

**Indenização - Serviço de telefonia - Violação à portabilidade do número de telefone - Falha na prestação do serviço - Solidariedade entre a prestadora doadora e a prestadora receptora - Art. 18 do CDC - Danos morais e lucros cessantes - Caracterização - Dever de indenizar configurado**

Ementa: Indenização. Serviços de telefonia. Solidariedade da cadeia de fornecedores. Violação à portabilidade do número de telefone. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa física. Lucros cessantes.

- De acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor, todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento e prestação de serviço respondem solidariamente por eventuais danos causados ao consumidor. A falha em proceder à portabilidade de linha telefônica, por culpa das prestadoras de serviços de telefonia, gera responsabilização por danos morais.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.10.003171-2/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelantes: 1º) Tim Celular S.A., sucessora de TIM Nordeste S.A.; 2º) Vivo Participações S.A. - Apelado: Elismar Aparecido Batista Lacerda ME (microempresa) - Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Newton Teixeira Carvalho* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de recurso de apelação ajuizado por Tim Celular S.A. e Vivo Participações S.A. contra sentença proferida pelo MM.

Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Mateus Leme, nos autos da ação de indenização por danos morais e lucros cessantes, ajuizada por Elismar Aparecido Batista Lacerda ME.

Adoto relatório da sentença objurgada, f. 277/287, por fiel, acrescentando, apenas, que o ilustre Magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos iniciais, ao fundamento de que ficou comprovado o dano moral e lucros cessantes sofridos pelo autor, nos seguintes termos:

Ante o exposto e de tudo que dos autos consta, julgo procedentes os pedidos formulados pelo autor e condeno solidariamente TIM Celular S.A. e Vivo Participações S.A. a pagar ao autor a quantia relativa aos lucros cessantes, conforme apurado em liquidação de sentença e, cada uma destas, a pagar a quantia de cinco mil reais, a título de danos morais, ambas parcelas acrescidas de correção monetária nos moldes da tabela da Corregedoria a contar da data da citação e juros de 1% (um por cento) ao mês a contar de 3 de abril de 2010, quando restou configurada a falha do serviço.

Inconformada com a decisão proferida, a primeira ré, Tim Celular S.A., apresentou recurso de apelação (f. 294/307), alegando preliminar de nulidade da sentença, por ser *extra petita*.

No mérito, alega que não merece prosperar a decisão do Juiz de primeira instância, tendo em vista que, após análise realizada pela perícia técnica da apelante, não foi localizada nenhuma irregularidade nas linhas do apelado, uma vez que a portabilidade foi concluída com sucesso, estando todos os serviços funcionando corretamente.

A segunda ré apelante, Vivo Participações S.A., também apresentou recurso de apelação (f. 325/340), alegando que não deve prosperar a decisão do Juiz de primeira instância, tendo em vista ser parte ilegítima na ação.

No mérito, tece considerações acerca do serviço de portabilidade e afirma ter cumprido todas as requisições que lhe foram feitas, quer para disponibilizar a portabilidade do autor, ora apelado, para a empresa apelante Tim Celular S.A., quer para cancelar o pedido de portabilidade.

No mérito, afirma não ter comprovado o apelado a efetividade dos lucros cessantes, pois estes inexistem e efetivamente não ocorreu paralisação dos rendimentos esperados por aquele eventualmente lesado, não se evidenciando, pois, prejuízos reais e efetivos.

Regularmente intimado, o autor apresentou suas contrarrazões recursais às f. 344/360, pugnando pela manutenção da decisão.

Este, o breve relatório.

Recebo o recurso, visto que próprio e tempestivo.

Examino conjuntamente o mérito das apelações.

Preliminar de sentença *extra petita*.

Segundo o art. 128 do Código de Processo Civil:

O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Complementando o que dispõe referido artigo, determina o art. 460 do mesmo diploma:

É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Ernane Fidélis dos Santos doutrina que:

A lide, portanto, é limitada pelo pedido. O juiz não pode ir além (sentença *ultra petita*), nem ficar aquém (sentença *infra petita*), nem conhecer de pedido ou fundamento que o autor não fez (sentença *extra petita*) (*Manual de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160/161).

Nesse sentido é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A decisão *extra petita* - apreciando causa diferente de que foi posta em juízo - é nula, posto ferir o princípio da adstrição, segundo o qual deve o provimento judicial ater-se aos limites do que foi postulado (STJ - REsp 59.151-1/RS, Primeira Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha. In RSTJ 79/100).

Assim, a sentença *extra petita* ocorre quando o autor pede uma coisa e a sentença lhe confere outra, sendo nula porque fere de morte o princípio da adstrição do provimento judicial ao pedido da parte.

Na sentença combatida, o autor pediu condenação em lucros cessantes e danos morais e o Juiz decidiu corretamente, não sendo *extra petita* a sentença.

Feitas essas considerações, rejeita-se a preliminar suscitada.

Preliminar de ilegitimidade.

Vivo Participações S.A. bate por sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda, ao fundamento de que eventual defeito na prestação dos serviços fora causado única e exclusivamente pela Tim Celular S.A.

Sem razão! Formada uma cadeia de fornecedores para a prestação de determinado serviço, respondem todos eles, por força de lei, solidariamente, pelos danos advindos da falha na prestação daquele serviço.

Estatui o art. 18 do CDC:

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Assim, em se tratando de falha no serviço prestado, passível de reparação, deve ser suportada a inde-

nização por todos aqueles que participaram da cadeia de fornecimento, conforme estipula o Código de Defesa do Consumidor.

Dessarte, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva levantada pela segunda ré apelante, Vivo Participações S.A.

Mérito.

Trata-se de ação de indenização decorrente de lucros cessantes e danos morais, ajuizada por Elismar Aparecido Batista Lacerda ME em face de Tim Celular S.A. e Vivo Participações S.A., alegando ser proprietária da linha telefônica nº 99688309, desde março de 2001, inicialmente contratada com a Telemig, posteriormente incorporada à Vivo, sendo que, em 2007, por meio de seu representante legal, a autora aderiu ao plano corporativo oferecido pela segunda requerida, adquirindo as seguintes linhas: 99652322, 99634322, 99637322 e 99643322, todas disponibilizadas aos funcionários da empresa.

A requerente noticia ter requerido a portabilidade de seu número de telefone para o novo serviço oferecido. Entretanto, foi surpreendida, após a portabilidade, visto que não conseguiu receber ligações de linhas servidas pela operadora Vivo. Por conseguinte, fez reclamação à nova operadora, sem sucesso. Novas reclamações foram caracterizadas até que, trinta e cinco dias após a primeira reclamação, pediu o cancelamento do plano, sendo então dito pelo funcionário que resolveria o problema em 24 horas, o que de fato veio a ocorrer.

Em face da incomunicabilidade das referidas linhas com clientes que tinham aparelhos Vivo, veio a autora a sofrer um prejuízo superior a sete mil e setecentos reais, além de danos morais, já que tal falha de serviço acabou por gerar lesão à imagem da empresa, pelo que reclama seja indenizado nos valores informados, a título de lucros cessantes, e quantia a ser arbitrada, pelos danos morais.

As recorrentes tentam eximir-se de sua responsabilidade fixada em sentença.

A portabilidade é procedimento complexo no qual, segundo esclarece o art. 4º, XIX, da Resolução nº 460/2007, da Anatel, envolve procedimento técnico e administrativo compreendido pelas fases de solicitação, aceitação, notificação, confirmação e provisionamento da portabilidade, até a completa migração do usuário da prestadora doadora para a prestadora receptora.

Sabidamente, para a caracterização do dever de indenizar, é necessária a presença de alguns elementos, quais sejam o ato ilícito, o dano propriamente dito e o nexo causal entre a conduta (dolo ou culpa) e o dano.

No caso dos autos, as empresas respondem objetivamente pelos danos causados ao consumidor, independentemente de haver prova da sua conduta culposa.

Entretanto, necessário examinar se a conduta da prestadora de serviço foi ou não lícita.

Compulsando os autos, verifica-se a celebração do contrato de prestação de serviços de telefonia entre a autora e a Tim Celular, nos termos do formulário único de pedido - *Sales Business* (f. 26/29).

Em conformidade com o Anexo da Resolução nº 460/2007, da Anatel, constante das f. dos autos, o consumidor deve apenas solicitar a portabilidade, sendo que todos os demais atos necessários para a transferência do número são de responsabilidade das operadoras de telefonia.

De acordo com o art. 333, inciso II, do CPC, incumbe ao réu o ônus da prova em relação ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A respeito do tema, importa destacar a lição doutrinária de Fábio Tabosa:

Adotou o legislador método aparentemente simples de atribuição do encargo probatório a cada uma das partes, mas que encobre não poucas dificuldades; assim, em princípio cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária (inciso II). Como entretanto distinguir uns e outros? [...]

A regra, destarte, é que, independentemente da posição no processo, cada parte venha a provar os fatos constitutivos do próprio direito, bem como os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alheio, do que decorrem importantes consequências, particularmente quanto a ações incidentais de cunho impugnativo, como os embargos do devedor, na execução (v. arts. 736, 741 e 745 do CPC), ou os embargos ao mandado, na ação monitória (v. art. 1.102c do CPC).

Já quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, impõe-se maior cautela, pois não se confundem eles com a mera negativa dos fatos aduzidos pela parte adversa (in MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1000).

Frise-se que o ônus da prova representa para a parte um encargo a ela imposto, sem, contudo, possuir conotação de obrigatoriedade ou sanção, quando há o descumprimento.

O ônus probatório está mais ligado à prática pela parte de atos que serão capazes de gerar o resultado pretendido no processo. É o litigante quem escolhe entre cumprir o ônus ou assumir a possibilidade de não obter o interesse tutelado.

Portanto, sem que as recorrentes tenham demonstrado, de forma satisfatória, os fatos articulados ao longo da instrução processual, notadamente a efetiva disponibilização da portabilidade de telefonia, confirma-se o acolhimento da pretensão da requerente.

No que tange à condenação das recorrentes ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pela parte autora, há que se fazer algumas considerações.

*In casu*, há relação de consumo, uma vez que se trata de prestação de serviços, estando as partes enquadradas exatamente nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pelos arts. 2º e 3º do CDC.

Dessa maneira, há que se aferir a existência de ato ilícito por parte da contratada, nos termos do que preceitua o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

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

Dos lucros cessantes.

A segunda apelante diz que

[...] para efeito de reparabilidade de eventuais danos materiais, esses devem restar comprovados, discriminadamente, nos autos. O pedido deve ser líquido e certo, amparado em prova documental do dano perseguido, e não comporta, ao contrário do dano moral, estipulação pelo julgador, seja em qualquer das modalidades de liquidação de sentença.

Todavia, a inoperância das linhas telefônicas, por quase 35 dias, repercutiu negativamente na esfera jurídica da apelada, pois a queda na venda de seus produtos, por via de telefone, se deu por ato culposos da primeira apelante.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 131 do Código de Processo Civil, nego provimento a ambos os recursos de apelação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e ALBERTO HENRIQUE.

*Súmula* - NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.