



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000303101

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1006420-63.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MICROSOFT DO BRASIL IMPORTACAO E COMERCIO DE SFTWARE E VIDEO GAMES LTDA, é apelado _.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) E SÁ DUARTE.

São Paulo, 17 de abril de 2023.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI

RELATORA

Assinatura Eletrônica

Voto nº31025

Apelação Cível nº 1006420-63.2021.8.26.0100

Apelante: Microsoft do Brasil Importacao e Comercio de Sftware e Video

Games Ltda

Apelado: _

Comarca: São Paulo

Juiz: Celso Lourenço Morgado

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Conta mantida junto à ré com vinculação aos serviços contratados, dentre eles, armazenamento na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

nuvem (OneDrive). Autor que teve sua conta desativada por pretensa violação aos termos de uso. Suposto compartilhamento de imagem que sequer foi comprovado pela ré. Relatório encaminhado à polícia federal não juntado. Apelante que não se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC. Prova dos autos que não demonstra que o autor tenha, de fato, violado qualquer norma. Imperativo do próprio interesse não observado. Parte que deve colher as consequências processuais provenientes da inobservância aos encargos probatórios preestabelecidos. Restabelecimento do serviço de rigor. Dano moral configurado. Sentença mantida. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra respeitável sentença de fls. 123/125, cujo relatório se adota, que, em ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, julgou procedente os pedidos para determinar que a ré restaure a conta do autor, com seus documentos, bem como ao pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$5.000,00, com correção monetária pelos índices da tabela própria do TJSP, a partir da sentença (Súmula 362, STJ), com juros de mora de 1% ao mês, a contar do arbitramento. Condenou, ainda, a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00

Inconformada, apela a ré alegando, em suma, que requereu a expedição de ofício à polícia federal para fornecer cópia do relatório enviado e da imagem que o acompanhava; que os pedidos de produção de prova não foram considerados; que o software “PhotoDNA” encontrou em uma foto compartilhada pelo autor a mesma assinatura (hash) de imagem disponibilizada pelo Centro



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nacional para Crianças Desaparecidos; que ficou demonstrada a violação do contrato e justa causa para encerramento da conta; que ao compartilhar um arquivo pelo OneDrive, ele passa pelos servidores da Microsoft onde, por meio do software “PhotoDNA”, adquire uma assinatura exclusiva que é comparada àquelas presentes nos bancos de assinaturas conhecidas; que não realiza a visualização do conteúdo, mas apenas a conferência da assinatura; que houve violação das normas de utilização dos serviços; que o cancelamento da conta de e-mail não permite o cumprimento da obrigação de fazer; e que não há que se falar em indenização por danos morais, pois não houve ato ilícito, ou mesmo qualquer dano.

Houve resposta (fls. 174/177).

É o relatório

O apelo não merece ser provido.

O caso versa sobre conflito que, modernamente, tem-se apresentado para resolução por este Tribunal.

Trata-se de bloqueio e impedimento de acesso do autor ao seu e-mail, assim como funções acessórias, no caso, serviço de armazenamento de documentos na nuvem através do aplicativo OneDrive. Relata o recorrido que tentou por diversas vezes contato com a ré para resolução da questão, e que necessitava de acesso aos documentos salvos, já que é corretor imobiliário e as fotos e arquivos de imóveis estavam apenas salvo no aplicativo.

A respeitável sentença julgou procedente, e, respeitadas as razões da ré, deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

De início, primoroso destacar que a relação entre as partes é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de consumo, de forma que ao autor é assegurado o direito básico à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (artigo 6º, III, do Código de Processo Civil).

No caso, a ré alega que o “software PhotoDNA identificou que o Autor, por meio da conta _@hotmail.com, compartilhou arquivo via OneDrive, cujo “hash” (assinatura exclusiva de uma imagem) coincidiu com o “hash” de imagem idêntica existente em bancos de dados disponibilizados por diversos órgãos como, por exemplo, o Centro Nacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas (National Center for Missing and Exploited Children NCMEC).

Após o software PhotoDNA confirmar a coincidência das imagens, a Microsoft encaminhou o relatório CyberTipline nº _para o NCMEC, com o nome de usuário e o endereço IP. O endereço de IP do responsável pelo compartilhamento do arquivo _” (fls. 42/43).

Neste contexto, afirmando que sua atitude de encerramento da conta foi legítima, por ter o autor compartilhado imagem que estava em desacordo com seus termos de uso, cabia à ré produzir prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (artigo 373, II, do Código de Processo Civil), ônus do qual não logrou se desincumbir, já que nem mesmo o relatório mencionado foi juntado aos autos.

Como bem se sabe, a ré tem o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

E, neste sentido, as provas constantes dos autos não têm o condão de demonstrar a efetiva dinâmica conforme narrado pela apelante.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ora, conforme ensinam Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, *“cabe à parte desenvolver parente o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar como também de provar (encargo = ômus).”* (Teoria Geral do Processo. 30ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 409/410)

O que se conclui, portanto, é que a ré, ao não se desincumbir de seu encargo probatório, deixou de demonstrar a alegada ocorrência dos fatos como narrou, modificativo do direito do autor e necessário para que o julgador estruturasse, a partir do arcabouço probatório constante dos autos, um juízo de cognição exauriente que fosse favorável aos seus interesses na demanda.

E não há que se falar em cerceamento de defesa, pois não era mesmo o caso de expedição dos ofícios requeridos, já que cabia à ré juntar o próprio relatório que encaminhou à polícia federal com a imagem que alega ter violado os termos do contrato de prestação de serviços.

Portanto, não demonstrando o descumprimento dos termos estabelecidos, não é possível admitir como válida a conduta da apelante de excluir a conta do autor, e os documentos e serviços a ela vinculadas, já que, não comprovada a violação aos termos contratuais.

Nesse sentido, em caso também envolvendo bloqueio de conta pela ré Microsoft em razão de imagem identificada pelo software “PhotoDNA”:

V O T O Nº 00359 APELAÇÃO. CIVIL.
OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE CONTA DE E-MAIL. CÓDIGO DE CONDUTA DE USO DA PLATAFORMA. BANIMENTO SUMÁRIO DO USUÁRIO. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE USO DA PLATAFORMA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.

AUTOR QUE JÁ HAVIA REGISTRADO BOLETINS DE OCORRÊNCIA DE TENTATIVAS DE ACESSO À SUAS CONTAS DE E-MAIL E OUTROS APLICATIVOS. FATOS LEVADOS AO CONHECIMENTO DA RÉ, QUE PROVIDÊNCIA ALGUMA ADOTOU. CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMITEM CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DE PROVA DE AUTORIA E NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE CONDUTA DO AUTOR E À VIOLAÇÃO AO CÓDIGO DE CONDUTA QUE LHE FOI IMPUTADA. EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTA DE E-MAIL QUE ORBITA COMO DIREITO À IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA. DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO PROCEDENTE. 1.

Embora indiscutíveis os conteúdos do código de conduta e da tecnologia PhotoDNA e seu nobre propósito, é certo que a penalidade sumária imposta ao usuário, desprezado em seu direito de defesa, não se sustenta, pois a prova produzida revela que não há



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

econômico daquela que gere o aplicativo em comento – Alegação da ré no sentido de que o perfil da autora foi desativado por violação dos termos de serviço, em decorrência de atividade farmacêutica – Inconsistência jurídica – Ré que não demonstrou a efetiva ocorrência da venda de produtos proibidos pela empresa autora, o que teria levado à desativação da conta – Arguições absolutamente genéricas – Atividade farmacêutica que não é proibida na política comercial do aplicativo - Ré que não se desincumbiu do ônus de comprovar a ocorrência de descumprimento das regras de conduta por parte da autora – Inteligência do art.

*373, II, do CPC. Apelo da ré desprovido. (TJSP; **Apelação Cível 1115950-70.2019.8.26.0100; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 18ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/12/2020; Data de Registro: 10/12/2020)***

Apelação - Ação cominatória c.c. indenizatória – Ação movida contra inativação de conta comercial no Instagram – Parcial procedência para reativação das contas – Insurgência da ré – Alegação de que a desativação das contas ocorreu por infringência à política de utilização – Alegação genérica de que desrespeito à regra de utilização que não permite conteúdo "de baixa qualidade ou perturbador" sem apresentar sequer o conteúdo exposto – Ausente a prova da violação não se vislumbra o exercício legal do direito da ré em desativar as contas do autor – Necessidade de demonstração precisa e inequívoca



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

da violação, que não ocorreu no caso em concreto - Sentença mantida – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1002982-60.2019.8.26.0565; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/07/2020; Data de Registro: 05/07/2020)

Logo, caracterizado o ato ilícito da ré ao excluir a conta do autor, bem como impedi-lo de a acessar, assim como outras aplicações a ela vinculada, tal como o OneDrive.

Aduz a apelante, ainda, que os arquivos já foram excluídos, bem como não há possibilidade de recuperar a conta.

Todavia, a própria sentença já previu que, em caso de tal ocorrência: “Anote-se que eventual impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer com a conversão em perdas e danos deverá ser apurada em sede de cumprimento de sentença” (fl. 125).

De outro lado, também deve ser mantida a condenação em danos morais.

Tratando-se de relação de consumo, como já dito, não há necessidade de se comprovar a existência de culpa, mas, tão somente ato ilícito, dano e nexos causal.

O ilícito consubstancia-se na ilegal exclusão do registro do réu, e também impossibilidade de acessar seus documentos no OneDrive, o que já foi acima discutido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Os danos morais podem ser vistos de duas formas.

De um lado, o autor foi privado de ter acesso aos instrumentos essenciais para exercício de sua profissão, já que alegou, fato não questionado pela ré, que utilizava dos serviços de armazenagem na nuvem para fotos e dados de clientes. Constatou: “Neste momento importante frisar que o peticionário é avaliador imobiliário, ou seja, todas as fotos dos imóveis de seu trabalho e dos seus clientes estão nessa plataforma, que, agora, o Requerente não pode ter mais acesso, prejudicando seu trabalho, fazendo perder clientes, trazendo prejuízos difíceis de mensurar.x (fl. 2).

De outra banda, também foi afirmado que “entrou diversas vezes em contato com a requerida (e mails em anexo), sendo as respostas quase as mesmas, que tinha sido ferida uma política da empresa, no entanto não explicam qual, e que ele não teria mais acesso ao Onedrive, nem mesmo, as mídias lá existentes.”

Vislumbra-se, assim, que cabível a indenização pela aflição de não conseguir prestar os trabalhos para que foi contratado, estando todas as fotos e dados de clientes em arquivo que não podia acessar, ou mesmo que a ré lhe fornecesse; situação que, por óbvio, ultrapassa mera situação cotidiana ou mero inadimplemento contratual.

Ainda que assim não fosse, o autor narrou e demonstrou (fls. 10/16) as reiteradas tentativas de contato sem qualquer eficácia, mostrando-se ser, ao mínimo, um abuso de direito da ré (artigo 187 do Código Civil), já que ao exercer possível atividade lícita, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social e pela boa-fé e pelos bons costumes.

Presente também o nexo causal, já que o dano moral foi causado pela ilegítima exclusão do registro do autor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Assim, é patente o sentimento do autor de inferioridade, tristeza e humilhação diante da busca interminável de resolver o imbróglio, sendo tratada com desídia pela ré após reiteradas tentativas de resolução administrativa.

Vê-se, portanto, longo imbróglio e dificuldade para resolução do problema, que, mesmo assim, não foi sanado; resolvendo-o apenas com o ajuizamento da presente demanda.

A experiência comum aponta que comumente há um desrespeito e descaso por parte de empresas ao consumidor que, voluntariamente, tenta resolver os problemas nos produtos e serviços prestados pelos SACs e assistências técnicas.

Diante de tais fatos, o doutrinador Marcos Dessaune desenvolveu a tese do Desvio Produtivo do Consumidor.

Nesta, defende-se que é dano indenizável, e não mero aborrecimento, o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por ato ilícito dos fornecedores. Disse o autor:

Com essas rápidas explicações, posso então dizer, conceitualmente, que o desvio produtivo evidenciase quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento (lato sensu), precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

um relevante ônus produtivo indesejado pelo último ou, em outras palavras, onera indevidamente os recursos produtivos dele (consumidor).

<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados/eis-jurisprudencia/71/desvio-produto-doconsumidor-tese-do-advogado-marcos-ddessaune-255346-1.asp>; acesso em 18/03/2014).

Cabível ao caso tal discussão, já que, conforme relatado e comprovado, o autor teve de dispensar seu tempo produtivo para entrar em contato com a ré, por diversas vezes; e, ainda, não ver seu problema sanado.

Assim, vislumbra-se, além do acima exposto, dano pela ausência de lealdade e respeito do réu ao autor, o que causou não só violação da boa-fé objetiva, como também levou ao desperdício do tempo produtivo.

Esta tese tem tido aderência por este Tribunal:

*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ?
 VÍCIO DO PRODUTO - Máquina de lavar ?
 Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos ? **Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas ? Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor ? Nítida ocorrência do "Venire contra factum proprium" - Fixação de cláusula penal ? Dano material que não se confunde com o dano moral - Tempo demasiado sem o uso do referido produto ?***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

*Desídia e falta de respeito para com o consumidor ?
 Tempo perdido do consumidor para tentativa de
 solução do infortúnio, que acarreta dano
 indenizável ? Inteligência da tese do Desvio
 Produtivo do Consumidor. Danos morais
 Configurados Afrenta à dignidade da pessoa
 humana Caso dos autos que não se confunde com
 um "mero aborrecimento" do cotidiano
 Indenização fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais).
 Sentença de improcedência reformada. Recurso
 provido. (TJ/SP, 5ª Câ. Dir. Civil; AP nº
 0007852-15.2010.8.26.0038, rel. Fábio Podestá, j.
 13/11/2013) (grifos não originais).*

De outra banda, a indenização deve ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere sua natureza punitiva e compensatória – a primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio, e a segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenuo o dano havido.

Assim, não há que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

Portanto, sopesando os critérios mencionados e levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, mais precisamente, o grau de culpa da ré e os prejuízos morais ocasionados ao autor, conclui-se que o valor da indenização fixado em R\$5.000,00 se releva razoável e suficiente para repreender o réu e, ao mesmo tempo, compensar a autora pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, gerar para eles enriquecimento sem causa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Logo, forçosa a manutenção da respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, de rigor a manutenção dos honorários advocatícios fixados na respeitável sentença por equidade, já que, diante do irrisório proveito econômico, não se poderia arbitrar em percentual, o que não corresponderia com o trabalho prestado pelo patrono do autor, e parâmetros fixados no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Ao contrário, diante do não provimento do presente recurso, os mesmos merecem ser majorados para R\$2.000,00, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo legal, e trabalho realizado em grau recursal.

Ante o exposto, *nega-se provimento* ao recurso.

ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI
Relatora