APELAÇÃO CÍVEL Nº 203641-13.2012.8.09.0051 (201292036419)

COMARCA : GOIÂNIA
3ª CÂMARA CÍVEL
1º APELANTE : VICTOR FREIRE PERES
2ª APELANTE : DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA
1ª APELADA : DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA
2º APELADO : VICTOR FREIRE PERES
RELATORA : DESª. BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO

Ação de reparação de danos. Relação consumerista. Afastamento da multa prevista no art. 538, CPC, porque não protelatório o recurso manejado. Responsabilidade da empresa pelo extravio do computador. Fortuito interno - risco do empreendimento. Honorários advocatícios fixados em percentual irrisório – majoração. Parcial provimento aos apelos – art. 557, § 1º-A, CPC.

DECISÃO MONOCRÁTICA

VICTOR FREIRE PERES e DELL COMPUTDORES DO BRASIL S/A, regularmente representados nos autos da *ação de reparação por*

danos materiais e morais c/c pedido de restituição de importância paga e pedido de antecipação de tutela proposta pelo primeiro em desfavor da segunda, recorrem da sentença proferida pela juíza de Direito da 17ª Vara Cível e Ambiental da comarca de Goiânia, que condenou a empresa segunda apelante a restituir ao autor a quantia paga pelo computador, bem assim danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O primeiro apelante diz arbitrada a indenização por danos morais em valor extremamente tímido, nada significando para a apelada diante de seu poderio econômico. Pede seja majorado para, no mínimo, R$ 30.000,00 (trinta mil reais), pleiteando também sejam arbitrados os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

Isento de preparo porque beneficiário da justiça gratuita.

Contrarrazões às fs. 263/276 pugnando o improvimento do apelo.

A segunda apelante pontua honrado o disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, providenciado o envio do computador pelo correio. Relata que após decorrido um período considerável da remessa ao consumidor apelado foi a empresa comunicada do extravio do produto, momento em que tentou restituir o valor pago pelo aparelho. Atesta que o apelado recusou a oferta de outro computador ou a devolução do valor pago, reiterando que a culpa deve ser imputada ao correio, e não à recorrente, aplicável à hipótese o disposto no art. 12, § 3º, III, CDC.

Diz que o mero aborrecimento não configura dano moral indenizável, devendo ser reduzida a indenização a patamar razoável, sob pena de configurar verdadeiro enriquecimento sem causa. Argumenta inadmissível o recolhimento da multa fixada nos aclaratórios, já que não opostos com intuito protelatório, ao contrário do afirmado pela magistrada condutora do feito. Requer a improcedência da pretensão inicial ou, caso contrário, a redução dos danos morais fixados.

Preparo à f. 233.

Contrarrazões às fs. 238/262 pedindo o improvimento do apelo.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal conheço dos apelos e, por comportável julgamento de plano, passo a decidir monocraticamente – art. 557, *caput,* CPC.

De início, e no que tange à ausência de recolhimento da multa imposta nos embargos de declaração, convém pontuar que o depósito prévio somente é exigível quando ocorrida a hipótese prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 538, CPC, a dispor que *na reiteração de embargos protelatórios a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.* No caso, após a aplicação da multa de 1%, a empresa ré não mais embargou, limitando-se a

interpor o presente apelo.

Nessa linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a multa deve ser afastada, máxime porque não reiterado o recurso tido como protelatório. Confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS NA ORIGEM PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. AFASTAMENTO DAS MULTAS APLICADAS. 1. Não identificado o caráter protelatório dos embargos de declaração ou o abuso da recorrente pela sua oposição, impõe-se o afastamento da multa processual, nos termos do enunciado 98 da Súmula do STJ. 2. O parágrafo único do art. 538 do CPC exige o prévio recolhimento da multa imposta apenas na hipótese de reiteração de embargos protelatórios. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*[1]

De sorte que, não configurado o caráter protelatório dos aclaratórios, deve ser afastada a multa imposta no juízo de origem com fulcro no art. 538, CPC.

1 STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 891.741/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17/03/2015.

Voltando ao caso debatido nos autos, cuida-se de ação proposta pelo primeiro apelante em face da empresa segunda apelante, apontando não devolvido o computador embora decorridos dezessete (17) meses do seu envio para reparo.

Cediço que o consumidor é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo (art. 4º[2]) e invertidos os ônus da prova em seu favor (art. 6º, VIII[3]), caberia à empresa Dell, a fim de elidir sua responsabilidade civil, comprovar que o fato alegado derivou da culpa do cliente ou da força maior ou caso fortuito (art. 14, § 3º[4]).

Como afirmado pela segunda recorrente, cediço que a assistência técnica, nos casos mais complexos, é prestada no estabelecimento da empresa, arcando esta com as despesas de envio e devolução do produto adquirido

2 *Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

3 *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
[...]
VIII - 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 de experiências;

4 *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
[...]

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

pelo consumidor. Todavia, tratando-se de transporte de bens pertencentes a terceiros, e cuidando-se de relação de consumo, eventual extravio do produto não pode ser imputado ao correio, já que ao consumidor não foi dado escolher a forma de prestação da assistência técnica, mas à empresa que vendeu o computador. Embora a perda do bem tenha se dado quando em poder do correio, a discussão sobre defeito na prestação do serviço de transporte deve se dar entre a empresa Dell e a ECT, e não entre o consumidor e esta já que, como dito, não lhe foi dada outra opção para solucionar o problema na cidade de Goiânia.

Com efeito, na cadeia da relação de consumo o fornecedor assume o dever de prestar o serviço contratado e responde pelos danos advindos de falhas na qualidade do serviço e da precariedade do sistema de segurança, sobretudo, cuidando-se de transporte de bens para prestação de assistência técnica em outra cidade que não aquela em que realizada a venda do produto. Ora, se a empresa coloca seus produtos à venda em localidade em que não ofertada assistência técnica, deve arcar com os custos do envio ao seu estabelecimento, bem assim com eventual extravio, como na hipótese. O que não pode ocorrer é que se esquive da responsabilidade pela sua devolução ao consumidor.

De sorte que não assiste razão à empresa recorrente ao invocar o caso fortuito como fato imprevisível, equivalendo o extravio do computador ao fortuito interno, de modo a não excluir a responsabilidade da segunda recorrente, sobretudo porque está diretamente vinculado ao risco do

empreendimento. Sobre a responsabilidade da fornecedora pelo fortuito interno oportuna a lição de FLÁVIO TARTUCE e DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES[5]:

> *[...] a conclusão deve levar em conta a relação que o fato tido como imprevisível ou inevitável tem com o fornecimento do produto ou a prestação de serviço, ou seja, com o chamado risco do empreendimento, tão caro aos italianos. O debate traz à tona aquela antiga diferenciação entre fortuito interno e fortuito externo, bem desenvolvida, entre os clássicos, por Agostinho Alvim. O primeiro – fortuito interno – é aquele que tem relação com o negócio desenvolvido, não excluindo a responsabilização civil. O segundo – fortuito externo – é totalmente estranho ou alheio ao negócio, excluindo o dever de indenizar. Conforme enunciado doutrinário aprovado na V Jornada de Direito Civil, evento de 2011, "O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida" (Enunciado 443).*
>
> *Em outras palavras, deve-se atentar para os riscos que envolvem a atividade a partir da ideia de*

5 Manual de Direito do Consumidor – Direito material e processual, volume único, 3ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 158/164.

proveito ao vulnerável da relação estabelecida. Como bem aponta Anderson Schreiber, "a conclusão acerca da incidência ou não da teoria do fortuito interno parece, antes, vinculada a um juízo valorativo acerca de quem deve suportar o ônus representado por certo dano. Reconhece-se certo fato como inevitável, mas se entende que tal fatalidade não deve ser suportada pela vítima. Daí a aplicação da teoria do fortuito interno ser mais intensa no campo da responsabilidade objetiva, onde é de praxe atribuir ao responsável certos riscos que, embora não tenham sido causados pela sua atividade em si, não devem recair tampouco sobre a vítima". [...]

Em suma, pode-se concluir que os mergulhos nos eventos internos e externos estão consolidados na civilística nacional, seja no campo teórico ou prático. Todos os exemplos demonstram que, realmente, o rol dos arts. 12, § 3º e 14, § 3º da Lei 8.078/1990 não é taxativo (numerus clausus), mas exemplificativo (numerus apertus), admitindo-se outras excludentes, dentro, por óbvio, do bomsenso. A questão envolve a equidade, a justiça do caso concreto, prevista expressamente como fonte consumerista pelo caput do art. 7º do Código do Consumidor. Resumindo a análise de tais eventos, pode ser elaborado o seguinte quadro comparativo, quanto

aos eventos internos e externos. [...]

Dessa forma, a frustração experimentada pelo consumidor que adquire produto e se vê privado do seu uso por conta de defeito não sanado ou, ainda pior, a sua não devolução, denota nítido descaso da empresa vendedora e se traduz em situação passível de reparação, indicando nítida ofensa aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e lesão moral ao consumidor.

Configurado o dano moral, cuja verba reparatória possui duplo caráter, ressarcitório e preventivo-pedagógico, servindo como elemento de intimidação e desestímulo às práticas comerciais que acarretam danos aos consumidores, cuja reparação é direito básico do consumidor conforme dicção do art. 6º, VI[6], CDC. Dessarte, evidenciado que o autor primeiro apelante faz jus à indenização de ordem moral, em decorrência do transtorno acima descrito, em violação ao princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III[7], CDC) e aos deveres anexos de cooperação e zelo para com o consumidor, de que se devem revestir todas as

---

6 *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
[...]
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

7 *Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*
[...]
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

relações de consumo.

Neste ponto calha trazer novamente trecho da lição de FLÁVIO TARTUCE e DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES[8] sobre a boa-fé objetiva nas relações contratuais, mais especificamente naquelas sujeitas à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Ensinam:

> *[...] Da atuação concreta das partes na relação contratual é que surge o conceito de boa-fé objetiva, que, nas palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, constitui uma regra de conduta. Na mesma linha, conforme reconhece o Enunciado 26 da Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a boa-fé objetiva vem a ser a exigência de um comportamento de lealdade dos participantes negociais, em todas as fases do negócio. A boa-fé objetiva tem relação direta com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles merecem destaque o dever de cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.*
>
> *Na órbita consumerista, os mesmos Claudia Lima*

8 *Op. cit.,* p. 46/48.

Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem lecionam que a boa-fé objetiva tem três funções básicas:

1ª) Servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos, que serão por nós oportunamente estudados (função criadora).

2ª) Constituir uma causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos (função limitadora).

3ª) Ser utilizada como concreção e interpretação dos contratos (função interpretadora).

Os mesmos juristas demonstram que "boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais". Dessa forma, por esse princípio, exige-se no contrato de consumo o máximo de respeito e colaboração entre as partes, devendo aquele que atua com má-fé ser penalizado por uma interpretação a contrario sensu, ou por sanções que estão previstas na própria lei consumerista, como a decretação da nulidade do negócio ou a imputação da responsabilidade civil objetiva.

A boa-fé objetiva traz a ideia de equilíbrio negocial, que, na ótica do Direito do Consumidor, deve ser mantido em todos os momentos pelos quais passa o negócio jurídico. [...]

> *De toda sorte, não se pode esquecer que, em qualquer esfera negocial, a boa-fé objetiva tem incidência em todas as suas fases. Nesse sentido, os Enunciados 25 e 170, aprovados nas Jornadas de Direito Civil, estabelecendo que o juiz deve aplicar e as partes devem respeitar a boa-fé objetiva nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. [...]*

E embora afirmado pela empresa recorrente ter tentado substituir o computador ou restituir os valores despendidos pelo autor, não trouxe aos autos qualquer prova do alegado, ônus que lhe competia a teor do art. 333, II[9], CPC. Nesse sentido os arestos:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. a 3. [...] 4. O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma distribuição estática das regras inerentes à produção de prova. Cabe ao réu o ônus da impugnação específica, não só da existência de*

9 *Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
[...]
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da impropriedade dos elementos probatórios carreados aos autos pela ex adversa. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de provas do autor como incontroversos. 5. a 12. [...] 13. Recurso especial a que se nega provimento.[10]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. EMBARGOS. Inversão do ônus probatório em benefício da embargante. Não caracterização de hipossuficiência da ré para a produção da prova. Ausência de demonstração de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da autora. - A inversão do onus probandi tem aplicação quando não é possível ao consumidor a realização da prova. - Cabe ao réu/embargante a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor/embargado, nos termos do art. 333, II, do CPC. - Recurso desprovido. Unânime.[11]

10 STJ, 2ª Turma, REsp 1397870/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02/12/2014.
11 TJDF, 3ª Turma Cível, ApCív. 20060110835046 DF 0001441-37.2006.8.07.0001, Rel. Des. Otávio Augusto, j. 08/05/2014.

Tocante ao valor da indenização, tem-se que fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor razoável e suficiente para compensar os danos sofridos pelo autor com a não devolução do bem, valor que não o fará enriquecer ilicitamente, nem levará à ruína a empresa segunda recorrente. De mais, convém pontuar determinada na sentença a devolução do valor pago pelo computador devidamente corrigido, afigurando-se o retorno do consumidor ao *status quo ante.* Ou seja, a compra do bem ofertado pela empresa Dell não lhe trouxe outros prejuízos que não o desgaste moral, cuja compensação se dará pelo recebimento da indenização fixada no juízo de origem.

Por fim, merece acolhida o pedido de majoração da verba honorária, já que constituem a retribuição pecuniária pelo trabalho exercido pelo advogado. Nesse sentido, estabelece o art. 20, § 4º, c/c § 3º, CPC, determinados requisitos para a sua fixação: grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY[12] anotam sobre os critérios para fixação de honorários:

> *[...] São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduzidos os interesses de seu cliente e o fato de defender seu constituinte em comarca que não resida, os níveis de*

12 Código de Processo Civil Comentado, 9ª ed., 2006, p. 193.

honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. [...]

Destarte, majoro os honorários para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, percentual razoável a remunerar os serviços da advogada do primeiro apelante.

Ante o exposto, conheço dos apelos e provejo ambos em parte para, com fulcro no art. 557, § 1º-A, CPC, afastar a multa fixada nos embargos declaratórios manejados pela empresa segunda recorrente e majorar os honorários advocatícios do autor primeiro apelante para 20% sobre o valor da condenação (art. 20, §§ 3º e 4º, CPC).

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal tornem os autos ao juízo de origem.

Goiânia, 06 de abril de 2015.

DESª. BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO
Relatora