



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2018.0000731501

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 100002110.2018.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante/apelada [REDACTED], é apelada/apelante [REDACTED].

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial provimento ao recurso da autora. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI E CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

THIAGO DE SIQUEIRA RELATOR
 Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 1000021-10.2018.8.26.0266

Apelante/Apelado: [REDACTED]

Apelado/Apelante: [REDACTED]

Comarca: Itanhaém

Voto nº 39.490

Apelação - Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos materiais e morais - Prestação de serviços Telefonia - Alegação de falha na prestação dos serviços Ocorrência configurada – Ônus da ré de demonstrar a inexistência desta falha, do qual não se desincumbiu - Responsabilidade da ré reconhecida, nos termos do Código de Defesa do Consumidor Restituição do valor pago indevidamente que é de rigor Dano moral configurado Demandante que faz jus à respectiva reparação Quantificação Insurgência da demandante, postulando a sua majoração Montante arbitrado pelo douto Magistrado que merece ser majorado - Recurso da ré improvido, restando provido em parte o da autora.

A r. sentença (fls. 133/138), proferida pelo douto Magistrado Jamil Chaim Alves, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação de obrigação de fazer cumulada com tutela de urgência e indenização por danos materiais e morais ajuizada por [REDACTED] contra [REDACTED] para: *a) condenar a requerida na obrigação de fazer consistente em retirar a música Amante não tem lar , como toque de chamada do telefone nº ... da linha de titularidade da Autora, pelo que torno definitivos os efeitos da decisão proferida in limine litis e inaudita altera parte em fl. 22/23, os quais mantenho até trânsito em julgado da presente; b) para condenar a requerida à restituição simples dos valores indevidamente descontados desde julho de 2017, na proporção de R\$ 9,90 ao mês, corrigida monetariamente, a partir do respectivo desembolso, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, devidamente atualizados pelos índices da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, c) condenar a Ré ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) à Autora, como compensação pelos danos morais sofridos, valor que deverá ser corrigido monetariamente nos termos da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e sofrerá a*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

incidência de juros de 1% ao mês a partir da presente data, nos termos do Enunciado da Súmula nº 362, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Por ser a sucumbência da ré preponderante, condeno requerido, ante a sucumbência, nas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor total da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC.

Irresignadas, apelam ambas as partes.

A ré sustentando que, apesar da apelada alegar que desconhece as cobranças promovidas em seus créditos, manifestou efetivamente seu interesse na contratação do serviço. Alega que, *para a contratação do serviço supramencionado e conseqüente cobrança por sua prestação, faz-se imprescindível a interação entre o usuário, por meio do seu aparelho telefônico, e a empresa prestadora do serviço* e a autora demonstrou interesse na contratação do serviço e efetivamente o contratou. Sustenta que não hánexo de causalidade; que não é aplicável ao caso a inversão do ônus da prova; que não há que se falar em danos materiais e que não restaram comprovados os alegados danos morais. Alternativamente, requer a redução do valor fixado a título de danos morais. Postula por tais razões a reforma da r. sentença.

A autora, por sua vez, postula a majoração do *quantum indenizatório*, afirmando que *passou vergonha ao ser exposta por um serviço que não contratou, como informado, a autora, ora recorrente, é uma pessoa casada, a mais de 45 (quarenta e cinco anos) mãe de 3 (três) filhos e com 6 (seis) netos. Como amplamente exposto, a música que era ouvida ao ligar para a recorrente, falava de uma pessoa que tinha relacionamento com uma pessoa casada, expondo a recorrente, bem como o seu marido, que infelizmente passaram a ser alvos de piadas e comentários. Por esse motivo, o valor que foi fixado a título de danos morais, não se mostra suficiente para reparar os fatos que foram causados, devendo assim, ser majorado para o valor apontado na inicial, ou outro valor que Vossas Excelências entenderem com justo e suficiente.*

Recursos recebidos no duplo efeito, com
 resposta somente pela autora.

É o relatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

3

A autora ajuizou a presente ação alegando que é cliente da ré e que possui um “celular de mesa”, que funciona com um chip de telefonia móvel da [REDACTED]. Afirma que se trata de aparelho semelhante a um telefone convencional, operado por chip de celular ao invés da linha telefônica. Aduz que usa seu número de telefone móvel como número de contato de sua residência e que, desde julho de 2017, passou a sofrer piadas feitas por seus familiares de que poderia estar em romance extraconjugal por conta do toque de seu telefone, pois quando alguém liga para sua residência ouve trecho de uma música sertaneja da cantora Marília Mendonça, de nome “Amante Não Tem Lar”. Afirma que se trata de serviço chamado “[REDACTED]”, o qual jamais contratou. Alega que o custo desse serviço é R\$ 9,90 por mês e que já tentou por três vezes cancelar, porém, sem sucesso. Ressalta que já pagou indevidamente o valor de R\$ 69,30, do qual solicita ressarcimento. Requer que a ré retire a música do número vinculado a autora, sob pena de multa diária, devolução em dobro dos valores cobrados, inversão do ônus da prova e indenização pelos danos morais causados no valor de 50 salários mínimos.

Em contestação a ré alegou que houve a contratação do serviço, porque há a necessidade de interação entre o usuário, por meio de seu aparelho telefônico e a prestadora de serviço, juntando aos autos parecer técnico que explica como se dá a contratação do serviço do usuário em relação a operadora.

O douto Magistrado houve por bem julgar procedente em parte a ação, para condenar a ré na obrigação de fazer consistente em retirar a música “Amante não tem lar”, como toque de chamada do telefone nº ... da linha de titularidade da autora, bem como, para condená-la à restituição simples dos valores indevidamente descontados desde julho de 2017 e ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de danos morais.

Pois bem.

Cabe observar, inicialmente, que o presente caso deve ser solucionado à luz do Código de Defesa do Consumidor, aqui aplicável por força de seu artigo 3º, parágrafo 2º (vide neste sentido a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça), ainda que nos termos de seu artigo 17, e perante o qual a responsabilidade da

4

empresa de telefonia, como prestadora de serviços, é, inclusive, de caráter objetivo, consoante se infere do disposto no artigo 14 de referido Código. E, nos termos do parágrafo 3º deste mesmo artigo, o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar: “I que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Cabia exclusivamente à ré, portanto, o ônus de provar a incidência das causas excludentes previstas em lei, vale dizer, a inexistência de prestação de serviço defeituoso e a culpa exclusiva da autora ou de terceiro, de modo a evidenciar a regularidade da contratação do serviço, o que, porém, não restou demonstrado no presente feito, eis que não apresentou prova alguma a este respeito, não exibindo prova documental alguma neste sentido.

Assim, tendo em vista a alegação de não contratação do serviço “[REDACTED]” pela demandante, cumpriria à ré apresentar provas para demonstrar que o serviço foi contratado, sem apresentar qualquer irregularidade, não somente por incidir no caso o Código de Defesa do Consumidor, mas tendo-se em vista, também, a regra prevista no art. 373, II, do Código de Processo Civil, que impunha à ré o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora. A ré, contudo, não apresentou, nem produziu, prova alguma neste sentido no presente feito.

Desse modo, como a ré não se desincumbiu deste ônus probatório que lhe competia no caso vertente, é forçoso reconhecer que houve falha na prestação dos seus serviços, em razão da imposição à autora de serviço que não contratou.

Cabível, por isso, a devolução dos valores cobrados indevidamente, referente ao serviço “[REDACTED]”, que não foi contratado pela autora e cujo cancelamento solicitou por três vezes à ré, por restar evidenciado no caso, também, que houve falha grave da ré, por ter persistido em promover cobrança de valores por este serviço, a despeito das diversas reclamações feitas pela autora e que restaram infrutíferas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

De rigor, por isso, a devolução de mencionados valores indevidamente cobrados da autora, não

5

merecendo acolhida as razões recursais da ré neste sentido.

A ré responde pelos danos decorrentes desta falha ou da inexecução do contrato estabelecido entre as partes, consoante previsto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 389 do Código Civil.

É de se reconhecer, outrossim, que os fatos em questão, atento à natureza dos serviços prestados pela ré, que é, inclusive, de interesse público (art. 22 do Código de Defesa do Consumidor), também foram suficientes para causar a demandante graves dissabores e transtornos, abalando-a moralmente, pois se tornou alvo de piadas de seus familiares, em razão da música colocada pela ré como toque de espera em seu telefone, situação esta agravada por ter a ré cobrado pelo serviço não contratado e que a autora buscou por diversas vezes cancelar sem obter êxito.

Assim, deverá a ré proceder ao ressarcimento pelos prejuízos morais suportados pela autora.

Conforme leciona Yussef Said Cahali, caracteriza-se o dano moral, “*in verbis*”:

“como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)” (autor cit., in “Dano Moral”, Ed. RT, 3ª ed., pág. 22).

Tem-se entendido, igualmente, que o dano moral decorre do próprio fato violador, o que dispensa a produção de prova a respeito de sua ocorrência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Conforme leciona Carlos Alberto Bittar a este propósito, *“na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilidade do*

6

*agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge **ipso facto**, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto”* (autor cit., in *“Reparação Civil por Danos Morais”*, Ed. RT, pág. 202).

Este é também o entendimento da jurisprudência, consoante se infere da seguinte ementa de julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência deste Pretório está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação” (REsp 851522/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª T., j. 22.05.07, DJ 29.06.07, p. 644).

Afigura-se cabível, portanto, a indenização por danos morais postulada pela autora, o que encontra amparo não somente no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, que assegurou de forma ampla e genérica o direito ao ressarcimento, mas também nos termos do art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor e do art. 186 do Código Civil.

Relativamente à fixação do montante de referida indenização, importa observar que, na ausência de um critério objetivo para quantificá-lo, seu arbitramento é feito com certa discricionariedade pelo julgador, atento sempre, porém, à gravidade do dano moral sofrido, à condição ou necessidade da vítima e à capacidade do ofensor, além do fator de dissuasão.

Conforme já decidiu a este respeito, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

indenização por dano moral “*deve ser fixada em **termos razoáveis**, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos ou exageros, devendo o arbitramento*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com

7

razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica” (RSTJ 137/486 e STJ-RT 775/211).

Da mesma forma, também decidi referida Corte no sentido de que *“A indenização por dano moral deve ter cunho didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima” (AgRg no REsp 944792/PE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 02.08.07, DJ 20.08.07, p. 281).*

Não se deve olvidar, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves, trazendo à baila, por sua vez, lição de Maria Helena Diniz, que *“a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa integridade física, moral e intelectual não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando, assim, em parte, seu sofrimento” (in “Responsabilidade Civil”, Ed. Saraiva, 9ª ed., págs. 584/585).*

Ora, no caso vertente, atento a tais diretrizes e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

considerando-se, ainda, as circunstâncias do presente caso, consoante apontado na inicial da presente ação, consoante supra destacado. é de se verificar que o montante arbitrado pelo douto Magistrado, qual seja, R\$ 4.000,00, merece ser majorado para o importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). A ser corrigido monetariamente a partir do julgamento do presente recurso (Súmula n. 362 do C. STJ) e acrescido de juros de

8

mora à taxa de 1% ao mês, a contar da citação.

Mencionado valor revela-se mais condizente com a gravidade do abalo moral sofrido pela autora, com as condições socioeconômicas deste e a capacidade da ré, além do fator de dissuasão a ser aplicado nestes casos. Não é o caso, por isso, de ser reduzido como pleiteia a ré ou de ser fixado no montante estimado pela autora (50 salários mínimos), por ser, à evidência, excessivo e incondizente com a finalidade da presente indenização. Note-se, porém, que de acordo com a Súmula n. 326 do C. Superior Tribunal de Justiça, “na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca”.

Conclui-se, por tais razões, que a irresignação da ré não merece ser acolhida, devendo ser acolhido em parte o recurso da autora, para majorar a indenização por danos morais fixada na r. sentença recorrida para o montante supra apontado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da ré e dá-se provimento parcial ao recurso da autora.

Thiago de Siqueira Relator

9