



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000380856

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1077640-56.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada TELEFÔNICA BRASIL S.A, é apelado/apelante MARCONDES SERVIÇOS DE PET SHOP LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Apelação da ré não provida, parcialmente provida a da autora. V.U.** , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) E VIANNA COTRIM.

São Paulo, 17 de abril de 2025.

MORAIS PUCCI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1077640-56.2023.8.26.0002

Apelantes e reciprocamente Apelados: Telefônica Brasil S.A e Marcondes Serviços de Pet Shop Ltda.

Comarca de São Paulo – 8ª Vara Cível Foro Regional de Santo Amaro

Juíza de Direito: Dra. Fernanda Pereira de Almeida Martins

Voto nº 38758

Apelação cível. Prestação de serviços de telefonia. Ação declaratória de inexigibilidade de multa. Sentença de procedência. Apelos de ambas as partes.

Relação consumerista. Teoria finalista aprofundada. Incidência do CDC. Nulidade por cerceamento de defesa não verificada. Ausência de prejuízo.

Portabilidade de linhas telefônicas seguidas de registro de pedido de cancelamento dentro do prazo de arrependimento. Multa por rescisão antecipada indevida. Levantamento da inscrição em órgão de proteção ao crédito.

Sentença omissa quanto à condenação da vencida no pagamento das verbas da sucumbência. Honorários fixados em 15% do valor atribuído à causa.

Apelação da ré não provida, parcialmente provida a da autora.

A r. sentença proferida a fls. 373/379 destes autos de ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, movida por **MARCONDES SERVICOS DE PET SHOP LTDA.**, em relação a **TELEFÔNICA BRASIL S/A. - VIVO**, julgou procedente o pedido para declarar inexigível o débito impugnado nestes autos, decorrente dos contratos nº211308018 e 11373426, julgando cancelado o apontamento

feito pelo SERASA no valor de R\$ 11.440,80 (08/02/2022), bem como qualquer outra restrição em eventuais outros órgãos de proteção ao crédito oriundos da portabilidade discutida nestes autos.

Apelou a ré (fls. 394/411) afirmando que: (a) houve cerceamento de defesa pela inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença e não no despacho saneador; (b) a apelada, em 19/11/2021 e 23/11/2021, formalizou contratação, com prazo de fidelização, de 24 meses, que se encerrariam tão somente em 19/11/2023 e 23/11/2023 respectivamente, cancelando a avença em 09/03/2022, solicitando a portabilidade de suas linhas para outras operadoras, deixando de comprovar o cancelamento da portabilidade das linhas, na forma alegada na inicial, no prazo de arrependimento de 7 dias; (c) inaplicabilidade da legislação consumerista, vez que a autora utiliza os serviços prestados pela ré para incremento de sua atividade produtiva; (d) os serviços foram regular e efetivamente disponibilizados para os fins contratados, durante todo o período da contratação e não há prova mínima da efetiva solicitação de cancelamento da portabilidade no prazo de 7 dias; (e) o e-mail apresentado pela autora a fim de comprovar o cancelamento dos contratos pode se referir a apenas uma, ou algumas das linhas ou, ainda, se referir a outra contratação.

A autora (f. 445/451), por sua vez, apontou para a existência de omissão na sentença quanto à condenação nas verbas da sucumbência, pugnando pela fixação dos honorários advocatícios em 20% do valor da causa ou, subsidiariamente, em 15% ou 10% desse valor.

Os recursos, preparados (fls. 412/413 e 452/453), foram contrarrazoados (fls. 459/463 e 464/466).

É o relatório.

A decisão que rejeitou os embargos de declaração foi

disponibilizada no DJE em 25/06/2024, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (fls. 393). As apelações, protocoladas em 17/07/2024 e 18/07/2024 são tempestivas.

A autora ajuizou esta ação alegando que: (a) aceitou proposta de representante comercial da ré para a portabilidade de suas 11 linhas telefônicas para Telefonica/Vivo, assinando tais propostas em 19 e em 26/11/2021; (b) as 11 linhas telefônicas são todas com DDD 15, e são 998191555, 996147585, 996434346, 996609684, 996806367, 997135195, 997155496, 997305571, 997931513, 998075248, 998578967 e 998610870; (c) após considerar que seriam cobradas multas contratuais das empresas com as quais mantinha contratos (Tim e Claro), decidiu desistir da contratação com a ré, formalizando a desistência no dia 25/11/2021 por telefone, conforme protocolo n. 20218353860794, dentro do prazo de 07 dias de arrependimento; (d) contudo, a portabilidade das 11 linhas foi realizada e após contato com a Tim e a Claro, e a abertura de diversos chamados junto à Anatel, a ré enviou e-mail reconhecendo o registro do cancelamento e somente após decorrido um mês é que as linhas foram reativadas perante as operadoras originais; (e) tempos depois a ré passou a cobrar multa contratual no valor de R\$11.440,80, comunicando a dívida aos órgãos de proteção ao crédito. Pugnou pela declaração de inexigibilidade dessa dívida.

Com a inicial foram juntadas as duas propostas comerciais de contratação dos serviços prestados pela ré.

A primeira, de n 11308018, relativa a 6 linhas telefônicas, assinada digitalmente em 19/11/2021 (f. 56/71).

A segunda, de n. 11373426, relativa a 5 linhas telefônicas, assinada digitalmente em 23/11/2021 (f. 72/87).

Foi também apresentado e-mail que a ré enviou ao

representante legal da autora em 20/12/2021, nos seguintes termos (f. 91/93) :

“Em atenção a manifestação aberta junto a Anatel de número 202112101706144, contatamos a empresa Marcondes Servicos de Pet Shop Ltda., CNPJ 30399138000176, em 20/12/2021, por meio do e-mail rodrigofranques@gmail.com, sob protocolo 20218445075027, em que a cliente relata que as 11 linhas 15998191555, 15996147585, 15996434346, 15996609684, 15996806367, 15997135195, 15997155496, 15997305571, 15997931513, 15998075248, 15998578967 e 15998610870 foram portadas sem sua permissão. Em atenção à solicitação, verificamos que o **pedido ocorreu em 22 e 24/11/2021, no entanto, houve registro de cancelamento dentro do prazo de 7 dias através do protocolo 20218353860794 em 25/11/2021.** As linhas portaram em 12/12/2021. Em 20/12/2021, solicitamos o estorno da portabilidade, ou seja, as linhas retornaram a operadora de origem em até 10 dias uteis, e **caso ocorra cobrança de multa poderá ser contestação junto ao *8486 com base no registro do dia 25/11/2021.**

Reforçamos nosso pedido de desculpas pelos eventuais transtornos ocasionados.

Em caso de dúvidas, favor enviar e-mail para ruy.comparin@telefonica.com.

Permanecemos à disposição através da nossa Ouvidoria: 0800 775 1212 de segunda a sexta das 8h às 18h, exceto feriado.

Para sua comodidade e agilidade você também pode contar com o APP Vivo disponível em todas as plataformas digitais.

Atenciosamente,

Ruy Eugênio Comparin

Órgãos de Defesa do Consumidor | Ger ODC 02

ruy.comparin@telefonica.com

www.vivo.com.br | www.telefonica.com.br” (grifos nossos).

Em sua contestação, a ré sustentou, em suma, que: (a) não consta em seus registros o cancelamento da portabilidade, conforme informou no e-mail enviado à autora em 15/02/2023 (f. 100); (b) a portabilidade foi feita nos termos das propostas, e o serviço foi disponibilizado à autora; (c) apenas em 09/03/2022 a autora requereu o cancelamento do contrato, ainda durante a vigência do prazo de fidelidade, sendo cabível a cobrança da multa contratual.

Após o oferecimento da réplica, as partes foram intimadas a especificarem outras provas que pretendessem produzir (f. 327), ambas informando seu desinteresse na produção de outras provas além das já existentes nos autos (f. 328/330, 336), sobrevindo a sentença ora

apelada.

Não assiste razão à ré em sua insurgência recursal.

Saliente-se, de início, que o CDC é aplicável à hipótese dos autos.

Prescreve o artigo 2º do CDC que é consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O E. STJ firmou o entendimento de que pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o definitivamente do mercado de consumo, devendo ser verificado, ainda assim, no caso concreto, se existe uma relação de vulnerabilidade de uma parte em relação à outra que justifique a adoção da legislação consumerista.

Tal teoria foi denominada de finalista aprofundada, por admitir o abrandamento da tese de que a simples utilização do bem ou serviço na atividade produtiva do adquirente faz com que não seja ele considerado consumidor.

Confira-se, a propósito, trecho do julgado que explica detalhadamente o posicionamento adotado pelo E. STJ:

CONSUMIDOR. FINALISTA. DEFINIÇÃO. REGRA. ALCANCE. MITIGAÇÃO. TEORIA FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. “Após alguma oscilação, a jurisprudência do STJ atualmente se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. [...] Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro

tampouco à integração de uma atividade negocial. A despeito disso, a jurisprudência aí incluída o próprio STJ tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado. Com efeito, esta Corte tem “mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade” (...). (REsp 1195642 / RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe de 21/11/2012).

Na hipótese, a autora, empresa do setor de comércio varejista de animais vivos e artigos para animais de estimação, é vulnerável técnica e economicamente diante da empresa de telefonia requerida, sendo, pois, consumidora dos serviços de telefonia prestados pela ré, por exaurir tal serviço, retirando-o do mercado, ainda que o utilize para o desenvolvimento de sua atividade econômica.

Embora a inversão do ônus da prova realmente seja regra de instrução, e não de julgamento, não se sustenta a alegação de cerceamento de defesa, porque não houve prejuízo à ré.

Com efeito, independentemente da inversão do ônus probatório, decretada apenas na r. sentença, foi apresentado na inicial e-mail que a autora recebeu da ré, confirmando a existência do pedido de cancelamento da portabilidade das 11 linhas telefônicas mencionadas na inicial, conforme o protocolo n. 20218353860794, datado de 25/11/2021 (f. 91/93).

Em contestação a ré não impugnou o conteúdo desse e-mail, mas apenas se debateu pela ausência de registro, em seus sistemas, do pedido de cancelamento das propostas dentro do prazo de arrependimento.

Apenas em sede de apelação a ré veio alegar que esse e-mail pode se referir a apenas uma, ou algumas das linhas ou, ainda, se

referir a outra contratação.

Além de configurar inovação em sede recursal, se verifica do corpo do e-mail a identificação da autora, seu CNPJ, as 11 linhas telefônicas mencionadas na inicial, o número do protocolo, as datas da contratação e do pedido de cancelamento, informando ainda que eventual cobrança de multa poderia ser contestada junto ao *8486 com base no registro do dia 25/11/2021, reforçando o pedido de desculpas pelos transtornos.

Ao contrário do que se alegou na defesa, foi expressamente indicado na inicial o número desse protocolo (n. 20218353860794, datado de 25/11/2021) e, alegando a ré a inexistência desse atendimento, a ela incumbia, ainda que com fulcro no art. 373, II, do CPC, a comprovação de sua alegação.

Poderia ela ter apresentado telas de seu sistema na data mencionada, demonstrando a inexistência do atendimento sob o protocolo n. 20218353860794.

Todavia, essa prova não foi produzida e a ré manifestou expressamente seu desinteresse pela produção de outras provas.

A cobrança da multa consubstancia conduta violadora da boa-fé objetiva, na medida em que a autora exerceu seu direito de arrependimento no prazo legal e não houve quebra de contrato durante a vigência do período de fidelidade.

Nesse quadro, é mantida a sentença de procedência da ação.

Em sua apelação, a autora alegou omissão na sentença, que olvidou de condenar a vencida no pagamento das verbas da sucumbência.

Observa-se que foram apresentados embargos de declaração em relação à sentença nesse aspecto, que foram rejeitados,

considerando a magistrada que não havia omissão na sentença e os embargos tinham cunho nitidamente infringente (f. 391).

Todavia, é omissa a sentença; após o dispositivo, com o julgamento de procedência da ação, foi determinado o arquivamento do feito assim que a sentença transitasse em julgado (f. 379).

Quanto aos honorários de sucumbência, tem-se do art. 85, §2º, que os honorários serão fixados entre 10% e 20% do valor do proveito econômico, atendidos (a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço, (c) a natureza e a importância da causa e (d) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Sem olvidar do zelo da patrona da autora e do bom trabalho desenvolvido, não se verifica no presente caso complexidade da causa ou qualquer outra circunstância que autorize a fixação dos honorários de sucumbência em seu patamar máximo (20%).

Assim, é a ré condenada no pagamento das custas e despesas processuais, devendo devolver à autora os valores gastos a esse título, corrigidos desde seus desembolsos, e de honorários advocatícios fixados em 15% do valor atribuído à causa (R\$11.440,80), corrigido desde o ajuizamento da ação e acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado.

Adotar-se-á para a correção monetária do valor da causa a variação do IPCA do IBGE, e os juros moratórios pela taxa SELIC, descontado índice do IPCA do período e desconsiderada eventual diferença negativa no período mensal, segundo alteração da legislação do CC pela Lei 14.905/24, que encampou a corrente jurisprudencial de que os juros moratórios não pactuados são calculados com base na taxa SELIC, descontada a variação do IPCA, sem consideração de eventuais juros negativos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por tais motivos, nego provimento à apelação da ré e dou parcial provimento à apelação da autora.

Morais Pucci
Relator