



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. APARELHO DE TELEFONA CELULAR. PRAZO DE GARANTIA. ATUALIZAÇÃO DE SOFTWARE. COBRANÇA. INVIABILIDADE. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

ATUALIZAÇÃO DE SOFTWARE: No caso dos autos, não se trata de vício oculto, mas sim de desenvolvimento tecnológico ínsito a aparelhos celulares, umbilicalmente unida a exigência do próprio mercado deste ramo comercial. Nos termos do art. 12, §2º do Código de Defesa do Consumidor, "*o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado*".

Todavia, em atenção a boa-fé objetiva, inviável a cobrança do valor de R\$ 490,00 para a atualização do software, pois impede a utilização do bem pelo consumidor.

A parte autora, ao adquirir o aparelho objeto da controvérsia, tinha a legítima expectativa que ele continuasse funcionando, ainda que contasse com certo tempo de uso, sem que fosse necessário o pagamento de novos valores.

Princípio da boa-fé objetiva violado.

DANO MORAL: Os eventos ocorridos permitem o deferimento do pedido de indenização por dano moral, estabelecido em R\$ 3.000,00.



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

SUCUMBÊNCIA: Diante do parcial provimento ao apelo, deve ser redistribuída a sucumbência.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

APELAÇÃO CÍVEL

DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-
25.2017.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

ANA PAULA DE OLIVEIRA

APELANTE

APPLE

APELADO

TIM CELULAR S/A

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes
Senhores **DES. VOLTAIRE DE LIMA MORAES (PRESIDENTE) E DES.^a MYLENE
MARIA MICHEL.**

Porto Alegre, 17 de maio de 2018.

DES. EDUARDO JOÃO LIMA COSTA,

Relator.

RELATÓRIO

DES. EDUARDO JOÃO LIMA COSTA (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto **ANA PAULA DE
OLIVEIRA** em face da sentença que julgou improcedente a ação indenizatória nº
001/1140145819-0, movida contra **APPLE** e **TIM CELULAR**.

O dispositivo da sentença publicada em dezembro de 2016 (fl. 85)
está assim redigido:

*"Isso posto, julgo IMPROCEDENTE o pedido
formulado pela autora ANA PAULA DE OLIVEIRA*



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

para deixar de condenar as requeridas APPLE COMPUTER BRASIL LTDA e TIM CELULAR S/A ao pagamento de indenização pelos danos alegados na exordial.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), para cada, corrigido monetariamente pela variação do IGP-M, a contar desta data, na forma do disposto no art. 85, § 2º, do CPC, considerando o trabalho desenvolvido. Suspendo a exigibilidade em face da gratuidade anteriormente deferida.

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

A parte autora, **Ana Paula de Oliveira**, em razões recursais, sustenta que em nenhum momento buscou a garantia do produto, mas sim trouxe a alegação de vício oculto, pois o sistema operacional do aparelho não estava atualizando.

Refere que não conseguiu mais utilizar o aparelho em questão em virtude de problemas técnicos da fabricante.



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Requer o provimento do apelo com a condenação da parte demandada ao pagamento de indenização por danos morais e a restituição do valor adimplido pelo aparelho.

Sem preparo em face da AJG concedida (fl. 14).

Intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões (fl. 93/102).

Encaminhados os autos à tentativa de conciliação, a providência resultou inexitosa perante o Núcleo de Conciliação deste Tribunal de Justiça (fls. 111).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

V O T O S

DES. EDUARDO JOÃO LIMA COSTA (RELATOR)

É de se conhecer do recurso, uma vez que adequado e tempestivo.

FATO LITIGIOSO.

A parte autora adquiriu em junho de 2011 aparelho celular da marca Apple, modelo iPhone 3, em filial da codemandada TIM Celulares. Alega



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

que em abril de 2014 ele apresentou problemas, tendo sido cobrado o valor de R\$ 490,00 pela assistência técnica autorizada do fabricante para a atualização do *software*.

Pondera que está caracterizado, no caso dos autos, o vício oculto, pois o aparelho não funciona mais, razão pela qual ajuizou a presente ação indenizatória.

A sentença julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que o prazo de garantia do bem já havia expirado.

Irresignada, apela a parte autora.

Enfrento a tese.

ATUALIZAÇÃO DE SOFTWARE.

A controvérsia reside na alegação de que o aparelho celular da parte autora teria parado de funcionar e que a assistência técnica autorizada pelo fabricante teria cobrado o valor de R\$ 490,00 para atualização do *software*.

É sabido que aparelhos desta natureza sofrem uma evolução constante e tal fato, por si só, não caracteriza nenhum vício do produto, nos termos do art. 12, §2º do Código de Defesa do Consumidor.



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

O aparelho em questão já possuía três anos de plena e satisfatória utilização, razão pela qual a garantia de um ano dada pelo fabricante havia há muito se esgotado.

Assim, não se revela o vício oculto alegado pela parte autora.

Por outro lado, revela-se inviável a cobrança feita pela assistência técnica autorizada da fabricante do aparelho celular, pois, caso não ocorra a atualização do software, a parte não poderá utilizar seu aparelho, o que viola as disposições consumeristas.

Mesmo que fora da garantia legal, o produto deve ser apto para utilização, não podendo a parte autora ser cobrada pela atualização do software.

É legítima a expectativa do consumidor que, embora defasado, o aparelho mantenha seu funcionamento, sendo inviável impor o pagamento de novos valores para que o aparelho se mantenha em utilização, já adquirido por um alto valor.

Nesta linha, o princípio que fornece a base para a busca do equilíbrio nas relações contratuais de consumo é a boa-fé, porém considerada em seu aspecto objetivo, que analisa a relação contratual a partir de seu



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

conteúdo, buscando o exame da conduta concreta das partes na relação negocial.

Judith Martins-Costa delinea os contornos da boa-fé objetiva:

"(...) modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria o homem reto (...) ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional." (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.)

Conforme referido, a parte autora, ao adquirir o aparelho objeto da controvérsia, tinha a legítima expectativa que continuasse funcionando, ainda



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

que contasse com certo tempo de uso, sem que fosse necessário o pagamento de novos valores.

No caso em liça, portanto, a empresa demandada não logrou êxito em se desincumbir de seu ônus probatório, limitando-se a referir que a atualização do software, de fato, tem o custo indicado pela parte autora.

DANO MORAL

Passo a analisar a questão pertinente à fixação de indenização pelo dano moral sofrido, entendendo que, diante dos fatos narrados, é caso de se reformar a sentença.

Os fatos narrados autorizam indenização pelo inquestionável dano moral sofrido, como no caso em concreto, não podendo este ser tratado apenas como descumprimento contratual, quando a má prestação do serviço inviabilizou a utilização regular do terminal telefônico da parte autora, acarretando dano e o desgaste que são presumíveis, ocasionados estes pelo agir culposos da demandada.

Ensina o mestre JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *in* Da Responsabilidade Civil, Vol. I, 7a Edição, Forense, 1983, p. 113, que: "A culpa, genericamente



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

entendida, é, pois, animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (negligentia, imprudentia, ignavia) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico”.

Dessa forma, inquestionável, repito, a falha na prestação de serviço por parte da demandada, é fato gerador de dano moral, restando evidenciado, pois, o proceder negligente da parte ré ao não solucionar o problema de forma diligente, o que ocasionou transtornos e incômodos diversos à parte autora.

Segundo dispõe o art. 186, do Código Civil de 2002, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Neste contexto, portanto, dado o desgaste, sentimento de impotência imposto à autora pela ré que não foi capaz de diligenciar na solução do problema.



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

No que se refere ao '**quantum indenizatório**', há de ter dupla função: caráter ressarcitório ao ofendido e punitivo ao réu, considerando-se também o grau da ofensa e a potencialidade financeira do ofensor.

De outro lado, a indenização servirá de alerta para a parte demandada manter comportamento diverso ao tempo da contratação e solicitação do consumidor.

O mestre CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA adverte acerca dos critérios para fixação do dano moral é pertinente ao caso em apreço, consoante expôs na sua obra Da Responsabilidade Civil, nº 49, pág. 60, 4ª edição, 1993.

"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva"



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Na hipótese, portanto, considerando tais circunstâncias além da natureza do fato ocorrido, cabível a fixação da indenização no montante de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, devidamente corrigido pela variação do IGP-M, a contar desta data, além de juros de mora de 1% ao mês, a fluir da citação.

Apelo provido em parte.

SUCUMBÊNCIA.

Por conseguinte, há que se redimensionar os encargos de sucumbência, considerando o correto decaimento das partes, em face do parcial provimento do apelo.

Assim, deve cada uma das partes arcar com metade das custas processuais, ou seja: a autora com 50%, ao passo que as requeridas, de forma solidária, os outros 50%. E em relação as mesmas, cada uma é responsável por metade dos 50% (art. 87 do CPC).

Quanto à verba honorária, considerando a natureza da demanda, a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, deve a mesma ser alterada para que a parte requerida quite, de forma solidária, o percentual de **20% sobre o valor atualizado da**



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

condenação, em favor da parte autora, não podendo ser inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), eis que levo em consideração a natureza da lide, proveito que adveio, trabalho executado, matéria repetitiva e o patamar adotado por esse colegiado.

Por outro lado, mantenho a condenação da verba honorária de sucumbência em prol dos procuradores da parte demandada tal como estabelecido pela sentença recorrida (**R\$ 1.000,00, mil reais**).

Esclareço que os honorários aqui estabelecidos atendem ao disposto no art. 85 do CPC/15.

Vedada a compensação (art. 85, §14, CPC/15).

Mantida a suspensão da exigibilidade em relação à parte autora, por litigar sob o amparo da gratuidade judiciária.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao apelo aos efeitos de condenar as empresa demandadas, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**,



EJLC

Nº 70075123984 (Nº CNJ: 0276513-25.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

devidamente corrigido pela variação do IGP-M, a contar desta data, além de juros de mora de 1% ao mês, a fluir da citação.

Sucumbência redistribuída.

É o voto.

DES. VOLTAIRE DE LIMA MORAES (PRESIDENTE) - De acordo com o(a)
Relator(a).

DES.^a MYLENE MARIA MICHEL - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. VOLTAIRE DE LIMA MORAES - Presidente - Apelação Cível nº
70075123984, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO
APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: IVORTIZ TOMAZIA MARQUES FERNANDES