

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO
5º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
CURITIBA / PR

Processo nº 0003655-40.2011.8.16.0012

CLARO S/A, atual denominação de **BCP S/A**, sucessora por incorporação da **TELET S.A.**, com sede em São Paulo/SP, na Rua Flórida, nº 1970, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 40.432.544/0001-47 e com filial em Curitiba/PR, na Rua Desembargador Motta, nº 1924, 12º, 13º, 14º e 15º andares, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 40.432.544/0224-69, nos autos da ação que lhe move **ALEX DE CARVALHO ALVES**, vem, respeitosamente, por seus procuradores firmatários, apresentar **CONTESTAÇÃO**, dizendo e requerendo o que segue:

SÍNTESE DA INICIAL

Narra a parte autora que efetuou a compra de um celular Motorola Defy, porém o aparelho apresentou defeito. Ao se dirigir à loja Claro, foi informada que não era possível o conserto do mesmo.

Diante disso, ajuizou a presente demanda. Contudo, não merece guarida as alegações da parte autora, pelos motivos que a seguir se expõe.

PRELIMINARMENTE:

A INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL

Nos termos do art. 3º da Lei n. 9.099/95, os Juizados Especiais Cíveis terão competência apenas para julgar as causas envolvendo matéria de menor complexidade.

No entanto, no caso em tela, conforme depreende-se dos fatos narrados pela parte autora, a demanda trata de matéria complexa, uma vez que há necessidade de verificar-se a existência de alegado defeito no aparelho adquirido, sendo necessária a realização de prova pericial para fins de determinar a causa dos alegados danos.

Nesse sentido decisão proferida pelas Turmas Recursais:

AÇÃO REPARAÇÃO DE DANOS. DANOS EM IMÓVEL SUPOSTAMENTE ORIUNDOS DE INFILTRAÇÃO DE ÁGUA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA, ACARRETANDO A **COMPLEXIDADE** DA CAUSA E A CONSEQÜENTE INCOMPETÊNCIA DO JEC PARA APRECIÁ-LA. Diante do contexto probatório, verifica-se a necessidade de perícia técnica para se verificar a origem da infiltração de água que vem acarretando danos no apartamento do autor, bem como a extensão destes. A prova existente nos autos não se mostra suficiente para a elucidação da questão. Incabível a determinação de prova pericial no JEC, deve ser extinto do feito com base no art. 51, inciso II, da Lei nº 9.099/95. Sentença mantida e confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso desprovido. (Recurso Cível Nº 71001376169, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 16/08/2007)

Ante o exposto, requer, seja extinta a ação, sem resolução de mérito, com base no disposto no art. 51, II, da lei n. 9.099/95.

A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA REQUERIDA

Conforme acima demonstrado, o reclamante noticia ter adquirido aparelho telefônico, tendo ele apresentado defeito. Contudo, a demandada requer, preliminarmente, a extinção do feito sem julgamento do mérito, uma vez que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, com fundamento no art. 267, VI do CPC.

Assim sendo, esclarece-se ser a reclamada responsável apenas pela prestação de serviços de telefonia. Portanto, a operadora não pode ser caracterizada como fornecedora do aparelho, que é claramente identificável, diga-se de passagem, tampouco responsabilizada por eventuais vícios apresentados pelo mesmo.

Para tanto, foge às raias do bom senso responsabilizar a empresa prestadora dos serviços de telefonia celular, haja vista não possuir nenhuma obrigação decorrente de eventuais defeitos apresentados nos equipamentos fabricados por terceiro.

Reza o art. 3º do CPC:

Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

No caso concreto, repisa-se, a ora demandada não tem legitimidade para contestar o mérito da ação, uma vez que **todo e qualquer dissabor que o reclamante tenha sofrido, ocorreu unicamente em decorrência de empresa diversa, o que elide completamente a responsabilidade da demandada na casuística.**

O único envolvimento da demandada com o presente caso, segundo a própria narrativa do autor, é a relação comercial estabelecida, na qual a ré fornece o serviço de telefonia móvel para o autor, que, afirma ter celular marca "Motorola" que apresentou defeitos.

Nesse passo, a relação obrigacional objeto da lide existe apenas entre o autor e a empresa “Motorola”, nada tocando à Claro S/A.

Neste sentido, a reclamada colaciona recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, DESFAZIMENTO DE NEGÓCIO, RESTITUIÇÃO DO PREÇO PAGO E REEMBOLSO DE DESPESAS. AQUISIÇÃO DE APARELHO CELULAR PARA USO EXCLUSIVO EM PROPRIEDADES RURAIS. DEFEITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Sendo, as requeridas, partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo das demandas, em que o autor pretende desfazer a compra e venda do aparelho de telefone celular, por alegado defeito no produto, bem como ter restituído o valor pago, reembolsado de despesas e indenizado por dano moral, é de ser mantida a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. **Situação em que o aparelho celular foi adquirido da representante comercial de uma das requeridas, a qual também presta assistência técnica. Outrossim, a demandada Brasil Telecom presta apenas o serviço de telefonia, o qual foi solicitado pelo autor, não tendo sido constatado o apontado defeito. Apelação desprovida.** (Apelação Cível Nº 70020049797, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 08/08/2007) – Grifou-se.

Salienta-se, ainda, que o fato da reclamada prestar os serviços de telefonia, por si só, não legitima sua inclusão no pólo passivo da ação, uma vez que a Claro desconhece os motivos pelos quais os celulares possam ter apresentado qualquer defeito.

Por fim, observa-se ser sabido que, nos termos do art. 13¹ do CDC, somente em situações específicas, e desde que preenchidos os requisitos previstos em lei, é que poderá haver responsabilização solidária do comerciante.

¹ Art. 13 – O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou importador não puderem ser identificados;

II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

No caso em tela, não foram sequer preenchidos tais requisitos, haja vista ser perfeitamente possível ao consumidor identificar o fabricante dos produtos, qual seja, Motorola, que alega terem apresentado defeitos.

Assim, a Claro é parte ilegítima na presente ação, devendo o feito ser, desde já, baixado e arquivado em relação a esta.

MÉRITO:

AS RAZÕES DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO

Na hipótese de ser afastada a preliminar anteriormente aduzida, o que se admite apenas a título argumentativo, requer sejam consideradas as razões de mérito abaixo explicitadas.

Primeiramente, imperioso destacar que em momento algum a parte reclamante negou a contratação dos serviços prestados pela reclamada. Pelo contrário, a prestação dos serviços é incontroversa, reconhecida pela própria consumidora no relato de sua ocorrência.

Não há, em momento algum da narrativa do reclamante, referência de defeito na prestação dos serviços de telefonia prestados pela Claro, ou qualquer alegação desta natureza. O serviço de telefonia foi prestado com excelência, fato incontroverso nos autos da ação.

Inclusive, há que se ressaltar que a demandada Claro sempre atendeu o autor da melhor maneira possível, tendo sempre auxiliado o autor de maneira mais rápida e eficaz possível.

Assim, resta claro que reclamada Claro S/A disponibilizou corretamente os serviços, na forma em que foram contratados, bem como obedecendo às normas consumeiristas.

Ora, no momento em que é feita a contratação, a Reclamada baliza seus atos conforme as informações passadas pelo cliente, mas explicando detalhadamente as características dos produtos e serviços. E é somente após a devida confirmação do cliente é que a solicitação é registrada e cumprida.

Conforme as explicações e documentos aludidos, impera reconhecer a completa ausência de responsabilidade por parte da ré quanto as reclamações, não merecendo crédito os argumentos declinados.

O que deve ser ressaltado é que ao mesmo tempo em que a fornecedora de serviços possui o dever de bem informar seus clientes, estes também devem ter o cuidado de refletir antes de firmar compromisso, eis que tal proceder implica em assunção de responsabilidades para ambas as partes.

As alegações do autor não merecem qualquer guarida. O que se depreende da narrativa é que o mesmo se utilizou dos serviços da requerida e busca a tutela jurisdicional no intuito de esquivar-se do cumprimento de suas obrigações inerentes.

A CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO

Cabe ressaltar novamente, que o direito posto em causa é referente a hipotético vício nos aparelhos, não podendo, de forma alguma, ser confundido com a prestação do serviço de telefonia móvel com a qual se comprometeu a reclamada.

Ainda, quanto ao defeito que a consumidora alega estar presente nos aparelhos adquiridos, a reclamada aduz ser muito comum que o mesmo seja decorrente do mau uso do equipamento.

É que, embora a reclamada não seja a fabricante dos produtos, tem conhecimento de que, na maioria dos casos, o defeito do aparelho decorre de mau uso pelo cliente. Diante disso, cabe ao consumidor

provar que o alegado defeito não é consequência de mau uso do equipamento.

Entretanto, ainda que o reclamante prove que utilizou adequadamente o equipamento, notório que nenhuma responsabilidade cabe à reclamada, visto que não fabrica o aparelho, e tampouco presta o serviço de assistência técnica.

Assim sendo, salienta-se que a operadora é responsável pelo gerenciamento e manutenção da linha tão somente. Quanto aos aparelhos, estes são de responsabilidade do fabricante. Dessa forma, informa-se que os defeitos nos aparelhos adquiridos, devem ser solucionados pela assistência técnica.

Não obstante a isso, quando da assinatura do contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, o cliente quedou-se ciente das seguintes condições:

10.5 Em caso de vício da Estação Móvel adquirida em uma loja CLARO, a **responsabilidade pela troca e/ou assistência técnica da Estação Móvel é exclusiva do fabricante** da Estação Móvel, cujos dados de contato e condições de garantia constam no respectivo manual que acompanha a Estação Móvel.

10.6 Quaisquer defeitos na Estação Móvel do ASSINANTE **serão de inteira responsabilidade do fabricante da Estação Móvel**, devendo o ASSINANTE encaminhar sua Estação Móvel para o serviço autorizado correspondente. (grifamos)

Portanto, caso houvesse a responsabilidade de terceiro em fornecer um novo aparelho de celular à autora, importante ressaltar que somente a fabricante ou, ainda, a própria assistência técnica, poderiam efetivar tal troca. Isso porque a operadora, nos termos da contratação firmada entre as partes, é responsável tão somente pela prestação de serviços de telefonia.

Todavia, em caso de impossibilidade de conserto do aparelho, no prazo de 30 dias, o fabricante do aparelho deve ser informado para

substituição do equipamento, conforme disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, incide no caso em tela o disposto no artigo 14, § 3º, II, do Código Consumista, que assim dispõe:

Art. 14

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, se comprovado pelo reclamante sua ausência de responsabilidade no que tange aos alegados defeitos apresentados nos aparelhos, resta de todo evidente a culpa exclusiva de terceiro, vindo a romper o nexo causal entre a ação do fornecedor do serviço de telefonia, e o dano causado à consumidora.

Portanto, diante dos fatos narrados, requer-se, desde já, seja a presente ação julgada improcedente, com a sua posterior baixa e arquivamento.

OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Da análise atenta do caso dos autos, depreende-se estarem ausentes os pressupostos legais ensejadores da responsabilidade civil.

Os requisitos da responsabilidade civil são claros: (a) existência de ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente - ato ilícito; (b) ocorrência de um dano - moral ou material; (c) nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido.

A INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO

Não há nos autos singular prova de que a demandada tenha praticado qualquer ato que possa ser caracterizado como ilícito, nos termos do art. 186 do CC.

De acordo com o art. 186 do CC: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. No entanto, não há qualquer prova de que a empresa tenha praticado qualquer conduta capaz de gerar o alegado dano, ou que tenha agido com negligência ou imprudência.

Assim, diante dos fatos narrados, e das provas trazidas aos presentes autos, que demonstram a total ausência de ato ilícito da demandada, resta afastada a hipótese de incidência do disposto nos artigos 186 e 927, do CC, não havendo que se falar em qualquer espécie de condenação.

AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO NEXO DE CAUSALIDADE

Conforme demonstrado, a empresa demandada não causou qualquer dano à demandante. Neste contexto, denota-se estar ausente um dos requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar. Não está presente no caso dos autos, o necessário nexo de causalidade², condição indispensável para a caracterização do dever de reparar.

Ademais, mesmo considerando que os fatos narrados pelo demandante fossem verdadeiros, o que se admite apenas a título de argumentação, não estaria presente o nexo de causalidade no presente caso.

Portanto, estando ausente requisito indispensável para a configuração do dever de reparar, qual seja, o nexo causal, não há de se falar em condenação da demandada em razão de supostos danos morais sofridos pelo autor.

² “Se a vítima sofre dano, mas não se evidencia o liame de causalidade com o comportamento do réu, improcedente será o pleito indenizatório.” Miguel Kfoury Neto. Responsabilidade Civil do Médico, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 98

O ÔNUS DA PROVA

Por fim, fundamental referir que, em observância às regras processuais acerca do ônus da prova, incumbe a parte autora fazer prova de suas alegações, atraindo para si o *ônus probandi*, ao fazer uso da regra geral, contida no art. 330 do CPC, na medida em que a realização do negócio esta clara.

Isso porque, não pode o judiciário permitir triunfar pretensão que não possua nenhuma carga probatória favorável ao direito alegado pelo demandante e, decretar a inversão do *ônus probandi*.

Além disso, no caso em tela, encontram-se ausentes os elementos possibilitadores desta inversão, quais sejam, a verossimilhança ou a hipossuficiência.

A respeito deste ponto, assevera Humberto Theodoro Júnior³ que as normas de inversão do ônus da prova no CDC devem ser entendidas extraordinariamente e não como uma norma geral automática de observação em todo e qualquer processo pertinente a relação de consumo (devendo, é claro, ser feita análise se efetivamente se trata de um caso de relação de consumo).

A determinação da inversão do ônus probatório no presente caso, classificar-se-ia como inaceitável vez que acarretaria evidente cerceamento de defesa para a empresa.

Sobre o ponto, colaciona-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Processual civil. Responsabilidade civil. Código do Consumidor. **Ônus da prova.** Inexistência de provas dos fatos alegados na petição inicial. Decisões anteriores fundadas nas provas acostadas aos autos. Impossibilidade de reexame. Súmula 7/STJ.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 2v., p. 417.

Não comprovação dos alegados danos materiais e morais sofridos.

- Ao autor, incumbe a prova dos atos constitutivos de seu direito.

- Em que pese a indiscutível aplicação da inversão do ônus da prova ao CDC, tal instituto não possui aplicação absoluta. A inversão deve ser aplicada “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

- Entenderam as instâncias ordinárias, após análise das provas dos autos, que o recorrente não comprovou as falhas na prestação dos serviços contratados. Necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula 7 do STJ.

- O recorrente não provou a ocorrência de vícios no serviço que pudessem lhe conferir direito a uma indenização por danos materiais ou morais.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 741393/PR. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma. 05/08/2008. DJe 22/08/2008.

(Grifo nosso)

O CPC coloca a prova como sendo o instrumento de obtenção da verdade dos fatos, qual seja, o instrumento em que se funda a ação ou a defesa.

Assim, imperioso destacar que no caso dos autos caberia exclusivamente à parte autora fazer prova do seu direito, o que não foi feito.

Destaque-se que, em momento algum logrou êxito a parte autora em trazer aos autos, elementos que configurassem a alegada conduta danosa praticada pela empresa ré, não se desincumbindo assim, do ônus probatório previsto no artigo 333, inciso I do Código Processual pátrio.

Sendo assim, recaindo alguma dúvida sobre o fato constitutivo do direito alegado pelo autor, certamente que este não se desincumbiu do ônus de fazer a prova que lhe incumbia.

E, como leciona a mais abalizada doutrina:

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do ato. Assim, segundo o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.⁴

Nessa seara, curial parafrasearmos o brilhante voto proferido pelo Desembargador PAULO ROBERTO LESSA FRANZ, no julgamento da apelação cível nº 70026247346, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, dissertando sobre o ônus da prova no processo, aduz:

Destaca-se, embora aplicáveis as regras do CDC, *in casu*, não se verifica presente o pressuposto da verossimilhança nas alegações esposadas na inicial, elemento indispensável à inversão do ônus da prova, que não ocorre de forma automática pela condição de hipossuficiência da parte.

Veja-se como restou ementada tal decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FATURAS DE TELEFONIA. VALORES DEVIDOS. COBRANÇA. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO.

Verificada a responsabilidade da autora pelos valores exigidos nas faturas de telefonia, não há falar em desconstituição do débito, tampouco em obrigação de indenizar. Fato constitutivo do direito da autora não comprovado, ônus que lhe competia, na forma do art. 333, I do CPC. Inversão do ônus da prova que não ocorre de forma automática pela condição de hipossuficiência da parte, tendo como pressuposto a verossimilhança da alegação, não demonstrada pela parte autora, no caso. Sentença de improcedência mantida.

APELAÇÃO IMPROVIDA.

Assim sendo, não tendo a parte autora trazido aos autos provas de que efetivamente tenha sofrido um prejuízo em face de conduta ilícita da ré, ou, ainda, que teria agido a contestante com imprudência ou negligência, não se desincumbiu do ônus de

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 355.

comprovar suas alegações, nos termos que determina art. 333, I, do CPC.

O REQUERIMENTO

Por todo o exposto, **REQUER**:

a) Sejam acolhidas as preliminares argüidas, extinguindo o feito por ser a requerida, parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, além do Juizado Especial Cível não ser competente para o julgamento da lide, diante da necessidade de prova pericial no presente caso;

b) Caso ultrapassada a preliminar, o que não se acredita, requer sejam julgados **IMPROCEDENTES** os pedidos aduzidos na presente ação, pelos motivos supra-expostos;

b) seja facultada a produção de todos os meios de prova admitidos, especialmente a prova testemunhal, com o depoimento pessoal do autor, a prova documental, mediante juntada de documentos no curso da instrução do feito;

c) sejam todas as intimações dos atos processuais efetuadas em nome do advogado **JÚLIO CESAR GOULART LANES (OAB/PR 43.861)** no endereço Av. Loureiro da Silva, 2001, 10º andar, conj. 1003 e 1004, CEP 90.050-240, tel. 32273455, fax: 32273833, sob pena de nulidade.

Pede deferimento.

Curitiba, 20 de maio de 2011.

Júlio Cesar Goulart Lanes
OAB/PR 43.861