

Apelação n. 0809790-09.2013.8.24.0023
Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONTRATO DE TELEFONIA FIXA MANTIDO DESDE 1993. PACOTE ADICIONAL DE SERVIÇO DE VOZ, DADOS E TELEVISÃO CONTRATADO PELA AUTORA. MAL FUNCIONAMENTO POR CONSTANTES QUEDAS DE SINAL. DIVERSAS RECLAMAÇÕES REALIZADAS SEM SUCESSO. CONSUMIDORA QUE CONTINUOU PAGANDO AS FATURAS, MESMO SEM USUFRUIR DO SERVIÇO DEFEITUOSO, PARA SEU NOME NÃO SER INSCRITO NO ROL DE INADIMPLENTES. POSTERIOR PEDIDO DE CANCELAMENTO DO PACOTE ADICIONAL. RESCISÃO INTEGRAL OPERADA PELA RÉ. CORTE INDEVIDO DO PACOTE DE TELEFONIA FIXA QUE ERA MANTIDO HÁ CERCA DE VINTE ANOS. CONDUTA IMPRUDENTE E ILÍCITA DA RÉ. DEVER DE INDENIZAR O DANO MATERIAL COMPROVADO NOS AUTOS. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DO VALOR INDEVIDAMENTE COBRADO. TENTATIVAS INFRUTÍFERAS DE SOLUÇÃO DO IMPASSE PERANTE A PRÓPRIA RÉ E O PROCON. CORTE INDEVIDO DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. SITUAÇÕES QUE ULTRAPASSAM A SEARA DO MERO DISSABOR COTIDIANO. OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM EM R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. VALOR QUE, DIANTE DO CASO CONCRETO, ESTÁ AQUÉM DE UMA JUSTA REPARAÇÃO E NÃO SE MOSTRA PEDAGOGICAMENTE EFICAZ. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO PARA R\$ 25.000,00. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

1. Evidenciada a cobrança indevida por serviço não

prestado da forma adequada, sua restituição em dobro é medida que se impõe, tendo em vista a disposição expressa do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor

2. Para a fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0809790-09.2013.8.24.0023, da comarca da Capital 4ª Vara Cível em que são apelantes e apelados Marlene Maria Strapacole e Oi Móvel S/A.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso da ré e dar provimento ao recurso da autora. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 26 de julho de 2016.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Relator

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado às fls. 67/68, por revelar com transparência o que existe nestes autos e, a ele acrescenta-se que o MM.^a Juíza de Direito, Doutora Cleni Serly Rauen Vieira, julgou a lide nos seguintes termos:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para:

a) DECLARAR inexistente os débitos discutidos na presente demanda, decorrentes do contrato nº 2446626;

b) DETERMINAR que a ré restitua, em dobro, os valores indevidamente cobrados pelos serviços não prestados (fls. 17/22) e após o cancelamento do plano (fls. 23/26);

c) CONDENAR a ré ao pagamento da importância de R\$8.000,00 (oito mil reais), a título de indenização por danos morais em favor do autor, acrescidos de atualização monetária a partir da data desta decisão (Súmula 362 do STJ), e juros de mora de 1% a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios do procurador do autor, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ex vi do artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil, considerando o julgamento antecipado da lide e a simplicidade da matéria controvertida.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 76/83), no qual pugna pela majoração do valor arbitrado a título de danos morais, afirmando que o valor determinado na sentença está em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A ré também apelou (fls. 89/108), alegando que agiu no exercício regular de seu direito e que a cobrança foi devida posto que a autora contratou os serviços da ré, não se tratando de caso passível de indenização e repetição do indébito. Pugna, assim, pela exclusão da condenação por danos morais, ou subsidiariamente pela minoração do *quantum* indenizatório.

Em contrarrazões (fls. 132/143), a empresa ré pugna pelo desprovimento do recurso. Conquanto intimada (fl. 131), a autora deixou transcorrer *in albis* o prazo para a apresentação das contrarrazões.

VOTO

1. Inicialmente, cabe consignar que a modificação do polo passivo pleiteada pela ré já foi realizada, conforme pode ser observado em consulta ao SAJ (Sistema de Automação do Judiciário).

2. A Carta Magna em seu art. 5º, X, estabelece que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*.

De igual sorte, está previsto no art. 186 do atual Código Civil que: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

Na mesma esteira e no que toca à obrigação de reparar o dano, não se deve perder de vista o que restou disposto no art. 927 do mesmo diploma legal: *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Sobre o tema ato ilícito, da doutrina, em especial dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, colhe-se que *"para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente"* (Código Civil anotado, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

Afirma ainda Carlos Alberto Bittar:

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõe a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.

Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda pelos impulsos (ou ausências de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem.

Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as

conseqüências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade.

[...]

Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo, daí, os 'atos jurídicos', de um lado, e os 'atos ilícitos', de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes.

Entende-se, pois, que os ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familias* – devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem.

Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa lato sensu é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade.

Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem.

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

[...]

Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à causa do seu próprio, desde que represente a subjetividade do ilícito (Responsabilidade civil na atividades perigosas, *in* Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 1988, p. 93-5).

No caso vertente, consta que a autora era proprietária de linha telefônica disponibilizada pela ré, tendo posteriormente aceitado a proposta para adquirir uma extensão do seu plano telefonia, em novembro de 2012. No entanto, o serviço nunca foi habilitado, mas as cobranças foram efetuadas, conforme colhe-se das faturas de fls. 17/23, devidamente pagas.

Diante da não prestação do serviço, a autora optou por cancelar os serviços adicionais de tv e internet, tendo a ré desligado todos os serviços, inclusive a linha telefônica da autora, que se dirigiu ao Procon da cidade por três vezes para tentar solucionar o erro (fls. 11/13).

Em momento algum restou comprovado nos autos que a apelada

prestou devidamente o serviço contratado, limitando-se a afirmar que efetuou as cobranças em exercício regular de seu direito. Ante a narrativa dos fatos, resta comprovado que as cobranças foram indevidas.

Assim, não pairam dúvidas acerca do ato ilícito passível de indenização por dano material cometido pela ré, que foi imprudente ao efetuar cobranças de serviços não prestados. Além disso, cabe à empresa que atua através de sistemas de "Call Center" atuar com extremo rigor nas operações efetuadas.

De acordo com os ditames do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor: *"o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável"*.

O juiz *a quo* julgou procedente a demanda, condenando a ré ao pagamento da restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente. E efetivamente, esta medida se impõe, pois, conforme já reconhecido na sentença, tal cobrança foi indevida e configurou ato ilícito indenizável.

3. Por outro lado, não restou evidenciado o dano moral sofrido, uma vez que a autora não logrou demonstrar qualquer consequência gravosa ao seu crédito ou à sua moral, tais como protesto efetivado ou inscrição em órgão de proteção ao crédito. A pretensão indenizatória fundamentou-se apenas no aborrecimento causado e no fato de a parte ser hipossuficiente.

Conclui-se, portanto, que apesar do perigo de lesão, o dano moral em si não ocorreu ante a inexistência de prejuízo. É evidente que a apelante passou por transtornos e inquietações até resolver o caso, mas isso não pode ser objeto de indenização, sob pena de se favorecer a tão falada *"indústria do dano moral"*.

O ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-

se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa.

A propósito, em casos semelhantes, assim decidiu esta Corte:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA RESSARCIMENTO E INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE RECARGA DE TELEFONIA DE SERVIÇO MÓVEL PRÉ PAGO. RESCISÃO UNILATERAL DO PACTO PELA OPERADORA. CONTINUIDADE DA COBRANÇA DO SISTEMA UTILIZADO PARA VENDA ON LINE DENOMINADO TIM PDV. ILEGITIMIDADE DOS DÉBITOS COBRADOS APÓS O ROMPIMENTO DA RELAÇÃO COMERCIAL. RESSARCIMENTO DOS VALORES EFETIVAMENTE PAGOS APÓS A RUPTURA DO PACTO. DANOS MORAIS. CORRESPONDÊNCIA DE COBRANÇA DAS MENSALIDADES DO TIM PDV. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MERO ABORRECIMENTO. ABALO MORAL INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação n. 0003600-36.2012.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste relator e da Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 03-05-2016).

APELAÇÃO CÍVEL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇOS BANCÁRIOS E SEGUROS EM FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A IRREGULARIDADE DA COBRANÇA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO EM DOBRO AO CONSUMIDOR, MAS DENEGOU O DANO MORAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE SE LIMITA À DEMONSTRAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS. ABALO PSÍQUICO QUE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, NÃO SE PRESUME. DANO MORAL INOCORRENTE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.001783-3, de Caçador, rel. Des. Domingos Paludo, j. 26-11-2015).

RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RENOVAÇÕES AUTOMÁTICAS DE ASSINATURAS DE REVISTAS COM DÉBITO EM CARTÃO DE CRÉDITO – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS – MERO ABORRECIMENTO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – DEVER DE INDENIZAR AFASTADO – EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (AC n.º 2005.017442-7, deste relator, com votos dos Des. Fernando Carioni e Des^a. Salete Silva Sommariva).

O dano moral possui caráter estritamente pessoal de dor, vergonha, humilhação do agente, não se enquadrando nesse contexto o mero

aborrecimento consubstanciado pelo descumprimento contratual ou rescisão mal conduzida (AC n.º 2007.000133-3, Des. Fernando Carioni, com votos deste relator e do Des. Sérgio Izidoro Heil).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGATIVA DE UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – DANO MORAL INEXISTENTE – MERO ABORRECIMENTO – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE" (AC n.º 2006.007019-1, Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil, com votos deste relator e do Des. Fernando Carioni).

Meros aborrecimentos cotidianos não podem ser erigidos à condição de danos morais porque a tolerância é indispensável à convivência social (AC n.º 2005.004212-0, Des. Monteiro Rocha)

Ora, cabia à autora demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, à luz do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Acerca o ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

A respeito do tema, colhe-se da doutrina:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).

Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com

referência ao fato e às suas circunstâncias (*quaestiones facti*), impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão —ônus da prova.

[...]

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação —ensina CARNELUTTI —é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar —escreve ele —a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

A função de toda atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo. [...] Sempre, no entanto, que esta investigação sobre pessoas ou coisas, inclusive documentos, exigir conhecimentos técnicos especiais da pessoa encarregada de fazê-lo, estaremos frente à necessidade de prova pericial (Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, RT, 2003, 6ª ed., p. 383).

Em situações semelhantes, decidiu esta Corte:

É da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito (AC n.º 2003.006224-6, deste relator, com votos do Des. Fernando Carioni e Desª. Salete Silva Sommariva).

O ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A consequência do não-desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur reus*) (AC n.º 1997.008604-0, Des. Pedro Manoel Abreu).

Logo, ausente qualquer dos pressupostos enumerados no art. 186 do Código Civil, precipuamente a prova do dano moral, ônus que cabia à autora nos termos do art. 333, I, do *Codex* Processual, não pode prosperar a responsabilização civil desta na esfera moral.

Os julgados abaixo reproduzidos firmaram o entendimento desta Câmara acerca do assunto:

Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos esculpido no art. 159 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 186 do Código Civil de 2002) (AC n.º 2004.005793-8, deste relator, com votos do Des. Fernando Carioni e Des. Sérgio Izidoro Heil).

'Em se tratando de responsabilidade civil por ato ilícito, o ônus da prova, em regra, cabe ao lesado, que deve demonstrar, além da existência do dano, também a culpa do réu no evento, sob pena de ver acolhido o seu pleito' (AC n.º 1997.008460-9, Des. Eder Graf) (AC n.º 2004.004421-6, deste relator, com votos do Des. Fernando Carioni e Des^a. Salete Silva Sommariva).

Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (art. 159, CC/1916 e art. 186, CC/2002), para que seja reconhecido o direito à indenização, é necessária a efetiva demonstração do dano, do comportamento ilícito (dolo ou culpa) do agente e do nexo de causalidade entre ambos, ou seja, é imprescindível a comprovação de que o postulante da indenização sofreu prejuízo diretamente ocasionado pela conduta indevida da outra parte (AC n.º 2005.039539-9, Des^a Salete Silva Sommariva, com votos deste relator e do Des. Sérgio Izidoro Heil).

Pelo acima exposto, não há razões para condenação da ré ao pagamento de danos morais à autora.

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de: a) negar provimento ao recurso da ré; b) dar provimento ao recurso da autora para majorar a indenização por danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), valor a ser acrescido de correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral da Justiça a partir da data deste julgamento e de juros de mora nos termos da sentença.