

27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça
Apelação Cível nº 0019108-85.2011.8.19.0208
Apelante: Lojas Americanas S.A.
Apelado: Joana Viana de Oliveira
Relator: Des. Fernando Antonio de Almeida

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – AÇÃO DE FALSÁRIO – CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO CELEBRADO PELO CONSUMIDOR – SENTENÇA QUE DECLAROU A INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA, CANCELOU O CARTÃO DE CRÉDITO E CONDENOU A RÉ AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS – RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO ACOLHIMENTO – ADOÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – CONDIÇÃO DA AÇÃO QUE DEVE SER ANALISADA, DE FORMA ABSTRATA, COM BASE NOS ELEMENTOS TRAZIDOS PELO AUTOR NA INICIAL – NÃO ACOLHIMENTO DA ALEGAÇÃO DE FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO – FATURA DO CARTÃO QUE CONTEM A LOGOMARCA DA EMPRESA RÉ, SUFICIENTE PARA COLOCÁ-LA NA POSIÇÃO DE GARANTE CONTRATUAL – CASO FORTUITO INTERNO QUE NÃO AFASTA O NEXO DE CAUSALIDADE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 479 DO STJ - DANO MORAL CONFIGURADO – DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (ART. 557, *CAPUT*, DO CPC).

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lojas Americanas S.A. contra decisão do Juízo da 7ª Vara Cível Regional do Méier que julgou procedente a ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos morais para determinar que a ré cancele o cartão de crédito FAI – Financeira Americana Itaú S.A, em nome da autora, e declara inexistente todo o débito dele decorrente, e condenar o réu a pagar à autora a quantia de R\$ 5.000,00, a título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da sentença, com juros legais a partir da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação (fls. 01/05 – arq. 00063).

Nas razões recursais, a ré alega omissão da sentença que não analisou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada em contestação.

Afirma, ainda, que houve culpa exclusiva de terceiro, pois a falha na prestação do serviço teria sido da administradora do cartão de crédito e que inexistem danos morais indenizáveis. Subsidiariamente, roga pela redução do *quantum* indenizatório.

Decisão que recebeu o recurso à fl. 01 – arq. 00103, desconsiderando anterior juízo de intempestividade do recurso.

Contrarrrazões de apelação às fls. 01/03 – arq. 00105.

É o relatório.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

No mérito, não merece prosperar o recurso, mantendo-se integralmente a sentença guerreada.

Trata-se de relação de consumo, submetida às regras protetivas previstas na Lei 8078/90.

Inicialmente, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva suscitada pelo apelante.

Com efeito, a teoria da asserção, adotada pelo nosso CPC, determina que a legitimidade para o processo deve ser verificada a partir dos argumentos tecidos pelo autor em sua exordial. *In casu*, dúvidas não há de que a autora atribuiu responsabilidade solidária à apelante, integrante da cadeia de consumo. Destarte, caracterizada a condição da ação, que se analisa com base nos argumentos trazidos pela autora, em abstrato, na sua petição inicial.

Tampouco se acolhe a pretensão de reconhecimento da excludente de responsabilidade.

Com efeito, nos termos da legislação consumerista, são fornecedores de produtos e serviços todos aqueles que participam do ciclo econômico-produtivo, ou seja, todos aqueles que desenvolvem as atividades descritas no art. 3º do CDC. Assim, o fabricante, o comerciante ou qualquer outro agente intermediário que, direta ou indiretamente, participe da cadeia produtiva de consumo.

O artigo 14, § 3º, inciso II, do CDC atribui responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços, regra que somente se afasta com a prova da inexistência do defeito no serviço ou se o defeito decorrer de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

In casu, percebe-se que a fatura de cobrança do cartão de crédito não contratado (fl. 01 – arq. 00013) ostenta a marca Americanas vinculada à bandeira do cartão. Logo, o fato de atuar na cadeia de consumo, exibindo sua

marca, faz com que a apelante aufera publicidade e, conseqüentemente, os lucros daí decorrentes.

Afasta-se, ainda, a alegação de caso fortuito. A uma porque tal situação é perfeitamente previsível, o que se verifica em razão das inúmeras ações propostas com o mesmo fundamento. A duas porque a conduta se amoldaria no caso fortuito interno que, por fazer parte da atividade do fornecedor, não exclui a sua responsabilidade.

Aplica-se, pois, a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: “*as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*”.

Impossível o reconhecimento do fato de terceiro, portanto.

Da mesma forma, não merece prosperar a pretensão defensiva de afastamento dos danos morais. A autora, pessoa de poucos recursos e aposentada, juntou aos autos cópia do registro de ocorrências, feito na 46ª Delegacia de Polícia dando conta da instauração do crime de estelionato em decorrência dos fatos ora apreciados, o que torna ainda mais nítida a falha na prestação de serviço e o dano aos direitos de personalidade da autora.

A cobrança indevida, aliado ao fato da autora, por meses, tentar solucionar a questão administrativamente, demonstra não se tratar de mero dissabor, mas de verdadeira violação ao direito de personalidade da autora.

A perda de tempo da vida do consumidor em razão da falha da prestação do serviço que não foi contratado não constitui mero aborrecimento do cotidiano, mas verdadeiro impacto negativo em sua vida, que é obrigado a perder tempo de trabalho, tempo com sua família, tempo de lazer, em razão de problemas gerados pelas empresas.

Neste sentido, o advogado Marcos Dessaune desenvolveu a tese do **desvio produtivo do consumidor**, que se evidencia quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento (*lato sensu*), precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado pelo último ou, em outras palavras, onera indevidamente os recursos produtivos dele (consumidor).

Da lógica dos fatos e da prova existente, é notório que a situação fática vivenciada pela autora violou a dignidade da pessoa humana, gerando dor e sofrimento que extrapolam a esfera contratual, sendo manifesta a configuração do dano moral.

A matéria referente à fixação do *quantum* indenizatório pelos danos morais sofridos, no Direito Brasileiro, é delicada, e fica sujeita à ponderação do magistrado, fazendo-se necessário, para encontrar a solução mais adequada, que se observe o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, tal como já decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não havendo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, sendo, portanto, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto (RESP 435119; Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; DJ 29/10/2002).

Considerando não ter havido abalos maiores nos direitos de personalidade da autora, correta a fixação da indenização por dano moral em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, **nego seguimento ao recurso, com fulcro no artigo 557, caput, do CPC.**

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2014.

Fernando Antonio de Almeida
Desembargador Relator