



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000498581

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005192-93.2018.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante SILVIA DONIZETE LACERDA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TELEFONICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT E FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

CAMPOS PETRONI
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

APTE.: SILVIA DONIZETE LACERDA DA SILVA - (Autora)

APDA.: TELEFONICA BRASIL S/A - (Ré)

JUIZ DR. JOSÉ GILBERTO ALVES BRAGA JÚNIOR

VOTO Nº 36.965

EMENTA:

Declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenizatória por danos morais e repetição de indébito. Serviços de telefonia móvel. Alteração unilateral do plano contratado, com majoração dos valores cobrados. R. sentença de parcial procedência, com apelo só da demandante, que pleiteia a total procedência da ação, com condenada da ré ao pagamento de indenização pelos danos morais, bem como fixação de astreintes no caso de descumprimento da obrigação imposta à ré.

Plena aplicação do CDC. Multa diária cabível. Moderação que se impõe. Gravames morais vislumbrados. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Observância aos princípios da equivalência e proporcionalidade. Dá-se parcial provimento ao apelo da demandante.

Trata-se de apelação interposta só pela autora, contra r. sentença de fls. 121/128, cujo relatório adoto, onde julgou-se parcialmente procedente ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenizatória por danos morais e repetição de indébito, envolvendo contrato de prestação de serviços telefônicos. Condenou-se a requerida a restituir à autora os valores cobrados a maior pelos planos não contratados, de forma simples, reajustados desde a data de cada desembolso, com juros legais a partir da citação. Obrigou-se, também, a Concessionária demandada a restabelecer o plano de telefonia original, da forma como contratado inicialmente, ou outro que se assemelhe, desde que pelo mesmo valor mensal. Reciprocamente sucumbentes, ambas as partes arcarão com custa e despesas processuais, na proporção de 50% para cada uma, bem como com honorários de 10% do valor dado à causa (R\$ 10.074,54, em dezembro/18).

Irresignada, apela só a acionante, fls. 135/140. Em apertada síntese, pretende a procedência total da ação, com condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais no montante de **R\$ 10.000,00**, bem como a fixação de multa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diária de **R\$ 300,00**, para o caso de descumprimento da ré quanto à obrigação que lhe fora imposta.

Contrarrazões, fls. 145/158.

Contestação replicada.

É o relatório, em complementação ao de fls. 121/122.

A r. sentença está fundamentada, dentro da razoabilidade e deu correta solução à lide, no essencial.

A falha na prestação dos serviços prestados pela ré, com alteração unilateral de planos e valores fora reconhecida na r. sentença e não há, nesse ponto, recurso.

Cinge a questão a ser apreciada no presente recurso ao cabimento da indenização pelos prejuízos extrapatrimoniais e da aplicação de multa diária no que tange à obrigação de fazer.

Pois bem.

O r. *decisum* monocrático obrigou a Concessionária requerida ao restabelecimento do plano de telefonia original contratado, ou de outro similar, desde que com o mesmo valor mensal.

Cabem, pois, as pleiteadas *astreintes* para o caso de descumprimento do ordenado.

Por certo, é obrigação da ré atender à determinação judicial, que, aliás, não é de difícil cumprimento, sendo, portanto, admissível a aplicação da multa diária, para impulsionar as partes obrigadas a agir em prol da solução do problema.

Assim, fixo multa diária de **R\$ 100,00**, limitada a **R\$ 5.000,00**, para o caso de descumprimento da ordem, devendo a requerida comprovar nos autos a alteração devida quanto ao plano de telefonia móvel da acionante.

Os gravames morais no caso são vislumbrados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É dos autos que a consumidora tentou, sem sucesso, várias vezes, sendo certo que a requerida não impugnou os protocolos indicados a fls. 05, solucionar o imbróglio administrativamente, sem sucesso.

Fora obrigada a acionar a Justiça, destacando-se que a celeuma vem, pelo menos, desde dezembro/18, data da inicial.

Para a hipótese, é aplicável o voto do Exmo. Reinaldo Caldas, Ap. 0003881-69.2010.8.26.0281. Não se olvidando da recente e reconhecida Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Sobre isso, veja-se o que segue, sempre com negritos nossos:

Processo AREsp 1260458

Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Data da Publicação 25/04/2018

Decisão AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.260.458 - SP (2018/0054868-0)

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.

1. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 2. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MESMO ÓBICE SUMULAR. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO: Cuida-se de agravo interposto por Banco Santander (Brasil) S.A. desafiando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que não admitiu o processamento do recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 344): **RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem imóvel. Lançamento indevido de encargos bancários, porque resultantes exclusivamente de falha operacional do banco. Situação que extrapolou o mero aborrecimento do cotidiano ou dissabor por insucesso negocial. Recalcitrância injustificada da casa bancária em cobrar encargos bancários resultantes de sua própria desídia, pois não procedeu ao débito das parcelas na conta corrente da autora, nas datas dos vencimentos, exigindo, posteriormente, de forma abusiva, os encargos resultantes do pagamento com atraso. Decurso de mais de três anos' sem solução da pendência pela instituição financeira. Necessidade de ajuizamento de duas ações judiciais pela autora. Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprofundasse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário.** Danos morais indenizáveis configurados. Preservação da indenização arbitrada, com moderação, em cinco mil reais. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. [...] Não foram opostos embargos de declaração. Nas razões do recurso especial, o recorrente alegou ofensa aos arts. 186, 336, 824, 927, 944, 945 e 1.425 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CC/2002. Sustentou que a agravada, mesmo sabedora da sua situação de inadimplência e, portanto, da configuração da mora, somente postula a Consignação de valores que entende devidos, valendo-se deste procedimento para reaver a posse do bem e procrastinar o pagamento do montante total do débito. Afirmou, ainda, que não houve conduta ilícita a ensejar o pagamento de indenização por danos morais. Pleiteou, subsidiariamente, sua redução. Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fl. 401). O Tribunal local inadmitiu o processamento do recurso especial pela incidência da Súmula n. 7 do STJ. Irresignado, o recorrente interpõe agravo refutando o óbice apontado pela Corte estadual. Sem contraminuta (e-STJ, fl. 413). Brevemente relatado, decido. Inicialmente, vale pontuar que o presente recurso foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC". O Tribunal estadual, ao dirimir a controvérsia, concluiu que ficaram caracterizados o ato ilícito e o consequente dever de indenizar, conforme se colhe dos excertos do aresto recorrido (e-STJ, fls. 346-349): É que, consoante emerge cristalino dos autos, comunicou a autora ao banco a regular disponibilização em sua conta bancária dos valores necessários à quitação das parcelas dos meses de novembro e dezembro de 2010, e de fevereiro de 2011 (fls. 87/91), solicitando imediatas providências para que fossem cessadas as cobranças de encargos bancários por suposto inadimplemento de aludidas prestações, cujo valor total, sem contribuição da autora para tanto, apenas foi debitado em sua conta em 23 de março de 2011, acrescido, ainda assim, de encargos relativos ao pagamento em atraso, que, no momento da propositura da ação, correspondiam a R\$ 5.043,36. É certo, de igual modo, que, em momento precedente ao ajuizamento desta ação, já havia a autora demandado o réu pela cobrança indevida da parcela do mútuo com vencimento no dia 31 de janeiro de 2013, tendo sido realizada composição amigável entre as partes (fls. 127/130) para o reconhecimento de quitação desta prestação, além da obrigação do banco de excluir o nome da recorrida do cadastro dos inadimplentes. Não satisfeito e agindo com total descaso com a consumidora, insistiu o banco na cobrança de encargos abusivos, sob a infundada alegação de que agiu no exercício regular de direito, tendo em vista a alegada legitimidade das tarifas exigidas por serviços efetivamente usufruídos pela autora, conquanto motivada sua recusa em efetuar o pagamento de despesas cuja cobrança não lhe podia ser atribuída [a autora comprovou o depósito de valores suficientes para a quitação das parcelas posteriormente exigidas pelo banco réu (novembro e dezembro de 2010 e fevereiro de 2011- fls. 24 e 27)], o que escancara a ilegitimidade de aludidos lançamentos a débito na conta corrente da recorrida, ante a comprovação de que o descontrole da conta decorreu da desídia da casa bancária, que deixou de efetuar, na época oportuna, os débitos dos valores pertinentes, sobrevivendo a cobrança única e integral de tais valores (fls. 28), mas acrescida, abusivamente, de encargos bancários indevidos (fls. 28/40). Isto assentado, bom é realçar que a situação vivenciada pela autora realmente extrapolou o simples dissabor resultante de insucesso negocial, visto que foi a consumidora obrigada a entrar em contato com a central de atendimento do banco e ajuizar a presente ação com a finalidade da consignação do valor das parcelas do contrato em cotejo para evitar nova restrição cadastral a seu nome (fls. 87), além da iminência de execução do contrato, na forma prevista nos artigos 26 e 27, da Lei n. 9.514/97 (fls. 104, cláusula vigésima primeira), cumprindo observar, ainda, que, durante anos, teve a autora que se submeter a penalizantes percalços para conseguir a exclusão de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

encargos bancários abusivamente lançados em sua conta corrente, por ela devidamente contestados e que não foram espontaneamente reembolsados pelo réu, sob a infundada alegação de que a sua exigibilidade era proveniente de exercício regular de direito por consubstanciar serviços efetivamente usufruídos pela autora. Ademais, não há se cogitar no caso da caracterização de ato de terceiro hábil a constituir fator excludente da responsabilidade civil do banco, porquanto não se cuida aqui de fato imprevisível e inevitável ou, mesmo, de intensidade tamanha que tenha se prestado a excluir a liberdade de ação do causador direto do dano, mesmo porque, como é sabido, o fato de terceiro somente materializa excludente da obrigação de indenizar quando for a causa exclusiva do prejuízo, o que, evidentemente, não ocorreu no caso em análise, como antes salientado. Aliás, releva considerar que se cuida aqui de responsabilidade objetiva da instituição financeira ré, por força da aplicação do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, estando, no caso em exame, a obrigação de indenizar assentada na demonstração da conduta desidiosa do banco, na configuração do dano moral à consumidora e no nexo de causalidade entre a falha do serviço e o resultado lesivo imposto à autora, consubstanciados tais pressupostos, como assinalado, na ação negligente da instituição financeira, que, por defeito operacional do serviço disponibilizado à consumidora, lançou por relevante período de tempo encargos bancários indevidos na conta corrente da autora. Com efeito, tem-se como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos fundamentadamente impugnados pela consumidora, notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitado, cumprindo prestigiar no caso a **teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilhar o entendimento de que a "missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência. Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei. Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências - de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer - para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar. Tais situações corriqueiras, curiosamente, ainda não haviam merecido a devida atenção do Direito brasileiro. Trata-se de fatos nocivos que não se enquadram nos conceitos tradicionais de 'dano material', de 'perda de uma chance' e de 'dano moral' indenizáveis. Tampouco podem eles (os fatos nocivos) ser juridicamente banalizados como 'meros dissabores ou percalços' na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais." Com efeito, a abusiva cobrança de encargos bancários indevidos e a recalcitrância injustificada por tempo expressivo [três anos] do réu em proceder a cessação desta exação e o espontâneo ressarcimento à correntista, constitui injusta agressão, porquanto privou a autora de utilizar o seu tempo disponível na forma que melhor lhe aprouvesse, de molde a provocar sofrimento psíquico que molesta direitos inerentes à personalidade, vulnerando seu patrimônio moral, a justificar a reparação almejada. (...) Indisputável, destarte, a configuração dos danos morais indenizáveis, bem é de ver que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

considerado o critério de que a indenização não deve prestar-se ao enriquecimento ilícito, mas considerando o aspecto inibitório da condenação ora enfocada, em relação ao autor do ilícito, a fim de que invista na qualificação de seus prepostos, de sorte a aprimorar seus procedimentos, não há se olvidar, de outra parte, do caráter compensatório da reparação, de molde a possibilitar sentimento que se preste ao menos a mitigar o sério constrangimento suportado pela vítima da injusta ofensa, afigurando-se, sob tal perspectiva, razoável o arbitramento da indenização em cinco mil reais. Nesse contexto, reverter a conclusão do Tribunal local para acolher a pretensão recursal, quanto à existência de ato ilícito e a redução do quantum indenizatório, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável ante a natureza excepcional da via eleita, consoante enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários em favor do advogado da parte ora recorrida em 2% sobre o valor da condenação. Publique-se. Brasília-DF, 05 de abril de 2018. **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, Relator”

Tendo em vista o caráter pedagógico da reprimenda, a fim de evitar maiores abusos, atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, admite-se que o montante de **R\$ 6.000,00**, a título de dano anímico, se mostra adequado à hipótese, com aplicação da súmula 362 do C. STJ e juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação.

Apenas para melhor ilustrar a questão veja-se o que segue, apenas para melhor ilustrar a questão, com negritos nossos:

Declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenizatória por danos materiais e morais e repetição de indébito. **Serviços de telefonia móvel**. Pedido de cancelamento de linha telefônica tido como não atendido, gerando faturas indevidas e negativação do nome da demandante. R. sentença de parcial procedência, com apelos de ambas as partes. Contestação desacompanhada de convincentes elementos de convicção. Demandada que não se desincumbiu do ônus probatório, não se olvidando do art. 6º, VIII, do CDC. **Danos morais igualmente vislumbrados, pela "canseira" tida pela utente e arbitrados dentro da razoabilidade e proporcionalidade, não se olvidando ainda da teoria do desvio produtivo do consumidor**. Repartição da sucumbência que prevalece, mas não nos moldes delineados na decisão singular. Nega-se provimento ao recurso da Concessionária requerida, acolhendo-se em parte o adesivo da autora. (TJSP; Apelação Cível 1031368-71.2014.8.26.0114; Relator: **Campos Petroni**; Órgão Julgador: **27ª Câmara de Direito Privado**; Foro de Campinas - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019)

=====

APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais – Sentença de improcedência – Inconformismo da autora – **Prestação de serviços de telefonia fixa e internet** – 1. Alegação de cobrança indevida de duas faturas vencidas após a formalização do pedido de portabilidade à empresa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"prestadora receptora". Aplicação da Resolução nº 460/07 da Anatel – Responsabilidade solidária das concessionárias (receptora e doadora) pela regularidade da migração. Hipótese dos autos em que a autora comprovou o prévio pedido de portabilidade à receptora – Débitos inexigíveis – 2. **Aplicação da Teoria do desvio produtivo do consumidor. Danos morais configurados.** Indenização arbitrada no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora a contar da citação – Sentença reformada. Inversão do ônus sucumbencial – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1002477-28.2018.8.26.0008; Relatora: Daniela Menegatti Milano; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2020; Data de Registro: 04/02/2020)

=====

Ação declaratória CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - **telefonía** - RELAÇÃO DE CONSUMO - CARACTERIZAÇÃO - AUTORAS - HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/90 - CABIMENTO - INSTABILIDADE E FALHA NO SERVIÇO - RÉ - NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DOS SINAIS DE ÁREA - RESCISÃO CONTRATUAL - POSSIBILIDADE - DEVOLUÇÃO DOS VALORES E DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DAS FATURAS NÃO PAGAS - CABIMENTO - DANO MORAL - AUTORAS - FATO - **PERDA DE TEMPO ÚTIL - TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR** - OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - *QUANTUM* - FIXAÇÃO - **RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE** - art. 8º do cpc.. APELO DAS AUTORAS PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1048993-50.2016.8.26.0114; Relator: **Tavares de Almeida**; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/11/2019; Data de Registro: 12/11/2019)

Tendo em conta ter sido a acionante vencida em parte ínfima, deve a Concessionária ré arcar com a totalidade das custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios, fixados em **10%** do valor da condenação, atualizado.

Diante do exposto, não se olvidando do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal, **dá-se parcial provimento ao apelo da consumidora autora.**

CAMPOS PETRONI
Desembargador Relator sorteado