

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO 10ª DO JUIZADO CENTRAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE-MS.

Autos: 0809446-23.2015.8.12.0110

ELIESER DE ELISEU SIMÕES – ME, representado por **ELIESER DE ELISEU SIMÕES**, qualificado nos autos em epigrafe e **MARIA MALVINA SIMÕES BUFFET M S**, CNPJ 02.237.851/0001-88, representada por **MARIA MALVINA SIMÕES**, também qualificada nos autos em epigrafe, por seu advogado abaixo assinado, vem respeitosamente ante Vossa Excelência, oferecer defesa na forma de **CONTESTAÇÃO** de acordo com as razões de fato e de direito que a seguir se expõem.

SÍNTESE DA DEMANDA Trata - se de Ação de Rescisão Contratual c/c indenização por danos morais onde o Autor sustenta o seguinte.

Trata-se de uma ação de rescisão contratual c/c perdas e danos materiais e morais, face ao inadimplemento contratual da parte requerida. Antes de sopesar ponto a ponto as razões fáticas e jurídicas que descreverão toda a relação negocial, o cerne desta demanda consiste no fato de que o Requerente foi vítima de uma grande farsa, eis que os proprietários da primeira Requerida usaram de má-fé e torpeza para vender a ideia de um sonho sob argumentos que levariam material de primeira qualidade, que terminariam a obra num **prazo de 20 (vinte) dias**, e além de não cumprir com o propuseram a fazer, o tratamento para com o Autor sempre foi com extrema rispidez, tornando impossível qualquer possibilidade de negociação extrajudicial.

Nesta senda, raconto, o Autor decidiu realizar uma obra em sua casa e depois de pesquisar, encontrou no *facebook* a empresa Ré, consoante publicidade (*doc.2*).

Posterior a isto, marcaram uma visita em sua residência para o dia 07/07/15 às 15h00m, e lá compareceu o proprietário da empresa, Sr. Elieser de Eliseu Simões, o qual após analisar os detalhes necessários, bem como todas as medições, pintaram todo o sonho do Autor, eis que só possuíam profissionais especializados, enfim, falaram tudo que um contratante espera não só ouvir, como

receber após a contratação (*doc.3*).

Acreditando o Autor fielmente nas palavras do contratado, ora Réu, após toda negociação verbal, no dia 10 de julho de 2015 as partes firmaram contrato (*doc.4*), onde foram estabelecidos os seguintes: instalação da piscina de fibra e pergolado, incluindo inclusive a aquisição dos produtos, ou, materiais necessários para o término da obra.

Observa-se Ex^a que este contrato tem a finalidade de que o Contratante não teria dores de cabeça com relação a aquisição dos materiais, ou seja, tudo ficaria ao encargo do Contratado, primeiro requerido.

Durante a negociação, o empresário muito convincente Sr.

Elieser, afirmou que parte de execução da reforma ficaria a cargo da empresa

CASA SANTA, mas os pagamentos e recebimento seriam realizados para empresa de sua mãe, ora, segunda Ré, **Maria Malvina Simões ME**, consoante (*doc.5*).

O valor contratado pela prestação dos serviços foi acordado em R\$13.366,25 (treze mil trezentos e sessenta e seis reais e vinte e cinco centavos), sendo uma entrada no valor de R\$6.683,12 (seis mil seiscentos e oitenta e três reais e doze centavos) (*doc.5.1*), e mais duas parcelas de R\$3.341,56 (três mil trezentos e quarenta e um reais e cinquenta e seis centavos), cada.

Por meio do citado instrumento, a ré se comprometeu a construir os itens acima discriminados de forma responsável, fornecendo ao autor, sempre que solicitado, informações quanto ao andamento e execução da obra.

Ocorre que a prestação do serviço pela ré não se deu da forma contratada. Primeiramente, a ré prometeu ao autor que realizaria o serviço em 20 (vinte) dias e que passaria a manhã e a tarde toda com seus funcionários no local da obra a fim de cumprir o prazo, o que não aconteceu.

Apesar do período pactuado para a entrega de todo o serviço ser 20 dias, a primeira Ré só formalizou o pedido de madeira no dia 17/07/2015 (*doc.6*), da fornecedora Comercial Francelina, ora Ré (4^a Ré), as quais foram entregues no dia 22/07/2015, quando iniciou-se de fato a execução dos serviços. Apesar do Autor, de boa-fé ter cumprido com sua contraprestação de forma devida, tendo efetuado o pagamento referente a entrada do valor contratado, a ré inadimpliu com a sua, deixando a desejar em todos os aspectos, seja na execução do serviço, na péssima qualidade dos materiais fornecidos, os quais apresentaram defeitos grotescos que foram ignorados pela ré, mas inadmissível pelo contratante.

Além disso, os funcionários enviados pela ré compareciam à obra sempre com vestes inadequadas, inclusive usando chinelos, causando estranheza, pois sequer utilizavam uniformes, bem como os equipamentos de segurança necessário.

Persistindo o Autor em crer na boa-fé da empresa Ré, no dia 24/07/2015 (*doc.7*), este realizou um novo contrato com o acréscimo de um deck e rebaixamento da piscina, contratado pelo valor de R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), além do valor de R\$700,00 (setecentos reais) para pagamento do escavador, que seria terceirizado.

Não obstante aos transtornos devido ao atraso da obra, as instalações realizadas passaram a apresentar defeitos, sendo que a madeira adquirida pela 4^a Ré, para construção do pergolado, apresentava rachaduras, e no intuito de ludibriar o contratante, a 1^a Ré utilizou uma espécie de massa/cola afim de recuperar a madeira e disfarçar o dano, sendo tal procedimento, inaceitável (*doc.8*).

Para chegar ao estopim, a piscina adquirida pela 3ª Ré, apresentou deformação em suas laterais, sendo que na intenção de “resolver” o problema, a 1ª Ré, responsável pela instalação desta, retirou parte da terra lateral e iniciou o preenchimento da piscina com água, tendo solicitado ao contratante que este não interrompesse o abastecimento da mesma durante a noite.

Porém, com receio das consequências do referido preenchimento, o Autor resolveu monitorá-lo, sendo que por volta das 2h00m da manhã foi verificado a formação de trincas e rachaduras por toda a piscina, tendo este interrompido o abastecimento de água, bem como informado a 1ª Ré sobre o ocorrido (*doc.09*).

Exaurido dos transtornos acarretados em decorrência da obra que deveria ser a concretização de um sonho, este solicitou à 1ª Ré a rescisão contratual, bem como a retirada da piscina, haja vista o descumprimento do prazo estabelecido, bem como os transtornos demasiados.

Em atenção ao pedido de rescisão contratual, a 1ª Ré se comprometeu a calcular o valor remanescente da obra, para fazer a devolução dos valores pagos pelo Autor, no entanto, no dia posterior lhe informaram por e-mail, que a fabricante da piscina, ora ré, solicitou o prazo de 05 dias úteis para manifestar-se quanto a substituição da mesma, ignorando a Rescisão Contratual já solicitada pelo Autor, o qual a reiterou por e-mail e foi surpreendido pela alegação da Ré, em dizer que a insatisfação do Autor era falsa, bem como ele deveria aceitar a troca do produto (*doc.10*).

Dada a extrema insatisfação por parte do Autor, este estava certo quanto a rescisão contratual, no entanto, a Ré se recusou veemente, impondo a este a troca do produto e finalização dos serviços contratados, tendo inclusive persistido na cobrança dos valores acordados, mesmo o Autor reiterando o pedido quanto a rescisão (*doc.11*).

Por fim, insta ressaltar que o Autor decidiu contratar a empresa Ré pelas obras realizadas publicadas no *facebook*, entretanto, como já mencionado, a empresa não passa de uma fraude, bastando uma simples pesquisa processual acerca de um dos seus proprietários, ou mesmo da própria empresa, para certificarse quanto aos demais danos causados por estes (*doc.12*).

Desta forma, outra maneira não encontrou o Autor, senão socorrer-se ao Poder Judiciário para ver o contrato rescindido e pleitear a reparação por todos os danos causados pela ré.

Data vênia, não devem prosperar as pretensões do Autor como será analisado a seguir.

PRELIMINAR – CARÊNCIA DE AÇÃO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E CAUSA COMPLEXA INCOMPETENCIA DO JUIZADO.

Conforme consta nos autos, no que atine à pretensão de uma nova piscina e sobre a indenização de danos morais, o Autor é carecedor de ação porque não comprova que houve defeito na piscina ou instalação, não apresentou nenhum laudo técnico de o problema foi causado pela instalação ou que o produto estava com defeito e em nenhum momento oportunizou às Rés a prerrogativa de solucionarem o alegado defeito no prazo de 30 dias que a lei

consumerista oferta ao fabricante/comerciante para sanarem os vícios aparentes ou ocultos.

Trazendo tal fato à luz do Direito, temos que ao Autor falta interesse processual, não merecendo ter SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 292 - prosseguimento o presente feito. Para fundamentar tal argumento, nada melhor que o entendimento doutrinário sobre a matéria: o mestre Vicente Grecco Filho, em sua obra "Direito Processual Civil Brasileiro", 1º volume, ed. Saraiva, menciona o seguinte: "O interesse processual é a necessidade de se socorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. (...) 1.1.1.1 Basta que seja necessário que o Autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltarão o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário." Vicente Grecco Filho ainda salienta que o interesse processual nasce diante da resistência que alguém oferece à satisfação da pretensão de outrem, porque este não poderá fazer justiça pelas próprias mãos: SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 293 - "Essa resistência pode ser formal, declarada, ou simplesmente resultante da inércia de alguém que deixa de cumprir o que o outro acha que deveria. (...) O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, pois, a lesão desse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado para protegê-lo e satisfazê-lo." No caso em análise, o pedido principal do Autor é lastreado no artigo 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor que determina a rescisão do negócio; troca do produto ou abatimento do preço, à e s colha do consumidor, quando o produto ou serviço apresentar vício e este não for satisfatoriamente sanado. Isto porque alega que a piscina nova adquirida apresentou defeito rachaduras durante a instalação. Nesta oportunidade, o autor alega que o requerido Casa Santa durante a instalação deixou a piscina enchendo durante a noite e esta no outro dia apresentou rachaduras, como afirmar que foi defeito da instalação se a piscina estava sob os cuidados do autor durante a noite, e como pode afirmar que o defeito do produto se não foi verificado por qualquer técnico, ou talvez o próprio autor poderia ter causado o dano na piscina, sendo certo que apresenta nota de que comprou outro produto em 05/08/2015, pagando valor de R\$ 18.000,00(dezoito mil reais), talvez se arrependeu de ter comprado aquele tipo de produto e para não ter prejuízo causa dano no produto para conseguir a rescisão do contrato e danos morais, pois a simples explicação de que a piscina amanheceu rachada não comprova que a culpa de dos requeridos, o que caracteriza também litigância de má-fé do autor.

Ré pessoalmente conversou com o Autor explicando detalhadamente qual seria o procedimento a ser adotado, consequências e sua complexidade. Informou que a troca da piscina é procedimento SIMPLES e RÁPIDO, suficiente a solucionar o problema de forma SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 294 - DEFINITIVA. Bastaria ao Autor deixar que o requerido levasse a piscina ao fabricante, o que foi feito, e quando retornou do fabricante, o autor não mais quis o produto, deixando o requerido com o prejuízo.

PORÉM O AUTOR NÃO CONCORDOU EM DEIXAR O REQUERIDO TERMINAR O SERVIÇO, EXIGINDO, DESDE LOGO, O DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. Ou seja, ÀS RÉS NÃO FOI OPORTUNIZADO O DIREITO DE REPARAR A PISCINA DENTRO DO PRAZO DE 30 DIAS, PELO QUE NÃO SUBSISTE O DIREITO DO AUTOR DE POSTULAR A DEVOLUÇÃO DA PISCINA. O direito do consumidor de pleitear as hipóteses do § 1º do mencionado artigo direito NASCE quando, oportunizado o reparo, este não ocorre no prazo de 30 dias. Somente APÓS o trigésimo dia é que o consumidor poderá exercer as faculdades ora em análise. É o entendimento doutrinário: Examinemos, então, esses aspectos. A norma diz: "não sendo o vício sanado no prazo de 30 (trinta) dias pode o consumidor exigir...", e apresenta as alternativas de exigências que o consumidor pode fazer diante do fornecedor. Note - SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 295 - se: apenas se o vício não for sanado em 30 dias. Ou seja, o fornecedor, desde o recebimento do produto com vício, tem 30 dias para saná-lo sem qualquer ônus. Eventuais ônus surgirão somente após SOMENTE APÓS os 30 dias se o serviço de saneamento do produto não tiver sido feito – o que comentaremos na sequência. 1 Ainda: Em primeira intenção, o dispositivo concede ao fornecedor a oportunidade de acionar o sistema de garantia do produto e reparar o defeito no prazo máximo de 30 dias. Não sanado o vício, no prazo legal, o consumidor poderá exigir, à sua escolha três alternativas.

Como adiante dito, o Autor não deixou QUE REPARECEM A PISCINA. Simples mente EXIGIU o desfazimento do negócio e diante da negativa ingressou com a presente demanda , enquanto que seu direito de exigir a rescisão do negócio SOMENTE SE INICIARIA SE DECORRIDOS OS TRINTA DIAS SEM O DEVIDO REPARO . Diante de todo o exposto, requer seja ACOLHIDA a preliminar de carência de ação e declarada a inexistência de interesse processual do Autor, extinguindo, por consequência, o 1 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 2 ed. Re. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 180. 2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 296 - presente feito sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 301, X e 267, VI, todos constantes do Código de Processo C ivil.

PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO ÀS RÉS MARIA MALVINA E CASA SANTA.

Antes de adentrar- se ao mérito, vale ressaltar que a presente demanda deverá ser **EXTINTA sem resolução de mérito em relação a Segunda Ré MARIA MALVINA SIMOES BUFFET MS ME por ser esta parte ilegítima para compor o pólo passivo da demanda.**

MERITO

Com efeito, o pedido de mérito formulado pelo Autor se restringe à rescisão contratual em razão de vício no contrato com a ré SIMOES BARROS LTDA ME(CASA SANTA OBRAS E REFORMAS) e na fixação de indenização por danos morais em valor a ser fixado por Vossa Excelência porque, segundo alega, EFETUOU CONTRATO DE PRODUTO E SERVIÇOS que, não obstante esta qualidade apresentou defeitos insanáveis. Alega que, portanto, sofreu intenso abalo moral face à frustração das expectativas sobre produto e, especialmente porque perdeu a confiança no produto e de péssima qualidade. Para descortinar a ilegitimidade passiva da Segunda Ré, necessárias são algumas considerações quanto à diferenciação SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 297 - entre o que o Código de Defesa do Consumidor nominou como sendo FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO (art. 12 e 13 do CDC) e VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO (art. 18 do CDC) e as consequências quanto à responsabilidade. Como “fato do produto ou serviço” consolidou-se o entendimento de que se tratam de DANOS provocados pelo produto ou serviço que afetam diretamente a SEGURANÇA e SAÚDE do consumidor e que são EXTRÍNSECOS ao produto ou serviço.

Por sua vez, “vício do produto ou serviço” se refere à defeitos INTRÍNSECOS ao bem (produto ou serviço) que lhe retiram a UTILIDADE, mesmo que em parte, para a qual foram desenvolvidos. Diferenciar no mundo fático as hipóteses de “fato do produto” e “vício do produto”, que a priori parece simples, é tarefa árdua e que provoca intenso debate doutrinário e reflete diretamente nos julgados que envolvem as relações de consumo, produzindo decisões divergentes e mesmo contraditórias. Todavia, para a perfeita subsunção do fato concreto a qualquer das hipóteses, antes é conveniente estabelecer de forma objetiva e clara a natureza jurídica desses institutos previstos do Estatuto Consumista. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 298 - Com efeito, “fato do produto – art. 12” se reveste da natureza de RESPONSABILIDADE CIVIL, a mesma teoria aplicada nas relações civis gerais, porém havidas em uma relação de consumo. Para que haja a tipificação desse instituto são necessários os três elementos ensejadores da responsabilidade civil; quais sejam: a) conduta (no caso das relações de consumo e por previsão expressa no CDC, a responsabilidade é sempre OBJETIVA prescindindo do DOLO, bastando a “culpa” para sua ocorrência); b) nexos de causalidade entre a conduta e o dano e, finalmente; c) dano.

No entanto, para a caracterização da responsabilidade civil com base no artigo 12 do CDC, não basta que o produto ou serviço apresente algum problema (defeito), É NECESSÁRIO QUE ESTE DEFEITO ATENTE CONTRA A SEGURANÇA OU SAÚDE DO CONSUMIDOR (ART. 8º E SEQUINTE), ofendendo a sua integridade. Veja, por exemplo, a hipótese da compra de um liquidificador. Se o consumidor adquire este produto (liquidificador) e, ao usá-lo pela primeira vez, a lâmina se desprende por defeito de fabricação e corta a mão do consumidor, há tipicamente “Fato SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 299 - do Produto”; ou seja, há a conduta culposa do fabricante que não apertou corretamente a lâmina; há o dano EXTRÍNSECO ao produto representado pelo corte na mão do consumidor e, por fim; o nexos de causalidade na medida em que o dano

decorreu diretamente da conduta culposa do fabricante do liquidificador. Ou seja, TÍPICAMENTE HÁ RESPONSABILIDADE CIVIL do fabricante e este evento convencionou - se nominar "acidente de consumo".

Doutro lado, não se trata o "VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO" de "RESPONSABILIDADE CIVIL", MAS SIM DE "INADIMPLEMENTO CONTRATUAL ", ou seja, o fabricante do produto NÃO ENTREGA o bem ou serviço tal qual contratado vez que este NÃO SE PRESTA À UTILIDADE a que foi desenvolvido; porém, o problema e s tá INTRÍNSECO ao produto. Mantendo o exemplo da compra do liquidificador, considere a hipótese do consumidor, ao usá -lo pela primeira vez, perceber que o alimento NÃO É DEVIDAMENTE TRITURADO porque, percebe que a lâmina está "cega", sem o fio necessário ao cumprimento de sua tarefa. Veja que nesta hipótese não houve qualquer dano NO consumidor; o produto não se presta à UTILIDADE a que se destina, ou seja, o fabricante DESCUMPRIU o contrato de compra e venda, pois não entregou o liquidificador em perfeitas condições. Esta é a SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 300 - clássica hipótese de VÍCIO DO PRODUTO prevista no artigo 18 do CDC. É comum que haja confusões, e não raras vezes, há impropriamente pedido de indenização por RESPONSABILIDADE CIVIL com base no artigo 18 do CDC, ao passo que SOMENTE PODERÁ HAVER PEDIDO com este provimento com base no artigo 12 do CDC. Por fim, lícito é observar que a previsão do artigo 18 do CDC também não se confunde com a responsabilidade por v í cio redibitório do direito civil; pois que, para a configuração deste o defeito deve ser OCULTO, enquanto que para o direito consumeirista não importa se o defeito é oculto ou aparente; o dever de substituir o bem ou devolver o valor correspondente em dinheiro subsistirá em qualquer hipótese. Neste sentido, a lição doutrinária: "Já no que concerne aos vícios, tratados a partir do artigo 18, o ponto se afigura de forma diferente; não se cuida de danos causados ao consumidor, ou eventual bystander, mas sim de um prejuízo patrimonial experimentado pelo consumidor em virtude de uma imperfeição do bem adquirido, que não lhe foi – obviamente – informada quando da aquisição. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 301 - A diferença encontra -se, portanto, na localização do fundamento fático da responsabilidade que reside, quanto aos vícios, na coisa em si e não em evento a ela relativo; não há causação de dano extrínseco ao produto ou serviço. O que há, em verdade, é a aquisição de um produto ou serviço permeados por imperfeições que os tornam impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhe diminuem o valor, consoante delimitação legal trazida pelo artigo 18." 3 No mesmo sentido: "O Código distingue dois modelos de responsabilidade: por vício de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e por danos causados aos consumidores, ditos acidentes de consumo. O art. 12 disciplina este último modelo, ocupando-se da responsabilidade do fornecedor por danos decorrentes dos vícios de qualidade dos bens, rectius , de defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, 3 Nunes Junior, Vidal Serrano. Código de Defesa do Consumidor interpretado. São Paulo: Saraiva, 2003. p.73. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 302 - montagem, fórmula, manipulação, apresentação ou acondicionamento dos produtos.

De acordo com o contrato fl. 94/98, o autor deve ao primeiro requerido o valor de R\$ 3.341,56(três trezentos e quarenta e um reais e cinquenta e seis centavos), e do contrato de fl. 109/114, o valor de R\$ 2.200,00(dois mil e duzentos reais), totalizando o valor de R\$ 5.541,56(cinco mil quinhentos e quarenta e um mil e cinquenta e seis centavos), sendo certo que no contrato não a prazo para o início e término do serviço, no contrato diz que o serviço se iniciara após o pagamento e depois da entrega dos materiais, sendo que os materiais foram entregue dia 22/07/2015, e o autor paralisou a obra em 24/07/2015 e em 05/08/2015 contratou outra empresa para executar a obra com valores maiores, tentando rescindir o contrato objeto da ação age com má-fé, para com os requerido, pois resta claro que impediu o requerido de resolver o problema, para tentar rescindir o contrato e pagar por um outro produto.

A responsabilidade por danos decorre da propagação do vício de qualidade, alcançando o consumidor e inclusive terceiros, vítimas do evento (cf. art. 17), e supõe a ocorrência de três pressupostos: a) defeito do produto; b) *eventus damini*; e c) relação de causalidade entre defeito e o e vento danoso.” 4 Quanto ao vício do produto e ao comentar o artigo 18 do CDC, leciona o mesmo autor: “De resto, a responsabilidade por vícios de qualidade ou quantidade não se identifica ontologicamente, com a responsabilidade por danos, nem recorre a fatores extrínsecos, envolvendo a apuração da culpa do fornecedor. Este modelo de responsabilidade, a nosso aviso, é consectário do inadimplemento contratual: o fornecedor tem a obrigação de assegurar a boa execução do contrato, colocando o produto ou 4 Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 177. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 303 - serviço no mercado de consumo em perfeitas condições de uso ou fruição.” 5 Estando, pois, bastante evidenciada a diferença dos institutos mencionados; trataremos, adiante, de subsumir o fato apresentado pelo autor à correta tipificação legal, o que não comportará maiores ilações porquanto evidente no pedido de mérito formulado.

A pretensão do Autor está em haver a RESCISÃO CONTRATUAL e a INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS que, evidentemente somente tem cabimento quando observada a RESPONSABILIDADE CIVIL do fornecedor; esta, como já observado, assentada na existência dos três elementos já mencionados. Por esforço argumentativo, aceitando os fatos como postos pelo Autor, têm-se a seguinte conclusão: a) a conduta ilícita dos Réus reside em fornecer produto com defeito de fábrica; b) o dano é a insatisfação e desconforto gerados ao autor em razão da perda de confiabilidade do bem e também por conta de um sonho *Idem*. p. 201. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 304 - problemas, assim como sujeitar-se a indisponibilidade do bem enquanto realizados os consertos; veja que o dano é EXTRINSECO ao produto, posto que ocorreu NO consumidor, pois este teve a SUA intimidade violada; c) o nexos de causalidade entre o dano que somente ocorreu por conta da conduta ilícita descrita. Está-se, pois, diante da hipótese prevista no artigo 12 do CDC; ou seja, pedido de indenização por danos morais em razão de “FATO DO PRODUTO”. Ora, havendo então caracterizado o pedido de condenação a indenização por danos morais com base no artigo 12 do CDC – fato do produto – importa em

reconhecer a ILEGITIMIDADE da Segunda Ré, que somente recebeu parte do valor do contrato e repassou a primeira reclamada. Isto porque, o artigo 12 "caput" é TAXATIVO ao impor a responsabilidade pelo FATO DO PRODUTO ao FABRICANTE, PRODUTOR, CONSTRUTOR (NACIONAL OU ESTRANGEIRO) E AO IMPORTADOR. O comerciante possui responsabilidade SUBSIDIÁRIA e responde somente quando NÃO CONHECIDO aquele SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 305 - originariamente legitimado pelo "caput" do art. 12 para responder pelo dano, conforme consta expressamente do artigo 13 do CDC. Incasu, o fabricante do produto é conhecido e já integra a presente lide, pelo que É A ÚNICA RESPONSÁVEL pela eventual composição do dano moral eventualmente experimentado pelo Autor, não podendo, POR VEDAÇÃO EXPRESSA DO CDC, recair a responsabilidade sobre a pessoa adversa do contrato (MARIA MALVINA SIMOES ME). Portanto, revela - se a ILEGITIMIDADE PASSIVA da Segunda Ré MARIA MALVINA SIMOES ME para compor o polo passivo da presente demanda, QUANTO AO PEDIDO DE CONDENAÇÃO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, pelo que deverá ser extinta sem resolução de mérito nos termos do artigo 267, VI do CPC. 04. DO MÉRITO Superadas as questões preliminares suscitadas e alcançado o mérito, o que se admite por força do respeito ao princípio da eventualidade, a presente demanda deverá ser julgada IMPROCEDENTE como a seguir será analisado. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 306 - 05. DA AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS À LUZ DO CDC. Para a perfeita solução da presente demanda cabe, nesta oportunidade, analisar a questão do ônus probatório especialmente por conta do texto inserto no artigo 6º, VII I do Código de Defesa do Consumidor e o pedido expresso do Autor de ver declarada a inversão do ônus da prova. Para tanto, antes é necessário delimitar "qual fato" será objeto de prova. Da aná lise do contexto da demanda, verifica - se que o controvertido não está somente na existência, mas também reside na suposta "ausência de credibilidade" e durabilidade do bem e eventual risco à segurança do Autor e sua família. Somente através de prova pericial é que se poderá alcançar a satisfatória resposta a tal questionamento. Isto porque, NÃO HÁ COMO AS RÉS trazerem provas de que do defeito FOI CAUSADO PELA INSTAÇÃO OU PELO PRODUTO e que O PRODUTO APRESNTOU DEFEITO NO DIA SEGUINTE APÓS SER INICIADO A INSTALÇÃO, SEM A PRESENÇA DO REQUERIDO, E O MESMO NÃO FOI EXAMINDADO POR NENHUM TECNICO. Porém, a realização de eventual perícia deverá ser promovida PELO AUTOR sob pena de, não o fazendo, A DEMANDA SER JULGADA IMPROCEDENTE por absoluta AUSÊNCIA de provas quanto aos alegados riscos. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 307 - O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, VIII determina a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa do consumidor em juízo DESDE QUE, a critério do Juiz, forem identificadas a VEROSSIMILHANÇA e a HIPOSSUFICI ÊNCIA do consumidor. Portanto, a inversão do ônus não é INERENTE aos processos que envolvem relações de consumo TAMPOUCO OBRIGATÓRIA. Neste sentido: 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de

experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. (STJ – 3ª T. REsp 122505/SP. Fonte DJ 24.08.1998 p. 71. Relator Carlos Alberto Menezes Direito). Portanto, para que haja a inversão do ônus HÁ QUE HAVER um PRESSUPOSTO ou INÍCIO DE PROVA ou, emprestando terminologia do direito penal, deve haver "JUSTA CAUSA" para a demanda, sob pena de serem promovidas ações totalmente descabidas onde, em razão da inversão do ônus e da impossibilidade evidente de se produzir provas negativas, o consumidor obtenha êxito sem lastro em verdadeiro direito. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 308 - Assim, se pretender a procedência da demanda compete ao Autor demonstrar que o defeito ainda não foi sanado e que há IMINENTE risco de, mesmo se reparado, ocorrer novamente. A ausência da demonstração de existência do defeito afastará derradeiramente a necessária "verossimilhança" às alegações do Autor e que poderia ensejar eventual inversão de ônus. Sobre a Verossimilhança leciona Rizzato Nunes: "Para a sua avaliação não é suficiente, é verdade, a boa redação da petição inicial. Não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Isto é, não basta relatar fatos e conecta-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial" 6 No mesmo sentido José Geraldo Brito Filomeno: "É evidente, entretanto, que não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor, que isso dependerá, a critério do Juiz, da 6 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2005. p.739. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 309 - verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência. Ou, melhor explicando e socorrendo - nos mais uma vez de exemplos: se o acidente se verificou não por imprudência do motorista ou por um buraco na pista, fatores tais que eventualmente também poderiam ter causado a quebra da roda (...) Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse de oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor."

Ora, Excelência, o Autor NÃO TRAZ SEQUER INDÍCIO DE PROVA de que o alegado defeito FOI CAUSADO PELOS REQUERIDOS, pelo que, de acordo com tudo o que foi já exposto, a demanda deverá ser julgada improcedente POR AUSÊNCIA DE PROVA, não podendo vigir in casu a inversão do ônus da prova, descurando - se, a seu turno, o autor do ônus que lhe impõe o artigo 333, I do Código de Processo Civil. 06. DO PROVIMENTO PRINCIPAL 7 FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 142/3. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 310 - O Autor pede em sua inicial, por consequência dos fatos por ele narrados, o seguinte: d) CONDENAR os Réus solidariamente à sucessivamente: 1) restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada; b) substituição do produto por outro da mesma espécie,

em perfeitas condições de uso; c) abatimento proporcional do preço. O pedido é lastreado no artigo 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor que determina tais providências, à escolha do consumidor, quando o produto ou serviço apresentar vício e este não for satisfatoriamente sanado. O Autor alega ainda, e traz notícia redes sociais que ora se impugna, que a requerida casa santa causa prejuízo a outras pessoas também e que motivariam a insegurança alegada, são comuns em todos os serviços produzidos pela Primeira Ré. Todavia, neste ponto também não assiste razão ao Autor. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 311 - Primeiramente cumpre ressaltar que a Segunda Ré, ora contestante, é mera recebedora de parte do valor contratado e que repassou a primeira requerida. Dessa forma, não obstante sua responsabilidade SUBSIDIÁRIA nos termos do CDC na qualidade de parte não existe, é fato que a Segunda Ré NÃO efetuou contrato com o autor nem participou de serviço ou vendeu produto de sorte que não pode responder quanto à existência de defeito na execução de serviço ou venda de produto ao Autor. Daí porque o Código de Defesa do Consumidor PREVÊ claramente a POSSIBILIDADE de o bem durável apresentar algum defeito E NÃO PUNE O FABRICANTE OU COMERCIANTE pelo simples fato de o defeito ter se manifestado. O CDC pune o fabricante SOMENTE em duas hipóteses: a) com responsabilidade objetiva em caso de FATO DO PRODUTO quando o dano é EXTRÍNSICO e atinge o consumidor; b) quando apresentado o defeito e dada a oportunidade de reparo o fabricante não o realiza no prazo de trinta dias. Esta seria a hipótese do caso em análise. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 314 - O veículo do Autor não causou ABSOLUTAMENTE NENHUM DANO AO AUTOR (CONSUMIDOR) OU SUA FAMÍLIA. De sorte que se trata, portanto, do direito de GARANTIA. A GARANTIA nada mais é do que o DIREITO do fabricante/comerciante, conforme o caso, de REPARAR o produto que tenha apresentado defeito. O direito do consumidor de pleitear as hipóteses do § 1º do mencionado artigo NASCE quando, oportunizado o reparo, este não ocorre no prazo de 30 dias. Somente APÓS o trigésimo dia é que o consumidor poderá exercer as faculdades ora em análise. No caso presente os fatos ocorreram da seguinte forma. O Autor contratou com o primeiro requerido em 10/07/2015 adquiriu uma piscina em 22/07/2015 a piscina alega o autor apresentou defeito, mas não efetuou perícia para apurar a responsabilidade, não deixou o requerido resolver o problema e em 05/08/2015 comprou outro produto, caso estranho, somente pleiteia a rescisão do contrato com pedido de danos morais, sem nem ao menos aguardar o prazo legal para que o requerido resolvesse o suposto defeito, Ré pessoalmente conversou com o Autor explicando detalhadamente qual seria o procedimento a ser adotado, consequências e sua complexidade, SE CASO FICASSE EVIDENCIADO QUE O DEFEITO DE FATO TERIA SE APRESENTADO. O autor NÃO PERMITIU QUE A REQUERIDA RESOLVESSE O PROBLEMA.

No tópico anterior, restou cabalmente demonstrado que NÃO HOUVE qualquer conduta ilícita das RÉS a ensejar a indenização, agindo ambas no estrito atendimento a suas obrigações o que já exclui qualquer responsabilidade civil. Não obstante, em atenção ao princípio da eventualidade, mesmo que Vossa Excelência entenda pela existência de ato ilícito, é certo que não há como prosperar o pedido de indenização por danos morais. Isto porque, o Autor NÃO INDICOU NA NARRATIVA DOS FATOS, OU MESMO

NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO PEDIDO, qual o fato DETERMINADO que tenha sido o provocador do abalo moral. Somente divagou com ilações sem qualquer suporte fático, deixando de indicar em que realmente consistiu o postulado “dano moral”. Não se trata, nesta hipótese, de admitir-se o “dano moral presumido” como nos casos de protesto indevido. Haveria o SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 319 - Autor de demonstrar CONCRETAMENTE qual o dano moral a que esteve sujeito por conta da conduta das Rés. As Rés prezam por todos seus clientes e procuram sempre dar atendimento condigno e condizente com o mercado competitivo a que está inserido. Isto pressupõe um atendimento cortês e eficiente. A escolha pela compra do PRODUTO é prerrogativa do cliente que, dentre as várias opções do mercado, opta por aquela que melhor atende a seus anseios e desejos. Assim, ao optar pelo produto oferecido pela Ré, o Autor alcançaria um objetivo e realizaria um desejo; sentimento que, ao contrário de gerar danos morais; causa satisfação, orgulho e regozijo. No que tange ao dano moral, é de se observar que atine ele essencialmente aos direitos de personalidade. Nesse sentido: Nesta linha de raciocínio, o dano moral pode ser conceituado como uma lesão aos direitos da personalidade. Não há dano moral fora dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são atributos essenciais e inerentes à pessoa. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 320 - Concernem à sua própria existência e abrangem a sua integridade física, psíquica ou emocional, sob os prismas espiritual, social, afetivo, intelectual ou social. Assim, se uma conduta repercute em danos à pessoa, sofrendo ela lesão em sua individualidade, há o dano moral. 8 O que essa premissa inicial revela, portanto, é que o dano moral enverga componente eminentemente extraordinário, que se sobressai das conseqüências meramente corriqueiras observadas quando da prática de um ilícito contratual ou extracontratual. Essa noção, aliás, advém da idéia de que a vida em sociedade é essencialmente impregnada de adversidades, dificuldades, desentendimentos e sobressaltos. Frustrações e incômodos ordinários, portanto, são elementos que, apesar de negativos, devem ser suportados por todos, e não há que se falar em recomposição financeira em razão disso. Não é, pois, qualquer ilicitude que rende ensejo ao dano moral. É preciso que ela seja de tal monta que suas conseqüências transpassem as raias do comum, de modo a provocar, fundamentadamente, abalo emocional ou psicológico na 8 ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. Impetus. 3a ed., 2004. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 321 - vítima, a render ensejo à compensação financeira mediante respectiva indenização. Esse cenário, com todo o maior respeito, não me convence de que cabível a indenização pelo dano moral, reforçando, ao revés, a minha convicção de que é impertinente a condenação diante da descrição feita pela própria parte dos dissabores que passou. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 324 - Assim, diante da ausência de comprovação concreta da ocorrência do dano moral, ônus que competia ao Autor, não há que se falar em dever de indenizar.

DO QUANTUM INDENIZATÓRIO Por fim, caso haja condenação em danos morais, o que não se espera, cumpre consignar os parâmetros balizadores para a sua fixação. Não há qualquer critério objetivo para fixação do valor da indenização por danos

morais, porém a jurisprudência vem firmando entendimento de que tal valor deve considerar os seguintes elementos: a) extensão do dano; b) capacidade econômica do ofendido e c) capacidade econômica do ofensor. No caso concreto, não houve qualquer dano demonstrado pelo Autor; caso se entenda pelo desconforto ou dissabor indenizável, o valor deve ser condizente com o MÍNIMO dano sofrido, considerando que não fugiu à esfera íntima. Também não há provas quanto à capacidade econômica do Autor, de sorte que o valor não pode implicar em enriquecimento sem causa caso fixado em valores elevados. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 325 - A capacidade econômica do ofensor jamais pode representar autorização para a fixação de indenização que represente um enriquecimento à vítima, agregando patrimônio, especialmente diante do caráter compensatório da indenização; o que jamais pode representar aumento de patrimônio. Por fim, é corrente o entendimento de que o simples reconhecimento da conduta ilícita e a punição já representa ao ofendido o necessário conforto de ver a conduta ilícita reconhecida e restabelecido o seu direito, de sorte que a decisão cumpriu a sua função independente do valor fixado. NESTE SENTIDO: E M E N T A : E M E N T A : - D A N O S M O R A I S - Q U A N T U M A R B I T R A D O D E A C O R D O C O M A S P E C U L I A R I D A D E S D O C A S O C O N C R E T O - M I N O R A Ç ã O I N D E V I D A - S E N T E N Ç A M A N T I D A P O R S E U S P R Ó P R I O S F U N D A M E N T O S . A i n s u r g ê n c i a r e c u r s a l r e c a i s o b r e s e n t e n ç a q u e j u l g o u p a r c i a l m e n t e p r o c e d e n t e a r e c l a m a ç ã o e c o n d e n o u o r e c l a m a d o a o p a g a m e n t o d e R \$ 2 . 0 0 0 , 0 0 , r e f e r e n t e à i n d e n i z a ç ã o p o r d a n o s m o r a i s . A l e g a o r e c o r r e n t e e x c e s s o n a c o n d e n a ç ã o a o p a g a m e n t o d e i n d e n i z a ç ã o a t í t u l o d e d a n o s m o r a i s , r e q u e r e n d o a r e d u ç ã o d o v a l o r a t r i b u í d o e m s e n t e n ç a c o n d e n a t ó r i a . " É p r e s u m i d a a e x i s t ê n c i a d e d a n o m o r a l , n o s c a s o s d e p r o t e s t o d e t í t u l o e i n s c r i ç ã o e / o u m a n u t e n ç ã o e m ó r g ã o d e p r o t e ç ã o a o c r é d i t o , q u a n d o i n d e v i d o s " (E n u n c i a d o n . º 0 8) . P A R A A F I X A Ç ã O D O D A N O M O R A L , N E C E S S Á R I O E J U S T O T O M A R C O M O C R I T É R I O D E A F E R I Ç ã O , A L É M D A G R A V I D A D E D O F A T O , T A M B É M A S I T U A Ç ã O F I N A N C E I R O - E C O N Ô M I C A D O S L I T I G A N T E S , S E M P R E C O M O C U I D A D O D E N ã O P R O P O R C I O N A R , P O R U M L A D O , U M V A L O R Q U E P A R A O A U T O R S E T O R N E I N E X P R E S S I V O E , P O R S O C I E D A D E E D I R E I T O E M R E V I S T A - R e v i s t a d o C u r s o d e D i r e i t o – A n o I - 2 0 0 9 – N . º 4 - p . 3 2 6 - O U T R O , Q U E S E J A U M A C A U S A D E E N R I Q U E C I M E N T O I N J U S T O , N U N C A S E O L V I D A N D O , A I N D A , D O E F E I T O I N I B I T Ó R I O Q U E D E V E R Á D E S E M P E N H A R A S A N Ç ã O P E C U N I Á R I A P E R A N T E O A G E N T E O F E N S O R . A s s i m s e n d o , a s e n t e n ç a o r a e m a p r e ç o , f i x o u d e f o r m a p r u d e n t e e p o n d e r a d a o v a l o r d a i n d e n i z a ç ã o , a t e n d e n d o a s p e c u l i a r i d a d e s d o c a s o e a s i t u a ç ã o f i n a n c e i r a d o s e n v o l v i d o s . R e c u r s o c o n h e c i d o e d e s p r o v i d o . M a n t i d a a s e n t e n ç a , c o m b a s e n o a r t . 5 5 d a L e i n . 9 . 0 9 9 / 9 5 f i c a o r e c o r r e n t e c o n d e n a d o a o p a g a m e n t o d a s c u s t a s p r o c e s s u a i s e d e h o n o r á r i o s a d v o c a t í c i o s , e s t e s a r b i t r a d o s e m 2 0 % (v i n t e p o r c e n t o) s o b r e o v a l o r a t u a l i z a d o d a c o n d e n a ç ã o . É o v o t o q u e p r o p o n h o D E C I S

ã O : D i a n t e d o e x p o s t o , e s t a T u r m a R e c u r s a l r e s o l v e , p o r u n a n i m i d a d e d e v o t o s , c o n h e c e r d o r e c u r s o e , n o m é r i t o , n e g a r p r o v i m e n t o a o m e s m o , n o s e x a t o s t e r m o s c o n s t a n t e s n a e m e n t a . (R e c u r s o : 2 0 0 7 . 0 0 0 8 0 8 6 - 7 - R e c u r s o I n o m i n a d o A ç ã o O r i g i n á r i a 2 0 0 7 . 2 0 6 4 5 C o m a r c a d e O r i g e m L o n d r i n a – 4 ° J E C J u i z R e l a t o r T E L M O Z A I O N S Z A I N K O D a t a d o J u l g a m e n t o 2 8 / 0 9 / 2 0 0 7 N ú m e r o d o A c ó r d ã o 2 4 3 1 5) A i n d a n o m e s m o s e n t i d o : R e c u r s o i n o m i n a d o : 2 0 0 7 . 0 0 1 1 5 8 0 - 0 / 0 3 ° J U I Z A D O E S P E C I A L C Í V E L D a c o m a r c a d e M a r i n g á R E C O R R E N T E : B r a s i l T e l e c o m s / a R E C O R R I D O : L O U R D E S M O N T E I R O S A N C H E Z R E L A T O R : H E L D E R L U Í S H E N R I Q U E T A G U C H I C Í V E L . R E C U R S O I N O M I N A D O . I N S C R I Ç Ã O I N D E V I D A . F R A U D E . F A L T A D E C A U T E L A D A C O N C E S S I O N Á R I A D E T E L E F O N I A A O I N S C R E V E R O N O M E D O C O N S U M I D O R N O S S O C I E D A D E E D I R E I T O E M R E V I S T A - R e v i s t a d o C u r s o d e D i r e i t o – A n o I - 2 0 0 9 – N . ° 4 - p . 3 2 7 - Ó R G Ã O S D E P R O T E Ç Ã O A O C R É D I T O . I N D E N I Z A Ç Ã O P O R D A N O M O R A L . R E D U Ç Ã O . 1 . L o u r d e s M o n t e i r o S a n c h e z p r o p ô s a ç ã o d e i n d e n i z a ç ã o c o b r a n ç a e m f a c e d e B r a s i l T e l e c o m S / A , a l e g a n d o q u e d e s c o n h e c e a s c o b r a n ç a s p e l a u t i l i z a ç ã o d e l i n h a t e l e f ô n i c a q u e n ã o s o l i c i t o u . A d e c i s ã o d a J u í z a l e i g a , h o m o l o g a d a p o r s e n t e n ç a , c o n d e n o u a r é a o p a g a m e n t o d e i n d e n i z a ç ã o p o r d a n o s m o r a i s n o v a l o r d e R \$ 3 . 5 0 0 , 0 0 e d e t e r m i n o u a b a i x a d a s r e s t r i ç õ e s d e c r é d i t o . A r é i n t e r p ô s r e c u r s o i n o m i n a d o a l e g a n d o a c o m p l e x i d a d e d a c a u s a . S u s t e n t a q u e a a u t o r a s o l i c i t o u a l i n h a t e l e f ô n i c a e f e z u s o d e l a . I m p u g n a a c a r a c t e r i z a ç ã o d o d a n o e o v a l o r a r b i t r a d o . 2 . O s d o c u m e n t o s q u e f o r a m j u n t a d o s p e l a r é s ó a p ó s a p r o l a ç ã o d a s e n t e n ç a p o d e m s e r e x a m i n a d o s n e s t a i n s t â n c i a , u m a v e z q u e a p r o d u ç ã o d a p r o v a f o i j u s t i f i c a d a e d e f e r i d a a i n d a n a a u d i ê n c i a d e i n s t r u ç ã o e j u l g a m e n t o . À a u t o r a f o i o p o r t u n i z a d a a m a n i f e s t a ç ã o n a s c o n t r a - r a z õ e s d o r e c u r s o . S O C I E D A D E E D I R E I T O E M R E V I S T A - R e v i s t a d o C u r s o d e D i r e i t o – A n o I - 2 0 0 9 – N . ° 4 - p . 3 2 8 - S ã o c e r t i d õ e s d a J u n t a C o m e r c i a l d o P a r a n á i n f o r m a n d o q u e a a u t o r a é s ó c i a d e u m a s o c i e d a d e c o m e r c i a l s e d i a d a e m M a r i a l v a - P r . , e q u e f o i s ó c i a d e o u t r a e m p r e s a a t é 1 5 d e d e z e m b r o d e 2 0 0 5 , t a m b é m e m M a r i a l v a - P r . O e x a m e i s o l a d o d e s s a i n f o r m a ç ã o n a d a a c r e s c e n t a n a s o l u ç ã o d a l i d e , s e a i n d a n ã o s e s a b e c o m q u e m a r é c o n t r a t o u a p r e s t a ç ã o d o s s e r v i ç o s d e t e l e f o n i a . N ã o é o c a s o d e a r é l a n ç a r d ú v i d a s , s u s p e i t a s , q u a n d o d e v e s i m p l e s m e n t e i n d i c a r c o m p r e c i s ã o e c l a r e z a c o m q u e m c o n t r a t o u e q u a n d o a c o n t e c e u o c o n t r a t o . C o m e f e i t o , a p r o v a q u e i m p o r t a d i z r e s p e i t o a c o n t r a t a ç ã o r e g u l a r d o s s e r v i ç o s d e t e l e f o n i a d a r é p e l a a u t o r a . E p r o v a n e s t e s e n t i d o n ã o f o i a p r e s e n t a d a . P o r i s s o , n ã o c a b e a g o r a t e r g i v e r s a r . V a l e d i z e r , n ã o r e s t o u c o m p r o v a d o n o s a u t o s q u e a a u t o r a t e n h a c e l e b r a d o q u a l q u e r n e g ó c i o j u r í d i c o c o m a r é , o q u e t o r n a o d é b i t o i n e x i s t e n t e e i n d e v i d a e a b u s i v a a i n s c r i ç ã o d o s e u n o m e n o s c a d a s t r o s d e ó r g ã o s d e r e s t r i ç ã o d e c r é d i t o . O c o n s u m i d o r q u e n ã o c e l e b r o u o c o n t r a t o , n ã o p o d e s e r i m p u t a d o c o m o d e v e d o r n e m p e n a l i z a d o c o m a i n c l u s ã o i n d e v i d a d e s e u n o m e n o s s e r v i ç o s d e r e s t r i ç ã o a o c r é d i t o e m r a z ã o d a S O C I E D A D E E D I R E I T O E M R E V I S T A - R e v i s t a d o C u r s o d e D i r e i t o – A n o I - 2 0 0 9 – N . ° 4 - p . 3 2 9 - v u l n e r a b i l i d a d e d o s i s t e m a d e c o n t r a t a ç ã o d a R e c l a m a d a . F o r m a d e c a p t a ç ã o d e c l i e n t e l a u t i l i z a d a p e l a R e q u e r i d a (p o r t e l e f o n e , s e m a u t o r i z a ç ã o e s c r i t a d o c o n s u m i d o r / c o n t r a t a n t e e s e m c o n f e r ê n c i a d e d o c u m e n t o s c o m a r e a l i d e n t i d a d e d o c o n t r a t a n t e) q u e p o t e n c i a l i z a a o c o r r ê n c i a d e f r a u d e s e e n s e j a o d e v e r d o f o r n e c e d o r d o s e r v i ç o d e a r c a r c o m a r e p a r a ç ã o d e e v e n t u a l d a n o c a u s a d o a

terceiro (aplicação da norma do artigo 17 da Lei nº8.078/90). Trata -se de responsabilidade pelo fato do serviço. 3. A criação de um débito sem causa impõe ao suposto devedor a imagem de mau pagador, no seu íntimo produz uma preocupação descabida, e traz aborrecimentos e contratempos até a regularização da situação. Enunciado n.º 8 da TRU/PR: "É presumida a existência de dano moral, nos casos de protesto de título e inscrição e/ou manutenção em órgão de proteção ao crédito, quando indevidos". Para fixação do valor da indenização decorrente de dano moral, muito embora disponha o Juiz de ampla liberdade para aferir o valor da reparação, deve perquirir todos os fatores inerentes aos fatos, à situação das partes, e a norma legal aplicável ao caso. SOCIEDADE E DIREITO EM REVISTA - Revista do Curso de Direito – Ano I-2009 – N.º 4 - p. 330 - Procura-se como se sabe, uma compensação mínima aos transtornos causados pelo ato abusivo, utilizando - se dos seguintes critérios, elaborados em consideração às peculiaridades do caso concreto. A quantidade de critérios é variável, conforme as circunstâncias de cada caso. a) caráter punitivo e premonitório da conduta ofensiva da recorrente; b) a condenação deve importar em quantia capaz de traduzir algum conforto espiritual pelo ultraje experimentado na honra da recorrida; c) o valor da condenação deve ser compatível com a estrutura e a capacidade econômica das recorrentes. CONTEMPLADAS ESTAS CIRCUNSTÂNCIAS, E CONSIDERADO O EPISÓDIO ISOLADO REDUZO O VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA R\$ 1.000,00. Recurso conhecido e provido em parte, para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 1.000,00, com correção monetária e juros de mora contados da data deste julgamento. Condena-se a recorrentes ao pagamento de 75% das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação. ACÓRDÃO Acordam os Juízes de Direito integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Paraná, à unanimidade, em conhecer e prover em parte o recurso nos termos do voto do relator. O julgamento foi presidido pelo Senhor Juiz Alexandre Barbosa Fabiani, com voto, e dele participou a Senhora Juíza Cristiane Santos Leite. Curitiba, 21 de dezembro de 2007. Helder Luís Henrique Taguchi Relator Portanto, caso haja a condenação à indenização por danos morais, requer desde logo que o valor a ser fixado por Vossa Excelência atenda aos critérios acima expostos e não represente enriquecimento sem causa ao autor.

Pedido contraposto, de acordo com o contrato fl. 94/98, o autor deve ao primeiro requerido o valor de R\$ 3.341,56(três trezentos e quarenta e um reais e cinquenta e seis centavos), e do contrato de fl. 109/114, o valor de R\$ 2.200,00(dois mil e duzentos reais), totalizando o valor de R\$ 5.541,56(cinco mil quinhentos e quarenta e um mil e cinquenta e seis centavos).

De acordo com o contrato a obra não tem prazo para o início e término, sendo que a obra se inicia após o pagamento e a entrega dos materiais, sendo que os materiais foram entregues dia 22/07/2015, conforme dito pelo autor na inicial, portanto o requerido está correto, devendo o autor pagar o que deve ao requerido o valor de R\$ 5.541,56(cinco mil quinhentos e quarenta e um mil e cinquenta e seis centavos), por ter dado causa a suspensão do trabalho impedindo que o requerido resolvesse o

problema da piscina, pois o requerido esta com todo o restante do material comprado para execução do contrato, inclusive a piscina, que pertence ao autor e este tem o dever de quitar o contrato com o requerido.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Requer seja condenado o Requerente na litigância de má-fé, nos termos do art. 17 e 18 do CPC, pelos seguintes motivos:

- Ingressar com a ação alterando a verdade dos fatos com o objetivo de enriquecer-se às custas do réu, provocando uma lide temerária, trazendo as barras da justiça fatos infundados e inverídicos conforme já mencionado.

Como se pode observar, o Autor alega que encontra-se impossibilitado de fazer uso da moto, e que, por ser policial, pessoa conhecida, aumenta o constrangimento, pelo fato de ter que frustrado seu sonho, mas comprou um produto mais caro.

No entanto, como se pode observar nas fotografias anexas, o requerente apresenta fotos do serviço sendo executado dentro do prazo acordado, e após ser iniciada a instalação da piscina, alega que o produto apresentou defeito mais não prova a culpa de quem era se do requerido que estava instalando ou do produto, como poderia ter sido causado pelo próprio autor, pois logo após comprou um outro produto de maior valor, e tenta rescindir o contrato em questão causando prejuízo aos requeridos, o que prova que o mesmo procura distorcer a verdade dos fatos.

Com a certeza de que, se julgada improcedente a referida ação, nada lhe acontecerá, por ser isento de custas e honorários, o requerente deve pautar-se com mais cautela e zelo ao movimentar a máquina judiciária, e o exercício imoderado desses direitos deve ser combatido pelo órgão jurisdicional.

A Justiça dá amplo direito de defesa às partes. O juiz deve ponderar, contudo, que, nos casos de assédio processual, **a finalidade desejada pelo assediador não é excluir seu adversário de tal relação, mas retardar a prestação jurisdicional e o cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente, em prejuízo da outra parte, reservando a esta todos os ônus decorrentes da tramitação processual.**

A jurisprudência é sedimentada quando ao assédio processual no sentido de que:

DANO MORAL PROCESSUAL – CONFIGURAÇÃO – ESPÉCIES – COMPETENCIA MATERIAL E FUNCIONAL. "Diz processual o dano que uma das partes causa à outra no curso do processo. Não se

distingue no processo, entre dano material e moral. Diferentemente do plano material em que todo dano é ressarcível, no plano processual, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, só é indenizável o dano que decorre de conduta subsumível a pelo menos um dos Standards previstos em lei. É competente para processar e julgar pedido de indenização por dano processual – moral ou material – o seguimento judiciário (competência material) e, dentro dele, o órgão jurisdicional que processa e julga a lide originária (competência funcional). TRT 1ª Região RO 00625-2005-065-01-001 – Ac. , 1ª T., 7/11/2006.

Entende-se, em linhas gerais, que assédio desta natureza consiste no exercício abusivo de faculdades processuais, da própria garantia da ampla defesa e do contraditório, pois, a atuação da parte não tem a finalidade de fazer prevalecer um direito que se acredita existente, apesar da dificuldade em demonstrá-lo em juízo, nem se cuida de construção de teses sobre assuntos em relação aos quais reina discórdia nos tribunais, a exemplo de uma matéria de direito, de interpretação jurídica, complexa e de alta indagação.

Nada disso. O verdadeiro propósito do litigante é dissimulado, pois, sob aparência de exercício regular das faculdades processuais, deseja um resultado ilícito ou reprovável moral e eticamente, procrastinando a tramitação dos feitos e causando prejuízos à parte que tem razão, a quem se destina a tutela jurisdicional, além de colaborar para a morosidade processual, aumentando a carga de trabalho dos órgãos judiciários e consumindo recursos públicos com a prática de atos processuais que, sabidamente, jamais produzirão os efeitos (supostamente lícitos) desejados pelo litigante assediador.

Em assim agindo, o litigante que pratica o assédio processual compromete a realização do processo justo.

O Judiciário, ao não reconhecer o assédio processual, quando presente, assume a condição, deliberada ou não, de aparelho ideológico do Estado, na pior de suas acepções, vestindo o figurino do personagem que tudo faz para ajudar a manter a ordem estabelecida pelas classes dominantes, ainda que injusta, e para convencer aos jurisdicionados que tudo está na mais absoluta normalidade.

O art. 187, do Código Civil de 2002, qualifica de ato ilícito aquele gerado pelo exercício imoderado de um direito, excedendo manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Como ensina Diniz:

O uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para o qual o direito foi estabelecido.

DOS PEDIDOS

Diante o exposto requer:

a) seja ACOLHIDA a preliminar de carência de ação e declarada a inexistência de interesse processual do Autor, complexidade da causa, extinguindo, por consequência, o presente feito sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 301, X e 267, VI, todos constantes do Código de Processo Civil.

b) seja ACOLHIDA a preliminar de ilegitimidade passiva da Segunda Ré MARIA MALVINA SIMOES ME e julgando EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO a presente demanda com fulcro no artigo 267, VI do Código de Processo Civil, quanto ao pedido de condenação à indenização por danos morais. c) Que, caso superada a preliminar, o que não se espera, que seja MANTIDO o ônus probatório ao Autor quanto à demonstração cabal da existência do alegado defeito, não havendo presentes os requisitos para a inversão do ônus previsto no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

d) No mérito, que seja a demanda JULGADA IMPROCEDENTE em todos os seus pedidos, diante da absoluta ausência de direito do Autor na sua pretensão inicial.

e) Sucessivamente e em atenção ao princípio da eventualidade, caso haja condenação em indenização por danos morais, que sejam observados os critérios informadores para a sua fixação não excedendo ao mínimo condizente com a extensão do dano sofrido pelo autor.

f) Pedido contraposto, de acordo com o contrato fl. 94/98, o autor deve ao primeiro requerido o valor de R\$ 3.341,56 (três trezentos e quarenta e um reais e cinquenta e seis centavos), e do contrato de fl. 109/114, o valor de R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais), condenando o autor a pagar ao primeiro requerido o valor de R\$ 5.541,56 (cinco mil quinhentos e quarenta e um mil e cinquenta e seis centavos), devidamente atualizado pelo IGPM e juros de 1% ao mês até a data do efetivo pagamento. *Por derradeiro em sede de pedido contraposto, com suporte no parágrafo 2º do art. 18, do CPC, requer seja condenado o autor a pagar o valor da indenização a ser fixado por esse H. Juízo, em razão da litigância de má-fé manifestamente comprovada nos autos.*

A produção de todas as provas em direito admitidas, em especial o depoimento pessoal das partes; a oitiva do autor e requeridos- testemunhas e a juntada de outros documentos que se fizerem necessários.

**Nestes Termos,
Pede Deferimento.**

Campo Grande, MS, 29 de Outubro de 2015.

**GILBERTO GARCIA DE SOUSA
OAB-MS 11.738**