



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000514670**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000960-12.2019.8.26.0312, da Comarca de Juquiá, em que é apelante TELEFONICA BRASIL S/A, é apelado MDX CONSULTORIA LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram de parte do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento, V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

**JACOB VALENTE**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Apelação Cível nº: 1000960-12.2019.8.26.0312

Apelante: TELEFÔNICA BRASIL S/A  
Apelado: MDX CONSULTORIA LTDA  
COMARCA: JUQUIÁ

VOTO Nº 32870

\*APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFÔNIA CELULAR – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – Sentença de procedência – Insurgência da Ré – Cerceamento de Defesa – Inocorrência – Ré que devidamente intimada para informar as provas que pretendia produzir, pleiteou pelo julgamento antecipado – Magistrado, ademais, que já possuía elementos suficientes à sua convicção - Falha na prestação do serviço confirmada pelo conjunto probatório – Ré que se limitou a juntar faturas e contrato, não se desincumbindo de seu ônus de comprovar a disponibilização dos serviços - Havendo falha na prestação dos serviços é direito do cliente postular a rescisão contratual por culpa da prestadora de serviços - A cobrança de multa pela rescisão antecipada do contrato embora seja lícita só pode ser efetuada nos casos em que a operadora dos serviços de telefonia não tenha dado causa à rescisão - Constatando-se que foi a própria concessionária quem deu causa à rescisão do contrato em virtude da má prestação do serviço, não há que se falar em multa por quebra de fidelização – Divergência de assinatura no contrato – Matéria não arguida em primeiro grau, impossibilidade de conhecimento – Sentença mantida – Sucumbência majorada - Apelo conhecido em parte e na parte conhecida desprovido.\*

1) Trata-se de recurso de apelação tirado da r. sentença de fls. 1084/1088, que nos autos da Ação declaratória de rescisão contratual c/c inexigibilidade de débito e pedido de tutela de urgência, ajuizada por **MDX COPNSULTORIA LTDA**, o juiz *sentenciante* proferiu: "*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos que MDX Consultoria Ltda moveu em face da Telefônica Brasil – Vivo S/A*

*para DECLARAR a rescisão do contrato celebrado entre as partes de nº 0361257562, retornando as partes ao status quo ante, com a respectiva INEXIGIBILIDADE das faturas geradas pelas 38 linhas não utilizadas, no valor de R\$ 41.680,16 (quarenta e um mil, seiscentos e oitenta reais e dezesseis centavos). Por consequência, JULGO EXTINTO o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC. Sucumbente, a parte perdedora arcará com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% (dez por cento) do valor do proveito econômico obtido pela parte contrária, sobre os quais incidirão correção e juros legais. Tudo em vista do grau de zelo, do lugar de prestação do serviço, da natureza e importância da causa, do trabalho realizado pelo(s) procurador(es) da parte vencedora e do tempo exigido, ex vi do § 2º do art. 85 do CPC”.*

Inconformada, apela a ré (fls. 1091/1115) aduzindo, que há contrato escrito e a apelada reconhece ter assinado e, não há evidência de falha na prestação do serviço de 38 linhas telefônicas, eis que devidamente prestado o serviço para as demais.

Salienta que eventual rescisão antecipada acarreta na cobrança de multa, conforme autorizado pelos artigos 57 e 59 da Resolução 632/14.

Relata que a apelada não colacionou qualquer prova de suposto defeito no serviço relegando toda carga probatória a apelante.

Alega que após a análise de assinatura da procuração e juntada dos atos constitutivos e documentos pessoais constatou que as assinaturas possuem divergências.

Frisa ser grave e injusto o julgamento antecipado da lide, eis que o magistrado não solicitou

perícia dos chips que estavam supostamente sem sinal e, nesse tocante não há prova nos autos que possa assegurar qualquer problema em sua ativação.

Informa que não deveria recair sobre si o ônus de comprovar que o serviço não utilizado se encontrava disponível ao uso.

Ressalta que o art. 373, § 1º do CPC dispõe que, *'nos casos previstos em lei'* o juiz pode inverter o ônus probatório do processo *'desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que poderá a parte se desincumbir do ônus lhe atribuído'*, de modo que a sentença deve ser anulada por cerceamento de defesa.

Afirma que o magistrado julgou procedente a ação por entender ser diabólica a prova de inexistência do serviço pela autora, sendo suficiente a demonstração de que as linhas não foram utilizadas, ora além de equivocada a valoração da prova, a sentença exigiu da apelante a produção de provas que sequer versam sobre questões controvertidas, já que há contrato escrito não havendo razão para a apelante provar sinal de rede nos chips.

Reconhece que pleiteou o julgamento antecipado da lide, mas considerando a distribuição regular do ônus probatório e, ademais a regularidade do negócio jurídico já estava comprovada com a juntada do contrato, de modo que a comprovação do funcionamento dos chips não tem relação com a regularidade do negócio jurídico, mas com a eficácia.

Esclarece que quanto a comprovação de sinal a ANATEL disponibiliza em seu site ferramenta de consulta pública por meio da qual a apelada poderia

corroborar sua narrativa de falha no sinal e, em consulta ao site tem-se que a localidade de Santos/SP possui cobertura excelente de 2G, 3G e 4G para todas as operadoras de telefonia.

Ressalta não ser crível que a apelada não tenha produzido sequer um print das telas dos aparelhos a comprovar que o serviço estaria inativo, logo a regra do art. 373, I do CPC deve prevalecer, reformando-se a sentença para julgar a ação improcedente.

Frisa que se não foi comprovado o defeito no serviço, persiste a obrigação da apelada de cumprir o contrato e as faturas apresentadas com utilizada 'zerada' não são suficientes a se conferir a procedência do pedido, eis que pode a apelada não ter utilizado os serviços.

No mais aduz ser devida a multa contratual, eis que a contratação se deu por mera liberalidade e, restou demonstrado a lisura e legalidade de todos os procedimentos adotados pela Telefônica.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, preparado às fls. 1109/1110 e apresentada resposta às fls. 1119/1125.

Realizada intimação nos termos da Resolução n. 549/2011 e sem insurgência (fls. 1129).

É o relatório do necessário.

**2)** Narra a autora que contratou os serviços da operadora VIVO, em 40 linhas de telefone celular móvel, contrato n. 036125762, sendo 25 linhas no plano Ilimitado Smart Empresas 15GB e 15 linhas no plano Ilimitado Smart Empresa 7GB, nos valor de R\$ 84,59 e

59,99 respectivamente.

Informa que com recebimento dos chips verificou que os mesmos não possuíam sinal e ao entrar em contato com o SAC foi informado que as linhas seriam ativadas após o primeiro pagamento da fatura proporcional, assim, efetuou o pagamento da fatura em janeiro de 2019 no valor de R\$ 53,36, mas as linhas não foram ativadas.

Diz que mesmo após inúmeras ligações o problema se manteve nos meses de fevereiro e março, sem nenhuma linha funcionar e, somente no mês de abril uma linha foi ativada (11-99883-2833) e outra em maio (11-99846-2882), como se denota das faturas vencidas em junho, julho e agosto de 2019.

Aduz que muitas foram as contestações de faturas já que não podia pagar apenas pelas linhas utilizadas e, já exaurido abriu reclamação pedindo o cancelamento do contrato firmado entre as partes e o cancelamento das cobranças indevidas, sem sucesso.

Pretende em tutela antecipada a suspensão das cobranças lançadas em seu nome e a vedação de inscrição em cadastros restritivos e, no mérito requer a declaração de rescisão do contrato por culpa exclusiva da ré com data de novembro de 2019 e declarar o valor incontroverso e inexigível todo o débito impugnado (fls. 01/735).

Deferida a tutela antecipada para suspender as cobranças referentes ao contrato n. 036125756 e determinar que a ré se abstenha de incluir o nome da requerente em cadastros restritivos, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, limitada a R\$ 10.000,00 (fls.

739/741)

Apresentada defesa e documentos (fls.750/1065); determinada a especificação de provas (fls. 1066); réplica (fls. 1067/1074); ambas as partes pedem o julgamento antecipado da lide (fls. 1075/1076 e 1078); sobrevindo sentença procedência da qual se insurge a ré.

Anote-se que a apelação interposta é tempestiva e está preparada, de modo que é admitida no duplo efeito, na parte geral e apenas no devolutivo quanto a parte que confirma a tutela provisória, nos termos dos artigos 932, inciso VIII; 1.007, § 3º; 1.010, § 3º; e 1.012, do Novo C.P.C., com a ratificação deste colegiado.

Conhece-se do recurso interposto eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O recurso, contudo, não merece provimento.

Pois bem. Com sabido, o exercício do direito de defesa não é absoluto, encontrando limites estabelecidos em lei, restrições estas que ao invés de acarretarem infração a princípios constitucionais, ensejam seu equilíbrio, promovendo a jurisdição em consonância com o devido processo legal.

A produção de provas é orientada à demonstração dos fatos alegados pelas partes no processo. Consiste em ferramenta destinada ao juiz, com finalidade precípua de propiciar a formação de seu convencimento para a devida solução da controvérsia deduzida em juízo.

Não obstante se reconheça a prerrogativa das partes de produzirem provas para a comprovação de

suas alegações, cumpre ressaltar que o exercício de tal direito não é absoluto, sendo limitado aos meios de prova admitidos em lei, bem como aos momentos adequados para o requerimento e sua produção, sendo ainda sua realização condicionada à constatação de relevância e pertinência para prova requerida.

Cumpre notar que ao juiz cabe o direcionamento da instrução do processo, determinando as diligências a serem realizadas para a devida formação de seu convencimento, sendo seu dever indeferir medidas protelatórias ou inúteis à sua convicção quanto à lide deduzida em juízo, consoante acentua o art. 370 do Código de Processo Civil.

No caso em análise, constata-se do caderno processual que ambas as partes juntaram farta prova documental, possibilitando o julgamento e, intimados a especificar as provas que pretendiam produzir, ambas as partes pleitearam o julgamento antecipado, de modo que não há que se falar em cerceamento de defesa.

Rejeita-se, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, restou incontroverso a existência de relação jurídica entre as partes fundada na contratação dos serviços de telefonia prestados pela ré.

Ao contrário do que insiste a ré não se discute nos autos a existência de relação jurídica (que se prova mediante a exibição de contrato assinado), mas sim a existência de falha na prestação de seus serviços contratados apta a motivar a rescisão do contrato sem a exigência de multa e, com a declaração de inexigibilidade das cobranças.



em sua prefacial que houve falha na prestação dos serviços fornecidos pela ré, já que das quarentas linhas contratadas trinta e oito não tinham sinal, conforme diversos protocolos de reclamação mencionados na prefacial e não impugnados em defesa (fls. 05).

A ré, por sua vez, não produziu contraprova, limitando-se a insistir na regularidade da prestação dos serviços apoiada no contrato assinado, o que torna-se imprestável ao fim a que se destina.

Aliás, nesse sentido, bem salientou o magistrado 'a quo': **"Caberia, então, à parte requerida demonstrar a regularidade do sinal e fornecimento de serviço com relação a todas as linhas adquiridas. Contudo, para esse fim, juntou a fls. 788/801 um único relatório relativo à linha de nº 11-998767302, que é estranha ao contrato (fls. 802/882)".**

Assim, tendo a apelada alegado falha na prestação do serviço consistente em falta de sinal de telefonia, cabia à empresa apelante provar a linear disponibilização do serviço, sem interrupções, com base no art. 373, II, do CPC, ônus que não se desincumbiu.

Imperioso anotar que não se trata de inversão do ônus da prova e sim de provar os fatos modificativos e extintivos do direito da autora.

É comezinho que adotamos, em matéria processual civil, o sistema de persuasão racional ou livre convencimento motivado onde ao magistrado compete formar a sua convicção livremente, porém, de acordo com os elementos constantes dos autos.

O Nosso Código de Processo Civil, em

relação ao ônus da prova, adota a teoria fundada na posição assumida pelas partes no processo, como regra geral.

E, sobre o tema oportuna a lição do sempre brilhante doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

*“No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.*

*Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.*

*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 dos quais 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.*

*No dizer de Kich, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual”<sup>1</sup>*

Ora, a apelada não pode fazer prova de fato negativo, ao contrário da apelante, que é a detentora do serviço e tem pleno conhecimento técnico para comprovar a ausência de falha na prestação do serviço.

Contudo, não há nos autos prova inequívoca

---

<sup>1</sup> Theodor Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 462.

de que a apelante tenha prestado os serviços na forma contratada, nem tampouco, há prova de que ela, apelante, tenha informado à apelada, de maneira clara e inequívoca acerca de ausência ou deficiência de cobertura telefônica ou de sinal de internet.

Logo, havendo claros indícios de que os serviços não foram prestados na forma contratada, deve a apelante responder pela falha na prestação dos seus serviços.

De se consignar que a cobrança de multa pela rescisão antecipada do contrato embora seja lícita só pode ser efetuada nos casos em que a operadora dos serviços de telefonia não tenha dado causa à rescisão, o que não é o caso dos autos.

Portanto, tem a autora o direito de rescindir o contrato sem qualquer imposição de multa rescisória.

Outrossim, não se conhece da alegação de divergência de assinatura no contrato, posto que se trata de inovação recursal, já que referida matéria não foi ventilada na primeira instância, impossibilitando sua análise neste Colegiado.

Desse modo, mantém-se íntegra a sentença cuja reforma se persegue.

Por fim, nos termos do artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil, são devidos honorários recursais, cumulativos, ao vencedor.

Sendo assim, fixados em primeira instância os honorários de advogado em 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido pela parte contrária, majora-se tal arbitramento para 15% (quinze por cento),



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nos termos da legislação processual vigente, considerando maior tempo e trabalho gastos para a solução da demanda, com execução condicionada, porém, à perda da condição de necessitada da autora.

**3. Destarte, conhece-se em parte do recurso e na parte conhecida nega-se provimento ao recurso.**

**JACOB VALENTE**

Relator