APELAÇÃO Nº 0000000-00.0000.0.00.0000

COMARCA DE SÃO PAULO – F.R. DE SANTANA – 3ª VARA CÍVEL

APELANTE: TOTVS S.A

APELADA: N.R. DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

JUIZ PROLATOR: JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA

VOTO Nº 8630

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONCESSÃO DE USO DE SOFTWARE – Rescisão parcial do contrato, com devolução dos valores pagos e indenização por danos morais – Ação julgada parcialmente procedente, afastados os danos morais – Recurso da ré – Insurgência com relação à aplicabilidade do CDC, posto que se trata de relação jurídica regida pelo Código Civil – Não acolhimento – Aplicável o Código de Defesa do Consumidor, porquanto o produto (software) foi adquirido para ser utilizado na organização administrativa da empresa autora (auditoria de processos internos), sendo sua destinatária final - Contrato que prevê cobrança de mensalidades em caso de descumprimento de aviso prévio de 180 dias quanto à rescisão total ou parcial do contrato - - Pretensão ao reconhecimento da legalidade da cobrança integral de valores relativos ao aviso prévio – Penalidade excessiva – Necessidade de minoração do valor relativo à multa contratual, para fixar o aviso prévio, e o valor correspondente, em 60 dias – Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais, morais e pedido de tutela de urgência ajuizada por N.R. Distribuidora de AUTOR(A) em face de TOTVS S.A, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 343/346, cujo relatório se adota.

Inconformada, recorre a requerida (fls. 359/378). Sustenta que a relação jurídica havida entre as partes não é regida pela lei consumerista, de modo que deve ser afastada a incidência do CDC. Afirma que a cláusula 4.2 do contrato avençado, que institui o aviso prévio para cancelamento de uso do produto está clara e detalhada, de modo que não há o que se falar em cláusula-surpresa ou abusiva. Postula a reforma da r. sentença para julgar a ação improcedente e afastar a incidência da lei consumerista, bem como reconhecer a validade da cláusula 4.2 do contrato pactuado entre as partes sob nº 9.016.869, de modo a reconhecer a legalidade das cobranças efetuadas e afastar a devolução dos valores.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 379/380), regularmente processado com contrarrazões (fls. 384/407).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Respeitados os argumentos expostos nas razões recursais e na r. sentença, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso da requerida.

Consta dos autos que a apelada contratou a apelante para prestação de serviços de concessão de uso de software de auditoria de processos internos (fls. 175/187). Na inicial, a apelada referiu que devido a insatisfação com a prestação de serviço pela apelante, decidiu rescindir parcialmente o contrato para cancelar o uso do produto “My Audit”. Comunicado o cancelamento do uso do produto, a apelante suscitou a cláusula 4.2 do contrato de nº 9.016.869, que transcrevo a seguir:

“[...] 4.2. Término AUTOR(A). O CLIENTE poderá extinguir o Contrato, ou de forma isolada, Softwares ou Aplicativos contratados adicionalmente, mediante notificação prévia por escrito de 180 (cento e oitenta) dias nos endereços constantes na Proposta. Caso o prazo de 180 dias não seja respeitado pelo CLIENTE, este pagará à TOTVS o valor correspondente a 100% dos valores remanescentes até o fim do prazo de aviso prévio”.

Infere-se da referida cláusula que, para rescisão integral ou parcial do contrato imotivada, é necessário notificar a intenção de rescisão com 180 dias de antecedência. A apelada aduz que se equipara a consumidora, dada a natureza do serviço pactuado entre as partes. Sustenta que não anuiu com tal cláusula e que esta se mostra abusiva.

Pois bem.

De início, ao contrário do sustentado pela ré, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, porquanto, no caso, o produto (software) foi adquirido para ser utilizado na organização administrativa da empresa autora (auditoria de processos internos), sendo sua destinatária final.

Sobre o tema, confira-se:

“APELAÇÃO. FORNECIMENTO E IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE SOFTWARE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. Denunciação da lide. Pretensão amparada no inciso II do art. 125 do Código de AUTOR(A) que é facultativa, não representando prejuízo o indeferimento da medida em prol da celeridade processual. A aquisição ou utilização, em benefício próprio, de produto ou serviço para o exercício da atividade de pessoa jurídica, sem que haja revenda, transformação ou repasse que integre a sua cadeia produtiva, caracteriza-a como destinatária final e configura relação de consumo, tornando aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor. Análise das provas produzidas nos autos, especialmente a pericial, pelas quais se constata a existência de falha técnica na implantação do sistema de software RM Solum para a finalidade prevista. Responsabilidade exclusiva da contratada configurada. Laudo pericial que deve ser admitido para a formação da convicção do julgador, por se tratar de pronunciamento especializado. Devolução do valor pago pela apelada que se impõe, a ser apurado em execução. Recurso desprovido.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 28ª Câmara de AUTOR(A); AUTOR(A) I - Santana - [VARA]; Data do Julgamento: 14/03/2023; Data de Registro: 15/03/2023)

“APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – CESSÃO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – Insurgência da autora – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Pessoa jurídica profissional que é a destinatária final dos serviços, utilizados no desenvolvimento de sua atuação lucrativa, sem repassá-los a terceiros em sua cadeia produtiva – Abrandamento do conceito de consumidor Teoria da causa final – Rescisão imotivada do contrato por iniciativa das autoras – Culpa das requeridas não demonstrada – Cláusula que prevê aviso prévio de 180 dias e incidência de multa – Abusividade não verificada – cláusula livremente pactuada pelas as partes – AUTOR(A) – Multa contratual devida – RECURSO IMPROVIDO. APELAÇÃO DA RÉ – Insurgência quanto à condenação na obrigação de fazer determinada na sentença – Alegação de que é inviável a concessão de acesso às autoras ao seu sistema após o cancelamento do contrato – Pedido da autora limitado à entrega das informações – Ausência de condenação específica para concessão de acesso ao sistema – RECURSO IMPROVIDO. RECURSOS IMPROVIDOS.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 32ª Câmara de AUTOR(A); AUTOR(A) I - Santana - [VARA]; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023).

“Consumidor e processual. Prestação de serviços. Ação de rescisão contratual cumulada com pedidos de declaração de inexigibilidade de crédito e restituição de valores. Sentença de procedência. Pretensão à reforma manifestada pela corré. Relação de consumo. Requerida que não se desincumbiu do seu dever de informação. Sistema comercializado sob a promessa de otimização dos trabalhos internos da autora que não atingiu sua principal finalidade. Multa pelo descumprimento da liminar bem arbitrada. Atos de cobrança verificados. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 35ª Câmara de AUTOR(A); Foro de São Caetano do Sul - [VARA]; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 15/12/2022).

“Monitória. Prestação de serviço. Aquisição de licença para uso de software. Produto não transformado e não inserido na cadeia produtiva. Utilização que atende necessidade própria da pessoa jurídica e não de seus clientes. Hipossuficiência técnica da pessoa jurídica em relação ao produto. Relação de consumo caracterizada. Aplicação da teoria finalista mitigada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor não obsta a fixação de foro de eleição. Declaração de abusividade da cláusula que depende da demonstração de prejuízo ou impossibilidade de defesa. Foro de eleição mantido. Cerceamento de defesa com fundamento em instrução deficitária da inicial. Documentos necessários e suficientes à propositura da demanda devidamente apresentados. Preliminares de mérito, afastadas. Comprovação de relacionamento entre as partes que pressupõe a instalação do software. Inaplicabilidade da teoria da exceção do contrato não cumprido em favor da apelante. Ausência prova suficiente a afastar o inadimplemento anterior, bem como de eventual incorreção dos valores arrolados. Título executivo judicial bem constituído. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 35ª Câmara de AUTOR(A); AUTOR(A) I - Santana - [VARA]; Data do Julgamento: 06/05/2022; Data de Registro: 06/05/2022)

“Cessão de direito de uso de software e prestação de serviços. Ação de rescisão contratual c.c. declaratória de inexistência de débito. Sentença de procedência. Aplicação do CDC. Sistema de software necessário para desenvolvimento das atividades empresariais, não se constituindo como insumo ou transformação na cadeia produtiva. Instalação, implantação e uso regular de sistema de software. Prova coligida que revela funcionamento inadequado do produto. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Art. 14 do CDC. Sistema contratado que não serviu ao fim a que se destinava. Rescisão contratual decretada. Declaração de inexistência de débito imputado à autora decorrente de multa pelo cancelamento do contrato. Denúncia motivada a não ensejar incidência da multa. Sentença mantida. Recurso desprovido, com observação. (...)” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 32ª Câmara de AUTOR(A); Foro de Itaquaquecetuba - [VARA]; Data do Julgamento: 08/11/2021; Data de Registro: 08/11/2021)

Contudo, entendo que o fato de a cláusula que prevê a necessidade do aviso prévio para fins de rescisão vir estampada nas condições gerais, por si só, não acarreta sua nulidade, principalmente diante do fato de a autora, na proposta comercial, declarar “ter lido e concordado com as disposições de todos os documentos acima listados e que integrarão o Contrato antes de assinar a presente Proposta” (cláusula 5.2, a fls. 169).

Ademais, é possível verificar que a proposta comercial foi devidamente rubricada e assinada pelo representante da apelada (fls. 163/171). No item 5.1, ii, letra “a”, é disposto um link para acesso ao conteúdo integral do contrato pactuado (fls. 170). Desse modo, não se pode acolher a alegação de que a apelada não tinha ciência da referida cláusula e, ao assinar a proposta comercial, anuiu com as cláusulas do contrato. Não se verifica vício ou abusividade que enseje a anulação da cláusula.

Não obstante, entendo que a necessidade de aviso prévio para rescisão do contrato no prazo de 180 dias (metade do período contratado), mostra-se abusivo e oneroso à contratante.

Isso porque o contrato referente ao uso do software “My Audit”, com vigência de 12 meses após a assinatura da proposta comercial, foi pactuado no valor de R$4.089,80, a ser pago em 12 parcelas a partir de 20/01/2020 (fl. 165). Sobre vigência, confira-se a cláusula 3.2 (fl. 167), que transcrevo a seguir:

“3.2 - Vigência: A vigência desta Proposta é de 12 (doze) meses, contados a partir da sua assinatura. Os serviços serão cobrados mensalmente conforme data de vencimento descrita no item 3. A renovação dá-se automaticamente, salvo aviso prévio de qualquer uma das partes, por escrito, com antecedência de 30 dias”.

A vigência do contrato seria encerrada após o pagamento da última parcela, em 20/01/2021. Caso não fosse efetivado o aviso prévio acerca da intenção de não renovação do contrato, este seria renovado. Assim, se a apelada não comunicasse à apelante com 30 dias de antecedência, a vigência do contrato seria renovada para mais 12 meses, o que ocorreu, já que o pedido de cancelamento foi efetuado em 23/02/2021 (fls. 188), de modo que a vigência do contrato foi renovada até 20/01/2022.

Quanto ao valor do aviso prévio de 180 dias, verdadeira multa compensatória, algumas considerações devem ser feitas. É sabido que as partes têm total autonomia em contratar, de modo que devem ser privilegiados e observados os princípios da pacta sunt servanda e da intervenção mínima. A intervenção judicial nos contratos entre particulares deve se dar de modo excepcional, nos termos do parágrafo único do art. 421 do Código Civil.

Porém, não se pode perder de vista que o valor da multa para a rescisão antecipada não pode exceder o da obrigação principal, nem ser manifestamente excessivo, em respeito aos arts. 412 e 413, do Código Civil. Dispõe o art. 413, do CC que: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

Não há dúvida de que a apelada não observou as cláusulas que tratam de aviso prévio quanto ao cancelamento do uso do software, de modo que devida a multa/aviso prévio. Contudo, entendo ser excessivo o valor de 100% das mensalidades pelo período de 6 meses, posto que corresponde a metade do valor do contrato.

Isso posto, reputo ser adequada a minoração do aviso prévio/multa para o equivalente a 60 dias, período razoável para comunicação do aviso prévio e valor mais que suficiente a amenizar eventuais prejuízos da contratada, levando-se em consideração o risco da atividade exercida pela apelante, ao passo que não representa prejuízo de difícil reparação para a apelada, devendo haver a restituição daquilo que exceder tal valor.

Neste sentido, inclusive, tem-se posicionado a jurisprudência desta E. Corte:

“(...) CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA – Como, no caso dos autos, (a) embora lícita a exigência de cláusula penal compensatória, em hipótese como a dos autos, ante o descumprimento de obrigações contratuais pela parte ré apelante, (b) é admissível a redução, por apreciação equitativa, nos termos do art. 413, do CC, com observância do art. 473, caput e § único, do CC, uma vez que a multa fixada mostra-se manifestamente excessiva, por se revelar desproporcional à natureza e finalidade do negócio, considerando as peculiaridades do caso dos autos, em que a própria parte autora realizou notificação extrajudicial para rescisão do contrato antes do vencimento determinado pactuado e a não especificou nenhum fato concreto revelador de grave prejuízo decorrente do inadimplemento da parte reconvinda, a solução é: (i) a manutenção da multa pactuada no valor correspondente à integralidade – 100% (cem por cento) - das mensalidades indicadas como não pagas na notificação extrajudicial para rescisão do contrato efetivada pela parte autora, com incidência de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos; e (ii) a redução da multa pactuada no valor correspondente à integralidade – 100% (cem por cento) – para 30% (trinta por cento) – das mensalidades com datas de vencimento posterior às indicadas na notificação extrajudicial para rescisão do contrato efetivada pela parte autora, com incidência de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos. JUROS DE MORA – Os juros simples de mora incidem na taxa legal de 1% ao mês, a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual, em que o valor da mensalidade não consta do contrato celebrado pelas partes. MONITÓRIA – Reforma da r. sentença, para julgar procedentes, em parte, os embargos monitórios e procedente, em parte, a ação monitória, para constituir de pleno direito, título judicial, no valor, nos termos especificados no julgado. Recurso provido, em parte.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 20ª Câmara de AUTOR(A); Foro de Limeira - [VARA]; Data do Julgamento: 21/02/2022; Data de Registro: 23/02/2022).

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Contrato de cessão de direito de uso de software e prestação de serviços – Pretensões declaratória de inexistência de débito e de indenização de dano moral julgadas improcedentes – Rescisão unilateral do contrato pela autora contratante – Culpa da ré não reconhecida – Multa contratual devida – Montante previsto no contrato a esse título (valor equivalente a 6 meses) que, entretanto, se mostra excessivo – Multa reduzida para o valor equivalente a 3 meses do contrato, observadas as disposições dos artigos 413 e 473, caput e parágrafo único, do Código Civil – Redistribuição dos encargos da sucumbência – Apelação provida com o acolhimento do pedido subsidiário.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de AUTOR(A); AUTOR(A) Cível - [VARA]; Data do Julgamento: 09/11/2021; Data de Registro: 09/11/2021).

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. Contrato de prestação de serviços gerenciados de segurança da informação. Nulidade da execução. Não ocorrência. Certeza e exigibilidade da obrigação. Título que prevê multa para a hipótese de denunciação pela contratante. Preliminar rejeitada. Prova oral e pericial conclusiva e convincente de que não houve defeito na prestação de serviços. Rescisão imotivada pela embargante. Ocorrência. Sentença mantida. MULTA. Cabimento. Valor estipulado em 50% das mensalidades vincendas até o prazo final do contrato que se revela excessivo. Redução para 15%. Inteligência do artigo 413 do Código Civil. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 38ª Câmara de AUTOR(A); AUTOR(A) Cível - [VARA]; Data do Julgamento: 06/07/2022; Data de Registro: 12/07/2022).

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE – Rescisão antecipada – MULTA MANIFESTAMENTE EXCESSIVA – REDUÇÃO – Equidade – Art. 413 do Cód. Civil – Cabimento. RECURSO IMPROVIDO.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 26ª Câmara de AUTOR(A); Foro de Limeira - [VARA]; Data do Julgamento: 08/11/2021; Data de Registro: 08/11/2021)

“Contrato de prestação de serviços e licenciamento de software. Ação de declaração de inexigibilidade da multa pela rescisão antecipada do contrato. Multa em valor equivalente à média das contraprestações mensais, multiplicada pelo número de meses faltantes para o final do contrato. Abusividade reconhecida. Redução da multa, nos termos do art. 413 do Código Civil, para 30% das contraprestações restantes. Recurso parcialmente provido.” (TJSP; Apelação Cível 0000000-00.0000.0.00.0000; Relator (a): AUTOR(A); Órgão Julgador: 36ª Câmara de AUTOR(A); AUTOR(A) XI - Pinheiros - [VARA]; Data do Julgamento: 15/07/2021; Data de Registro: 15/07/2021).

Assim, diante de todo o exposto, a hipótese é de parcial provimento do apelo para, mantida a parcial procedência da ação, fixar a multa contratual/aviso prévio para valor equivalente a 60 dias, devendo os valores que excederem tal importância serem restituídos à apelada, com incidência de correção monetária desde a data dos efetivos desembolsos, e com juros de mora de 1% desde a data da citação.

Fica mantida a distribuição dos ônus sucumbenciais tais como arbitrados na r. sentença, ante a sucumbência recíproca, em maior parte da autora, nos termos do art. 86 do CPC.

Deixo de majorar a verba honorária em grau recursal ante o parcial provimento do apelo.

Considera-se prequestionada a matéria constitucional e infraconstitucional, desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando a decisão da questão posta (EDROMS 18205/SP, Min. AUTOR(A)), razão pela qual desde já se esclarece desnecessária a interposição de embargos de declaração exclusivamente para tal finalidade.

Nestes termos, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré.

JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS

Relator