



Usuário tem de pagar ligação feita via internet por invasor

A empresa de telefonia não pode ser responsabilizada por ligação telefônica internacional feita pela internet por meio de invasão da conexão. O entendimento é da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Os desembargadores negaram pedido de um consumidor que queria se livrar de pagar uma conta de R\$ 131,67, resultante de ligação para a Ilha Salomão, país localizado no centro-oeste do Oceano Pacífico.

No entendimento da 9ª Câmara Cível do TJ gaúcho, quem navega na internet deve utilizar um programa anti-vírus para evitar a contaminação da máquina. O autor da ação sustenta não ter feito a ligação porque a linha telefônica era utilizada apenas para acesso à internet.

Em contestação, a Embratel confirmou que houve a ligação. Apresentou documentos que comprovavam que o telefonema foi feito pela internet depois que o cliente visitou sites sem segurança. Segundo a concessionária, tais sites, sem que o usuário perceba, desconectam o provedor nacional em uso e fazem conexão com provedor internacional.

O relator da matéria, desembargador Luís Augusto Coelho Braga, entendeu que as provas são coerentes e confirmam a tese da Embratel. “O usuário, sem perceber que estava acessando a web via provedor internacional, até porque tal acontece sem que ele perceba, ficou conectado à rede pagando impulsos a preço de ligação para o exterior. É notória sua negligência”, considerou.

Para o desembargador, a Embratel não tem como interferir na discagem efetuada pelo usuário, seja ela realizada pelo discador disponível no navegador (via ação de vírus), seja pelo operador. “Não há como, portanto, atribuir ilicitude ao ato ou omissão da companhia demandada”, concluiu.

O voto do relator foi seguido pela desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira e pelo desembargador Odon Sanguiné.

Processo 70011140902

Leia a íntegra da decisão

APELAÇÃO. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. TELEFONIA. SERVIÇO NÃO PRESTADO. COBRANÇA. INSCRIÇÃO NO SERASA. INTERNET. CONEXÃO A PROVEDOR INTERNACIONAL. VÍRUS.

A ligação telefônica internacional para a Ilha Salomão, que ocasionou o alto valor cobrado na fatura emitida pela ré, decorreu de discagem internacional provocada por vírus instalado na máquina do autor. Quem navega na rede internacional (WEB) deve, necessariamente, utilizar um programa ‘anti-vírus’ para evitar tais acontecimentos. Negligência do autor. Inexistência de ato ilícito atribuível à Embratel.

AÇÃO IMPROCEDENTE.



APELAÇÃO IMPROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL — NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70011140902 — COMARCA DE CAXIAS DO SUL

PAULINO PROVIN MIOLA — APELANTE

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL — APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, **em negar provimento ao recurso**.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DESA. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA E DES. ODONE SANGUINÉ**.

Porto Alegre, 26 de outubro de 2005.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA,

Relator.

RELATÓRIO

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)

Adoto o relatório da sentença de fls. 93/98.

PAULINO PROVIN MIOLA ajuizou ação declaratória de nulidade de débito, com pedido liminar, em face de **EMBRATEL – EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES**.

O autor recebeu fatura no valor de R\$ 131,67, por serviços de telefonia prestados em seu telefone residencial. Analisando a fatura, verificou constar ligação de mais de 30 minutos para a Ilha Salomão. Em contato com a ré, informou não ter efetuado tal ligação, uma vez que a referida linha telefônica se encontrava disponível para uso exclusivo da internet. Não obstante tais procedimentos, recebeu aviso de inclusão no SPC e, posteriormente, ao realizar as compras de natal, foi informado do cadastramento.

A **EMBRATEL** contestou a demanda, dizendo que o autor ao acessar *site* perigoso, seu computador foi desconectado do provedor ‘Terra’, e conectando-o a provedor internacional desconhecido, resultando na ligação antes referida. Esclarecida a situação, o nome do autor foi incluído nos cadastros de



inadimplentes em razão do não-pagamento da dívida.

Instruído regularmente o feito, sobreveio sentença onde o Magistrado julgou improcedente a demanda, alegando demonstrado pela demandada a origem da ligação internacional antes referida, ocorreu em razão de acesso do autor a sites internacionais de risco, que provocaram a desconexão ao seu provedor e nova conexão a provedor internacional.

Inconformada, apelou (fl. 101), regular e tempestivamente, **PAULINO PROVIN MIOLA** pedindo a reforma da sentença. Afirmou utilizar a linha telefônica em questão, apenas para conexão à rede internacional, reiterando não ter efetuado a ligação de 30 minutos para a Ilha Salomão. Pediu a inversão do ônus da prova no segundo grau, alegando presentes os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência. Pede, em caso de manutenção do *decisum*, a revisão da verba honorária, entendendo deva ser dimensionada no intervalo de 10-20% sobre o valor da causa.

Em sede de contra-razões, a apelada reitera os argumentos lançados na contestação, pedindo pelo improvimento do recurso.

Não ocorrendo na espécie as hipóteses previstas no art. 82, do Código de Processo Civil, deixou de opinar a douta Procuradoria de Justiça.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)

Início pelo exame do pedido de inversão do ônus da prova.

O apelante com fundamento no art. 6º, VIII, do CDC, afirma tratar-se de relação típica de consumo, com hipossuficiência de uma parte frente à outra. Entretanto, a existência da referida relação e a condição de vulnerabilidade do consumidor, não autorizam a inversão do ônus da prova, mormente em se tratando de pedido formulado em sede recursal.

De ressaltar não ter havido decisão judicial deferindo a inversão do ônus da prova, o que, certamente, levou a empresa ré a contestar a demanda com fundamento no art. 333, II, do CPC. Assim, a facilitação da defesa, com base no art. 6º, VIII, do CDC, se deferida, provocaria mudança substancial na estratégia de defesa do réu.

Sobre o tema, peço vênias para transcrever parte das razões do AI nº 70009200726, do qual foi relator o Des. Irineu Mariani, cujas razões se enquadram perfeitamente no caso *sub judice, verbis*:

“A inversão do ônus da prova nas relações de consumo não ocorre *ope legis*, mas *ope judicis*, ou seja, pressupõe decisão judicial (CDC, art. 6º, VIII). Se tal não ocorrer início litis de tal modo que o réu, demandado na condição de fornecedor, ao ser citado saiba como articular a defesa e quais provas



requerer (CPC, art. 301), nada obsta possa ocorrer depois, porém com reabertura da oportunidade de requerer provas e até de emendar a defesa, sob pena de vulneração do art. 5.º, LV, da CF.

Com efeito, eminentes colegas, tem havido esse equívoco, ou seja, o juízo singular, no caso, a ilustre Pretora, pelo fato de envolver relação de consumo, pura e simplesmente inverter o ônus da prova no ato sentencial, surpreendendo a parte ré.

Dois pontos devem ser destacados: a não-automaticidade da inversão e o momento processual do decreto de inversão.

1. A não-automaticidade da inversão. O art. 6.º, do CDC, VIII, estabelece ao consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Em primeiro lugar, a inversão pode ocorrer em duas situações: quando a alegação for verossímil e quando o consumidor couber na classe de hipossuficiente. Em segundo, a inversão não acontece **ope legis**, ou seja, pelo só fato da relação de consumo, mas **ope judicis**, ou seja, é imprescindível uma decisão judicial expressa, a qual, obviamente, deve ser fundamentada, ensejando à parte atingida a possibilidade do recurso, tendo em conta a seria consequência processual que lhe causa.

Ensina Ada Pellegrini Grinover: *É evidente, entretanto, que não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor, que isso dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias da experiência* (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Ed. Forense Universitária, 2.ª ed., 1992, p. 71). No mesmo rumo Luiz Antônio Rizzato Nunes: *... a inversão não é automática. (...) a inversão se dá por decisão do juiz diante de alternativas postas pela norma: ele inverterá o ônus se for verossímil e alegação ou se for hipossuficiente o consumidor* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. Saraiva, 2000, n.º 13.5, pp. 125-7, apud RT 798, p. 289).

2. Momento processual do decreto de inversão. Wetanabe escreve: *Como se trata de regra de juízo, quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o non liquet é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito* (Comentários ao CDC, 498, apud RT 798, p. 291, p. 291).

Luiz Antônio Rizzato Nunes, por sua vez, escreve: *... o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento* (op. cit., apud RT 791, p. 289).

Considerando que inversão não ocorre por obra da lei, e sim por obra judicial, o entendimento de que tal pode ocorrer na sentença surpreende o réu, pois o princípio é o de que a prova do fato constitutivo do direito compete ao autor (CPC, art. 333, I); logo, o réu deve ser prevenido em momento processual



oportuno, a fim de que possa exercer plenamente a defesa que lhe é garantida pelo art. 5.º, LV, da CF.

O *non liquet*, entenda-se, não estar líquido, claro, manifesto, evidente, pode inclusive resultar, no que tange ao réu, de uma estratégia de defesa no sentido de não requerer nem fazer prova que pelo CPC não lhe compete.

Por isso, a decisão judicial que inverte o ônus da prova deve, a rigor, acontecer *initio litis*, a fim de que o réu, ao ser citado, saiba como articular a defesa e quais provas requerer, consoante lhe impõe o art. 301 do CPC.

Penso que nada obsta ocorra até o saneador, e quem sabe, em casos excepcionais, mesmo depois, porém, sempre que tal ocorrer deve, face ao disposto no art. 301 do CPC, ser reaberta ao réu oportunidade de requerer provas e até de emendar a defesa, sob pena de vulneração ao já citado art. 5.º, LV, da CF.

É também orientação de outros órgãos fracionários desta corte, por exemplo, a ap. civ. 598418788: ... *só pode ser proclamada até a fase instrutória, expressamente, sob pena de surpreender a parte que conduzia sua defesa segundo as regras do art. 333 do CPC* (TJRS, 9.ª Câmara, em 25-8-99, Rel. Des.ª Mara Larsen Cechi, apud fl. 242). Na ap. civ. 70003451051: *Em determinando o magistrado a inversão do ônus da prova traduz-se indispensável a intimação da parte para quem o ônus foi transferido* (TJRS, 10.ª Câmara, em 29-8-02, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann).

No caso em julgamento, não só não houve em momento algum decisão judicial invertendo o ônus da prova como a autora na inicial assumiu o ônus de provar o alegado (fl. 12, item 42). Assim, a ilustre Pretora não podia, para acolher o pedido inicial, acusar a requerida de não ter feito *qualquer prova de que a autora tenha efetivamente adulterado o medidor de energia* (fl. 235), e decidiu com base nisso, haja vista que, momentos antes, reconheceu a existência de *indicativos da violação de lacre, cujo maior interesse seria dos consumidores* (fl. 233).

Nesses termos, dou provimento para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, desconstituindo, por isso, a respeitável sentença”.

Na mesma linha, entendimentos deste Tribunal, representados pelas ementas abaixo transcritas:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO NA SERASA E NO SCI. PROVA.

1. Ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito, conforme o art. 333, i, do CPC. Ausência de comprovação de registro negativo em nome do autor. Prova testemunhal que não permite precisar qual o lapso temporal pelo qual teria constado o registro. Além do mais, a SERASA informou ao juízo que o autor nunca constou em seus cadastros por indicação do banco réu.

2. **Inversão do ônus da prova. Benefício que necessita de pedido expresso da parte e que impende seja deferido antes do encerramento da fase instrutória. Apelo improvido.**

(AC Nº 70004554416, 10ª CÂM. CÍV., TJRS, REL. LUIZ LÚCIO MERG, J. EM 20/03/2003).



RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO. ÔNUS NA BAIXA DO REGISTRO.

Havendo o devedor pagado cheque protestado diretamente ao credor, àquele incumbia providenciar na baixa do registro. A devolução do título dispensa a entrega de recibo. Caso em que o credor forneceu carta de anuência ao cancelamento do protesto.

PROCESSUAL CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO.

A inversão do ônus da prova é questão a ser dirimida antes do início da fase probatória, possibilitando ao réu defesa com base no ônus que lhe é imposto ou mesmo se insurja quanto a este, pena de causar indevida surpresa.

Apelação improvida. Unânime.

(AC N°70008807984, TJRS, 10ª CÂM. CÍV., REL. DES. JORGE A. SCHREINER PESTANA, J. 16-9-2004)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA DE GARANTIA PELA EXECUÇÃO DO SERVIÇO.

(...)

3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

CDC, art. 6º, VIII. Para que se inverta o ônus da prova, meio de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, é necessário estar-se diante da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor. A simples existência da relação de consumo e a conseqüente condição de vulnerabilidade do consumidor não justificam, por si só, a inversão do ônus da prova, muito menos diante de pedido formulado em sede de apelação. Aliás, inverter-se o ônus da prova, sem qualquer advertência prévia, implica estabelecer nova distribuição do encargo probatório apenas para efeito da decisão final.

RECURSO DESPROVIDO.

(AC N° 70008944969, TJRS, 9ª CÂM. CÍV., REL. DESª ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, J. 23-6-2004)

Do corpo do último acórdão, com a devida vênia da nobre Colega Desª Íris Helena Medeiros Nogueira, transcrevo trecho onde a Relatora manifesta entendimento na mesma linha, razões que ora adoto, *verbis*:

“Além do mais, não é este o momento oportuno para formular o pedido de inversão do ônus da prova, pois encerrada a instrução do feito e produzidas as provas pelas partes em conformidade com as regras do art. 333 do CPC.



Não pode, agora, inverter-se o ônus da prova, sem qualquer advertência prévia, sob pena de estabelecer-se nova distribuição do encargo probatório somente para efeito da decisão final.

Nesse sentido, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª ed., Editora Forense Universitária, 2001, p. 130, aduz que “a inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável, caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência em favor do consumidor”.

Participa desse entendimento PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, ao afirmar em sua obra Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, 1ª ed., Editora Saraiva, 2002, p. 335, que “a regra do art. 6º, inciso VIII, do CDC é um poder-dever do juiz que dirige o processo, constituindo verdadeiro ato discricionário. Não pode, porém, converter-se em um ato arbitrário, que, sem qualquer advertência prévia, surpreendentemente, estabeleceria uma nova distribuição do encargo probatório apenas para efeito da decisão final. Portanto, a decisão sobre a inversão do ônus da prova ope judicis deriva de ato judicial, que deve ser proferido no curso do processo, de preferência na fase de saneamento, de modo a não causar surpresa a qualquer das partes”.

Pelo exposto, não há como acolher o pedido de inversão do ônus da prova neste grau de jurisdição.

No mérito propriamente dito, não merece melhor sorte o apelante.

O recorrente ingressou com ação declaratória de inexistência de débito de telefonia, sustentando não ter efetuado ligação telefônica para a Ilha Salomão, por período de 30min6seg, no dia 8/9/2002, que resultou na cobrança de R\$ 131,67, débito representado pela fatura acostada à fl. 11. Argumentou que a linha telefônica objeto da demanda, não era utilizada para ligações da família, mas, apenas, para acesso à rede internacional de computadores.

Em contestação, a ré, ora apelada, confirmou, no dia e hora referido na inicial, a ligação efetuada, por meio de seu sistema de controle de tráfego internacional (fl. 43), aduzindo que a ligação internacional ocorreu em razão de acesso, via *internet*, a sites perigosos que fazem, **sem que o usuário perceba**, a desconexão com o provedor nacional – no caso, o “Terra” – e a conexão com provedor internacional, acarretando o aumento da fatura, em razão das tarifas internacionais de telefonia, comprovando a afirmativa, por intermédio de aviso impresso fornecido aos usuário, pelo Procon de São Paulo, cujo teor é o seguinte:

“Navegar pela Internet pode ser uma experiência realmente interessante, MAS REQUER CUIDADOS !

O ACESSO A ALGUNS SITES (ERÓTICOS E DE JOGOS, PRINCIPALMENTE) PODE FAZER COM QUE SEU COMPUTADOR, ATÉ MESMO SEM QUE VOCÊ PERCEBA, SEJA DESCONECTADO DO PROVEDOR LOCAL, RECONECTANDO-O AUTOMATICAMENTE A OUTRO PROVEDOR , NO EXTERIOR, GERANDO, ASSIM, A COBRANÇA DE



LIGAÇÕES INTERNACIONAIS !”

Examinando a prova produzida, em especial, confrontando o relatório juntado com a inicial e a fatura cobrada pela apelada, verifico que exatamente no momento da ligação para a Ilha Salomão, dia 8-9-2002, às 19h32min18seg (fl. 11), não estava o computador da autora conectado ao provedor ‘Terra’, uma vez que, a última conexão havia sido feita às 18h50min20seg, durando por 41min:01seg, ou seja, até às 19h31min58seg.

As provas, portanto, são coerentes no sentido de que existiu a ligação internacional, e confirmam, no meu entendimento, e ainda que não haja um parecer de profissional da área de informática, a tese lançada pela ré.

A prova testemunhal – que seria a menos autorizada para a solução do litígio -, entretanto, trouxe subsídios importantes para o deslinde da quaestio.

Com efeito, o depoimento de Fabiano Collasiol (fl. 73), analista de sistemas do Provedor Terra, informa da possibilidade de discagem para provedor internacional, na hipótese de a máquina ter sido contaminada por um vírus que altere as configurações do ‘discador’ existente no ‘navegador’, citando, inclusive, o conhecido vírus ‘cavalo de tróia’.

Do depoimento antes referido e da prova produzida, concluo ter acontecido o seguinte:

O usuário da máquina do autor conectou-se, via linha discada, ao provedor local (Terra) e passou a acessar diversos sites na rede internacional. Ao acessar uma página ‘perigosa’, esta instalou um vírus no equipamento, cuja +ação maléfica (do vírus) alterou o discador disponível no navegador do apelante, substituindo o número de acesso ao provedor local, para um número de acesso internacional, in casu, um provedor instalado na Ilha Salomão, gerando a fatura de fl. 11.

Assim, o usuário, sem perceber que estava acessando a “web” via provedor internacional, até porque tal acontece sem que ele perceba, conforme informado no aviso emitido pelo Procon de São Paulo, ficou conectado à rede pagando impulsos a preço de ligação para o exterior.

Delineados os fatos ocorridos, não há como prosperar o recurso, uma vez que não há como a Embratel interferir na discagem efetuada pelo usuário, seja ele efetuada pelo ‘discador’ disponível no ‘navegador’ (via ação de vírus), seja pelo operador. Não há, portanto, como atribuir ilicitude ao ato ou omissão da companhia demandada.

No contraponto, relativamente ao autor, ora apelante, é notória sua negligência, pois a utilização de computadores com capacidade de acesso à internet prescinde, necessariamente, da aquisição de um programa – anti vírus – para evitar a ‘contaminação’ da máquina, cujas conseqüências não se limitam apenas à ligações internacionais, como foi o caso do autos, mas, também, podem provocar destruição de documentos, acesso às senhas bancárias, etc.

Com base em tais fundamentos, nego provimento ao recurso.



É o voto.

DESA. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (REVISORA) – De acordo.

DES. ODONE SANGUINÉ – De acordo.

Apelação Cível nº 70011140902, de Caxias do Sul – A decisão é a seguinte: “NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME”.

Julgador(a) de 1º Grau: VANCARLO ANDRE ANACLETO

Date Created

18/11/2005