



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000100108

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0019458-11.2012.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante OI MÓVEL S.A (TNL PCS S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO)), é apelado LUBMAIS QUIMICA LTDA ME.

ACORDAM, em 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 Exmos. Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente) e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2018

MARCOS GOZZO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº: 0019458-11.2012.8.26.0510

Apelante(s): OI MÓVEL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE TNL PCS S/A)

Apelado(a,s): LUBMAIS QUÍMICA LTDA. ME

Autos em primeiro grau nº: 510.01.2012.019458-2/000000-000

Juiz(a) Prolator(a) da Sentença: Dr(a). Joélis Fonseca

2ª Vara Cível – Fórum da Comarca de Rio Claro

VOTO Nº. 03840

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. Sentença que julgou o pleito inicial procedente. Ônus sucumbenciais atribuídos à requerida.

INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. Portabilidade. Telefonia móvel. Empresa ré que não se desincumbiu do ônus de provar a contratação das 11 (onze) linhas excedentes àquelas indicadas na exordial. Declaração de inexigibilidade do débito referente às linhas não contratadas. Manutenção que se impõe.

RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDOS. Pretensão de devolução singela, e não em dobro, das quantias pagas indevidamente pela autora. Cabimento, dada a inexistência de provas de que tenha a apelante agido de má-fé. Recurso provido neste ponto.

ASTREINTES. Pleito de afastamento ou redução do *quantum*. Descabimento. Valor da multa cominatória suficiente e adequado às esmiuçadas peculiaridades da causa. Estabelecimento de limitação à sua incidência, contudo, que se impõe, pena de desnaturar-se e tornar-se superior ao eventual prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação a cujo resguardo se destina. Valor das astreintes limitado a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Apelo provido neste tocante.

RESOLUÇÃO DO CONTRATO SEM MULTA PARA A APELADA. Comando nesse sentido que há de ser preservado, eis que, evidenciada a má prestação de serviços por parte da empresa de telefonia, incabível a aplicação de qualquer penalidade à contratante por conta do encerramento da relação jurídica – este determinado judicialmente –, ao qual não deu causa a requerente.

DEVOLUÇÃO DOS APARELHOS ADQUIRIDOS POR FORÇA DO CONTRATO. Cabimento, a fim de se evitar enriquecimento ilícito da autora. Recurso provido nesta parte.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Reconhecida a sucumbência recíproca neste grau recursal.

Sentença reformada. **Recurso provido em parte** para determinar que a restituição dos valores indevidamente pagos pela autora se dê de forma singela, e não em dobro, limitar o valor das astreintes a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e para que a recorrida devolva à recorrente os aparelhos adquiridos por força do contrato, devendo a disciplina da sucumbência obedecer ao quanto disposto acima.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ao relatório da r. sentença (fls. 133/135), proferida pelo MM. Juiz de Direito Joélis Fonseca, acrescenta-se que o pedido foi julgado procedente para a) declarar a inexigibilidade da dívida relacionada às 11 (onze) linhas excedentes às indicadas na inicial; b) tornar definitiva a liminar, que fixou em R\$ 500,00 (quinhentos reais) diários a multa coercitiva para o caso de a ré incluir o nome da autora em cadastro de devedores em razão de tal débito; c) resolver o contrato havido, sem multa para a requerente; e d) condenar a demandada a devolver em dobro à autora os valores indevidamente cobrados, a ser apurado em liquidação de sentença, com acréscimo de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir dos pagamentos indevidos e de juros legais, estes a contar da citação. Na mesma oportunidade, condenou-se a ré a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A requerida apelou alegando ser cabível a reforma *in totum* da decisão primeva. Subsidiariamente, pleiteia que a devolução de valores se dê de forma singela, e não em dobro; a redução da multa coercitiva, bem como o arbitramento de “teto” para a mesma; a diminuição dos honorários sucumbenciais; e que o demandante seja compelido a lhe devolver os aparelhos, caso mantida a resolução contratual sem multa para o autor (fls. 156/172).

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 175) e contrarrazoado (fls. 180/181).

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida.

Passo ao voto.

Narra a autora que, aos 10/07/2012, por meio de um representante comercial, contratou os serviços da requerida para a portabilidade de 12 (doze) linhas de telefonia móvel para a operadora Oi, quais sejam, 8887-0541, 8884-0569, 8887-0569, 8887-0573, 8888-4928, 8887-3173, 8887-3172, 8887-0570, 8887-3182, 8888-4932, 8889-0576 e 8888-4927.

“No entanto, a ré enviou 11 chips a mais que sequer foram utilizados pela autora, haja vista que a contratação foi de portabilidade de 12 linhas e não de 11, o que gerou desconfiança por parte da autora que preferiu não violar as



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

embalagens” (fls. 03).

Em razão do equívoco, passou a receber cobrança de duas contas diferentes nas quais constam os mesmos números, acreditando, portanto, ter sido cobrada em duplicidade.

Afirma, ainda, a requerente que pagou tais faturas porque a empresa conta com uma equipe de representantes comerciais que necessitam essencialmente das linhas telefônicas para realizar sua atividade.

Infrutíferas as tentativas de solucionar a questão na esfera administrativa, houver por bem socorrer-se do Poder Judiciário, ajuizando a competente ação com o escopo de perseguir os direitos que entendem terem sido violados.

Com a inicial, juntou documentos (fls. 12/42).

Deferida a liminar para determinar à ré que se abstivesse de lançar o nome da demandante em rol de maus pagadores (fls. 47).

Sobreveio sentença de procedência do pleito exordial, segundo descrito alhures.

Pois bem.

De proêmio, apenas para que não se alegue omissão, insta salientar que descabe a pretensão de não conhecimento do presente apelo veiculada em contrarrazões, uma vez que o Eminentíssimo Relator Sérgio Alfieri, em decisão monocrática, não conheceu do agravo de instrumento interposto pela ré aos 22/01/2015 contra a sentença (fls. 182/186), sendo tal decisão mantida *a posteriori* em sede de agravo regimental por esta Colenda 27ª Câmara de Direito Privado, por unanimidade (fls. 204/209).

Destarte, inócua, *in casu*, qualquer mácula ao princípio da unrecorribilidade recursal, tampouco a aventada preclusão consumativa, eis que, repita-se, não se conheceu do agravo de instrumento manejado pela requerida, devendo ser apreciada a apelação por ela tempestivamente protocolada aos 27/01/2015 e devidamente preparada (fls. 156 e 173/174).

Passemos à análise do mérito.

Conforme bem delineado pelo magistrado *a quo*, “*O autor*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

afirma ter contratado com a ré a portabilidade de 12 linhas celulares, mas não 23, cujo serviço excedente (11 linhas) está sendo cobrado indevidamente. E, de fato, o autor trouxe aos autos instrumentos apontando a contratação de onze linhas, pela franquia mensal de R\$ 750,00 (fls. 13), tendo inclusive tais linhas sido discriminadas (fls. 14). É certo que o autor também juntou instrumento através do qual são descritas outras linhas, totalizando 23 (fls. 17); ocorre que tal documento não está assinado, de modo que se presume que corresponda a apenas uma tratativa: cabia ao réu a prova da efetiva contratação respectiva, com apresentação de instrumento assinado pelo autor, anuindo à contratação com relação às linhas restantes, ônus do qual não se desincumbiu (...). Frise-se que o autor demonstrou não ter utilizado os 11 chips excedentes (fls. 32/42), o que também é indício de sua não contratação” (fls. 134).

Dessume-se da acurada análise do caderno processual que nenhuma prova a requerida trouxe acerca da contratação da portabilidade de 23 (vinte e três) linhas de telefonia móvel pela autora, e não somente de 12 (doze) linhas, conforme por esta demonstrado. Não carrou aos autos, a ré, um único documento que pudesse fornecer suporte a tal argumentação.

Destarte, não se desincumbindo a empresa de telefonia do ônus, que lhe cabia, de provar a contratação das 11 (onze) linhas excedentes, agiu com acerto o juiz sentenciante ao declarar a inexigibilidade do débito referente a estas, o que ora se mantém.

De outra sorte, razão assiste à apelante quando requer que a restituição dos valores pagos indevidamente pela requerente se dê de forma singela, e não em dobro, haja vista inexistir nos autos prova de que tenha operado de má-fé.

Não merece acolhida o pedido da recorrente para o afastamento ou diminuição do valor da multa estipulada para o caso de descumprimento da liminar (fls. 47 e 96), a qual foi tornada definitiva no *decisum* de primeiro grau.

É sabido que as astreintes são plenamente cabíveis em condenações relativas ao cumprimento de obrigações; não se pode perder de vista, no entanto, que a sua função é fundamentalmente coibitória e coercitiva, visando à eficácia do mandamento judicial.

Aduzem Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Editora Saraiva, 36ª Edição, fls. 508: “Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença (STJ – 3ª Turma, REsp 141.559-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 17.3.98, não conheceram, v.u., DJU 17.8.98, p. 68)”.

Em que pese o valor da multa fixada nessas situações seja revertido ao credor (artigo 537, §3º, do CPC vigente), a função primordial das astreintes é a proteção da decisão judicial para sua efetivação.

Outro não é o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça acerca da multa cominatória:

OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA DIÁRIA (“Astreintes”) - A intimação da parte devedora para cumprimento de obrigação de fazer, sob pena de multa diária, pode ser realizada na pessoa do seu advogado, via imprensa oficial, diante do sistema processual introduzido pela Lei 11.232/2005 – É possível a execução da multa independentemente da intimação pessoal do devedor para cumprir a obrigação, como o próprio STJ vem se pronunciando, deixando de aplicar a Súmula nº 410 - Ademais, não há determinação legal que exija a intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO.

MULTA DIÁRIA - “Astreintes” – Admissibilidade (art. 461, §4º, CPC) - Efetividade processual – Valor deve ser compatível com a natureza da obrigação e suficiente a conferir o efeito de o devedor preferir cumprir a obrigação, sem prejuízo de eventual modificação caso o juiz verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, §6º, CPC) - RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO. – Agravo de Instrumento nº 2124190-16.2014.8.26.0000, Relator: Sérgio Shimura, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 24/09/2014 (grifos nossos).

“TUTELA DE URGÊNCIA. Obrigação de fazer c.c. repetição de indébito e danos morais. Título de capitalização, tarifas e seguros. Cessação de descontos. Admissibilidade. Autor analfabeto que abriu conta salário e alega desconhecimento acerca desses descontos. Presença dos pressupostos autorizadores. Multa cominatória. Natureza coercitiva e inibitória das astreintes. Adequação e proporcionalidade na fixação do quantum. Inteligência dos arts. 536 e 537, ambos do NCPC. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO” – (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2158069-43.2016.8.26.0000 Relator(a): Fernando Sastre Redondo; Comarca: Ipuã; Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

juízo: 31/08/2016; Data de registro: 01/09/2016)

Ademais, o valor estipulado a título de astreintes – R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia para o caso de a requerida descumprir a ordem de não inscrever o nome da autora em cadastros de inadimplentes, em razão dos débitos declarados inexigíveis (fls. 135) – mostra-se suficiente e adequado às já esmiuçadas peculiaridades da demanda, não padecendo tal estipulação de qualquer vício ou nulidade.

Todavia, impõe-se o estabelecimento de limitação à incidência da multa cominatória, pena de esta desnaturar-se e tornar-se superior ao eventual prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação a cujo resguardo se destina.

Limita-se, assim, o valor das astreintes a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), podendo vir a ser cobrado nestes próprios autos.

No que tange à resolução do contrato sem multa para a apelada, tal comando há de ser mantido, eis que, evidenciada a má prestação de serviços por parte da empresa de telefonia, incabível a aplicação de qualquer penalidade à contratante por conta do encerramento da relação jurídica – este determinado judicialmente –, ao qual não deu causa a requerente.

Nesse contexto, contudo, entendo pelo provimento do pleito da apelante para que a autora proceda à devolução dos aparelhos adquiridos por força do contato, de modo a evitar o seu enriquecimento ilícito.

Sucumbentes ambas as partes, deverão arcar com as custas e despesas processuais, além dos honorários de seus respectivos patronos.

Por derradeiro, deixo de aplicar o disposto no artigo 85, §§ 11 e 14 do CPC de 2015, tendo em vista que o presente recurso foi protocolado sob a égide do Código de Ritos de 1973.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO** para determinar que a restituição dos valores indevidamente pagos pela autora se dê de forma singela, e não em dobro, limitar o valor das astreintes a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e para que a recorrida devolva à recorrente os aparelhos adquiridos por força do contrato.

MARCOS GOZZO
RELATOR