

Direito do consumidor - Programa de computador - Sociedade de advogados e empresa de software - Relação - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Teoria finalista mitigada - Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço - Obrigação - Inadimplemento total - Prescrição quinquenal - Voto vencido

Ementa: Direito do consumidor. Programa de computador. *Software*. Consumidor. Relação entre sociedade de advogados e empresa de *software*. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Teoria finalista mitigada. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Inadimplemento total da obrigação. Prescrição quinquenal. Voto vencido.

- O consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC, permitindo-se, entretanto, a mitigação à aplicação daquela teoria, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas consumeristas a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

- Nas hipóteses de inadimplemento absoluto, não se estaria no âmbito do art. 18 (e, conseqüentemente, do art. 26 do CDC), mas no âmbito do art. 14, que, quanto à prescrição, leva à aplicação do art. 27, com prazo de cinco anos para o exercício da pretensão do consumidor.

- Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo, para se verificar se houve ou não prescrição, é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão, ou seja, quando se constata de forma inequívoca o inadimplemento total da obrigação.

Recurso provido.

- V.v.: - A norma consumerista somente tem aplicação quando o contratante puder ser caracterizado como destinatário final. Quando a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, possui o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade-fim, não se reputa como relação de consumo, e sim como uma atividade de consumo intermediária, razão pela qual não se submete às normas do Código de Defesa do Consumidor.

- A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206). (Des.ª *Electra Benevides*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.207799-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Weslen Sousa Silva Advogados Associados S/C - Apelada: Aquarius Software Ltda. - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A REVISORA.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2009. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo* f.174/176 por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Trata-se de apelação interposta por Weslen Sousa Silva Advogados Associados S/C às f.179/185, contra sentença de f. 174/178, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 20ª Vara da Comarca de Belo Horizonte, nos autos de "ação de cobrança c/c indenização por dano moral", na qual o Juiz decidiu por dar provimento ao agravo retido, decretando a prescrição da ação e extinguindo o processo.

Em suas razões recursais, o apelante pretende a reforma da sentença, prosseguindo o feito em seus ulteriores termos, com a condenação do apelado, incluindo a inversão do ônus da sucumbência. Sustentando a impossibilidade de se definir de forma precisa quem é o consumidor, o apelante alega que o que deve ser focado é a estrutura do contrato, e não somente a qualidade dos contratantes. Dessarte, o apelante enquadra-se nos moldes de consumidor, devendo ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor. Aduz ainda que o prazo prescricional a ser aplicado ao caso deve ser o ordinário, que no Código Civil de 1916 é de 20 anos e no Novo Código Civil é de 10 anos. Alega ainda a necessidade de reforma do valor dos honorários advocatícios.

Em sede de contrarrazões (f.189/190) aduziu o apelado que a decisão proferida merece subsistir, visto que foi verificado o instituto da prescrição. Sustenta ainda a manutenção do valor dos honorários advocatícios. Em conclusão, considera pertinente a sentença,

requerendo assim a manutenção do *decisum* e a improcedência do apelo.

Este é o breve relatório.

I - Mérito.

I - A - Incidência das normas do CDC.

Antes de adentrarmos o mérito, cabe salientar que é aplicável o Codex Consumerista à presente relação.

No que tange à definição de consumidor, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua Segunda Seção, ao julgar em 10 de novembro de 2004 o Recurso Especial nº 541.867/BA, alinhou-se junto à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, em regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do Codex Consumerista. Entretanto, reconheceu-se naquela oportunidade certa mitigação à aplicação daquela teoria, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas consumeristas a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

In casu, o apelante é associação civil com a finalidade de prestação de serviços advocatícios, equiparando-se a empresa de pequeno porte, a qual, procurando dinamizar a sua atuação e reduzir seus custos de operação adquiriu programa de computador do apelado.

Por óbvio, o apelado nem qualquer de seus prepostos possuem conhecimento técnico sobre os mecanismos que envolvem a programação de computadores, caracterizando a hipossuficiência necessária à mitigação da teoria em favor do mesmo. A experiência comum revela que os meios informáticos por vezes causam dúvida até mesmo em profissionais da área, os quais não encontram soluções para os erros de execução dos programas e operacionalização de sistemas de informações telemáticos.

Dessa forma, a meu ver e sentir, caracterizada está a hipossuficiência da apelada, implicando a incidência das normas do Codex Consumerista.

II - B - Da prescrição aplicável. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Inadimplemento total da obrigação.

Compulsando os autos, observo que a causa de pedir e o pedido constantes do feito versam sobre responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Os programas de computador, comumente denominados *softwares*, possuem característica peculiar. O consumidor, ao adquiri-lo, não se torna dono de objeto físico, mas de licença de uso que pode ou não ser delimitada no tempo. Tal produto, por vezes, agrega-se à prestação de serviços de banco de dados e suporte, destinando-se ao incremento das atividades de todos os níveis da cadeia econômica.

In casu, a pretensão processual aviada pelo apelante baseia-se em inadimplemento absoluto da obrigação do fornecedor do produto denominado Chronos, o qual não haveria funcionado apropriadamente um só dia sequer, tornando inócua a aquisição de sua licença. Conclui o apelante, ao delimitar seu pedido à indenização por dano material e moral.

O Codex Consumerista, ao tratar sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, dispôs que:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

[...]

Já sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço, dispôs que:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

[...]

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

[...]

Ainda, sobre os prazos de prescrição e de decadência pertinentes a cada um destes, dispôs o código que:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obsta a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único. (Vetado).

Como se observa, há por vezes uma tênue linha entre a responsabilidade por fato do produto e por vício do produto, capaz de atrair o exíguo prazo decadencial ou quinquídio pertinente à prescrição.

A meu ver e sentir, se estivermos diante da hipótese de responsabilidade por fato do serviço (art. 14 do CDC), o prazo prescricional a ser aplicado é o do art. 27 do Codex Consumerista, de cinco anos. Se estivermos diante de responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC), o prazo será decadencial, disciplinado no art. 26. No entanto, nas hipóteses de inadimplemento absoluto, não se estaria no âmbito do art. 18 (e, consequentemente, do art. 26 do CDC), mas no âmbito do art. 14, que, quanto à prescrição, leva à aplicação do art. 27, com prazo de cinco anos para o exercício da pretensão do consumidor.

Este é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbi gratia*:

Consumidor. Recurso especial. Danos decorrentes de falha na prestação do serviço. Publicação incorreta de nome e número de assinante em listas telefônicas. Ação de indenização. Prazo. Prescrição. Incidência do art. 27 do CDC, e não do art. 26 do mesmo código.

- O prazo prescricional para o consumidor pleitear o recebimento de indenização por danos decorrentes de falha na prestação do serviço é de 5 (cinco) anos, conforme prevê o art. 27 do CDC, não sendo aplicável, por consequência, os prazos de decadência, previstos no art. 26 do CDC.

- A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço, por danos decorrentes de publicação incorreta de seu nome e/ou número de telefone em lista telefônica, prescreve em cinco anos, conforme o art. 27 do CDC. Recurso especial não conhecido. (REsp 722510/RS - Rel.ª Ministra Nancy Andrighi - DJ de 1º.02.2006, p. 553.)

Recurso especial. 'Pacote turístico'. Inexecução dos serviços contratados. Danos materiais e morais. Indenização. Art. 26, I, do CDC. Direito à reclamação. Decadência. - O prazo estatuído no art. 26, I, do CDC, é inaplicável à espécie, porquanto a pretensão indenizatória não está fundada na responsabilidade por vícios de qualidade do serviço prestado, mas na responsabilidade contratual decorrente de inadimplemento absoluto, evidenciado pela não prestação do serviço que fora avençado no 'pacote turístico' (LEXSTJ 161/88).

Neste último precedente citado, firmou-se o entendimento, com o qual me coaduno, de que:

não se trata de responsabilidade por vícios de qualidade do serviço prestado, mas de responsabilidade contratual decorrente de inadimplemento absoluto, evidenciado este pela não prestação do serviço que fora avençado.

O termo inicial do lapso prescricional, nos termos do art. 27, há de ser a data do inequívoco conhecimento do dano e de sua autoria, ou seja, da data em que se constatou não ser mais possível a utilização do programa.

Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo, para se verificar se houve ou não prescrição é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão. *In casu*, a pretensão só nasce a partir do momento no qual inequivocamente se têm ciência do completo inadimplemento da obrigação. Compulsando os autos, observo que há correio eletrônico enviado ao apelante em 20 de agosto de 2002 (f. 18), informando procedimentos de instalação do programa de computador. Dessa forma, a meu ver e sentir, nessa data ainda não estava o apelante ciente de forma inequívoca do completo inadimplemento da obrigação.

Assim, como o presente feito foi distribuído em 15 de setembro de 2006, encontra-se dentro do prazo prescricional, não estando extinta a pretensão aviada pela prescrição.

III - Conclusão.

Ex positis, dou provimento ao recurso para cassar o r. *decisum* do Juízo primevo e determinar que se profira sentença com a análise do mérito da pretensão processual aviada.

Custas, *ex lege*.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Peço vênua ao eminente Desembargador Relator para discordar das razões esposadas no brilhante voto proferido, para negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença, com acréscimo de fundamentos.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 174/178, que reconheceu a prescrição da ação de cobrança c/c indenização por dano moral proposta por Weslen Sousa e Advogados S/C em face de Aquarius Software e JLP Informática, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, apela a parte autora, alegando, em suma, que o prazo prescricional aplicável ao caso seria o prazo ordinário de 10 anos, previsto no art. 205 do Código Civil, e não prazo de prescrição especial de 3 anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do mesmo diploma.

Em seu voto, o ilustre Relator entendeu que a relação existente entre as partes é regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e, em decorrência disso, o prazo prescricional seria de 5 anos. Daí, concluiu ser a ação de cobrança tempestiva, merecendo a sentença primeva ser cassada.

Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Contrariando a tese do eminente Relator, entendo que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao caso ora em análise, pois o apelante não é o destinatário final do produto, o que acaba por descaracterizar a relação de consumo.

Antes de fundamentar meu entendimento, há que se fazer algumas considerações acerca das duas correntes doutrinárias relativas à definição de consumidor, quais sejam a corrente maximalista e a finalista, e, por conseguinte, do campo de incidência do Código Consumerista.

A orientação maximalista pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor, entendendo que a Lei nº 8.078/90, ao defini-lo como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão “destinatário final”, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.

Já o conceito de consumidor, sob a ótica da teoria finalista, restringe-se às pessoas físicas ou jurídicas não profissionais, que não visam ao lucro nas atividades contratadas. Contudo, será consumidor intermediário aquele que adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar o seu próprio negócio lucrativo.

Assim, seria imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final fosse entendida como econômica [e não apenas fática], isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial.

Nesse sentido, dispõe Arnoldo Wald que

o legislador pátrio, ao incluir as pessoas jurídicas como consumidoras no art. 2º do CDC, cuidou das sem caráter empresarial, como as fundações e as associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou serviços utilizados, ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização. [...]. A conclusão à qual se chega é, pois, que no Direito brasileiro, compatibi-

lizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo-se à lição do Direito Comparado, a pessoa jurídica, tão-somente, pode ser considerada ‘consumidor’ ou a ele equiparada, nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro de seus fins sociais. Cabe, aliás, em relação às sociedades comerciais, uma presunção de ser o consumo para fins profissionais e sociais, em virtude da própria estrutura e finalidade empresarial que as caracteriza (O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, in *Revista dos Tribunais*, v. 666, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, abr./1991, p. 14).

Contudo, hodiernamente, verifica-se certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, ao revés do preconizado pelos maximalistas, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

Entretanto, não entendo que este seja o caso dos presentes autos, uma vez ausente a vulnerabilidade jurídica e econômica por parte do apelante em face dos apelados. Pelo contrário, trata-se de um escritório de advocacia, o qual dispõe do conhecimento jurídico, inexistindo, também, provas que demonstrem o desequilíbrio econômico entre as partes.

Feitas essas considerações, *data venia*, não há falar em relação de consumo no presente caso, sendo, portanto, inaplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, visto que, conforme ponderou o apelante, em sua peça inicial, a aquisição do *software* se deu com vistas ao aperfeiçoamento da atividade-fim do escritório de advocacia e à facilitação do contato com seus clientes.

Assim, aplicáveis ao caso as normas constantes do vigente Código Civil.

Da prescrição do direito de ação.

Pois bem, verifico que as partes contrataram a instalação do programa de computador em agosto de 2001, tendo o apelante alegado que nunca utilizou o *software*, em virtude de defeitos técnicos.

Afirmou, também, o apelante que, após a compensação do último cheque dado em pagamento, no valor de R\$600,00, os apelados não mais atenderam às solicitações de reparo, causando prejuízos ao escritório (à f. 04).

Verifico, à f. 19, que o cheque mencionado acima foi compensado em 20.08.2002, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo prescricional para as ações de cobrança e de indenização por dano moral. Tal é corroborado pelo documento de f. 15, letra g, no qual o apelante declara que desde o final de 2002 os fabricantes estavam inertes quanto às reclamações efetuadas.

Os prazos para a ação de reparação civil e ação de ressarcimento por enriquecimento sem causa foram reduzidos pelo novo Código Civil. Se, no código anterior, estes prazos eram de 20 (vinte) anos, segundo o art. 177, no novo Código, tais prazos reduziram-se a apenas 3 (três) anos, conforme art. 206, § 3º, IV e V. *In verbis*:

Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

[...]

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil.

De fato, para casos como este, o novo Código estabeleceu, em seu art. 2.028, uma relativa proporção entre o prazo anterior, e em curso, e o prazo novo. E o fez da seguinte forma: se, no momento da entrada em vigor do novo Código, já tiver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, é desta a regência do prazo. Se o contrário, ou seja, se, em 11 de janeiro de 2003, quando da entrada em vigor do novo Código, não houver transcorrido a metade daquele prazo, a prescrição será regida pela lei nova.

Por essas razões, os prazos prescricionais devem ser contados da entrada em vigor do novo Código, isto é, 11 de janeiro de 2003. Tendo a ação sido distribuída em 15.09.2006, afere-se que decorreu lapso temporal superior a três anos, estando prescrito o direito de ação do apelado de requerer o ressarcimento do valor despendido pela aquisição do programa de computador e de pleitear indenização por danos morais.

Ante o exposto, peço vênua ao ilustre Relator para negar provimento ao recurso, mantendo-se o reconhecimento da prescrição decretada em primeira instância, porém, com fulcro no art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

Custas, *ex lege*.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A REVISORA.

...