



Espelho do Acórdão

Processo

Apelação Cível 1.0024.12.156245-8/001 1562458-50.2012.8.13.0024 (1)

Relator(a)

Des.(a) Marcos Lincoln

Órgão Julgador / Câmara

Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL

Súmula

NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS

Comarca de Origem

Belo Horizonte

Data de Julgamento

14/09/0016

Data da publicação da súmula

21/09/2016

Ementa

EMENTA: < APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROVEDOR DE INTERNET. CANCELAMENTO DOS SERVIÇOS DE E-MAIL. PERDA DOS DADOS ARMAZENADOS. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. ABUSIVIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1)

Aquele que cancela indevidamente os serviços contratados de internet, impedindo o consumidor de acessar e-mail profissional, responde civilmente pelos danos morais causados à vítima. 2) De acordo com a corrente majoritária contemporânea, a quantificação do dano moral se submete à equidade do magistrado, o qual arbitrará o valor da indenização com base em critérios razoavelmente objetivos, analisados caso a caso, tais como a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a culpabilidade do agente, a possível culpa concorrente do ofendido, a condição econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima etc., devendo observar também os patamares adotados pelo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça. 3) Para deferimento da indenização por danos materiais é indispensável que haja prova objetiva de sua ocorrência, não bastando mera expectativa, pois não se trata de dano hipotético, pelo que devem ter bases seguras, nos termos do artigo 402 do Código Civil. >

Inteiro Teor

EMENTA: < APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROVEDOR DE INTERNET. CANCELAMENTO DOS SERVIÇOS DE E-MAIL. PERDA DOS DADOS ARMAZENADOS. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. ABUSIVIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1)

Aquele que cancela indevidamente os serviços contratados de internet, impedindo o consumidor de acessar email profissional, responde civilmente pelos danos morais causados à vítima. 2) De acordo com a corrente majoritária contemporânea, a quantificação do dano moral se submete à equidade do magistrado, o qual arbitrará o valor da indenização com base em critérios razoavelmente objetivos, analisados caso a caso, tais como a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a culpabilidade do agente, a possível culpa concorrente do ofendido, a condição econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima etc., devendo observar também os patamares adotados pelo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça. 3) Para deferimento da indenização por danos materiais

é indispensável que haja prova objetiva de sua ocorrência, não bastando mera expectativa, pois não se trata de dano hipotético, pelo que devem ter bases seguras, nos termos do artigo 402 do Código Civil.

>

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.156245-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - 1º APELANTE: TERRA NETWORKS BRASIL S/A - 2º APELANTE: _____ - APELADO(A)(S): TERRA NETWORKS BRASIL S/A, _____

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em < NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS >.

DES. MARCOS LINCOLN

RELATOR.

DES. MARCOS LINCOLN (RELATOR)

V O T O

Trata-se de dois recursos de apelação, o primeiro interposto por TERRA NETWORKS BRASIL S.A. e o segundo por _____, da sentença de fls. 476/479, integrada à fl.495, proferida nos autos da "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS" ajuizada pelo segundo apelante em desfavor da primeira, pela qual o MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte assim decidiu:

"[...]

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais para condenar a parte Ré a pagar ao Autor a quantia de R\$ 20.000,00 a título de indenização por danos morais, devidamente atualizada pela tabela da Eg. Corregedoria de Justiça de MG, a partir da presente data (Súmula 362 STJ), e acrescida de juros de mora, no importe de 1% ao mês, estes desde a citação.

Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios ao patrono da parte ex adversa, estes arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação, que serão suportados à proporção de 50% para a Ré e 50% para o Autor, admitida a compensação." (sic.)

Nas razões da primeira apelação (fls. 482/490) a ré, em síntese, sustentou que teria comprovado o cancelamento do contrato a pedido do autor; que "uma vez solicitado o cancelamento dos serviços, o apelante não mantém qualquer e-mail salvo nas caixas de entradas, como é devida e claramente informado a todo assinante no momento do cancelamento." (sic.); que em todos os atendimentos exigiria dos clientes dados e documentos pessoais; que "diante da averiguação positiva dos dados do titular do contrato, e diante do requerimento expresso de cancelamento do contrato, o apelante encerrou a prestação dos serviços, sendo o contrato declarado rescindido em 16/03/2012." (sic.); que não teria praticado qualquer ato ilícito; que os danos morais não estariam comprovados, mormente considerando que não teria realizado qualquer cobrança indevida e tampouco incluído o nome do autor no cadastro de inadimplentes; que os fatos narrados na inicial constituiriam meros aborrecimentos. Pela eventualidade, pugnou pela redução do valor da indenização.

O autor, por sua vez, nas razões de fls.502/512, argumentou que em face do cancelamento indevido do contrato por parte da ré, teria sofrido "dano concreto, emergente, no montante de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)." (sic.) Aduziu que o valor fixado a título de danos morais deveria ser majorado. Argumentou que não haveria que se falar em sucumbência recíproca, pelo que a sentença deveria ser parcialmente reformada.

Contrarrazões ao segundo recurso às fls.517/528 e ao primeiro às fls.530/534.

É o relatório.

Decido.

Em primeiro lugar, impõe-se registrar que, em razão da vigência, a partir de 18/03/2016, do Novo Código de Processo Civil, segundo a boa doutrina, à qual me filio em matéria recursal, duas são as situações para a nova lei processual: 1) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; 2) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso. (Comentários ao Código de Processo, Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

Isso porque, o art.14 do NCPC/15 dispõe: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada."

Logo, vê-se que em relação aos atos processuais já consumados, antes da vigência do Código de Processo de 2015, aplicam-se as normas do Estatuto Processual de 1973.

Feitas essas observações, passa-se ao exame conjunto dos recursos interpostos.

Colhe-se dos autos que _____ ajuizou ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais em desfavor de Terra Networks do Brasil, alegando ser cliente da ré desde 2003, utilizando-se para suas atividades profissionais e pessoais o e-mail _____@terra.com.br.

Segundo consta, o autor "é engenheiro e sócio proprietário das empresas METALMAIS APOIO ADMINISTRATIVO LTDA - CNPJ 09.099.203/0001-51 e METALPLUS CONSULTORIA LTDA - CNPJ - 06.006.202/0001-27 (doc. Anexo), sendo que por meio delas, presta, dentre outros, serviços de consultoria e intermediação de negócios no setor de mineração em diversos países, tais como: Canadá, Estados Unidos, Colômbia, dentre outros." (sic.)

Diante disso, afirmou que a utilização do e-mail é imprescindível para o desenvolvimento de suas atividades comerciais e pessoais, sendo que "objetivando uma maior segurança e acessibilidade às mensagens comerciais e pessoais, optou em agosto de 2011 pela contratação do serviço ofertado pela requerida protocolo IMAP, que é um serviço mais seguro para a manutenção e guarda da documentação eletrônica de valor comercial para o autor." (sic.)

Contudo, segundo o autor, em 16 de março de 2012, a ré cancelou unilateralmente o contrato, impossibilitando o acesso às mensagens eletrônicas correspondentes há mais de 10 (anos) de trabalho, com conteúdo de importância estratégica para o desenvolvimento de sua atividade profissional, causando-lhe danos materiais na ordem de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), bem como danos morais a serem fixados em quantia não inferior à R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Devidamente citada, a ré apresentou contestação às fls.232/256, enfatizando que o cancelamento do contrato se deu a pedido de autor e que não praticou qualquer ato ilícito, impondo-se a improcedência dos pedidos.

Impugnada a contestação e instruído o feito, sobreveio a r. sentença pela qual, como relatado, o MM. Juiz singular julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial.

Esses são os fatos.

Pois bem.

Cumpra realçar que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao caso concreto, já que o autor-segundo apelante figurou como destinatário final dos serviços oferecidos pela ré-primeira apelante (CDC, art. 2º).

Nesse contexto, os princípios contratuais clássicos (pacta sunt servanda, autonomia da vontade, liberdade contratual) foram relativizados e deram lugar a novos princípios, como o da função social dos contratos (todo contrato deve trazer algum benefício para a sociedade), o da boa-fé objetiva (todos devem ser honestos uns com os outros, para que não haja frustração das expectativas) e o da justiça social dos contratos (as prestações decorrentes dos contratos devem ser materialmente equivalentes).

Com efeito, o contrato de prestação de serviços de internet e e-mail celebrado entre as partes é típico contrato de adesão, em que o contratado impõe as cláusulas e os contratantes a elas simplesmente aderem.

Nessa modalidade de contrato, verifica-se a supremacia de uma das partes envolvidas no negócio que, na utilização de seu poder econômico, retira da outra a liberdade de discutir o que vão contratar (aspecto da autonomia contratual), além de restringir as demais liberdades contratuais - como o que contratar e com quem contratar.

A respeito da matéria, a jurisprudência já se pronunciou, observe:

"Há uma nítida standardização dos contratos, que são previamente definidos através de cláusulas contratuais gerais, elaborados por uma das partes contratantes e impostas à aceitação da outra parte, que normalmente não tem alternativa senão aceitar, em bloco, tais cláusulas. Não há mais as negociações preliminares para acertamento dos interesses conflitantes. O comércio jurídico torna-se despersonalizado. A liberdade contratual apenas um ideal - inexistente na prática. É cada vez mais reduzida a liberdade de dispor sobre os contratos.

Diante de tal panorama, que indica a existência de uma realidade francamente diversa daquela que se supunha existir quando da construção dos postulados doutrinários da teoria geral clássica dos contratos, não mais se pode aplicar, de forma automática e mecânica, os ideais do voluntarismo jurídico e da obrigatoriedade das convenções. Não há como permanecer apegados a uma construção jurídica que estava ligada a uma determinada realidade histórica. Alterada esta realidade, impõe-se a substituição dos princípios que já não mais servem aos nossos tempos." (TARS, rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina 4ª Câmara Cível, AC nº. 193051083, j. 24/6/93).

Por essas razões, os contratos de adesão receberam tratamento diferenciado no Código de Defesa do Consumidor (art. 54), devendo ser observadas as formas de interpretação e elaboração das cláusulas, a fim de impedir desequilíbrios entre as partes, principalmente se houver prejuízo ao consumidor.

No caso dos autos, a ré, ora primeira apelante, sustentou que "o próprio Autor, em 16/03/2012, teria solicitado, por telefone, a rescisão do contrato CRBHZ0112266, referente ao e-mail _____@terra.com.br" (sic), todavia, não apresentou qualquer prova neste sentido, vez que os documentos de fls. 233/236, por terem sido confeccionados unilateralmente, não têm o condão de desconstituir a versão inicial dos fatos.

Ora, como cedido, a ré-primeira apelante, na qualidade de fornecedora, deveria prestar a contendo e de maneira ininterrupta os serviços contratados, sendo certo que o cancelamento injustificado do contrato caracteriza o serviço defeituoso, nos termos do art. 14, §1º, do CDC, razão pela qual responderá pela reparação dos danos causados, independentemente da existência de culpa.

Logo, resta apenas analisar o pedido de indenização por danos morais.

Como cedido, o dano moral constitui aquele que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

Na espécie, em razão da rescisão unilateral do contrato, o autor/ segundo apelante perdeu o acesso ao e-mail que utilizava e todos os dados que nele estava armazenado por mais de 10 (dez) anos, tendo sido obrigado, ainda, a contratar advogado para ingressar em juízo a fim de ver seu direito satisfeito, pelo que o dano moral consubstancia-se no próprio trauma sofrido.

Por conseguinte, inconteste o dano moral, mister analisar o quantum fixado pelo i. Juiz sentenciante.

Como sabido, a função essencial da responsabilidade civil é ressarcir o ofendido da maneira mais completa quanto possível, tornando-o indene à ofensa causada por outrem.

Em se tratando de prejuízos extrapatrimoniais, nos quais estão incluídos os danos morais, as dificuldades para estabelecer a justa indenização são evidentes, uma vez que os bens jurídicos extrapatrimoniais muitas vezes não comportam a reparação in natura, mas apenas em pecúnia.

Desse modo, impõe-se a adoção de certos critérios de balizamento para o quantum indenizatório, pois não há como mensurar, objetivamente, o valor em dinheiro dos direitos inerentes à personalidade humana, tanto que o Supremo Tribunal Federal rechaça o tarifamento prévio das indenizações por dano moral:

"Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual CR." (Supremo Tribunal Federal, RE 447.584, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 16/03/2007).

Nesse contexto, o entendimento majoritário da atualidade, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, é no sentido de que o arbitramento equitativo do juiz é aquele que melhor atende à quantificação da indenização, porque o montante será alcançado mediante a ponderação das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, a corrente tradicional (clássica) do arbitramento por equidade defende que a reparação por danos morais deve observar dois caracteres: um compensatório para a vítima e outro punitivo para o ofensor.

Nesse sentido, os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

"A - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia...;

B - de outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é pretium dolores, porém uma ensanchar de reparação da afronta..." (Instituições de Direito Civil, V, II, Ed. Forense, 16ª ed., 1.998, p. 242).

Nada obstante, a corrente doutrinária contemporânea, resultante de novas discussões, elenca outros elementos relevantes para o arbitramento equitativo da indenização, tais como: a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a culpabilidade do agente, a possível culpa concorrente do ofendido, a condição econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima etc.

Nessa linha de idéias, o Superior Tribunal de Justiça, em alguns casos específicos, tem aplicado o chamado "método bifásico" para quantificar o dano moral, pelo qual, primeiro, "arbitra-se o valor básico da indenização, considerando o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria".

Posteriormente, "na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias."

Feitas essas considerações, da doutrina e da jurisprudência, conclui-se que o tema da quantificação do dano moral se encontra em permanente discussão e evolução, sendo certo que, hodiernamente, prevalece o critério da equidade do magistrado, o qual arbitrará o valor da indenização com base nos critérios acima citados, razoavelmente objetivos, devendo também se atentar aos patamares adotados pelo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese dos autos, não há dúvida de que o cancelamento do e-mail profissional utilizado pelo autor-segundo apelante e a perda de todos os dados nele contidos supera os meros dissabores cotidianos, além de comprometer suas atividades, vez que o "acervo de mensagens profissionais do Apelante era resultado de 10 (dez) anos de trabalho de levantamento de dados e evolução de preço de minérios, dados de importância estratégica para o desempenho e consecução dos objetivos profissionais do Apelante, que como já informado, atua no ramo de consultoria e intermediação de negócios na área de mineração em todo o território nacional e internacional" (sic, fl. 505).

Ademais, cumpre destacar que a ré-primeira apelante não tomou as devidas cautelas, o que não pode ser admitido dentro da normalidade, mormente se observada a estrutura organizacional da mesma.

Portanto, atento ao princípio da prudência e às peculiaridades do caso sub judice, já apontadas, ausente o critério objetivo de fixação da verba indenizatória por danos morais, e levando-se em conta outros julgamentos já proferidos por esta Câmara, inclusive, em processos que relatei, versando sobre a justa quantificação dos danos morais, hei por bem manter a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia que não se mostra irrisória à espécie.

No que tange ao pedido de indenização por danos materiais, como se sabe, para seu deferimento é indispensável que haja prova objetiva de sua ocorrência, não bastando mera expectativa, pois não se trata de dano hipotético, pelo que devem ter bases seguras, nos termos do artigo 402 do Código Civil.

A propósito, nesse sentido, sobre o tema, Rui Stocco ensina:

"(...) para que surja o direito de indenização, o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação" e "o critério mais acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto."

No caso em apreço, a despeito de o autor-segundo apelante ter alegado que "houve frustração de ganho pelo Recorrente em razão da necessidade de refazer todo o trabalho de pesquisa e fixação de valores de mercado de minérios de um período de 10 (anos)" (sic, fl. 507), a bem da verdade, nenhuma prova concreta nesse sentido foi trazida aos autos.

Da mesma forma, não se mostra cabível o pedido de aplicação da teoria da "Perda de Uma Chance", pois, como se sabe, para seu deferimento é indispensável que haja prova objetiva do valor que deixou de ser auferido, não bastando mera expectativa, pelo que deve ser confirmada a sentença.

Com essas considerações, NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS, mantendo-se, incólume, a sentença recorrida.

Custas recursais, pelos respectivos apelantes.

>

<>

DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Trata-se de recurso interposto contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS", condenando a requerida ao pagamento ao autor da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais.

Registro, inicialmente, que estou de acordo com o relator no sentido de negar provimento aos recursos. Reservo-me, porém, no direito de fazer uma declaração que não altera o resultado derradeiro.

No que diz respeito à incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso em apreço, em razão da adoção da teoria finalista, tenho que a relação havida entre as partes não é de cunho consumerista. Isso porque os serviços contratados pelo segundo apelante se prestam ao exercício de sua atividade empresarial, de sorte que não se enquadra na categoria de consumidor final.

Sobre isso, importante colacionar a conceituação contida na Lei 8.078, de 11/09/1990, in verbis:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Discorrendo acerca da temática, a ilustre jurista Cláudia Lima Marques leciona:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço. (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais - 6. ed. rev., atual. e ampl. p. 305 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011)

Nesse sentido, ensina a jurisprudência:

O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam ao lucro em suas atividades, e que contratam com profissionais. Entende-se que não há se falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo. (Voto do relator no REsp 827.318/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª. T.j. 12.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 309)

Insta salientar, porém, que independentemente da legislação aplicada, o resultado se mantém incólume, haja vista que em ambas as situações subsistem os deveres de transparência e informação.

Não se pode olvidar que, diferentemente do Código Civil de 1916, com o advento do Diploma de 2002 a enorme discrepância entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil foi sanada, de sorte que a não incidência do CDC não implica desamparo à parte que se viu prejudicada.

Destarte, em face do princípio da boa-fé objetiva, consagrado no art. 422 do Diploma Civil, chega-se à mesma conclusão do douto relator, pois "a ré, ora primeira apelante, sustentou que 'o próprio Autor, em 16/03/2012, teria solicitado, por telefone, a rescisão do contrato CRBHZ0112266, referente ao e-mail _____@terra.com.br' (sic), todavia, não apresentou qualquer prova neste sentido, vez que os documentos de fls. 233/236, por terem sido confeccionados unilateralmente, não têm o condão de desconstituir a versão inicial dos fatos".

Desta forma, considero que o ato ilícito restou configurado na medida em que a primeira requerida cancelou o contrato de forma unilateral, causando prejuízo de ordem moral no segundo apelante.

Feita a declaração acima, estou de acordo com o eminente relator.

DESA. MARIZA DE MELO PORTO - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS"