

Autos nº: 5463815.82

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

LUCAS MARTINS DA SILVA ajuizou ação declaratória de inexistência de débito c/c obrigação de fazer c/c repetição de indébito c/c indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência em face de OI MÓVEL S/A, aduzindo ser titular da linha telefônica pré-paga nº (64) 98411-4717 e que notou desconto habitual de serviços não contratados, descontando direto no saldo principal, cobrando o valor de R\$ 5,90 (cinco reais e noventa centavos).

Aduz ainda, ter tentado resolver o problema de forma administrativa, contudo, sem êxito. Nos pedidos requereu liminarmente justiça gratuita, inversão do ônus da prova e a antecipação dos efeitos da tutela para determinar o cancelamento das cobranças. E no mérito requer a procedência da ação para determinar o pagamento de indenização por danos morais. Acostou documentos pertinentes.

Decisão de evento nº 04 deferiu os benefícios da gratuidade processual e a inversão do ônus da prova.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação tempestiva em evento nº 12, alegando exercício regular de direito, inexistência de cobranças indevidas, sob argumento de que os serviços ativados na linha do autor foram contratados, alega inexistência do dever de indenizar. Ao final, requer a improcedência total dos pedidos iniciais.

O requerente apresentou impugnação à contestação em evento nº 17/ arquivo nº 01, refutando as razões da defesa e pugnando pela procedência dos pedidos iniciais.

Intimadas para manifestarem quanto ao interesse na produção de novas provas, ambas as partes nada manifestaram, conforme evento nº 18/ arquivo nº 01.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório que basta. FUNDAMENTO e DECIDO.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O feito encontra-se pronto para julgamento, prescindindo da produção de outras provas, visto que se trata de matéria unicamente de direito, razão pela qual passo ao julgamento antecipado da lide, a teor do que dispõe o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

DO MÉRITO

Pretende a parte requerente, com a presente demanda o cancelamento definitivo das cobranças indevidas, indenização por danos morais e repetição do indébito, em razão das cobranças do serviço não contratado.

A ré em sua defesa, requer a improcedência dos pedidos, sob a alegação de que se existem cobranças essas foram solicitadas pela parte autora de forma voluntária, portanto ocorrendo as cobranças de forma absolutamente legítima, tendo em vista que o serviço questionado foi contratado e prestado, razão pela qual afirma inexistir cobrança indevida e dano moral. Ressalta ainda que todos os seus serviços podem ser desvinculados a qualquer hora pelo cliente através de central de atendimento, por SMS ou respostas aos informativos da promoção.

Em proêmio, destaco que a matéria ventilada nos presentes autos configura-se como relação de consumo, sendo, então, por mim analisada à luz da consumerista Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

Em tal situação, aponto que deve ser aplicada a teoria da carga dinâmica da prova, ou seja, “grosso modo”, a prova dos fatos incumbe àquele que tem melhores condições de fazê-la. No caso em apreço, a requerida

detém, em grande parte, o controle da documentação dos serviços prestados, consistindo em verdadeiro monopólio de dados.

A inversão do ônus da prova, conforme previsto no artigo 6º, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.078/90, faz com que o ônus probatório incumba, nas relações de consumo, ao requerido. Entretanto, cabe ao requerente convencer o juízo da verossimilhança das alegações feitas, não basta apenas alegar os fatos na inicial e se garantir da inversão do ônus da prova, é necessário que haja fundamentos e comprovação capazes de sustentar a tese aludida na exordial.

Destarte, o requerente não desincumbe do ônus que lhe compete, qual seja, comprovar os fatos constitutivos de seu direito, de acordo com disposto no artigo 373, I, Código de Processo Civil.

Nessa esteira, trago os seguintes arestos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO. FATOS NÃO COMPROVADOS. REVELIA. EFEITOS. PRESUNÇÃO RELATIVA. AUSÊNCIA DA CONDUTA ILÍCITA DO BANCO. NEXO CAUSAL INEXISTENTE. (...) II - NÃO EXISTINDO NOS AUTOS ELEMENTOS CAPAZES DE DEMONSTRAR, DE FORMA SEGURA E INCONTROVERSA, QUALQUER COMPORTAMENTO ILÍCITO IMPUTÁVEL AO RÉU, VISTO QUE CABIA A AUTORA O ÔNUS DE PROVAR SUAS ASSERTIVAS ARGUIDAS NA PREAMBULAR, RESTA AFASTADA A REPARAÇÃO DE DANOS PRETENDIDA, DEVENDO SER MANTIDA A SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO." (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 115198-9/188, Rel. DES. JOÃO UBALDO FERREIRA, 1A CAMARA CÍVEL, julgado em 27/11/2007, DJe 4 de 07/01/2008) (negritei)

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. 1. Para que se imponha o dever de indenizar, a título de danos materiais e lucros cessantes, necessária a comprovação do efetivo dano patrimonial sofrido, porquanto, ao contrário dos danos morais, estes não se presumem e devem ser devidamente comprovados pela parte que alega tê-los sofrido, nos termos do disposto no artigo 333, I, do CPC, que dispõe caber ao Autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito. 2. Na hipótese, a ausência de provas sólidas do prejuízo material experimentado pelo Autor, conduz à improcedência de seu pedido formulado a esse título. 3. A fixação do quantum devido, a título de danos morais e estéticos, deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, servindo como forma de compensação da dor impingida e, ainda, como meio de coibir o agente da prática de outras condutas semelhantes. No caso dos autos, os valores fixados na origem mostram-se adequados, devendo, por isso, serem mantidos. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 47515-14.2010.8.09.0112, Rel. DES. OLAVO JUNQUEIRA DE ANDRADE, 5A CAMARA CÍVEL, julgado em 25/09/2014, DJe 1642 de 03/10/2014).

Assim, da análise dos autos, não há sequer um único documento que comprove a alegação da requerida de que o autor teria voluntariamente contratado tal serviço objeto da presente ação, demonstrando clara desídia quanto ao aspecto probatório de suas alegações.

Entendo não ser plausível o argumento da licitude da cobrança dos serviços, tendo em vista que a linha telefônica pertence o requerente, responsável legal por quaisquer direitos e deveres inerentes à sua titularidade, e não há prova nos autos da suposta contratação. Não se deve tolerar qualquer invasão das prestadoras de serviços.

Enquanto os fornecedores de produtos e serviços, mormente os de grande escala, não aperfeiçoarem o atendimento ao consumidor, franqueando-lhe acesso a elementos que provem suas alegações em futura lide judicial, nem garantirem de forma segura a manutenção desses dados, deverão arcar com o ônus dessa deficiência, se constatada no caso concreto.

Portanto, é de solar clareza que as cobranças indevidas dos serviços aludidos na exordial foram feitas à revelia do consumidor e em patente afronta às normas de consumo.

Trago à colação interessante trecho do Código de Defesa do Consumidor Comentado, de autoria de Ezequiel Moraes, Fábio Henrique Podestá e Marcos Marins Carazai, quando da análise do art. 39 do indigitado diploma, conceituando o que se entende por prática abusiva:

“(…) Prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incs. II e VI, segunda parte, do art. 39 do CDC e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor.

“Em resumo e em sentido amplo, embora seja exaustiva a lista elencada no referido art. 39 do CDC e considerando a expressão 'dentre outras práticas abusivas' (Lei 8.884/94), definimos as práticas abusivas como sendo todas aquelas que ferem os princípios basilares que permeiam as relações entre o consumidor (art. 2º) e o fornecedor de produtos ou prestador de serviços (art. 3º). O objetivo é afastar do mercado as condutas abusivas, pois estas trazem prejuízos aos consumidores.” (Código de Defesa do Consumidor Comentado, Ezequiel Moraes, Fábio Henrique Podestá e Márcos Marins Carazai, Ed. RT, 2010, p. 203) (grifei)

Assim, verifica-se que a empresa requerida cometeu ato ilícito ao descumprir o plano do autor incluindo unilateralmente serviço e, posteriormente, cobrar serviço não contratado.

DO DANO MORAL

No tocante ao pedido de indenização por danos morais, saliento que para a caracterização do dano moral é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo. Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa e caracterizam-se por serem intransmissíveis, irrenunciáveis, inerentes à imagem, ao nome, à honra, à integridade física e psicológica. Destarte no plano do dano moral, impende enfatizar que não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral.

In casu, consoante se depreende dos documentos acostados junto a inicial em evento nº01/ arquivo nº05, a cobrança indevida ocorreu apenas algumas vezes no valor irrisório de R\$ 5,90 (cinco reais e noventa centavos). Assim, considerando o valor ínfimo dela e apenas algumas vezes de ocorrência, entendo não restar configurado, na espécie, o dano moral.

Nesse sentido, na linha da jurisprudência pátria, o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de ofensa, a ensejar indenização por dano moral. Nesta esteira, trago o seguinte aresto:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA A MAIOR. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. MERO ABORRECIMENTO. I - Para a configuração da responsabilidade civil, é imprescindível a demonstração do ato ilícito, do dano efetivo e do nexo de causalidade entre tais elementos. II - Ao autor da ação incumbe fazer prova acerca dos fatos alegados como fundamento do invocado direito, sob pena de não obter a tutela jurisdicional pretendida. III - A cobrança de valor superior ao contratado, por si só, não tem o condão de imputar um constrangimento de ordem psíquica e moral ao consumidor, suficiente para macular sua integridade. IV - Na linha da jurisprudência do STJ, o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de ofensa, a ensejar indenização por dano moral.” (TJ-MG - AC: 10142130001639001 MG , Relator: Leite Praça, Data de Julgamento: 06/02/2014, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/02/2014).

Dessa forma, apesar de constatada a falha na prestação do serviço pela recorrida, a meu ver, não restou configurado o dano moral alegado pelo recorrente, pois apenas o fato de cobrança indevida não é bastante para configurar a ocorrência de dano moral.

Com efeito, destaco que a má prestação de serviços, por si só, não tem o condão de imputar um constrangimento de ordem psíquica e moral ao consumidor, suficiente para macular sua integridade. Nesse sentido, o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de ofensa, a ensejar indenização por dano moral. Dessa forma, na espécie, entendo, incabível a indenização por danos morais.

DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Denota-se que o Código de Defesa do Consumidor, prescreve que o consumidor tem

direito à devolução em dobro quando a dívida for oriunda de uma relação de consumo, houver efetivo pagamento do valor cobrado indevidamente e que não haja engano justificável do fornecedor (falhas no sistema automatizado de geração de boletos de cobrança, erros de cálculo, falhas na emissão).

Neste ponto, a repetição de indébito nas relações de consumo é regulada pelo artigo 42, parágrafo único, do CDC, que prevê a devolução em dobro quando o consumidor for cobrado em excesso, salvo engano justificável, possuindo duas correntes de interpretação, sendo ela objetiva ou subjetiva.

Com efeito, filio-me à aplicação da corrente subjetiva, a qual defende ser necessária a apreciação da boa ou má-fé do fornecedor voltada para o ato de cobrar indevidamente, para que este sofra a sanção da devolução em dobro. Caso a cobrança indevida seja de boa-fé a devolução é simples, não em dobro.

No STJ a Terceira e a Quarta Turmas da mesma Corte e o TJGO utilizam a corrente subjetiva, conforme julgados abaixo transcritos:

(...) 1. A autorização da repetição em dobro do indébito pressupõe a existência de pagamento indevido e má-fé do credor. 2. Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 494.259/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 09/09/2014).

(...) 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor. 2. Agravo não provido. (AgRg no REsp 1441094/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014).

(...) 2. A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1424498/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 19/08/2014).

(...) 2. A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. Precedentes. 3. (...). (EDcl no AREsp 459.295/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 25/03/2014).

(...) 1 - O pleito de pagamento em dobro somente deve ser concedido quando a parte demandar por dívida paga, mediante má-fé, ou seja, ciência inequívoca de cobrar valores além do seu direito, sendo imprescindível, ainda, a nitidez do dolo. 2 - A repetição em dobro de indébito, previsto no artigo 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe, o engano injustificável por parte do fornecedor ou prestador e, ainda o efetivo pagamento do indébito pelo consumidor, hipótese esta não verificada no caso em apreço. 3 - (...) (TJGO, APELACAO CIVEL 138547-40.2008.8.09.0090, Rel. DR(A). EUDELICIO MACHADO FAGUNDES, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 15/07/2014, DJe 1590 de 23/07/2014).

(...) 1. Segundo jurisprudência pacificada no STJ, a devolução em dobro (art. 42, parágrafo único, CDC) só é cabível em caso de demonstrada má-fé, o que não ficou caracterizado na hipótese dos autos. 2. (...) (TJGO, APELACAO CIVEL 503594-06.2011.8.09.0049, Rel. DES. GERALDO GONCALVES DA COSTA, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 05/06/2014, DJe 1562 de 12/06/2014).

Nota-se que não basta apenas a ocorrência da cobrança indevida por parte do fornecedor para que venha a existir o direito à repetição do indébito, é necessário, também e indispensavelmente, o pagamento indevido pelo consumidor e a inexistência de "engano justificável".

Colaciono entendimento do Prof. Leonardo de Medeiros Garcia 1:

“Para aferição do "engano justificável" é preciso analisar se não houve culpa por parte do fornecedor. Se ele provar que não houve negligência, imprudência ou imperícia de sua parte, ficará isento de indenizar o consumidor pelo dobro da quantia cobrada.”

Desse modo, não basta apenas o pagamento em excesso aliado à cobrança indevida, para que haja devolução em dobro, vez que existindo engano justificável, o consumidor receberá tão somente a quantia paga em excesso de forma simples, e na hipótese de inexistência de engano justificável a indenização em dobro será devida.

Portanto, no caso concreto não restando comprovada a má-fé da requerida, impõe a autora a restituição de forma simples do valor pago.

Neste caso, a autora colacionou aos autos as faturas demonstrando os referidos descontos, e será objeto de análise. A repetição de indébito deve ocorrer sobre os valores pagos em excesso. A soma dos valores pagos indevidamente, devem ser restituída de forma simples à requerente.

Portanto, defiro a restituição do valor cobrado de forma simples. A corroborar o exposto, cumpre trazer à colação o judicioso precedente:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C INDENIZATÓRIA. EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO POR INCAPAZ. NULIDADE RECONHECIDA.

1. Empréstimo pessoal consignado contraído por pessoa interditada. 2. Falta de cuidado do réu quando houve a contratação do empréstimo em nome do absolutamente incapaz. 3. Responsabilidade que decorre do risco do empreendimento. 4. Nulidade corretamente reconhecida em razão do vício de consentimento. 5. Obrigatoriedade de restituição ao status quo ante, o que constitui efeito imediato e direto da declaração de nulidade, conforme disposição do artigo 182 do Código Civil, devendo-se repor o que foi retirado indevidamente dos proventos do autor. 6. Dano moral não configurado. 7. Apelo Autoral. 8. Sentença que se reforma parcialmente. RECURSO A QUE SE CONHECE E DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º- A (TJ-RJ - APL: 02504422720138190001 RJ 0250442-27.2013.8.19.0001, Relator: DES. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 12/03/2015, VIGÉSIMA SEXTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 20/03/2015 00:00)

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil:

- a) Declarar ilícitas as cobranças referentes aos serviços “PACOTE OI GANHE SEMPRE” no valor de R\$ 5,90 (cinco reais e noventa centavos), bem como determinar o cancelamento definitivo destes, caso ainda esteja ativo na linha telefônica do autor de nº (64) 98411-4717, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento desta decisão;
- b) Determinar que a requerida restitua DE MODO SIMPLES, por entender não evidenciada de forma peremptória a má-fé, que, como é cediço, não se presume, nos termos da parte final do artigo 42, parágrafo único, do CDC; com juros e correção monetária a partir do evento danoso (SÚMULA 43 E 54 DO STJ);
- c) E ainda, condená-la ao pagamento das custas processuais, e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

IV – DISPOSIÇÕES FINAIS

- a) Caso haja interposição de recurso de apelação, como não há mais juízo de admissibilidade neste grau de jurisdição (art. 1.010 § 3º CPC), intime-se a parte recorrida para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.010 § 1º CPC). Decorrido o prazo sem manifestação, após certificação pelo cartório, ou juntadas as contrarrazões, remetam-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça, com nossas homenagens.

b) Se transitado em julgado, fica a parte vencedora ciente de que terá que promover o cumprimento da sentença. E, sendo promovido após um 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença, a intimação deve ser feita na pessoa do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento encaminhada ao endereço constante dos autos nos termos do art. 513, § 1º e 4º, do Código de Processo Civil.

c) Sem prejuízo, intime-se o exequente, por seu advogado, para que no prazo máximo de 30 (trinta) dias úteis manifeste interesse na continuidade do feito, e caso não seja atendida, intime-se pessoalmente, para impulsioná-lo, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, sob pena de baixa na distribuição e arquivamento definitivo dos autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte interessada.

d) Vindo aos autos petição devidamente acompanhada com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, conforme previsto no artigo 524, do CPC, intime-se a parte devedora, na pessoa de seu procurador constituído, caso for, ou pessoalmente, por carta (observando o art. 513, § 2º e 4º do CPC), para pagar o débito e custas, se houver, no prazo de 15 (quinze) dias úteis. Efetuado o pagamento no prazo concedida, fica o executado isento do pagamento de honorários advocatícios.

Fica o executado ciente que, transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias úteis para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação (art. 525 do CPC). Além disso, fica desde logo ciente também que transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias úteis para o pagamento voluntário, o débito será acrescido de multa de 10% (dez por cento) e honorários advocatícios também de 10% (dez por cento) – artigo 523, § 1º, do CPC.

e) Sem prejuízo, eventuais custas pelo requerido. Se existentes, intime-se para pagamento no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extração de certidão para remessa e inscrição em dívida ativa junto à Procuradoria da Fazenda Estadual e protesto das referidas custas. Inexistentes ou se pagas, dê-se baixa e arquivem-se.

Cumprida a determinação acima, e, em sendo o caso, proceda-se à baixa na distribuição, com a averbação do valor das custas (Despacho nº 979/2007/Proc. nº 2307731/2007 CGJ e Ofício Circular nº 057/2016-SEC/Proc. Nº 5347190/2015 CGJ). E, superando o valor dessas a soma de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), o qual será atualizado anualmente, pelo Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), de acordo com a Lei Estadual nº 19.754/2017, art. 2º, § 3º, cadastre-se o débito junto ao PROAD, informando o valor pendente à mister. Oportunamente, arquivem-se os autos observando as formalidades de praxe.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, dê-se baixa e arquite-se.

Cumpra-se.

Adriana Maria dos Santos Queiróz de Oliveira, juíza de Direito (ASSINADO DIGITALMENTE)