurança e privacidade de dados no modelo SaaS é ponto de atenção tanto para quem o fornece, quanto para quem o utiliza. Esse ponto merece especial cuidado e será abordado com mais detalhe no tópico a seguir.

1.3.1. SEGURANÇA E PRIVACIDADE

A segurança e privacidade dos dados e informações das empresas contratantes de um modelo SaaS merece um endereçamento mais direcionado. Se no caso de softwares tradicionais os usuários são responsáveis pela sua manutenção e segurança da infraestrutura, no modelo SaaS, como já apontado, essa é uma responsabilidade exclusiva do fornecedor.

Por óbvio, empresas contratantes devem sempre buscar fornecedores cujos serviços estejam alinhados com as boas práticas de segurança e privacidade do mercado, com certificados de segurança relevantes e planos de recuperação efetivos.

Por outro lado, ainda que todas essas medidas sejam observadas, o objeto da relação contratual é um software, uma coisa. E coisas falham eventualmente. Entender a possibilidade de uma violação de segurança e privacidade é imprescindível especialmente para que o fornecedor estabeleça diretrizes e limites máximos por responsabilizações de indenizações que poderá suportar nos casos eventuais de que essas violações ocorram.

Em março 2022, três grandes empresas do mercado SaaS sofreram ataques cibernéticos que afetaram suas bases de dados - *Microsoft, Okta e HubSpot*.

- Okta: a Okta é a principal empresa de reconhecimento de identidade para empresas do mercado. Mesmo com certificados de SOC 2, SOC 3, CAIQ, SIG, VSA, ISO 27001, CSA-Star, FedRamp¹¹ e tantas outras melhores práticas do mercado, a Okta foi alvo de um ataque hacker. Apesar da rápida resolução, um grupo hacker atacou os sistemas da Okta e emitiu capturas de imagens que indicavam o comprometimento de dados de até 2,5% dos clientes da empresa¹².
- Microsoft: a Microsoft é hoje talvez a maior empresa em desenvolvimento de softwares e outras soluções tecnológicas no mundo. A Microsoft Security - MFA sofreu um ataque

¹¹ Informações públicas disponíveis na página de compliance oficial da Okta; disponível em: <https://trust.okta.com/compliance/>. Acesso em 15/05/2022.

¹² Declaração pública oficial realizada pelo Chief of Technology Officer da Okta. Disponível em: <https://www.okta.com/blog/2022/03/updated-okta-statement-on-lapsus/>. Acesso em: 15/05/2022.

hacker que comprometeu uma de suas contas, resultando no roubo e publicação de seu código fonte¹³.

- HubSpot: por fim, a HubSpot, software de CRM, vendas, marketing e atendimento ao cliente, também sofreu um ataque cibernético que comprometeu os seus serviços. Os hackers utilizaram uma conta de apoio ao cliente para acessar e exportar dados de contatos de diversas contas¹⁴.

Ainda que com medidas técnicas apropriadas para evitar incidentes, fato é que essas são possibilidade intrínsecas ao software e, apesar de raros, temos ocorrências relevantes desses incidentes, como as acima demonstradas.

1.3.2. INDISPONIBILIDADE DO SOFTWARE

Da mesma maneira que incidentes de privacidade e segurança podem ocorrer em atividades de empresas SaaS, indisponibilidades, *bugs* e interrupções do *software* são inerentes a esse contexto.

Apesar de um planejamento cuidadoso, “*apesar de nossos melhores esforços para fazer as coisas da maneira certa, os sistemas que usamos podem quebrar*”, disse Mehdi Daoudi, advogado membro da Forbes e CEO e Co-Founder da Catchpoint¹⁵. Indisponibilidades são realidade quando se fala em serviços online¹⁶; não há *software* blindado de falhas.

¹³ Declaração pública oficial realizada pela Microsoft. Disponível em: <https://www.microsoft.com/security/blog/2022/03/22/dev-0537-criminal-actor-targeting-organizations-for-data-exfiltration-and-destruction/>. Acesso em: 15/05/2022.

¹⁴ Declaração pública oficial realizada pela HubSpot. Disponível em: <https://www.hubspot.com/en-us/march-2022-security-incident>. Acesso em: 15/05/2022.

¹⁵ DAOUDI, Mehdi. **Is Your Business Prepared for The Next Major SaaS Outage?** 2021. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2021/06/25/is-your-business-prepared-for-the-next-major-saas-outage/?sh=4464dd3057ea>. Acesso em: 10/04/2022.

¹⁶ MIKADO, Mikita. **How Your SaaS Company Can Survive a Cloud Outage.** 2017. Disponível em: <https://www.cmswire.com/information-management/how-your-saas-company-can-survive-a-cloud-outage/>. Acesso em 10/04/2022.

A título de exemplo, que abaixo será mais bem explorado, indisponibilidades repentinas em serviços de empresas SaaS ocorrem todos os anos. Em janeiro de 2021, o Slack, um aplicativo de mensagens para empresas, sofreu uma interrupção e ficou fora do ar para mais de doze milhões de usuários por mais de três horas. Novamente, em fevereiro de 2022, sofreu interrupção total de sua plataforma, semelhante ao que ocorrera um ano antes¹⁷.

O resultado disso são inevitáveis perdas sofridas por usuários de serviços de empresas SaaS, variando de acordo com o setor analisado. A título de exemplo, para uma empresa que faz uso de um serviço de comunicação SaaS para captação de clientes, uma indisponibilidade significa a perda de potenciais clientes, para outra que usa uma plataforma de ecommerce SaaS para a sua loja online, uma indisponibilidade impacta na perda de vendas. Desse modo, junto com a falha do software, as atividades das empresas que dele fazem uso também ficam suspensas.

1.4. DIFERENÇAS ENTRE ARQUITETURAS *MULTI-TENANT* E *SINGLE-TENANT*

Em seguida, para além das peculiaridades inerentes à utilização de um serviço SaaS, é interessante ressaltar as especificidades que surgem da diferenciação de uma empresa SaaS com arquitetura *multi* ou *single tenant* - especialmente porque isso trará um impacto relevante na defesa do uso de cláusulas de limitação de responsabilidade para cada um desses modelos.

Uma empresa SaaS com arquitetura *single-tenant* aloca uma instância do servidor e da base de dados distinta para cada um de seus clientes.

Essa infraestrutura pode ser vantajosa em alguns aspectos, dentre eles a possibilidade de criar especificidades e customizações isoladas para cada cliente, testando atualizações e alterações sem que isso impacte em todo o resto do ecossistema de clientes. Além disso, como consequência do ponto anterior, a arquitetura *single-tenant* permite garantir que um cliente não será afetado por uma ação de um usuário distinto.

¹⁷ Indisponibilidades públicas no painel de status do Slack. Disponível em: <https://status.slack.com/2021-01/9ecc1bc75347b6d1>. Acesso em: 10/04/2022.

Já uma empresa que oferece arquitetura *multi-tenant* possui uma arquitetura comum para todos os seus clientes, ou seja, um servidor e base de dados compartilhado entre toda a sua gama de usuários¹⁸, restrita apenas por chaves de segurança distintas.

Essa arquitetura permite uma menor complexidade na hospedagem do servidor, no lançamento de atualizações e funcionalidades para todos os usuários da solução, uma vez que quaisquer modificações na infraestrutura compartilhada impactarão automaticamente e invariavelmente no uso de todos os clientes. Por fim, essa arquitetura oferece uma possibilidade maior de custos reduzidos, vez que estes serão compartilhados por todos os clientes.

Por outro lado, se pode ser positiva a escalabilidade de atualizações e modificações permitida pela infraestrutura compartilhada, essa mesma característica pode ter impactos negativos bastante relevantes.

Quaisquer violações, incidentes, perda de informações ou instabilidades na plataforma afetarão todos os clientes do ecossistema. Isso é dizer que violações contratuais necessariamente implicam na realidade de que os danos causados serão comuns a todos os usuários, o que gera uma maior exposição do fornecedor do serviço a riscos de indenização.

Essa incontestável exposição será novamente explorada no capítulo final deste trabalho, avaliando a necessária mitigação de riscos que poderá ser realizada por meio de limitações à responsabilização do fornecedor SaaS.

1.5. CRÉDITOS DE SERVIÇO

Como já abordado anteriormente, empresas SaaS tem como principal obrigação a prestação, manutenção e armazenamento do software que será utilizado pelos seus clientes para oferecimento de serviços.

¹⁸ Site oficial da empresa Salesforce. Disponível em: <https://www.salesforce.com/in/saas/>. Acesso em: 01/06/2022.

Ocorre que, para que essa relação contratual seja proveitosa, é imprescindível que o *software* oferecido esteja frequentemente disponível para uso. Ou seja, ainda que com a possibilidade de indisponibilidades do serviço, é essencial que haja um nível de disponibilidade mínima com a qual o fornecedor deve se comprometer. É neste contexto que o conceito Acordo de Níveis de Serviço – ANS se enquadra.

Níveis de serviço nada mais são do que um acordo entre fornecedor e cliente de qual deverá ser a taxa de disponibilidade mínima do *software* aferida durante determinado período de tempo, seja ele mensal, trimestral ou semestral.

ANS é fruto das melhores práticas do mercado e é oferecido pela esmagadora maioria, se não todas, empresas SaaS. O provedor se compromete a empreender seus melhores esforços para cumprir com o ANS.

Por outro lado, mais importante que o ANS, são os créditos de serviço que são devidos toda vez que o ANS não é alcançado. Caso esses níveis de serviço acordados não sejam cumpridos, ou seja, caso a plataforma ofereça uma disponibilidade menor do que a prometida, o fornecedor de serviços estará submetido a uma penalidade: os créditos de serviço.

Em resumo, os créditos de serviço são uma penalidade sob a qual o fornecedor está submetido a cada vez que o ANS não é cumprido.

Os créditos de serviço funcionam como um desconto que será oferecido sobre os pagamentos feitos pela empresa contratante.

Por exemplo, analise-se uma empresa que afere seus níveis de serviço mensalmente e cujo pagamento de seus clientes também ocorra na mesma periodicidade. Caso em determinado mês seja reconhecido que a plataforma teve uma disponibilidade menor do que a esperada, os clientes afetados terão o direito a um desconto na sua fatura do mês seguinte, que poderá corresponder a um valor fixo ou porcentagem – que aumentará a depender do quão distantes os níveis foram daquilo que se era esperado.

CAPÍTULO 2 - CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

2.1. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

Antes de adentrar a fundo no objeto de estudo deste capítulo, é interessante fazer um breve recorte do princípio que permite a aplicação do instrumento: o princípio da autonomia da vontade das partes.

O princípio da autonomia da vontade das partes, ou princípio da liberdade de contratar é um dos mais relevantes pilares do nosso ordenamento jurídico. Apesar de passível de certas restrições, a ideia desse princípio é que as partes têm autonomia para negociar e contratar livremente, como bem entenderem ser mais proveitoso para elas.

A autonomia das partes é refletida no princípio, em Latim, *pacta sunt servanda*, em português, o contrato faz lei entre as partes.

É precisamente essa organização contratual entre as partes que explica Francisco Amaral ser esse princípio:

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, numa esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares a autorregulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado¹⁹.

Em complemento, Maria Helena Diniz ensina que “*Autonomia da vontade é o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica*”.²⁰

¹⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v.3. 23ª ed., p. 23. São Paulo: Saraiva, 2007.

Em resumo, a autonomia das partes é o direito que os envolvidos na relação contratual tem de estipular direitos, deveres e obrigações da maneira que entenderem benéfico para elas.

Como uma das consequências práticas deste princípio, temos o instituto que será abordado a fundo neste capítulo inicial do trabalho: as cláusulas de limitação de responsabilidade.

2.2. PANORAMA GERAL

As cláusulas de limitação de responsabilidade não têm ainda regulamentação no código civil brasileiro. Por outro lado, são um instrumento já pacificado e altamente utilizado para alocação de riscos em relações contratuais - com algumas controvérsias que serão mais a frente destrinchadas. Sergio Cavalieri Filho leciona que a doutrina e jurisprudência têm reconhecido a validade de cláusulas de limitação de responsabilidade com fundamento na liberdade das partes de contratar²¹.

Sua validade foi finalmente reconhecida em 1995 no julgamento do Recurso Especial 39.082/SP pelo Superior Tribunal de Justiça²². É, portanto, o entendimento majoritário de que o princípio da reparação integral, ou seja, que obriga a parte violadora a indenizar a parte inocente por todas as perdas sofridas, pode ser excetuado em determinadas circunstâncias como fruto do mútuo acordo entre as partes²³.

Cláusulas de limitação de responsabilidade tem como objetivo a limitação dos valores a serem pagos a título de perdas e danos em caso de violação de obrigações contratuais²⁴. Ou seja, apoiadas em sua autonomia e liberdade contratual, as partes envolvidas optam pela limitação da

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavalieri Filho. 12ª ed., São Paulo: Atlas, p. 556-557, 2015.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 39.082/SP de 20 de março de 1995. Relatoria do Ministro Fontes de Alencar. São Paulo. 13/12/1995. DJ 02/09/1996 p. 31022.

²³ PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, p. 41, 2009. BANDEIRA, Luiz Octávio V. V. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Almedina, p. 119, 2016.

²⁴ RIBOTTA, Luise C. Proença; BRANCHER, Paulo. **A visão dos tribunais brasileiros em relação às cláusulas de limitação de responsabilidade nos contratos empresariais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/262801/a-visao-dos-tribunais-brasileiros-em-relacao-as-clausulas-de-limitacao-de-responsabilidade-nos-contratos-empresariais>. Acesso em: 01/06/2022.

extensão de possíveis riscos de indenização. Dessa maneira, avaliam-se os riscos da atividade exercida e delimita-se o máximo de exposição que entendem como razoável estarem submetidas para justificar a sua prestação de serviço.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, a cláusula de limitação de responsabilidade "*afasta a indenização, a reparação, o ressarcimento do dano, ou, em outras palavras, as normas consequências da inexecução de uma obrigação*"²⁵. Ainda, Wanderley Fernandes ensina que essas cláusulas seriam "*convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização*"²⁶. É esse também o entendimento de António Pinto Monteiro, que leciona que "*o instrumento é utilizado para afastar ou mitigar a responsabilidade por indenização que resulta da violação das obrigações contratuais assumidas entre as partes*"²⁷.

Essa cláusula pode ter duas modalidades principais: a limitação da extensão dos danos que serão ressarcidos, como por exemplo, limitando a responsabilização por danos indiretos, ou então limitando a quantia máxima a ser indenizada, ou seja, incluindo um teto máximo de indenização em determinado valor.

Tendo em vista a impossibilidade de dimensionamento dos efetivos danos eventualmente causados em uma prestação de serviço, a cláusula de limitação de responsabilidade é uma maneira de evitar o comprometimento da atividade final da empresa SaaS, mapeando o risco máximo de indenização ao qual pode estar sujeita sem comprometer sua atividade final²⁸.

Se antes esse instrumento já era fortemente utilizado, com o avanço do mundo digital e a maior utilização de softwares, plataformas e serviços online, cláusulas de limitação de responsabilidade passaram a ser cada vez mais encontradas nesses contratos - justamente por serem

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavalieri Filho. 12ª ed., São Paulo: Atlas, p. 591, 2015

²⁶ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**, p. 112.

²⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**, p. 100.

²⁸ SYDOW, Juliana Camargo. **LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**. 2019. Disponível em: <https://iwrcf.com.br/limitacao-responsabilidade-contratos/>. Acesso em: 09/05/2022.

casos nos quais o fornecedor não consegue efetivamente controlar os riscos potencialmente causados, como mais para frente será abordado²⁹.

2.2.1. CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Como visto acima, a possibilidade dessa limitação é respaldada na autonomia das partes de negociar livremente. O contrato seria, então “*o produto de um acordo de vontades (...) como um importante instrumento de liberdade, permitindo que cada indivíduo de tornasse legislador de si próprio*”³⁰.

Isso é dizer que, para que esse instrumento fosse utilizado de maneira plena, sem ferir direitos das partes envolvidas, essencial seria que ambas as partes estivessem em paridade, com a efetiva possibilidade de negociar livremente.

Nesse sentido, é interessante ressaltar que no julgamento do REsp 39.082/SP já exposto, paradigma no reconhecimento da admissibilidade de cláusulas de limitação de responsabilidade, o voto do Ministro Cláudio Santos expressamente apontou a extensa negociação entre as partes como argumento para reconhecimento de sua validade. Assim, torna-se imprescindível o claro consentimento de ambas as partes no sentido de incluir essas cláusulas no instrumento contratual.

Conforme Antônio Pinho Monteiro leciona:

“Parece, em suma, que as declarações unilaterais desse tipo não podem valer como convenção de irresponsabilidade, faltando, para tal, o indispensável acordo dos destinatários, o qual não pode deduzir-se de comportamentos destituídos, em regra, desse significado de alcance”³¹.

Algumas controvérsias surgiriam se essa limitação derivasse de contratos nos quais essa autonomia não é clara, ou nos quais as partes não estão em real paridade, como por exemplo em contratos de adesão - ainda que empresariais. Para o presente trabalho, o estudo será restrito às

²⁹ FERNANDES, Wanderley. **Cláusula de exoneração e de limitação de responsabilidade**, cit., p. 42.

³⁰ MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil** p. 45

³¹ FERNANDES, Wanderley. **Cláusula de exoneração e de limitação de responsabilidade**, cit., p. 401.

cláusulas incluídas em contratos de relações empresariais, sem caráter de adesão, justificando a possibilidade de uma melhor alocação de riscos - contratos que muito utilizam desse mecanismo³².

Contratos empresariais são naturalmente distintos de contratos cíveis e consumeristas no geral, uma vez que são marcados pelo envolvimento de duas partes com comum poder de negociação. São contratos altamente marcados pela autonomia das partes e liberdade de contratação.

É exatamente esse o entendimento do julgador na análise do REsp 936.741, cuja ementa é refletida a seguir:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.

1. **Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo.** Nestes admite-se o dirigismo contratual. **Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.** 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. (.)³³.

Assim, considerando a relevância que a autonomia e real paridade das partes tem para definir a validade de cláusulas de limitação de responsabilidade, reforça-se aqui a análise de contratos sob o ponto de vista empresarial e de não adesão.

2.3. MODALIDADES DE LIMITAÇÃO

De maneira geral, existem duas principais modalidades de cláusulas de limitação de responsabilidade: a limitação do valor a ser pago a título de indenização ou então a limitação dos

³² FERNANDES, Wanderley. **Cláusula de exoneração e de limitação de responsabilidade**, cit., p. 336.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 936.741 - GO 2007/0065852-6, Relator: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, Julgado: 03/11/2011, DJE: 08/03/2012.

danos passíveis de indenização. De maneira ainda mais específica, as cláusulas de limitação de responsabilidade podem ter roupagens distintas, endereçando diferentes tópicos em seu teor.

Talvez a mais comum das limitações de responsabilidade seja a limitação da possibilidade de indenização do contratante por uma gama de danos, em geral, indiretos, morais, punitivos, emergentes, lucros cessantes e perda de oportunidade.

Em seguida, ainda na limitação de danos a serem responsabilizados, é possível que um fornecedor estabeleça desde o momento da assinatura do contrato, danos originados de falhas específicas pelos quais não se responsabilizará. Exemplo muito comum em contratos de empresas SaaS é a não responsabilização por danos decorrentes de perdas de dados e violações causadas pelo acesso não autorizado ao serviço.

Outro exemplo do contexto de empresas SaaS neste ponto e já abordado no trabalho é a limitação de indenizações em casos de indisponibilidade do serviço, oferecendo como exclusivo remédio para tais violações créditos de serviço em futuras faturas.

Há também a limitação de qualquer responsabilidade submetida a um teto máximo de indenização. Seja de maneira cumulativa ou independente das demais limitações abordadas anteriormente, é rotineiro encontrar em contratos cláusulas que estipulem uma quantia máxima pela qual o fornecedor será responsabilizado por indenizar em caso de quaisquer violações - seja este um valor fixo, ou proporcional às quantias pagas em razão do contrato³⁴.

2.4. EXTENSÃO DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO

2.4.1. BRASIL

³⁴ PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, p. 87, 2009.

No ordenamento jurídico não há delimitação exata de qual seria a extensão possível para uma cláusula de limitação de responsabilidade; ou seja, quais seriam os limites que devem ser respeitados para que tal instrumento seja considerado válido. Ainda assim, quatro pontos principais são frequentemente mencionados e devem ser respeitados a fim de ter uma cláusula executável.

Cito aqui a não violação em caso de quatro cenários principais: (i) dolo; (ii) ordem pública e bons costumes; (iii) culpa grave; e (iv) violação à integridade física.

2.4.2. DOLO

Apesar de defender-se muito a liberdade das partes de contratar, baseado sempre em sua autonomia, algumas barreiras não podem ser ultrapassadas, sob risco de ferir o ordenamento jurídico.

Dentre algumas distintas limitações, é pacífico o entendimento pela impossibilidade de limitação de responsabilidade em casos de dolo³⁵.

Por óbvio, não seria compatível com o ordenamento jurídico permitir que fornecedores limitassem sua responsabilidade de indenização em casos de condutas ilícitas intencionalmente praticadas. Autorizar essa restrição seria permitir que condutas reprováveis fossem perpetuadas sem qualquer consequência prática ao seu ator.

É esse o entendimento de Giulianna Bonanno Schunk e José de Aguiar Dias, que afirmam que reconhecer a possibilidade de limitação em casos de dolo ofenderia diretamente a ordem pública³⁶.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Vol. 4**, cit., p. 181. BANDEIRA, Luiz Octávio V. V. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Almedina, p. 157, 2016.

³⁶ CHUNK, Giulianna Bonanno. **Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro**. Revista de Direito Empresarial (RDEmp), Belo Horizonte, ano 9, n. 2, mai./ago. 2012, p. 816 e 818. DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**, p. 105.

Não só isso, mas iria em sentido diametralmente oposto ao que prevê nosso Código Civil, que em seu artigo 145 prevê que "*são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.*".

É esse o entendimento de Daniel Ustárroz, que leciona que:

Danos causados por dolo ou culpa grave não podem ser objeto da cláusula de não indenizar, sob pena de se admitir a imoralidade e impunidade de uma má-fé previamente acordada, o que contraria também os preceitos de ordem pública³⁷.

Ou seja, para além do posto em nosso código civil, permitir que o fornecedor se esquive de responsabilidade por condutas odiosas previstas e autorizadas de antemão seria uma ofensa aos princípios da boa fé-objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual.

Essa violação é uma ofensa clara à ordem pública, indo em sentido contrário à preservação do interesse da sociedade. Assim, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves:

“O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, que resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco”³⁸.

Nesse mesmo sentido converge mais uma vez nosso Código Civil ao estabelecer que "*nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*".

Em conclusão, entende-se pela impossibilidade de cláusulas de limitação de responsabilidade que isentem o fornecedor de obrigações indenizatórias por danos causados em razão de ações eivadas de dolo.

2.4.3. CULPA GRAVE

³⁷ USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Contratual**. 2. e. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. Pág. 183.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático**, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág. 696.

Não tão pacífico quanto em casos resultados de ações performadas com dolo, é o entendimento quanto à possibilidade de limitação de responsabilidade nos casos oriundos de atos decorrentes de culpa grave.

Se por um lado uma parte da doutrina entende pela equiparação do dolo à culpa grave, parte dela entende por serem estritamente distintos e passíveis de regulamentações diferentes.

O argumento para a impossibilidade de limitação reside no mesmo ponto trazido como oposição à limitação em casos de dolo: essa permissão abriria espaço para atos reprováveis, apoiados na negligência e imperícia.

A diferença entre ambos os casos seria que, enquanto o dolo seria entendido como decorrente da má-fé da parte violadora, no caso da culpa grave os danos seriam resultado de uma falta de diligência do agente causador³⁹.

É esse o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho ao defender que:

"a culpa grave, por sua vez, revela negligência extrema, grosseira ausência de vigilância, em que o homem menos cuidadoso não incide nos seus próprios negócios. A interdição da cláusula de não indenizar, em casos tais, é exigência da moral e da boa-fé."⁴⁰.

Roberto Carlos Gonçalves é defensor desse posicionamento, reconhecendo a inaplicabilidade das cláusulas de limitação de responsabilidade em casos de culpa grave⁴¹.

Antônio Junqueira de Azevedo também defende que, em se tratando de cláusulas de limitação de responsabilidade, a culpa grave deve ser equiparada ao dolo, defendendo que a aprovação de cláusulas que limitem a responsabilização do autor nessas circunstâncias

³⁹ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**, p. 88

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavalieri Filho. 12ª ed., São Paulo: Atlas, p. 594, 2015

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil**/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág. 102.

“representaria forte estímulo à negligência, à desatenção, em situação contrária à ordem pública contratual e ao interesse social, daí a nulidade dessa inclusão⁴²”

Por outro lado, alguns doutrinadores defendem pela possibilidade de limitação de responsabilidade em casos originados de atos de culpa grave, justamente destacando o abismo diferencial entre atitudes realizadas intencionalmente daquelas realizadas por uma negligência reprovável.

Dentre os autores defensores desta segunda linha, estão Caio Mario da Silva Pereira e Fabio Henrique Peres, que justamente apontam a impossibilidade de equiparação de dois institutos extremamente distintos em razão da diferenciação entre a intenção e a negligência⁴³.

Por fim, trazendo o instituto para o contexto de empresas SaaS e considerando a falta de clareza quanto a possibilidade de limitação de responsabilidade indenizatória em casos de culpa grave, entendemos pela necessidade da análise quanto ao enquadramento dessa circunstância no contexto tecnológico.

Apesar do cenário teórico de equivalência entre o dolo e a culpa grave, empresas SaaS estão em constante atualização do seu produto, lançando novas funcionalidades, ferramentas, atualizações e correções que entendam ser interessantes. Nesse cenário, essa distinção pode ser bastante trabalhosa, *“justamente por se tratar de tecnologias novas, sendo de extrema dificuldade apontar que a empresa de tecnologia cometeu um erro grosseiro ao não prever uma falha ou indisponibilidade do software”⁴⁴.*

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Nulidade da cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional (parecer).** In: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴³ FERNANDES, Wanderley. **Cláusula de exoneração e de limitação de responsabilidade**, cit., p. 223.

⁴⁴ BORGATTO, Henry Magnus Guarnieri. **CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE. LIMITES PARA SUA VALIDADE.** Disponível em: <https://assisemendes.com.br/clausulas-limitativas-de-responsabilidade-nos-contratos-de-licenciamento-de-software-limites-para-sua-validade/>. Acesso em 01/06/2022.

Especialista em direito digital, Henry Magnus Guarneri Borgatto explica que:

“Todo e qualquer software, independentemente de seu produtor ou características, é uma espécie de produto que está sempre em constante atualização e aperfeiçoamento, possuindo, sempre e incondicionalmente, aspectos a serem melhorados, o que não podem ser considerados em si como falhas ou defeitos que caracterizem a culpa grave.

Assim, **a impossibilidade de redigir uma cláusula limitativa de responsabilidade nos contratos de licenciamento de software abrangendo a culpa grave, torna-se, de fato, um risco não passível de alocação para as empresas de tecnologia.**⁴⁵.

Em conclusão, o entendimento quanto a possibilidade ou não de limitação de responsabilidade por obrigações indenizatórias em casos de danos resultantes de ações eivadas de culpa grave não é unânime. Cabe uma análise maior do caso concreto para avaliar se a permissão de tal limitação seria razoável considerando a relação entre as partes ou se seria incentivo a uma postura contrária aos nossos princípios basilares.

2.4.4. ORDEM PÚBLICA

Ordem pública e os bons costumes apesar de indiscutivelmente vedados e não passíveis de limitação são conceitos muito amplos. São termos definidos pelo próprio poder julgador, dependendo do momento cultural e temporal em que a sociedade se encontra.

Enzo Roppo define ordem pública como

complexo de princípios e valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de evolução histórica e que, para isso, deve considerar-se imanescentes do ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica⁴⁶.

⁴⁵ BORGATTO, Henry Magnus Guarneri. **CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE. LIMITES PARA SUA VALIDADE.** Disponível em: <https://assisemendes.com.br/clausulas-limitativas-de-responsabilidade-nos-contratos-de-licenciamento-de-software-limites-para-sua-validade/>. Acesso em 01/06/2022.

⁴⁶ V. ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, p. 174, 1988

De maneira breve, esses conceitos buscam a proteção e priorização de interesses e direitos coletivos sobre os individuais⁴⁷ - invalidando negócios jurídicos que se sobreponham ao interesse coletivo⁴⁸.

Os preceitos da ordem pública estabelecem limites para quaisquer negócios jurídicos, restando eivados de nulidade aqueles que a violarem⁴⁹.

Nosso Código Civil, em seu artigo 122, prevê que:

são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Em conclusão, desde que respeitadas algumas exceções, dentre elas o respeito à ordem pública, cláusulas de limitação de responsabilidade são fruto da autonomia das partes de livre negociar e devem ser reconhecidas como válidas.

2.4.5. VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA

A proteção da integridade da pessoa física e consequente impossibilidade de limitação de responsabilidade por indenização a danos que gerem esse tipo de violação está de certa maneira submetido aos princípios da ordem pública.

O artigo 13 do Código Civil dispõe sobre a obrigatoriedade de proteção da integridade física do indivíduo, vedando a possibilidade do ser humano dispor do seu próprio corpo. A redação desse artigo prevê que “*Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*”.

Somado a isso, o artigo 11, também do código civil, dispõe sobre a impossibilidade de renúncia de direitos personalíssimos, categoria na qual se enquadra a integridade física do ser humano. O artigo enuncia que: “*Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da*

⁴⁷ PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Imprensa: Coimbra, Almedina, p. 187, 2005.

⁴⁸ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 3ª ed., p. 905, Rio de Janeiro: Forense, 1976

⁴⁹ PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, p. 144, 2009. BANDEIRA, Luiz Octávio V. V. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Almedina, p. 130, 2016.

personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”.

Nesse sentido, entendendo a integridade física como um direito personalíssimo, irrenunciável e indisponível, é pacífico na doutrina nacional e internacional que a cláusula de limitação de responsabilidade não pode operar para limitar a responsabilidade das partes em casos de violação à integridade física de um indivíduo⁵⁰.

⁵⁰ BORGATTO, Henry Magnus Guarnieri. **CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE. LIMITES PARA SUA VALIDADE.** Disponível em: <https://assisemendes.com.br/clusulas-limitativas-de-responsabilidade-nos-contratos-de-licenciamento-de-software-limites-para-sua-validade/>. Acesso em 01/06/2022.

CAPÍTULO 3 - IMPORTÂNCIA DAS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PARA CONTRATOS SAAS

3.1. RISCOS INERENTES À ATIVIDADE

Cláusulas de limitação de responsabilidade, para além de relevantes em contratos em geral, são cruciais para contratos SaaS. Uma empresa que administra um *software* está exposta a uma série de riscos que, se ilimitados, não justificariam a sua prestação de serviços ou o preço cobrado por ela pelo serviço. De maneira bastante objetiva, um prestador SaaS simplesmente não poderia se manter no seu negócio se fosse ilimitadamente responsável por quaisquer funções desempenhadas pelo *software*⁵¹.

Conforme exposto acima, *softwares* são coisas, e coisas são suscetíveis à falha. Independentemente de quaisquer esforços, melhores práticas, certificações e vistorias, sistemas falham. E a limitação de responsabilidade é essencial para que um prestador de serviços SaaS possa manter suas atividades ativas nesses casos.

Na realidade, essas cláusulas são relevantes não apenas para o fornecedor, mas também muito relevantes para o cliente, que tem também o interesse em continuar seu uso das atividades.

Imagine-se um incidente de segurança que comprometa um *software* por vinte e quatro horas ininterruptas. Agora junte-se a isso um cliente com volume bruto de mercadoria avaliado em bilhões de reais. O tempo no qual esse sistema ficou fora do ar, as vendas perdidas, as reclamações de clientes, poderiam gerar pedidos de indenização que, caso ilimitados, comprometeriam a saúde financeira do prestador de serviço, impactando na sua capacidade de manter os serviços em vigor e/ou indenizar quaisquer outros clientes.

⁵¹ BORDERS, Christopher. **SaaS Service Agreement Limitation of Liability Provisions**. Disponível em: <https://borderslawgroup.com/saas-limitation-of-liability-provisions/>. Acesso em: 02/03/2022.

Não à toa, cláusulas de limitação de responsabilidade são a norma em contratos de empresas SaaS, variando apenas seu escopo de limitação, dependendo no tipo de *software*, sua estrutura, o valor do contrato e outros pontos específicos.

Para além disso, cláusulas de limitação de responsabilidade são interessantes também sob o ponto de vista do cliente, uma vez que permitem que o fornecedor preste seus serviços a um custo menor do que seria possível caso a exposição do fornecedor a riscos fosse ilimitada.

Esse instrumento oferece previsibilidade quanto aos montantes indenizatórios aos quais o prestador de serviços está exposto, propiciando que o valor final do contrato não inclua quantias exorbitantes às quais o prestador de serviços poderia estar exposto caso nenhuma limitação fosse prevista⁵².

Assim, apesar de parecer um instrumento unilateralmente benéfico, a cláusula de limitação de responsabilidade deve ser vista como uma via de mão dupla, permitindo que empresas tenham acesso a serviços por valores reduzidos.

3.1.1. FALHAS DE SISTEMA RELEVANTES

Essas falhas de sistema, apesar de não serem rotineiras, são de fato possíveis e ocorrem inclusive com empresas confiáveis e consolidadas.

Em abril desse ano, a *Atlassian*, empresa de mais de duzentos e trinta e cinco mil clientes, responsável por serviços como o *Jira Software*, *Jira Work Management*, *Jira Service Management*, *Trello*, *Confluence*, *Opsgenie Cloud*, *Statuspage*, and *Atlassian Access*, teve parte de seus serviços dramaticamente impactados.

A *Atlassian* é certificada em termos de segurança; protege seus dados de acordo com as melhores práticas do mercado, oferecendo controles administrativos para garantir a proteção da organização, como autenticação única de SAML, obrigatoriedade 2FA e SCIM. Seus produtos são

⁵² FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**, p. 96.

certificados com FedRAMP, SOC 2, ISO 27001 e outras, sendo submetidos a auditorias terceirizadas de agências independentes⁵³.

Mesmo com toda essa proteção, mais uma vez, *softwares* são coisas e estão sujeitos a falhas. E com a *Atlassian* não foi diferente. Com o primeiro relatório da falha tendo sido publicado em 5 de abril de 2022, a expectativa de restauração dos serviços em razão do incidente era de aproximadamente duas semanas. Enquanto isso, em torno de 400 empresas beneficiárias dos serviços da *Atlassian* ficaram sem acesso aos seus dados⁵⁴.

Talvez ainda mais renomada, as soluções de nuvem da *Microsoft* também sofreram uma falha e ficaram indisponíveis em setembro de 2020. Assim como a *Atlassian*, a *Microsoft* está em dia com suas certificações e medidas de segurança, expondo em sua página oficial que são certificados em FedRAMP, incluindo o plano High FedRAMP.

O FedRAMP é uma certificação de alta segurança requerida pelo governo dos estados unidos para empresas que estabeleçam alguns contratos específicos com a autoridade norte americana.

Mais uma vez, ainda assim, usuários do *Microsoft Office 365*, *Outlook*, *Exchange*, *Sharepoint*, *OneDrive* e *Azure* reportaram dificuldades em fazer o login em seus aplicativos.

Embora mais breve, a *Microsoft* experienciou a suspensão dos seus serviços por aproximadamente cinco horas, tendo suas soluções hospedadas na nuvem impactadas⁵⁵.

Por fim, não poderia deixar de mencionar a falha de serviço da gigante *AWS Web Services* já em dezembro de 2021. Uma das maiores empresas SaaS, cuja infraestrutura é utilizada para hospedagem dos serviços de diversas outras empresas.

⁵³ Painel de confiabilidade oficial da Atlassian. Disponível em: <https://www.atlassian.com/br/trust>. Acesso em: 01/06/2022.

⁵⁴ CHANTHADAVONG, Aimee. **Atlassian estimates cloud outage could take another two weeks to fix.** 2022. Disponível em: <https://www.zdnet.com/article/atlassian-estimates-cloud-outage-could-take-another-two-weeks-to-fix/>. Acesso em: 03/05/2022.

⁵⁵ WINDER, Davey. **What Caused The Massive Microsoft Teams, Office 365 Outage On Monday? Here's What We Know.** 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/daveywinder/2020/09/29/what-caused-the-massive-microsoft-teams-office-365-outage-yesterday-heres-what-we-know/?sh=6f3d363f77bb>. Acesso em: 11/05/2022.

Da mesma forma que as anteriores, a *AWS*, ainda que com o certificado FedRAMP, SOC 2, ISO/IEC 27001:2013, 27017:2015, 27018:2019, 27701:2019, 22301:2019, 9001:2015 e CSA STAR CCM v3.0.1⁵⁶, experienciou a queda dos seus serviços por aproximadamente sete horas.

Em razão de um problema que afetou *APIs (Application Programming Interface / Interface de Promoção de Aplicação)* no data center *US East 1* da *AWS*, dependentes da *AWS* como *Slack*, *Trello*, *Asana* e *Smartsheet* sofreram interrupções em seus serviços.

AWS, *Microsoft*, *Atlassian* e tantas outras. É claro o risco inerente à prestação de serviços de empresas SaaS. Para além dos custos associados ao desenvolvimento, manutenção e atualização de um *software*, estar suscetível à possibilidade de indenização ilimitada por quaisquer falhas que o seu serviço possa experienciar inviabilizaria o negócio de todas essas empresas. A matemática é simples: o custo-benefício de estar exposto a esse risco não justifica a prestação da atividade fim.

Estabelecida a necessidade dessas cláusulas, ultrapassamos agora para a análise dos mais comuns limites utilizados, usando como base algumas das cláusulas de limitação de responsabilidade de empresas SaaS já estabelecidas no mercado, abordando a necessidade de tais restrições e avaliando sua legalidade.

3.2. MODELOS DE CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

- Shopify⁵⁷

Você compreende e concorda expressamente que, na extensão permitida pelas leis aplicáveis, a Shopify e seus fornecedores não serão responsáveis por nenhum dano direto, indireto, incidental, especial, consequente ou exemplar, incluindo, sem limitação, danos por lucros cessantes, boa vontade, uso, dados ou outras perdas intangíveis resultantes ou relacionadas ao uso ou à incapacidade de usar o Serviço ou estes Termos de Serviço (seja qual for a causa, incluindo negligência).

⁵⁶ Certificado original AWS. Disponível em: https://d1.awsstatic.com/certifications/iso_27017_certification.pdf; https://d1.awsstatic.com/certifications/iso_27001_global_certification.pdf; https://d1.awsstatic.com/certifications/iso_27018_certification.pdf; https://d1.awsstatic.com/certifications/csa_star_certification.pdf; . Acesso em: 06/06/2022.

⁵⁷ Termos de Serviço. Disponível em: <https://www.shopify.com.br/legal/termos#Liability>. Acesso em 01/06/2022.

Você concorda em indenizar e defender a nós e, quando aplicável, nossa matriz, subsidiárias, afiliadas, parceiros da Shopify, executivos, diretores, agentes, funcionários e fornecedores de qualquer reclamação ou demanda, incluindo honorários advocatícios razoáveis, efetuada por quaisquer terceiros ocasionada ou decorrente (a) da violação destes Termos de Serviço ou dos documentos aqui incorporados por referência (inclusive a Política de uso aceitável) por você; ou (b) da violação de qualquer lei ou dos direitos de um terceiro por você; ou (c) de qualquer aspecto da transação entre você e seu Cliente, incluindo, sem limitação, reembolsos, transações fraudulentas, violação alegada ou real de leis aplicáveis (incluindo, sem limitação, leis federais e estaduais de proteção ao consumidor), ou a violação dos Termos de Serviço por você.

Você será responsável por qualquer violação dos Termos de Serviço por suas afiliadas, seus agentes ou seus subcontratados como se a violação fosse feita por você mesmo.

Seu uso dos Serviços é feito por sua conta e risco. Os Serviços são fornecidos “como estão” e “conforme a disponibilidade”, sem qualquer garantia ou condição expressa, implícita ou legal.

A Shopify não garante que os Serviços serão ininterruptos, oportunos, seguros ou sem erros.

A Shopify não garante que os resultados que possam eventualmente ser obtidos com o uso dos Serviços sejam precisos ou confiáveis.

A Shopify não será responsável por quaisquer obrigações tributárias ou responsabilidades suas relacionadas ao uso dos Serviços da Shopify.

A Shopify não garante que a qualidade dos produtos, serviços, informações ou outros materiais comprados ou obtidos por você por meio dos Serviços atenderá às suas expectativas, ou que quaisquer erros no Serviço serão corrigidos.

- Oracle⁵⁸

7.1 SOB NENHUNA HIPÓTESE AS PARTES OU SUAS AFILIADAS SERÃO RESPONSÁVEIS POR QUALQUER DANO INDIRETO, EMERGENTE, INCIDENTAL, ESPECIAL, PUNITIVO OU EXEMPLAR, OU QUAISQUER LUCROS CESSANTES, PERDA DE RECEITA, (EXCLUINDO AS REMUNERAÇÕES SOB O CONTRATO MASTER), DE VENDAS, DE DADOS, DE USO DE DADOS, DE IMAGEM OU DE REPUTAÇÃO.

7.2 EM HIPÓTESE ALGUMA, A RESPONSABILIDADE TOTAL DA ORACLE E NOSSAS AFILIADAS DECORRENTE OU RELACIONADA A ESTE CONTRATO OU SEU PEDIDO, SEJA CONTRATUAL OU POR ILÍCITO CIVIL, OU DE OUTRA NATUREZA, ULTRAPASSARÁ OS VALORES TOTAIS EFETIVAMENTE PAGOS SOB SEU PEDIDO PELOS SERVIÇOS QUE DERAM ORIGEM À RESPONSABILIDADE DURANTE OS DOZE (12) MESES IMEDIATAMENTE

⁵⁸ Contrato de Serviços Cloud. Disponível em: <https://www.oracle.com/corporate/contracts/cloud-services/contracts.html#ct07tabcontent2>. Acesso em 01/06/2022.

ANTERIORES AO EVENTO QUE DEU ORIGEM A TAL RESPONSABILIDADE SOB O RESPECTIVO PEDIDO DE COMPRA.

- Docusign⁵⁹

11. LIMITAÇÕES DE RESPONSABILIDADE

11.1 Isenção de Danos Consequentes.

11.1.1 NÃO OBSTANTE QUALQUER DISPOSIÇÃO EM CONTRÁRIO CONTIDA NESTES TERMOS, A DOCUSIGN NÃO SERÁ, EM NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA, RESPONSÁVEL PERANTE VOCÊ POR QUAISQUER DANOS CONSEQUENTES, INCIDENTAIS, ESPECIAIS, DE COBERTURA, PUNITIVOS OU EXEMPLARES ADVINDOS DE OU RELACIONADOS ÀS TRANSAÇÕES CONTEMPLADAS NESTES TERMOS, INCLUINDO, MAS NÃO SE LIMITANDO, AVIAMENTO, INTERRUPÇÃO DE TRABALHO, PERDAS DE LUCROS OU PERDA DE NEGÓCIOS, MESMO QUE INFORMADA DA PROBABILIDADE DE TAIS PERDAS E INDEPENDENTEMENTE DE TAIS REIVINDICAÇÕES SEREM BASEADAS EM CONTRATO, ATO ILÍCITO (INCLUINDO NEGLIGÊNCIA) OU QUALQUER OUTRA TEORIA LEGAL.

11.1.2 NA MÁXIMA EXTENSÃO PERMITIDA PELA LEI APLICÁVEL, AS PARTES DA DOCUSIGN NÃO SERÃO, EM NENHUM CASO, RESPONSÁVEIS PERANTE VOCÊ POR QUAISQUER DANOS DIRETOS, INDIRETOS, INCIDENTAIS, ESPECIAIS, PUNITIVOS OU CONSEQUENTES ADVINDOS DE: (a) USO DO SITE, DA DOCUMENTAÇÃO OU DOS SERVIÇOS DOCUSIGN; (b) ERROS, EQUÍVOCOS OU IMPRECIÇÕES DE CONTEÚDO; (c) LESÕES PESSOAIS OU DANOS À PROPRIEDADE, DE QUALQUER NATUREZA, ADVINDOS DE SEU ACESSO A E USO DO SITE, DA DOCUMENTAÇÃO OU DOS SERVIÇOS DOCUSIGN; (d) QUALQUER ACESSO OU USO NÃO AUTORIZADO DE NOSSOS SERVIDORES E/OU QUAISQUER INFORMAÇÕES PESSOAIS E/OU INFORMAÇÕES FINANCEIRAS ARMAZENADAS NOS MESMOS; (e) INTERRUPÇÃO OU CESSAÇÃO DE TRANSMISSÃO DE OU PARA NOSSOS SERVIDORES; (f) QUAISQUER ERROS, VÍRUS, CAVALOS DE TROIA OU SIMILARES QUE VENHAM A SER TRANSMITIDOS PARA OU POR MEIO DO SITE, DA

⁵⁹ Termos e Condições de Serviço. Disponível em: <https://www.docusign.com.br/termos-e-condicoes>. Acesso em: 01/06/2022.

DOCUMENTAÇÃO OU DOS SERVIÇOS DOCUSIGN POR TERCEIROS; (g) PERDA DE SEUS DADOS OU CONTEÚDO NO SITE, NA DOCUMENTAÇÃO OU NOS SERVIÇOS DOCUSIGN; (h) QUAISQUER ERROS OU OMISSÕES EM QUALQUER CONTEÚDO OU PERDAS OU DANOS DE QUALQUER TIPO ADVINDOS DE SUA UTILIZAÇÃO DE QUALQUER CONTEÚDO PUBLICADO, TRANSMITIDO OU DISPONIBILIZADO DE ALGUMA OUTRA FORMA POR MEIO DO SITE, DA DOCUMENTAÇÃO OU DOS SERVIÇOS DOCUSIGN, QUER SEJA BASEADO EM GARANTIA, CONTRATO, ATO ILÍCITO (INCLUINDO NEGLIGÊNCIA) OU QUALQUER OUTRA TEORIA LEGAL, E INDEPENDENTEMENTE DE AS PARTES DA DOCUSIGN TEREM SIDO ADVERTIDAS DA POSSIBILIDADE DE TAIS DANOS; E/OU (i) A DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE ACORDO COM ESTES TERMOS OU COM NOSSA POLÍTICA DE PRIVACIDADE.

11.1.3 Alguns países e jurisdições não permitem a limitação ou exclusão de danos consequentes, diretos, indiretos ou de outros tipos em contratos com clientes, e, uma vez que você é um cliente, as limitações ou exclusões nesta Cláusula 11.1 podem não se aplicar a você.

11.2 Limite de Danos. NOSSA RESPONSABILIDADE TOTAL PERANTE VOCÊ POR QUALQUER AÇÃO DECORRENTE DE OU RELACIONADA A ESTES TERMOS OU AO SEU USO DO SITE (INCLUINDO, ENTRE OUTRAS, REIVINDICAÇÕES DE GARANTIA), INDEPENDENTEMENTE DO FÓRUM E SE QUALQUER AÇÃO OU REIVINDICAÇÃO É BASEADA EM CONTRATO, ATO ILÍCITO (INCLUINDO NEGLIGÊNCIA) OU QUALQUER OUTRA TEORIA LEGAL OU EQUITATIVA, NÃO EXCEDERÁ O VALOR TOTAL PAGO POR VOCÊ PARA A DOCUSIGN PELOS SERVIÇOS DOCUSIGN QUE RESULTARAM NA REIVINDICAÇÃO CONFORME ESTES TERMOS DURANTE O PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES ANTERIORES À DATA DO PRIMEIRO EVENTO QUE ORIGINOU A RESPONSABILIDADE OU US\$ 100, O QUE FOR MAIOR. A EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA REIVINDICAÇÃO NÃO AUMENTARÁ ESSE LIMITE.

11.3 Alocações Independentes de Risco. Cada disposição destes Termos que estabelece uma limitação de responsabilidade, isenção de garantia ou exclusão de danos representa uma alocação dos riscos destes Termos acordada entre as partes. Essa alocação é um elemento essencial dos fundamentos da negociação entre as partes. Cada uma dessas disposições pode ser separada e é independente de todas as demais disposições destes Termos, e cada uma dessas disposições se aplicará ainda que as garantias nestes Termos não tenham cumprido seu propósito essencial.

11.4 Limitações Jurisdicionais.

11.4.1 Dado que alguns estados e jurisdições não permitem a limitação de responsabilidade em algumas instâncias, partes da limitação acima podem não se aplicar a você. Nesse caso, tais exclusões e limitações aplicar-se-ão até a extensão máxima permitida pela lei vigente (e nossa responsabilidade será limitada ou excluída conforme permitido pela lei vigente). Se você for morador de Nova Jersey, as limitações na Cláusula 11 se aplicam especificamente a você.

11.4.2 Se você for residente na Alemanha, a responsabilidade da DocuSign perante você será limitada conforme descrito na Cláusula 12.9 abaixo.

- Salesforce⁶⁰

10. LIMITATION OF LIABILITY

10.1 Limitation of Liability. IN NO EVENT SHALL THE AGGREGATE LIABILITY OF EACH PARTY TOGETHER WITH ALL OF ITS AFFILIATES ARISING OUT OF OR RELATED TO THIS AGREEMENT EXCEED THE TOTAL AMOUNT PAID BY CUSTOMER AND ITS AFFILIATES HEREUNDER FOR THE SERVICES GIVING RISE TO THE LIABILITY IN THE TWELVE MONTHS PRECEDING THE FIRST INCIDENT OUT OF WHICH THE LIABILITY AROSE. THE FOREGOING LIMITATION WILL APPLY WHETHER AN ACTION IS IN CONTRACT OR TORT AND REGARDLESS OF THE THEORY OF LIABILITY, BUT WILL NOT LIMIT CUSTOMER'S AND ITS AFFILIATES' PAYMENT OBLIGATIONS UNDER THE "FEES AND PAYMENT" SECTION ABOVE.

10.2 Exclusion of Consequential and Related Damages. IN NO EVENT WILL EITHER PARTY OR ITS AFFILIATES HAVE ANY LIABILITY ARISING OUT OF OR RELATED TO THIS AGREEMENT FOR ANY LOST PROFITS, REVENUES, GOODWILL, OR INDIRECT, SPECIAL, INCIDENTAL, CONSEQUENTIAL, COVER, BUSINESS INTERRUPTION OR PUNITIVE DAMAGES, WHETHER AN ACTION IS IN CONTRACT OR TORT AND REGARDLESS OF THE THEORY OF LIABILITY, EVEN IF A PARTY OR ITS AFFILIATES HAVE BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES OR IF A PARTY'S OR ITS AFFILIATES'

⁶⁰ Contrato Principal de Serviços. Disponível em: https://www.salesforce.com/content/dam/web/en_us/www/documents/legal/salesforce_MSA.pdf. Acesso em 01/06/2022.

REMEDY OTHERWISE FAILS OF ITS ESSENTIAL PURPOSE. THE FOREGOING DISCLAIMER WILL NOT APPLY TO THE EXTENT PROHIBITED BY LAW.⁶¹

- SAP⁶²

9. LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

9.1. Sem limite de responsabilidade

O limite de responsabilidade previsto na cláusula 9.2 não se aplica, para nenhuma das partes, aos danos resultantes de:

- obrigações das partes previstas na Cláusula 8.1.1 e 8.2 (excluindo a obrigação da SAP prevista na Cláusula 8.1.1 em que as alegações de terceiros se relacionam a Serviços Cloud não desenvolvidos pela SAP);
- negligência grave ou dolo de qualquer uma das partes, resultando em morte ou lesão corporal; e/ou
- uso não autorizado de qualquer Serviço Cloud pelo Cliente e/ou qualquer falha do Cliente no

⁶¹ Tradução livre para o português:

10. LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

10.1 Limitação de Responsabilidade. EM NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA A RESPONSABILIDADE TOTAL DE CADA PARTE, JUNTO COM TODAS AS SUAS AFILIADAS DECORRENTES OU RELACIONADAS A ESTE CONTRATO, EXCEDERÁ O VALOR TOTAL PAGO PELO CLIENTE E SUAS AFILIADAS NESTE DOCUMENTO PELOS SERVIÇOS QUE DÃO ORIGEM À RESPONSABILIDADE NOS DOZE MESES ANTERIORES AO PRIMEIRO INCIDENTE DO QUAL SURTIU A RESPONSABILIDADE. A LIMITAÇÃO PRECEDENTE SERÁ APLICADA SE UMA AÇÃO ESTIVER EM CONTRATO OU ATO ILÍCITO E INDEPENDENTEMENTE DA TEORIA DE RESPONSABILIDADE, MAS NÃO LIMITARÁ AS OBRIGAÇÕES DE PAGAMENTO DO CLIENTE E SUAS AFILIADAS DE ACORDO COM A SEÇÃO “TAXAS E PAGAMENTO” ACIMA.

10.2 Exclusão de Danos Consequenciais e Relacionados. EM NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA QUALQUER PARTE OU SUAS AFILIADAS TERÃO QUALQUER RESPONSABILIDADE DECORRENTE OU RELACIONADA A ESTE CONTRATO POR QUAISQUER LUCROS CESSANTES, RECEITAS, GOODWILL OU DANOS INDIRETOS, ESPECIAIS, INCIDENTAIS, CONSEQUENCIAIS, COBERTURA, INTERRUPÇÃO DE NEGÓCIOS OU DANOS PUNITIVOS, SEJA UMA AÇÃO EM CONTRATO OU ATO ILÍCITO E INDEPENDENTEMENTE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE, MESMO QUE UMA PARTE OU SUAS AFILIADAS TENHAM SIDO AVISADAS DA POSSIBILIDADE DE TAIS DANOS OU SE O RECURSO DE UMA PARTE OU SUAS AFILIADAS DE OUTRA FORMA FALHA NO SEU PROPÓSITO ESSENCIAL. A ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE ANTERIOR NÃO SE APLICARÁ NA EXTENSÃO PROIBIDA POR LEI.

⁶² Termos e Condições Gerais para Serviços Cloud. Disponível em: <https://assets.cdn.sap.com/agreements/general-terms-and-conditions/cls/general-terms-and-conditions-for-cloud-services-direct-brazil-portuguese---brazil-v5-2022.pdf>. Acesso em: 01/06/2022.

pagamento dos valores devidos nos termos do Contrato.

9.2. Limite de responsabilidade

Exceto conforme previsto na Cláusula 9.1, a responsabilidade agregada máxima de uma das partes (ou de suas respectivas Afiliadas ou de subcontratados da SAP) para com a outra parte ou para com qualquer outra pessoa física ou jurídica por todos os eventos (ou séries de eventos conectados) ocorridos em qualquer período de 12 (doze) meses não será superior aos valores anuais de subscrição pagos pelo Serviço Cloud aplicável, associado aos danos por esse período de 12 (doze) meses. Qualquer "período de 12 (doze) meses" começa na data de início do Prazo de Subscrição ou em um dos aniversários anuais.

9.3. Exclusão de danos

Em nenhum caso:

- a) uma parte ou suas respectivas Afiliadas ou subcontratados da SAP será responsável para com a outra parte por qualquer dano emergente, indireto, especial, incidental, consequencial, exemplar ou punitivo, perda de credibilidade da marca ou rentabilidade comercial, lucros cessantes, interrupção de trabalho ou por dano de caráter; e
- b) a SAP será responsável por danos causados por qualquer Serviço Cloud fornecido de modo gratuito.

9.4. Segregação de Responsabilidade

A responsabilidade civil da SAP está limitada as obrigações assumidas neste Contrato. Eventual contratação de terceiros autorizados pela SAP a sublicenciar softwares SAP e prestar serviços profissionais de suporte e consultoria, inclusive para a implantação e customização dos mencionados softwares ("Parceiros SAP") para fornecimento de outros softwares e/ou serviços não terá qualquer relação jurídica com o presente contrato, não havendo responsabilidade solidária ou subsidiária da SAP em relação às obrigações pactuadas livremente entre o Cliente e o eventual Parceiro. O Cliente, ao assinar o presente Contrato, declara estar ciente da ausência de qualquer responsabilidade civil relacionada aos contratos firmados entre Cliente e Parceiros.

3.2.1. BREVE ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE

Analisando os pontos em comum de cada uma das cláusulas acima expostas, notamos algumas tendências comuns a todas elas e algumas especificidades que valem ser mencionadas, pois se conectam com o capítulo 2 desse trabalho.

Inicialmente, apontaremos apenas as coincidências e especificidades de cada provedor, para depois adentrar em cada uma das limitações observadas.

- Danos indiretos, incidentais, especiais, consequenciais ou exemplares:

Sem exceção, todas cláusulas objeto de análise deste trabalho limitam a responsabilidade do provedor SaaS por indenizações para essa categoria de danos.

- Lucros cessantes:

Com exceção da cláusula da Salesforce, todas as demais empresas não se responsabilizarão por lucros cessantes.

- Perda de dados:

Shopify, Oracle e Salesforce têm previsão expressa de limitação de responsabilidades por danos causados em razão de quaisquer perda de dados.

- Danos diretos:

Shopify e DocuSign, apenas, possuem limitação de responsabilidade em caso de danos diretos causados. Especialmente a DocuSign, elenca cenários específicos para os quais não será responsável por danos diretos causados.

- Teto de valor máximo a ser pago em caso de obrigação indenizatória:

Com exceção da Shopify, todas as empresas cujas cláusulas foram analisadas restringem a responsabilidade do provedor SaaS por indenizar seus clientes em casos de danos ao valor máximo pago pelo contratante nos doze meses anteriores que sucederam o evento que gerou o dano.

- *Na extensão permitida em lei:*

Ultrapassada a análise dos limites em comum impostos pelas empresas aqui expostas, entro então na seara de análise não de limitações feitas, mas de observações trazidas pelas cláusulas com

o intuito de garantir a sua execução futura, caso questionada. Shopify e DocuSign preveem expressamente que as limitações feitas nas cláusulas serão apenas válidas caso permitidas pela legislação aplicável. Essa previsão parece ser uma maneira interessante de garantir que uma cláusula de limitação seja considerada válida, ainda que determinados pontos dela sejam reconhecidos como inaplicáveis.

- Exclusão de casos de negligência grave e dolo que resultem em lesão corporal:

Semelhantes ao caso acima, a SAP inclui uma previsão expressa afirmando que a limitação de sua cláusula não será aplicável em casos de danos que violem a integridade física, causados por negligência grave ou dolo.

- *A cláusula é resultado de alocação de riscos e é essencial para a negociação das partes:*

A DocuSign por sua vez, faz bom uso do princípio da autonomia das partes para livremente contratar, ressaltando que a cláusula de limitação de responsabilidade é resultado do poder de barganha das partes e é essencial para o contexto geral da negociação entre elas estabelecidas.

Parece uma estratégia interessante para que, em caso nos quais a cláusula seja considerada excessiva, sejam levados em consideração outros pontos do contrato que justificariam uma limitação mais restrita neste ponto – como por exemplo os valores oferecidos.

3.2.1.1. INDIRETOS, ESPECIAIS, INCIDENTAIS E PUNITIVOS

Início a análise com a limitação que julgo das mais comuns de encontrarmos em cláusulas de limitação de responsabilidade - tanto em contratos genéricos, quanto em contratos de empresas SaaS.

Neste ponto, entendo não haver grande variação na justificativa por tal limitação entre contratos em geral e contratos de empresas SaaS.

Nosso ordenamento jurídico pátrio não prevê uma definição do que são danos indiretos, apenas estabelecendo no artigo 402 do Código Civil que "as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

Por outro lado, na ausência dessa definição clara, podemos aferir essa definição por meio dos ensinamentos de alguns doutrinadores relevantes e que merecem a citação.

Orlando Gomes ensina que:

"Para efeito da avaliação da responsabilidade, distingue-se o dano direto do indireto. O dano direto é o que resulta do fato como sua consequência imediata. O dano indireto o que **decorre de circunstâncias ulteriores que agravam o prejuízo diretamente suportado.**"⁶³.

Em seguida, Maria Helena Diniz também leciona que:

"Considera-se dano direto o dano que causa imediatamente um prejuízo ao patrimônio da vítima (...). O dano patrimonial indireto é, portanto, **uma consequência possível, porém não necessária do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial,** constituindo um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido. (...)"⁶⁴.

Danos indiretos são aqueles que um terceiro razoável, com conhecimento do mercado, esperaria que a parte inocente fosse incorrer⁶⁵. Ou seja, partindo do momento da ocasião da violação, uma cadeia de consequências pode se desenvolver, para além do dano necessário causado pela violação analisada. Esses danos adicionais, não necessários, mas que ocorrem indiretamente em razão da violação, são os que analisamos nessa categoria.

São danos que advém de situações específicas que as partes ou conheciam ou deveriam conhecer no momento da contratação, mas que levam a um desenrolar de circunstâncias não intrínsecos ou naturais à violação⁶⁶. Isso é dizer que as possíveis consequências fáticas são imagináveis, mas seus impactos não.

⁶³ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio De Janeiro: Forense, texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro: Forense: 2011.p.78/79.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 1990.p.58.

⁶⁵ PROBST, Eric L. **Contracts 101: Limitation of Liability Clauses**. 2021. Disponível em: <https://pbnlaw.com/contracts-101-limitation-of-liability-clauses>. Acesso em: 08/04/2022.

⁶⁶ **What is indirect and consequential loss?** 2020. Disponível em: <https://harperjames.co.uk/article/indirect-and-consequential-loss/#section-2>. Acesso em: 01/06/2022.

Apesar de serem possíveis, para além de não serem necessariamente causados pela violação, não têm um impacto esperável ou específico. São danos que podem variar muito de acordo com a situação. A responsabilização nesses cenários traria ao fornecedor muita incerteza e insegurança quanto aos valores que teriam que ser arcados em caso de violação.

O dano indireto não depende da violação causada, mas sim do dano direto gerado em razão da violação original. O dano indireto não poderia ocorrer sem que o dano principal fosse aferido, justamente por ser o resultado de uma sequência de perdas geradas desde o momento de ocorrência do dano principal⁶⁷.

Em conclusão, considerando um cenário no qual o fornecedor precisa ter previsibilidade dos seus riscos e potenciais gastos com um contrato para gerir internamente a viabilidade de novos serviços, é essencial que as responsabilizações por indenizações advindas de violações contratuais estejam limitadas a danos efetivamente causados pelo fornecedor e, além disso, cuja quantificação seja concreta.

Submeter à responsabilização uma série de perdas e danos causadas de maneira independente da violação em si, é submeter o fornecedor a uma quantia não só imensurável, como também, possivelmente irrazoável.

3.2.1.2. LUCROS CESSANTES

Apesar de se confundir com um dano indireto, os lucros cessantes podem estar enquadrados como diretos ou indiretos e, no contexto de empresas SaaS, são uma limitação essencial para estar estabelecida em contrato.

Em nosso ordenamento brasileiro, no artigo já mencionado anteriormente, artigo 402 do Código Civil, temos previsão expressa de responsabilização por lucros cessantes, cuja redação prevê que um descumprimento contratual obriga a parte violadora não só pelas perdas causadas,

⁶⁷ SYDOW, Juliana Camargo. **LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**. 2019. Disponível em: <https://iwrcf.com.br/limitacao-responsabilidade-contratos/>. Acesso em: 09/05/2022.

como também por aquilo que a parte inocente "*razoavelmente deixou de lucrar*". É exatamente essa perda de lucro que constitui os lucros cessantes⁶⁸.

Os lucros cessantes abrangem todos aqueles eventos, expectativas e situações que acabaram por não serem concluídos em razão do dano principal⁶⁹. Conforme analisado em comentários a esse artigo, o uso da palavra "razoavelmente" não diz respeito à quantidade a ser indenizada, mas sim o que razoavelmente se esperaria ter lucrado caso a violação não tivesse ocorrido, ou seja, eventos, expectativas e situações que razoavelmente poderiam ser esperadas como consequências da obrigação e anexo dano principal⁷⁰.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível 9100221282006826 SP 9100221-28.2006.8.26.0000, em março de 2011, com relatoria de José Carlos Ferreira Alves, reconheceu pela possibilidade de limitação de responsabilidade de indenização por lucros cessantes. No julgado, entendeu-se pela permissão de limitação de tal responsabilidade desde que respeitadas as situações causadas por dolo ou culpa grave, conforme enunciado que aqui replico:

TJ-SP – APL: 9100221282006826 SP 9100221-28.2006.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 01/03/2011, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/03/2011) APELAÇÃO CÍVEL. Rescisão contratual cumulada com perdas e danos. Contrato de prestação de serviço. Empreitada. Recurso de ambas as partes. Recurso da ré. Preliminar de cerceamento de defesa ante a não intimação para audiência de instrução. Ato posterior com a finalização da oitiva das testemunhas. ausência de manifestação. preclusão. Inteligência do artigo 245 do Código de Processo Civil. Mérito. Pedido de exclusão da condenação ao reajuste dos pagamentos efetivados à autora. contrato que prevê tais reajustamentos. Planilhas demonstrando a sua inocorrência. Dever de reajustar. Manutenção da sentença. Recurso da autora. Pedido de pagamento das perdas e danos e lucros cessantes. As perdas e danos são os danos emergentes e os lucros cessantes. Para o cômputo dessas perdas e danos, toma-se em consideração tudo quanto o

⁶⁸ ALMEIDA, Cunha de. **O Risco Empresarial, a Limitação e a Exclusão da Responsabilidade Contratual**. Disponível em: <http://www.cunhadealmeida.adv.br/o-risco-empresarial-a-limitacao-e-a-exclusao-da-responsabilidade-contratual/>. Acesso em: 22/03/2022.

⁶⁹ SYDOW, Juliana Camargo. **LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**. 2019. Disponível em: <https://iwrcf.com.br/limitacao-responsabilidade-contratos/>. Acesso em: 09/05/2022.

⁷⁰ FICHTNER, Regis. **Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro**. *Revista Brasileira da Advocacia*. 2016. RBA Vol 1. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.03.PDF. Acesso em: 11/03/2022.

credor efetivamente perdeu (dano emergente) e o que razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante). (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil: Obrigações em geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. 2. p. 399). Danos emergentes. Gastos havidos com os funcionários. Pedido não constante na inicial. Impossibilidade. LUCROS CESSANTES. Cláusula de limitação de responsabilidade. Peculiaridade do caso concreto. Nulidade somente se comprovada a culpa grave ou o dolo da ré na inexecução do contrato. Inocorrência. Prova do descumprimento contratual em decorrência da falta de repasse das verbas governamentais. Ausência de má-fé. Manutenção da sentença por outros fundamentos. De qualquer forma, ainda que livremente convencionada, não opera em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante está isento de indenizar intencionalmente possa causar o dano. Como, nessa inconveniente cláusula, naturalmente a agente relaxa no cumprimento da obrigação, se sua culpa foi de elevado nível (culpa grave), tal se equipara ao dolo. O caso concreto vai elucidar o juiz. (VENOSA, Silvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 255). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA POR SUA CONCLUSÃO. 3 DESPROVIMENTO DOS RECURSOS DA AUTORA E DA RÉ.(TJ-SC – AC: 37160 SC 1996.003716-0, Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 18/03/2004, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação cível n. , de Rio do Sul.

Cabe também ressaltar que a limitação de danos indiretos não necessariamente abrangerá lucros cessantes, gerando a necessidade de limitação de ambos. Ocorre que sob o ordenamento pátrio, os lucros cessantes foram reconhecidos como consequência direta do evento danoso. Ressalta-se aqui, portanto, o enunciado do Recurso Especial No 1.110.417:

RECURSO ESPECIAL (RE) Nº 1.110.417 MA. EMENTA. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CÁLCULO DOS LUCROS CESSANTES. DESPESAS OPERACIONAIS. DEDUZIDAS. TERMO FINAL. ALIENAÇÃO DO BEM. 1. Para o atendimento do requisito do prequestionamento, não se faz necessária a menção literal dos dispositivos tidos por violados no acórdão recorrido, sendo suficiente que a questão federal tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem. Ausência de violação do art. 535, do CPC. 2. Lucros cessantes consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento danoso (Código Civil, art. 402). No caso de incêndio de estabelecimento comercial (posto de gasolina), são devidos pelo período de tempo necessário para as obras de reconstrução. A circunstância de a empresa ter optado por vender o imóvel onde funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia. 3. A apuração dos lucros cessantes deve ser feita com a dedução de todas as despesas operacionais da empresa, inclusive tributos. 4. Recurso especial pro vido (Grifamos).

Certo é, portanto, a possibilidade de enquadramento dos lucros cessantes como danos diretos e indiretos, a depender da correlação com o dano principal⁷¹.

Assim, os lucros cessantes seriam aferidos a partir de como o negócio correria a não ser pelas violações ocorridas. Seria possível, portanto, quantificar esses valores a partir da subtração do cenário desejado pelo que de fato foi produzido⁷².

Por fim, restando estabelecido o rotineiro uso de limitação de indenização por lucros cessantes, passo para análise de sua importância para o objeto deste trabalho. Em contraposição à noção geral que justifica sua limitação, em se tratando de responsabilidades por lucros potencialmente geráveis, mas frustrados, entendo que essa limitação merece especial atenção no contexto de empresas SaaS.

De maneira ordinária, a limitação de responsabilidade de indenização por lucros cessantes evita que o fornecedor seja responsável por uma série de valores que uma empresa poderia pleitear como valores perdidos em razão de determinada violação. Para além dos danos necessariamente sofridos em razão da quebra de contrato, seria irrazoável a responsabilização por todos aqueles valores que o contratante poderia auferir caso tal violação não tivesse ocorrido.

Mas, em adição às motivações gerais que argumentam em prol dessa limitação, é imprescindível se atentar para as especificidades do mercado de empresas SaaS. Empresas que fazem uso de empresas SaaS para performar suas atividades necessariamente têm seu negócio vinculado ao bom funcionamento deste software.

Uma loja que vende seus produtos e serviços em uma plataforma de ecommerce SaaS, precisa que a plataforma esteja funcionando para que suas vendas sejam efetuadas. Um empresário que utiliza uma solução SaaS para contatos com clientes, precisa que tal solução esteja disponível para que sua comunicação seja concluída. Uma empresa que armazena e gere seu portfólio de

⁷¹ SYDOW, Juliana Camargo. **LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**. 2019. Disponível em: <https://iwrcf.com.br/limitacao-responsabilidade-contratos/>. Acesso em: 09/05/2022.

⁷² FAIR, Rebecca A. Kirk; YEATER, Aaron C. **The Ability to Achieve Lost Sales as a Consideration in Damages Analyses under Different Legal Frameworks**. 2018. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2018-19/november-december/ability-achieve-lost-sales-consideration-damages-analyses-under-different-legal-frameworks/. Acesso em: 01/06/2022.

vendas em um sistema de gerenciamento SaaS, depende que este esteja em pleno funcionamento para que sua organização não seja perdida - e por aí vai.

Todo esse cenário busca ilustrar a dependência que os usuários de serviços SaaS têm para que seus negócios gerem frutos. Apesar disso, se por um lado observamos esse vínculo, por outro é importante ressaltar outra peculiaridade já abordada nesse trabalho: os créditos de serviços em caso de violação dos acordos de níveis de serviço.

Precisamente, o objetivo dos créditos de serviços é compensar o contratante pelos danos, dentre eles, as perdas em negócio e lucros que a indisponibilidade do serviço SaaS possa ter causado. Considerando que a indisponibilidade do serviço SaaS necessariamente impacta no bom prosseguimento e conseqüente lucro das empresas que deste fazem uso, a penalidade de submeter o fornecedor ao oferecimento de créditos de serviço busca indenizar o contratante pelas perdas em negócio sofridas.

Em conclusão, se a responsabilização por lucros cessantes já parece extrema para serviços em geral, no caso de empresas SaaS, com o oferecimento de créditos em serviço, a limitação dessa possibilidade é necessária para assegurar que o fornecedor não pague valores exorbitantes e, por certo, não seja penalizado duplamente pela mesma violação.

3.2.1.3. PERDA DE DADOS

A limitação de indenização por perda de dados também é ponto comum em boa parte das cláusulas acima analisadas – e isso não é à toa.

Antes de analisar sua importância para empresas SaaS, é necessário estabelecer de antemão que a limitação de responsabilidade não deve significar uma exclusão da responsabilidade por armazenar, manter e mitigar os riscos das perdas de dados.

Ocorre que, como explicitado anteriormente, incidentes de segurança, perda, modificação e exclusão de dados, apesar de não usuais, são possíveis de acontecer em empresas SaaS e, na

realidade, não podem ser cem por cento evitáveis; novamente, são um risco inerente de quem usa esse tipo de serviço.

Assim, empresas SaaS devem manter suas obrigações de atualização do software, de alinhamento às melhores práticas do mercado, de certificação de segurança e tantos outros pontos que podem reduzir ao máximo as chances de uma perda relevante de dados.

É extremamente importante que esses contratos mencionem as precauções que serão tomadas pelo fornecedor. Os controles de segurança utilizados, os protocolos de controle, como ocorrerá o monitoramento e *backup* dos dados e como esses dados serão armazenados.

Por outro lado, mesmo com todos esses passos sendo tomados, essa limitação é essencial para que, caso uma perda de dados ocorra, o fornecedor não esteja sujeito a uma indenização com a qual não seria razoável arcar⁷³.

Isso é dizer que um incidente de segurança poderia então ocorrer em razão de dois principais cenários: 1. em razão da ausência de emprego de medidas de segurança adequadas ou 2. ainda que com emprego das medidas de segurança adequadas.

No primeiro caso, o fornecedor deixou de cumprir com as suas obrigações contratuais de emprego de medidas de segurança que protegessem esses dados, não cabendo, portanto, a limitação. Por outro lado, há a possibilidade que aqui se estuda de, ainda que com observação das leis e obrigações contratuais e apesar do uso das medidas de segurança necessárias, um incidente ocorra e dados sejam perdidos. Nesse caso, apesar do dano causado, a limitação de responsabilidade será possível.

Em conclusão, entendemos como extremamente necessária a limitação de responsabilidade de fornecedores por danos causados pela perda de dados, vez que esse é um risco inerente à prestação de serviços SaaS e que não pode ser plenamente excluído.

⁷³ MACKIE, Jocelyn. **Limitation of Liability Provisions for SaaS**. 2022. Disponível em: <https://www.termsfeed.com/blog/saas-limitation-liability/>. Acesso em 30/05/2022.

3.2.1.4. DANOS DIRETOS

Abordo ainda a limitação talvez menos óbvia, porém parte de algumas das cláusulas analisadas e efetivamente razoável considerando o contexto de empresas SaaS.

Início essa seção ressaltando dois pontos principais abordados anteriormente: a obrigação principal do prestador de serviços SaaS e a penalidade em caso de violação, os créditos de serviço.

Uma empresa SaaS tem como a sua principal obrigação empreender seus melhores esforços para manter os serviços disponíveis. Não à toa, um dos principais comparativos na hora de contratar um serviço SaaS é a análise dos níveis de disponibilidades que cada fornecedor oferece.

Caso esses níveis de serviço propostos não sejam acordados, fornecedores SaaS oferecerão os créditos de serviço como penalidades em razão de tal violação.

A limitação de responsabilização por danos diretos se encaixa exatamente neste contexto. No contexto de empresas SaaS, danos diretos abarcariam uma série de situações que constituem riscos inerentes à atividade de empresas SaaS e cuja responsabilização em caso de violações já está coberta pelo oferecimento de créditos de serviço.

Falhas no sistema, indisponibilidade do serviço, instabilidades no software em momentos de alterações e substituições de funcionalidades são cenários intrínsecos a uma prestação de software e que poderiam ser enquadrados como danos diretos causados por tais quebras contratuais.

É importante ressaltar que a limitação de responsabilidade por danos diretos causados em caso de violação não constitui uma isenção total de responsabilidade ou afronta ao ordenamento pátrio, vez que os limites estabelecidos por lei seguirão sendo responsáveis. Por certo, danos diretos causados em razão de atos dolosos, condutas fraudulentas e de má-fé, serão sim sujeitos à obrigação indenizatório.

Se enquadraram ainda indisponibilidades causadas em razão do não comprometimento do fornecedor com as suas obrigações contratuais, de atualização e manutenção do software. Se os melhores esforços não forem empreendidos, uma responsabilização por danos diretos poderá ser

pleiteada. Por outro lado, o simples dano gerado em razão de uma violação direta do uso do serviço, no caso, a sua indisponibilidade, será endereçada pelos créditos de serviço fornecidos.

Ou seja, temos aqui um cenário de três principais pontas que justifica a limitação por danos diretos, qual seja: a obrigação principal do prestador de serviço SaaS é fazer seus melhores esforços para manter seu serviço disponível; ocorre que falhas no sistema que levem a sua indisponibilidade são situações inerentes à prestação do serviço e que seriam enquadradas como danos diretos; por fim, caso essas circunstâncias ocorram de modo que impactem o nível de serviço prometido pelo prestador do serviço, a penalidade sob a qual o responsável pelo software deve estar submetido é o oferecimento de créditos de serviço.

3.2.1.5. TETO DE VALOR MÁXIMO A SER PAGO EM CASO DE OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA:

Por fim, também comum a praticamente todas as cláusulas analisadas, é o teto imposto para indenizações em caso de violações contratuais.

Essa segunda modalidade de limitação é cumulativa às demais, ou seja, para além da não indenização por determinados danos, o provedor limita a sua responsabilidade para aqueles que ele sim tem responsabilidade.

A justificativa para tal teto é, em termos diretos, a saúde financeira do negócio. Não à toa, as cláusulas limitam os valores indenizatórios aos montantes pago pelo cliente em um intervalo de tempo razoável que antecede o dano.

Matematicamente falando, caso a exposição de um fornecedor a possíveis danos fosse superior à compensação financeira obtida em determinado contrato, não haveria lógica econômica para justificar a prestação dos serviços.

Além disso, para que um negócio consiga ter uma administração interna saudável e responsável, seus gastos devem ser mapeados para que o fluxo de caixa seja sempre positivo. Ocorre que muitos dos potenciais danos causados a partir de determinada violação são imprevisíveis.

Nesse sentido, ter um valor máximo pré-definido com o qual a empresa poderá aferir seus potenciais gastos a longo prazo, permite que fornecedores organizem suas atividades com base em um orçamento máximo esperado, sem gastos imprevistos e repentinos.

3.3. IMPORTÂNCIA ESPECIAL DE CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PARA EMPRESAS MULTI TENANT

Conforme já abordado, diferentemente de empresas com arquitetura *single-tenant*, que têm infraestruturas isoladas para cada um de seus clientes, empresas com arquitetura *multi-tenant*, pelo contrário, dividem servidores e bases de dados entre todos os seus clientes.

Apesar das vantagens, essa especificidade deve ser ponto de atenção para os seus fornecedores na hora da redação de cláusulas de limitação de responsabilidade a serem incluídas em seus contratos.

Na prática, o compartilhamento de infraestrutura significa que uma alteração que impacta negativamente na disponibilidade da plataforma para um cliente, impactará nos serviços de todos os outros usuários do software. Um incidente que afeta a base de dados de uma empresa SaaS com arquitetura *multi-tenant* resultará na perda de dados para todos os clientes do ecossistema. E assim por diante.

Em resumo, a violação no *software* que afeta um usuário, afeta todos e, na prática, isso significa uma responsabilidade de indenização em quantias exorbitantes para o prestador de serviço.

É neste contexto que surge a necessidade urgente de que prestadores de serviços SaaS que façam uso dessa arquitetura estejam atentos na hora de redigir e negociar suas cláusulas contratuais.

Considerando a extensão dos impactos de uma violação nos negócios de um cliente, uma responsabilidade ilimitada ou ampla, submeteria o prestador de serviços a uma obrigação indenizatória que comprometeria a saúde financeira dos seus negócios.

Por fim, é importante ressaltar que, em se tratando da saúde da perpetuação do negócio, a preocupação não deverá ser apenas do fornecedor, mas também do seu usuário, grande interessado na viabilidade e continuidade dos serviços.

Em conclusão, cláusulas de limitação de responsabilidade bem delimitadas e restritivas podem ser a solução não apenas para quem causa o dano, mas também para quem sofre, que não será beneficiado pela interrupção das atividades de seu fornecedor.

CONCLUSÃO

Como ficou demonstrado, a autonomia da vontade das partes é pilar fundamental do nosso ordenamento jurídico e especialmente protegido no contexto de relações contratuais empresariais, contexto no qual a paridade das partes é protegida e conseqüentemente esse princípio consegue usufruir de seu efeito pleno. A consequência prática desse princípio e objeto de estudo deste trabalho são as cláusulas de limitação de responsabilidade.

Analisando esse instrumento do ponto de vista do direito empresarial, aqui com recorte dos contratos de empresas SaaS, podemos reconhecer a importância que tal instituto tem para a manutenção dessas atividades.

Por certo, limites legais impostos pelo nosso ordenamento jurídico devem sim ser respeitados, mas seria ingênuo acreditar que a reparação integral de danos seria razoável para fornecedores desses serviços.

A tecnologia vendida nesses contratos, como qualquer outra, está suscetível a falhas. Falhas essas que podem gerar impactos para seus usuários que muitas vezes podem ter extensão imensurável.

Com isso em vista, empresas SaaS estão normalmente sujeitas a penalidades em casos de indisponibilidade de seu *software*, quais sejam, os serviços de créditos: descontos oferecidos aos clientes sempre que o serviço possui disponibilidade menor do que a prometida.

Assim, considerando as especificidades de contratos de empresas SaaS, as cláusulas de limitação de responsabilidade são instrumentos essenciais para ambas as partes envolvidas no contrato. Caso contrário, a exposição a riscos exacerbada não justificaria a prestação de um serviço que tem a possibilidade irreversível de falhar.

Por fim, ressalta-se aqui que, para além de necessário ao fornecedor, cláusulas de limitação de responsabilidades são instrumentos essenciais para os usuários do serviço. Se de um lado, para o fornecedor, essa limitação permite a melhor gestão dos seus negócios e a manutenção da sua

atividade, para o cliente essa cláusula opera de maneira a garantir a continuidade dos seus serviços, que depende do *software* fornecido.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cunha de. **O Risco Empresarial, a Limitação e a Exclusão da Responsabilidade Contratual**. Disponível em: <http://www.cunhadealmeida.adv.br/o-risco-empresarial-a-limitacao-e-a-exclusao-da-responsabilidade-contratual/>. Acesso em: 22/03/2022.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AVIDON, Eric. **SaaS adoption, real-time BI among top analytics trends**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchbusinessanalytics/feature/SaaS-adoption-real-time-BI-among-top-analytics-trends>. Acesso em: 10/05/2022

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Nulidade da cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional (parecer)**. In: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANDEIRA, Luiz Octávio V. V. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Almedina, 2016.

BENLIAN, Alexander; HESS, Thomas; BUXMANN, Peter. **Drivers of SaaS-Adoption – An Empirical Study of Different Application Types**. 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12599-009-0068-x#ref-CR48>. Acesso em: 01/06/2022.

BORDERS, Christopher. **SaaS Service Agreement Limitation of Liability Provisions**. Disponível em: <https://borderslawgroup.com/saas-limitation-of-liability-provisions/>. Acesso em: 02/03/2022.

BORGATTO, Henry Magnus Guarnieri. **CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE. LIMITES PARA SUA VALIDADE.** Disponível em: <https://assisemendes.com.br/clusulas-limitativas-de-responsabilidade-nos-contratos-de-licenciamento-de-software-limites-para-sua-validade/>. Acesso em 01/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 39.082/SP de 20 de março de 1995. Relatoria do Ministro Fontes de Alencar. São Paulo. 13/12/1995. DJ 02/09/1996 p. 31022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 936.741 - GO 2007/0065852-6, Relator: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, Julgado: 03/11/2011, DJE: 08/03/2012.

BROOK, Chris. **What is a SaaS Company?**. 2020. Disponível em: <https://digitalguardian.com/blog/what-saas-company>. Acesso em: 10/05/2022.

BROWN, Nick. **What is a SaaS Company? Top 20 SaaS Companies Killing It in 2022.** 2021. Disponível em: <https://accelerateagency.ai/saas-company>. Acesso em 15/05/2022.

CHANTHADAVONG, Aimee. **Atlassian estimates cloud outage could take another two weeks to fix.** 2022. Disponível em: <https://www.zdnet.com/article/atlassian-estimates-cloud-outage-could-take-another-two-weeks-to-fix/>. Acesso em: 03/05/2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavaliere Filho. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

Certificado original AWS. Disponível em:
https://d1.awsstatic.com/certifications/iso_27017_certification.pdf;
https://d1.awsstatic.com/certifications/iso_27001_global_certification.pdf;
https://d1.awsstatic.com/certifications/iso_27018_certification.pdf;
https://d1.awsstatic.com/certifications/csa_star_certification.pdf; . Acesso em: 06/06/2022.

CHAI, Wesley. **Software as a Service (SaaS)**. 2021. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcloudcomputing/definition/Software-as-a-Service>. Acesso em 23/04/2022.

CHUNK, Giuliana Bonanno. **Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro**. Revista de Direito Empresarial (RDEmp), Belo Horizonte, ano 9, n. 2, mai./ago. 2012, p. 816 e 818.

Contrato Principal de Serviços. Disponível em: https://www.salesforce.com/content/dam/web/en_us/www/documents/legal/salesforce_MSA.pdf. Acesso em 01/06/2022.

Contrato de Serviços Cloud. Disponível em: <https://www.oracle.com/corporate/contracts/cloud-services/contracts.html#ct07tabcontent2>. Acesso em 01/06/2022.

DAOUDI, Mehdi. **Is Your Business Prepared For The Next Major SaaS Outage?**. 2021. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2021/06/25/is-your-business-prepared-for-the-next-major-saas-outage/?sh=4464dd3057ea>. Acesso em: 10/04/2022.

Declaração pública oficial realizada pelo Chief of Technology Officer da Okta. Disponível em: <https://www.okta.com/blog/2022/03/updated-okta-statement-on-lapsus/>. Acesso em: 15/05/2022.

Declaração pública oficial realizada pela Microsoft. Disponível em: <https://www.microsoft.com/security/blog/2022/03/22/dev-0537-criminal-actor-targeting-organizations-for-data-exfiltration-and-destruction/>. Acesso em: 15/05/2022.

Declaração pública oficial realizada pela HubSpot. Disponível em: <https://www.hubspot.com/en-us/march-2022-security-incident>. Acesso em: 15/05/2022.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**, v.3. 23ª ed., p. 23. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAIR, Rebecca A. Kirk; YEATER, Aaron C. **The Ability to Achieve Lost Sales as a Consideration in Damages Analyses under Different Legal Frameworks**. 2018. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2018-19/november-december/ability-achieve-lost-sales-consideration-damages-analyses-under-different-legal-frameworks/. Acesso em: 01/06/2022.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**
GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil. Rio De Janeiro: Forense, texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro: Forense: 2011.

FICHTNER, Regis. **Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro**. Revista Brasileira da Advocacia. 2016. RBA Vol 1. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.03.PDF. Acesso em: 11/03/2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2011.

Indisponibilidades públicas no painel de status do Slack. Disponível em: <https://status.slack.com/2021-01/9ecc1bc75347b6d1>. Acesso em: 10/04/2022.

Informações públicas disponíveis na página de compliance oficial da Okta; disponível em: <https://trust.okta.com/compliance/>. Acesso em 15/05/2022.

MACKIE, Jocelyn. **Limitation of Liability Provisions for SaaS**. 2022. Disponível em: <https://www.termsfeed.com/blog/saas-limitation-liability/>. Acesso em 30/05/2022.

MIKADO, Mikita. **How Your SaaS Company Can Survive a Cloud Outage**. 2017. Disponível em: <https://www.cmswire.com/information-management/how-your-saas-company-can-survive-a-cloud-outage/>. Acesso em 10/04/2022.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2011

Painel de confiabilidade oficial da Atlassian. Disponível em: <https://www.atlassian.com/br/trust>. Acesso em: 01/06/2022.

PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2005

PROBST, Eric L. **Contracts 101: Limitation of Liability Clauses**. 2021. Disponível em: <https://pbnlaw.com/contracts-101-limitation-of-liability-clauses>. Acesso em: 08/04/2022.

RIBOTTA, Luise C. Proença; BRANCHER, Paulo. **A visão dos tribunais brasileiros em relação às cláusulas de limitação de responsabilidade nos contratos empresariais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/262801/a-visao-dos-tribunais-brasileiros-em-relacao-as-clausulas-de-limitacao-de-responsabilidade-nos-contratos-empresariais>. Acesso em: 01/06/2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Vol. 4**, cit., p. 181. BANDEIRA, Luiz Octávio V. V. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Almedina, 2016.

Site oficial da empresa Salesforce. Disponível em: <https://www.salesforce.com/in/saas/>. Acesso em: 01/06/2022.

SYDOW, Juliana Camargo. **Limitação de Responsabilidade nos Contratos Empresariais**. 2019. Disponível em: <https://iwrcf.com.br/limitacao-responsabilidade-contratos/>. Acesso em: 09/05/2022.

Termos e Condições de Serviço. Disponível em: <https://www.docuSign.com.br/termos-e-condicoes>. Acesso em: 01/06/2022.

Termos e Condições Gerais para Serviços Cloud. Disponível em: <https://assets.cdn.sap.com/agreements/general-terms-and-conditions/cls/general-terms-and-conditions-for-cloud-services-direct-brazil-portuguese---brazil-v5-2022.pdf>. Acesso em: 01/06/2022.

Termos de Serviço. Disponível em: <https://www.shopify.com.br/legal/termos#Liability>. Acesso em 01/06/2022.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Contratual**. 2. e. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

V. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988

WATERS, Bret. **Software as a service: A look at the customer benefits**. *J Digit Asset Manag* 1, 32–39 (2005). Disponível em: <https://doi.org/10.1057/palgrave.dam.3640007>. Acesso em 01/05/2022.

What is indirect and consequential loss? 2020. Disponível em: <https://harperjames.co.uk/article/indirect-and-consequential-loss/#section-2>. Acesso em: 01/06/2022.

WINDER, Davey. **What Caused The Massive Microsoft Teams, Office 365 Outage On Monday? Here's What We Know**. 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/daveywinder/2020/09/29/what-caused-the-massive-microsoft->

[teams-office-365-outage-yesterday-heres-what-we-know/?sh=6f3d363f77bb.](https://www.microsoft.com/en-us/teams-office-365-outage-yesterday-heres-what-we-know/?sh=6f3d363f77bb) Acesso em:
11/05/2022.