



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000942119

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009300-74.2021.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ON LINE S/A, é apelado RAFAEL RODRIGO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª 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 do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROSANGELA TELLES (Presidente sem voto), PAULO AYROSA E ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.

FRANCISCO CASCONI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1009300-74.2021.8.26.0020

31ª Câmara de Direito Privado

COMARCA : SÃO PAULO

**APELANTE : IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ONLINE
S/A**

APELADA : RAFAEL RODRIGO DOS SANTOS

VOTO Nº 37.946

APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO – SENTENÇA QUE, ENTENDENDO PELA ILEGALIDADE DO DESCADASTRAMENTO DO ENTREGADOR, JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE AS PRETENSÕES, ORDENANDO À RÉ QUE O REINTEGRE EM SUA PLATAFORMA DIGITAL, NO PRAZO DE CINCO DIAS, SOB PENA DE INCIDIREM “ASTREINTES” NO IMPORTE DIÁRIO DE R\$ 500,00, ATÉ O LIMITE DE R\$ 50.000,00. LADO OUTRO, REPELIU O ANSEIO INDENIZATÓRIO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PROVA DOS LUCROS CESSANTES – A AUSÊNCIA DE MOBILIZAÇÃO DA DEMANDADA EM REUNIR E APRESENTAR EM JUÍZO ELEMENTOS DOTADOS DE FORÇA “PROBANDI” QUE AO MENOS INDICIASSEM QUE SUA VERSÃO DOS FATOS CORRESPONDA À VERDADE INEXORAVELMENTE CONDUZ AO RECONHECIMENTO DE QUE O UNILATERAL ENCERRAMENTO DO VÍNCULO JURÍDICO FORA IMOTIVADO E, PORTANTO, ARBITRÁRIO, TRANSGREDINDO A BOA FÉ-OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. TENDO ANCORADO SUA DEFESA NA ARGUIÇÃO DE QUE A DESATIVAÇÃO DO CADASTRO DO ENTREGADOR RESULTARA DA IDENTIFICAÇÃO DE DIVERSAS IRREGULARIDADES POR

M



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ELE PRATICADAS, ERA INDISPENSÁVEL QUE, AO MENOS, RESPALDASSE A DEFESA SUSTENTADA, GUARNECENDO OS AUTOS COM ELEMENTOS HÁBEIS A CONFERIR CREDIBILIDADE AO ALEGADO, ESPECIALMENTE NO QUE CONCERNE A FATO NEGATIVO, AFASTANDO A INSTITUIÇÃO DE VERDADEIRA “PROBATIO DIABÓLICA” – EM SE TRATANDO DE AÇÃO RELATIVA A PRESTAÇÃO DE FAZER, É CABÍVEL A ESTIPULAÇÃO DE “ASTREINTES”, AS QUAIS, “IN CASU”, FORAM ARBITRADAS E LIMITADAS EM VALORES QUE ENTENDO PROPORCIONAIS À NATUREZA DA OBRIGAÇÃO EXIGIDA E ADEQUADOS AOS PARADIGMAS NORMALMENTE ADOTADOS, ALÉM DE SALVAGUARDAREM O PRÓPRIO ESCOPO DA FIXAÇÃO DA MEDIDA, REVELANDO-SE IMPERTINENTES OS PEDIDOS DE REDUÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO

Trata-se de apelação manejada nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório contra r. sentença exibida a fls. 185/189, cujo relatório adoto, que, entendendo pela ilegalidade do descadastramento do entregador, julgou parcialmente procedente as pretensões, ordenando à ré que o reintegre em sua plataforma digital, no prazo de cinco dias, sob pena de incidirem *astreintes* no importe diário de R\$ 500,00, até o limite de R\$ 50.000,00. Lado outro, repeliu o anseio indenizatório, em razão da ausência de prova dos lucros cessantes.

Por fim, em razão da recíproca sucumbência, carrou a cada parte a obrigação de arcar com metade das custas, bem como honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, devidos ao patrono da parte adversária, observados os benefícios da gratuidade de justiça dos quais desfruta o autor (fls. 24/25).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sustenta a demandada, em síntese, que o encerramento da parceria estabelecida com o requerente fora efetuado de maneira legítima, consubstanciando exercício regular de direito, já que comprovava que este praticara diversas condutas irregulares, que lhe ensejaram prejuízos e que fizeram esvanecer o interesse na manutenção da relação. Além disso, pleiteia a redução e limitação das *astreintes* de acordo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sob o fundamento de que exorbitante o valor fixado.

Recurso regularmente processado e contrariado (fls. 296/303).

É o breve Relatório.

Da leitura dos autos originários verifica-se que o autor, em 20/04/2020, aderira aos Termos e Condições de Uso IFood para Entregadores disponibilizado pela sociedade empresária ré por meios digitais e reproduzido a fls. 68/90, tendo sido, em razão disso, incluído na plataforma digital desta na qualidade de entregador de mercadorias, sendo este o liame que conecta materialmente os litigantes.

Narra o profissional, na vestibular, que, em 03/08/2021, fora surpreendido com a notificação de que sua conta havia sido desativada pela requerida por violação aos Termos de Uso, o que comprometeu sua fonte de renda. Aduz que a atitude da ré se reveste de arbitrariedade, vez que não infringiu as disposições que regem a relação entre ambos. Persegue que seja obrigada a reativar seu cadastro no sistema e a indenizá-lo por lucros cessantes, que estima em R\$ 300,00 por dia.

Deferida a concessão da tutela provisória fundada em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

urgência pleiteada na prefacial (fls. 24/25, preservada no julgamento do agravo de instrumento nº 2204816-75.2021.8.26.0000) e aperfeiçoada a triangulação da relação jurídica processual, sobreveio a contestação de fls. 38/62. A peça que, no que é pertinente ao caso *sub examine*, veiculou defesa no sentido da legitimidade do encerramento da relação jurídica, porque motivado pelas irregularidades praticadas pelo entregador, consistentes na apropriação indevida de mercadorias e no compartilhamento não autorizado de sua conta com terceiros.

Apresentada a réplica de fls. 153/155, sobreveio, então, a prolação da r. sentença, julgando parcialmente procedentes os pedidos do autor, solução que reputo impassível de retoques, por se coadunar com sistema de distribuição do *onus probandi* adotado pelo ordenamento processual pátrio.

Entendo que a ausência de mobilização da demandada em reunir e apresentar em Juízo elementos dotados de força *probandi* que ao menos indicassem que sua versão dos fatos corresponda à verdade inexoravelmente conduz ao reconhecimento de que o unilateral encerramento do vínculo jurídico fora imotivado e, portanto, arbitrário, transgredindo a boa fé-objetiva e a função social do contrato.

É que, tendo ancorado sua defesa na arguição de que a desativação do cadastro do entregador resultara da identificação de diversas irregularidades por ele praticadas, era indispensável que, ao menos, respaldasse a defesa sustentada, guarnecendo os autos com elementos hábeis a conferir credibilidade ao alegado, especialmente no que concerne a fato negativo, afastando a instituição de verdadeira *probatio diabolica*.

Entretanto, afora o *print* colacionado na contestação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(fls. 51), que, além de ter comprometido seu valor probatório porque unilateralmente confeccionado, nada de sólido expõe para corroborar sua narrativa, tratando-se de mera tela de seu sistema interno que supostamente associa o número de identificação do autor a ocorrências diversas, sem o menor detalhamento. A prova é parca e genérica a ponto de inviabilizar o adequado contraditório imprestável para o fim de atestar a legitimidade do rompimento, tornou inevitável o desfecho contra o qual se insurge.

A liberdade de contratar e, para tanto, de selecionar entregadores contratáveis ou dispensar os indesejados não se presta a escorar a prática de arbitrariedades, esbarrando nos limites ditados pelos direitos fundamentais, em especial no da dignidade da pessoa humana e da igualdade enquanto proibição de discriminação.

Em distintos dizeres, as prerrogativas conferidas pela autonomia privada não escusam abusos na conformação das regras contratuais, nem excessos manifestos aos limites da boa-fé. Não lhe é facultado se utilizar da notória disparidade de poder econômico para se desvencilhar do parceiro contratual de modo arbitrário, desprezando as suas necessidades e os investimentos feitos em favor do projeto comum.

De mais a mais, insta consignar que, embora a apelante expresse a compreensão de que o desligamento do autor do aplicativo ocorrera motivada pela prática das diversas irregularidades expostas nos registros de conversas travadas por mensagens de texto com preposto da ré em vários incidentes, foram estes apresentados apenas nas razões deste apelo; a destempo, portanto, já que nem sequer se cogita que se revistam com o atributo da novidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O esmiuçamento da prova documental realizado apenas nesta fase recursal denota desconhecimento da insurgente de que o momento oportuno para a produção de prova documental é a fase postulatória, consoante se depreende da basilar regra estampada art. 434 do Código de Processo Civil, a revelar como fadada ao insucesso a tardia pretensão instrutória.

Não bastasse, a discursão encetada somente nas razões do apelo também se apresenta impassível de consideração por este segundo grau de jurisdição em aglutinada observância ao comezinho princípio da eventualidade e ao ônus da impugnação especificada dos fatos, que, subjacentes nos artigos 336 e 341, *caput*, da codificação instrumental, informam a contestação.

A derradeira questão devolvida à apreciação por este grau de jurisdição pelas apelantes cinge-se a perquirir a respeito da proporcionalidade do quantum arbitrado para compeli-las ao cumprimento específico da obrigação de reativar o cadastro do autor na plataforma digital.

Nas ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, o ordenamento jurídico confere ao magistrado importante instrumento para coagir o devedor a satisfazer uma obrigação em tempo determinado, que é a fixação de multa diária. Anteriormente prevista no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, atualmente encontra respaldo legal no *caput* do art. 537 do diploma que veio a substituí-lo.

Classificadas como meio executivo indireto de coerção, as *astreintes* ostentam, pois, caráter intimidatório, para estimular o cumprimento imediato e voluntário pelo devedor da prestação de fazer ou não fazer que lhe foi judicialmente imposta. Seu valor, segundo registro de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nery,

“(...) deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (In Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 764).

In casu, embora a indignada argua exorbitância do valor diário arbitrado, bem como do limite global prefixado, considero que as montas fixadas no primeiro grau de jurisdição, de R\$ 500,00 por dia de descumprimento, limitada a R\$ 50.000,00, não se revelam nem irrisórias – cumprindo com o objetivo de sancionar o devedor por resistir ao adimplemento da obrigação – nem elevadas a ponto de se transformarem em enriquecimento ilícito da parte beneficiada. Ademais, mostram-se proporcionais à natureza da obrigação exigida, sendo impertinentes os pedidos de redução.

Como cedo e acima sublinhado, a finalidade da cominação é precisamente incentivar – ou mesmo forçar – a parte renitente a cumprir a obrigação que lhe foi imposta no prazo assinalado; *in casu*, de cinco dias, tempo que – valho-me do ensejo para aqui sublinhar – reputo mais que suficiente para que a ré possa se desincumbir da simples providência ordenada. Portanto, a multa e o adimplemento constituem uma relação de contrapeso:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sua incidência somente subsistirá na hipótese de descumprimento.

Conveniente destacar que a preocupação que manifesta a insurgente, esteada em perspectiva que fazem de expressivo montante que poderá vir a atingir, somente se tornará concreta acaso comprovado que, diversamente do alegado, não efetuou a reativação do cadastro e venha a adotar comportamento recalcitrante em cumprir tempestivamente a obrigação que judicialmente lhe foi imposta, já que a cominação possui sua exigibilidade condicionada à verificação da condição.

Noutros termos, eventual atingimento de elevada monta decorrerá unicamente da má conduta da demandada em deixar de atender a determinação judicial de forma reiterada, ou seja, por extenso período após o prazo assinalado para fazê-lo e sem apresentar qualquer justificativa aceitável para assim agir.

Por fim, o resultado deste julgamento torna necessária a majoração dos honorários advocatícios devidos em favor do recorrido para R\$ 1.200,00, cifra que alberga a remuneração do trabalho adicional realizado em grau recursal prevista no art. 85, § 11, do estatuto instrumental.

Nego provimento ao recurso.

Des. FRANCISCO CASCONI

Relator

Assinatura Eletrônica