



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000180011

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1012249-31.2020.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que são embargantes _____ e _____, é embargada _____ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Conheceram e rejeitaram os embargos de declaração. V.U.

, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente sem voto), RAMON MATEO JÚNIOR E ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 11 de março de 2021.

MENDES PEREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 23837

Embargos de Declaração nº 1012249-

31.2020.8.26.0562/50000 Embargantes: _____ e outro

Embargada: _____ S/A.

Comarca: Santos

15ª Câmara de Direito Privado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Inexistência de qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material a permitir atribuição de efeito modificativo - Simples inconformismo com o julgado que visa a rediscussão da matéria - Impossibilidade - Celeuma devidamente examinada - Inversão do ônus da prova - Ausência de verossimilhança das alegações dos autores - Embargos conhecidos, porém rejeitados.

Trata-se de embargos de declaração, opostos em face da decisão colegiada de fls. 174-177 que, por votação unânime, nos autos da ação reparatória por danos materiais e morais, deu provimento ao recurso da ré para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais.

Os declarantes apontaram omissão no julgado que não teria valorado adequadamente a existência de relação de consumo, o que faz com que se inverta a responsabilidade de provas. Também aduz que não foi enfrentado a violação do artigo 14, parágrafo 3º, inciso II, da Lei 8.078/90, que deixa claro que o prestador de serviços



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

desobriga da responsabilidade apenas quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

É o breve relatório.

Embora tempestivos, os embargos devem ser rejeitados, porquanto não se vislumbra no julgado a ocorrência das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

Anote-se que os embargos de declaração se limitam a reparar obscuridade, omissão, contradição ou erro material, defeitos que não existem no acórdão embargado.

A leitura do aresto indica que todas as questões devolvidas mereceram adequado exame, embora com conclusão diversa daquela buscada pela parte, ora embargantes, como se vê:

“(…)Cuida-se de pedido de indenização por danos materiais e morais, em que, segundo a narrativa da inicial, terceiro, utilizando-se indevidamente de número de telefone móvel da coautora _____, enviou mensagens por intermédio do aplicativo “WhatsApp” solicitando o depósito de numerário em determinada conta bancária, o que teria sido atendido pelo coautor _____. Após descobrir que havia sido vítima de um golpe, aduz que entrou em contato com a ré, que foi incapaz de fornecer uma solução adequada ao caso.

Não se ignora que a fraude em exame é das mais corriqueiras na atualidade.

Na espécie, porém, não está demonstrada a falha na prestação de serviços da demandada, tão somente pela ocorrência de conduta exclusiva de

2

terceiro, porque a invasão da conta do aplicativo foi perpetrada por terceiro fraudador.

Como relata o Boletim de Ocorrência lavrado pelo coautor “_____ lhe disse que teve seu whatsapp clonado, e que vários contatos seus lhe disseram terem recebido mensagens pedindo para serem feitos depósitos. _____ relata que estranhamente depois de feito um anúncio de um apartamento na OLX, recebeu uma ligação da linha 11 _____ dizendo que era da OLX e pediu que fosse digitado um código para finalização do anúncio. Tão logo digitou o código, seu whatsapp sumiu de seu telefone, e então passou a buscar informações para restabelecê-lo e tomou ciência do golpe” (fl. 16-17).

Dos serviços de telefonia não são exigidos meios de segurança da informação no acesso à rede mundial de computadores. A ré viabiliza o acesso à internet, sendo do aplicativo “WhatsApp”, em tese, a responsabilidade pela segurança da conta do usuário.

A atividade do estelionatário não se relaciona com os serviços de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

telefonica da ré, o que ocorreu, em verdade, foi a utilização de meio ardiloso para convencer o coautor a realizar, voluntariamente, transferência de valores para conta de terceiro desconhecido.

No entanto, não há como responsabilizar a parte ré por ato de terceiros ou mesmo pelo uso fraudulento do perfil da coautora no “WhatsApp”.

Com efeito, a empresa de telefonia não é responsável por ato de que “hackers” violando o perfil de aplicativos que não lhe cabe gerenciar.

Na situação dos autos, absolutamente nada indica que o golpe descrito na petição inicial tenha se dado por meio de clonagem do “chip” da operadora de telefonia ré.

Obviamente, era indispensável que os demandantes tivessem trazido um mínimo de prova da meramente afirmada clonagem do “chip”, de modo a conferir verossimilhança ao alegado. E ainda que houvesse, que tal fosse imputável a demandada.

Em arremate, para que surja o dever de indenizar, deve haver a conjunção dos pressupostos exigidos pelas normas de regência. São eles: a) conduta - ação ou omissão do agente; b) relação de causalidade - liame entre a conduta praticada e o dano verificado; e c) existência de dano mensurável. Verifica-se, no caso em apreço, a inexistência de qualquer liame entre a conduta da operadora ré e o dano suportado pelos autores.

Deste modo, impossível imputar à ré, prestadora dos serviços de telefonia, a responsabilidade por defeito de segurança do aplicativo pelo qual realizada a fraude.

(...)”.

Registra-se, em acréscimo, que a prova material coligida nos autos, em especial o boletim de ocorrência lavrado pelos recorrentes, demonstra a verossimilhança das alegações da ré. Ainda que o CDC preveja a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, essa não se dá de forma automática, dependendo da existência de hipossuficiência do consumidor (presumida no caso diante do poder probatório da requerida) e verossimilhança de suas alegações, afastada diante da

3

prova documental constante dos autos.

Assim, considerando que a discordância com o v. acórdão não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade, e não se revestindo os embargos como meio de obtenção de novo julgamento, evidente ter sido equivocada a via eleita pelos embargantes para buscar reforma do aresto.

Destaque-se, por fim, que o artigo 1.025 do NCPC considera incluído no julgado “os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante do exposto, conhece-se dos embargos de declaração, porém, são rejeitados.

MENDES PEREIRA

Relator