

Apelação Cível n. 2013.081152-0, da Capital
Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. COMPRA DE PRESENTE DE NATAL PARA FILHO, POR MEIO ELETRÔNICO, QUE NÃO FOI ENTREGUE. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DO BEM. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO NÃO COMPROVADA. ABALO ANÍMICO E DANO MATERIAL EVIDENCIADOS. DEVER DE REPARAR QUE SE IMPÕE. PLEITO DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. OBSERVÂNCIA DA EXTENSÃO DO DANO, CAPACIDADE FINANCEIRA DAS PARTES E PROVAS CONSTITUÍDAS NOS AUTOS. DESNECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO VALOR, QUE BEM ATENDE AO CASO EM CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.081152-0, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é apelante B2W Companhia Global do Varejo, e apelado Jailton Bertholino Amândio e outro:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Florianópolis, 30 de setembro de 2014.

Eduardo Mattos Gallo Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

JAILTON BERTHOLINO AMÂNDIO e G. A., ajuizaram "Ação condenatória em danos materiais e morais com pedido de liminar", junto a terceira vara cível da comarca da Capital, em desfavor de B2W CIA. GLOBAL DO VAREJO - AMERICANAS.COM, autuada sob o n. 023.11.006867-2.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela a fls. 43-45.

Citada, a requerida apresentou resposta em forma de contestação a fls. 50-64.

Com o regular processamento do feito, sobreveio a sentença de procedência a fls. 120-125.

Descontente com a decisão exarada, a requerida opôs embargos declaratórios a fls. 129-132, rejeitados a fls. 134.

Ainda irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação cível que repousa a fls. 136-148, recebido a fls. 155, devidamente contra-arrazoado a fls. 158-165

Ascenderam os autos a esta Superior Instância.

Vieram conclusos.

É o necessário relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, o presente recurso merece ser conhecido.

Trata-se de ação declaratória, na qual buscam os requerentes a rescisão da compra efetuada via internet, junto a requerida, cujo produto não foi entregue; a indenização material, decorrente dos valores que teriam sido descontados do cartão de crédito do primeiro requerente; e, ainda, indenização por abalo anímico, dadas as circunstâncias dos fatos que alegam.

Aduziram que após confirmados todos os procedimentos de compra, inclusive do cartão de crédito, a requerida informou data para entrega do bem, que não foi cumprida.

Remarcada a entrega, novamente a requerida deixou de cumprir o prazo.

Em que pese as várias tentativas de contato com a requerida, informaram que até o ajuizamento da demanda o produto ainda não havia sido entregue.

A sentença objurgada deu procedência aos pedidos pósticos, com a rescisão contratual, condenando a requerida na devolução das parcelas debitadas no cartão de crédito, no valor de R\$ 153,00 (cento e cinquenta e três reais), corrigidas desde o desembolso e acrescidas de juros de mora a contar da citação; e ainda, na indenização moral, fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada requerente, acrescidas de juros de mora a contar do evento danoso e correção monetária a partir da própria decisão.

Por fim, condenou a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, estes fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Insatisfeita com o desfecho dado ao feito, após rejeição dos embargos declaratórios opostos, a requerida interpôs recurso de apelação, reprisando as matérias aventadas em sede de defesa, e, alternativamente, buscando a minoração do *quantum* arbitrado a título de danos morais.

Estes os fatos.

Feito o pequeno intróito, passa-se a análise do reclamo.

A falha na prestação de serviços é incontroversa. Todavia, busca a requerida escusar-se da responsabilidade, imputando-a a terceiro (transportador), informando que não tem ingerência do ato específico da entrega.

Todavia, nenhuma prova trouxe a dar azo às suas alegações.

A lide é de consumo, e a responsabilidade, objetiva. Logo, não há se falar em escusa se não comprovada nenhuma das hipóteses excludentes de responsabilidade, enumeradas no artigo 14, § 3º, do Código Consumerista.

Quanto a configuração dos danos morais sofridos, verifica-se que a decisão objurgada, da mesma forma, não merece reparos.

Isto porque a compra foi realizada no início de dezembro de 2010, com previsão de entrega para o dia nove deste mesmo mês, conforme bem comprova o documento de fls. 35.

Desta forma, aos requerentes gerou-se a expectativa da costumeira tradição natalina, a entrega do presente de natal; do primeiro, em presentear o filho, e do segundo, em ser presenteado.

Em continuidade, o primeiro autor verificou, no dia 19, que seu pedido havia sofrido alteração na previsão de entrega, remarcada para o dia 23 do mesmo mês. Novamente a empresa requerida gerou falsas expectativas em relação ao cumprimento da entrega do bem antes da data natalina.

A mercadoria não foi entregue na data prevista. Aliás, jamais foi entregue.

Comprovadamente (fls. 39-42), os autores ainda tentaram solução em janeiro de 2011, quando a requerida manteve-se inerte em corrigir a falha. Chamada a responder a presente demanda, restringiu-se em imputar a responsabilidade a terceiro, em teses absolutamente infundadas.

A indenização moral é devida quando presentes os requisitos que configurem o ato ilícito, quais sejam, o ato, o dano e o nexo de causalidade. A respeito do tema, leciona Silvio de Salvo Venosa:

O Código Civil em vigor, embora mantendo a mesma estrutura do diploma anterior, trata da responsabilidade civil com mais profundidade, embora sem a amplitude que seria desejável, nos arts. 927 ss. A definição de ato ilícito é fornecida pelo art. 186:

'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito' (p. 2-3).

Na verdade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma

conduta do agente, qual seja, um desencadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar.

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico (p. 5).

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou imaterial, ou melhor, econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*) (Baptista, 2003:47). Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista o vulto que tomou a responsabilidade civil. Falamos anteriormente que, no dano moral, leva-se em conta a dor psíquica ou, mais propriamente, o desconforto comportamental. Trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O prejudicado deve provar que sofreu um dano, sem necessariamente indicar o valor, pois este poderá depender de aspectos a serem provados em liquidação. A avaliação do dano moral modificou substancialmente a doutrina tradicional de avaliação de danos, como examinaremos. De qualquer forma, como reiterado, o dano é essencial para que ocorra a indenização (p. 39-40)

(Direito civil: responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010).

Dos fatos narrados e de todas as provas coligidas, analisadas de forma minudente, aliadas ao completo descaso da requerida em relação ao falho serviço prestado, tem-se que houve abalo anímico, passível de reparação moral.

A jurisprudência não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA PROCEDENTE - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - TESE RECHAÇADA - EMPRESAS DEMANDADAS QUE INTEGRAM O MESMO CONGLOMERADO ECONÔMICO - SOLIDARIEDADE - TEORIA DA APARÊNCIA - COMPRA DE PRESENTE DE NATAL DE FILHA MENOR REALIZADA POR GENITORA ATRAVÉS DE MEIO ELETRÔNICO - ATRASO DA ENTREGA COMUNICADO À VÉSPERA DAS COMEMORAÇÕES NATALINAS - CANCELAMENTO DO PEDIDO E RECUSA DE EXTEMPORÂNEO RECEBIMENTO - ESTORNO DO VALOR DA COMPRA, FORMALIZADO PELA OPERADORA DO CARTÃO CRÉDITO - INEXIGIBILIDADE DAS MULTAS POR SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA LIMINAR, VISTO QUE, SEGUNDO A PRÓPRIA AUTORA, O REEMBOLSO JÁ FOI CONCRETIZADO - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE, CONSIDERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO ABORRECIMENTO, MOSTRANDO-SE CAPAZ DE CONSUBSTANCIAR DANO DE CUNHO MORAL INDENIZÁVEL - PRETENDIDA MINORAÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO, ORIGINALMENTE INSTITUÍDO EM R\$ 50.000,00

(CINQUENTA MIL REAIS) - INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO NO VALOR DE R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS), COM OS ENCARGOS DA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2008.045101-2, de Blumenau, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 28-2-2013 - grifou-se).

E, ainda, em caso semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA RÉ. LEGITIMIDADE PASSIVA. AFERIÇÃO IN STATUS ASSERTIONIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PLEITO DESFERIDO EM FACE DO COMERCIANTE. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AMPARO PROBATÓRIO.

A pertinência subjetiva deve ser aferida levando em consideração a narrativa da exordial. Se a peça vestibular sustenta a existência de defeito na prestação do serviço e aponta a ré como comerciante da coisa, esta tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. A apuração da efetiva responsabilidade por eventuais prejuízos suportados pelo consumidor é atinente ao mérito, e não às condições da ação.

COMPRA DE MERCADORIA PELA INTERNET. AUSÊNCIA DE ENTREGA DO BEM. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA VENDEDORA. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO NÃO DEMONSTRADA. ABALO ANÍMICO E PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADOS. DEVER DE REPARAR.

A entrega da mercadoria no endereço indicado pelo comprador é inerente às transações realizadas em lojas virtuais. E a responsabilidade pela prestação desse serviço, perante o consumidor, é da empresa fornecedora do produto.

A inexecução do contrato, representada pela ausência de entrega do bem adquirido pelo consumidor, configura ato ilícito que gera dever de reparação dos prejuízos materiais. E os danos morais, caracterizados pela vivência de situação que extrapola os limites do mero dissabor, também merecem indenização.

DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. OBSERVÂNCIA À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE. VERBA MANTIDA.

É desnecessária a modificação do quantum indenizatório pelos danos morais se a fixação de primeira instância é feita em atenção ao binômio razoabilidade/proporcionalidade e à extensão do dano (art. 944, caput, do CC).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, Quinta Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2013.076673-7, de Navegantes, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 16-1-2014).

Por fim:

INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. CONSUMIDOR COMPRA E VENDA PELA INTERNET. PRODUTO NÃO ENTREGUE. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE ZELO NO MOMENTO DA PERFECTIBILIZAÇÃO DO NEGÓCIO. TEORIA DO RISCO INTEGRAL.

Age com culpa o fornecedor que não procede com zelo por ocasião da conclusão de um contrato, sofrendo o consumidor pela má execução do serviço.

A não entrega do produto adquirido pela internet e devidamente pago pelo consumidor impõe o dever ao fornecedor de indenizar os prejuízos advindos da

inconclusiva execução do contrato, tendo em vista que sua responsabilidade é objetiva, nos moldes do que dispõe o CDC.

A culpa de terceiro, hábil a romper o nexo de causalidade deve restar comprovada e não pode ser resultado de contratação pela fornecedora, como no caso da empresa que transporta as mercadorias compradas, uma vez que, neste caso, a empresa de transporte integra a cadeia de prestação de serviço e por ela a fornecedora responde.

TENTATIVAS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAIS FRUSTRADAS. COBRANÇA NÃO SUSTADA. PAGAMENTO INTEGRAL. TRANSTORNOS QUE SUPERAM O MERO ABORRECIMENTO. COMPENSAÇÃO QUE SE FAZ DEVIDA.

A pretensão de auferir indenização por dano moral, na hipótese de responsabilidade pela não conclusão do contrato de compra e venda com a não entrega do produto adquirido, merece prosperar, pois a situação vivenciada pela consumidora, de frustração com a compra e pagamento por algo que nunca recebeu, somado ao fato de que não logrou êxito em suas tentativas de resolução extrajudicial, ultrapassa o que temos por mero aborrecimento do cotidiano.

QUANTUM. PRETENDIDA MITIGAÇÃO PELA APELANTE E MAJORAÇÃO PELO RECORRENTE ADESIVO. PROPORCIONALIDADE NÃO OBSERVADA. MAJORAÇÃO.

Na fixação da indenização por danos morais, é de se respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, avaliando-se a reprovabilidade da conduta, o nível sócio- econômico das partes, atento, ademais, às peculiaridades do caso em concreto.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

Os honorários advocatícios são fixados de acordo com as circunstâncias enumeradas pelo art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, que considera o grau de zelo profissional, o lugar da prestação dos serviços e natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

APELO QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2013.055769-5, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 13-2-2014).

Por fim, resta-se apenas analisar o *quantum* fixado em relação a reparação moral.

É sabido que o arbitramento do dano moral é tarefa difícil ao magistrado pois, por se tratar de ordem subjetiva, não pode ultrapassar os limites estabelecidos nos princípios que regem os danos patrimoniais, devendo, para tanto, quantificar precisamente o sofrimento sentido, sempre com o fim de alcançar, ao máximo, o *status quo ante*.

O entendimento doutrinário, assim pontua com clareza:

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do

lesante (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 220).

Desse modo, a indenização pelo dano moral sofrido deve ser fixada com o intuito de compensar o constrangimento suportado, bem assim impedir a prática reiterada pelo ofensor, observada a capacidade econômica de ambas as partes.

Nessa senda, tendo em vista as circunstâncias da demanda, ou seja, a capacidade financeira das partes, a extensão do dano, as provas produzidas nos autos e os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, homenageando, inclusive, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e levando-se em consideração, ainda, o bom-senso, tem-se que o valor da indenização arbitrado pelo juiz de primeiro grau, no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a cada requerente, está em conformidade com aquilo que se espera para casos como o presente.

O valor arbitrado coaduna, inclusive, com julgados análogos desta Corte. Extrai-se trecho do acórdão da Apelação Cível n. 2013.055769-5, de Relatoria de Sua Excelência Des. Gilberto Gomes de Oliveira, já transcrito acima neste voto:

[...] *In casu*, considerando o fato de que "a indenização mede-se pela extensão do dano" (art. 944, caput, do CC), e as circunstâncias que envolveram o evento lesivo - o consumidor adquiriu e pagou por produto que não foi entregue em sua residência, e a fornecedora, depois de inúmeros contatos, mais de 60 (sessenta) dias depois da efetivação do negócio, não apresentou indícios de solução do impasse - entendo que o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), porque condizente com a situação em concreto e adequado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não é digno de ajustes.

Ressalto, em tempo, que a condenação não implica o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC) do autor: a causa é, justamente, o agravo que sofreu pelo ato ilícito da ré, e o ressarcimento deve ser precisamente adequado à intensidade da lesão. [...]

Assim, a sentença deve ser mantida, tal qual lançada, posto que em absoluta conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça.

Forte nos fundamentos acima, vota-se no sentido de conhecer do recurso interposto, e negar-lhe provimento.

Este é o voto.