


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São

Paulo-SP

Nº Processo: 1006022-53.2020.8.26.0003

Registro: 2021.0000011151

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Inominado Cível nº 1006022-53.2020.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são _____, _____ e _____, é recorrido TIM CELULAR S/A .

ACORDAM, em 4ª Turma Recursal Cível - Santo Amaro do Colégio Recursal - Santo Amaro, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos MM. Juízes ALEXANDRE DAVID Malfatti - SANTO AMARO (Presidente), ROGER BENITES PELLICANI - SANTO AMARO E ANALUÍSA LIVORATI OLIVA DE BIASI PEREIRA DA SILVA - SANTO AMARO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2021.

Alexandre David Malfatti - Santo Amaro
PRESIDENTE E RELATOR


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São

Paulo-SP

Nº Processo: 1006022-53.2020.8.26.0003

Recurso nº: 1006022-53.2020.8.26.0003

Recorrentes: _____, _____ e _____.

Recorrida: Tim Celular S/A

Voto nº 386.

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Mostra-se evidente que a empresa ré integra a cadeia de consumo. O aplicativo whatsapp utiliza-se do chip da empresa ré para viabilizar o uso do serviço de mensagens. Sendo assim, a TIM se beneficia dos serviço fornecido pelo aplicativo. Essa parceria é boa para os fornecedores (TIM e Whatsapp), mas também amplia a cadeia de responsáveis perante o consumidor, tudo nos termos do artigo 7º, parágrafo único e 34, ambos do CDC. DANOS MATERIAIS E MORAIS RECONHECIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A r. **sentença** (fl. 123) julgou improcedente a ação sob o argumento de inexistência de falha na prestação de serviços da empresa ré.

No **recurso inominado** (fls. 207/212), os autores insistiram na responsabilidade da ré na fraude ocorrida. No mais, pediram a reforma da sentença para condenar a ré no pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Houve **contrarrazões** (fls. 179/189).

É O RELATÓRIO.

PASSO A VOTAR.

O recurso merece conhecimento, porquanto tempestivo, sendo dispensado o preparo (fl. 177).



instância, a sentença deve ser reformada.

A análise do litígio passa, necessariamente, pela qualificação da relação jurídica travada entre as partes como uma relação de consumo, tornando aplicáveis as disposições da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC).

Nesta linha, cabe inicialmente a qualificação do evento danoso narrado pelos autores: **transferência de valores indevida em razão de fraude ocorrida através de clonagem do aplicativo whatsapp**. Trata-se de fato do serviço, na linguagem do Código de Defesa do Consumidor (CDC), disciplinado mais especificamente no artigo 14 daquele diploma legal.

Mostra-se evidente que a empresa ré integra a cadeia de consumo. O aplicativo whatsapp utiliza-se do chip da empresa ré para viabilizar o uso do serviço de mensagens. Sendo assim, a TIM se beneficia dos serviços fornecidos pelo aplicativo. Essa parceria é boa para os fornecedores (TIM e Whatsapp), mas também amplia a cadeia de responsáveis perante o consumidor, tudo nos termos do artigo 7º, parágrafo único e 34, ambos do CDC.

A empresa ré, diante da parceria estabelecida com o aplicativo de mensagens e da ampliação da cadeia de responsabilidade, falhou ao não fiscalizar o cumprimento dos procedimentos de segurança contra fraude pelo Whatsapp.

Este é o posicionamento desta 4ª Turma Recursal Cível, conforme se observou no Recurso Inominado Cível nº 1066006-05.2019.8.26.0002, Relator o MM. Juiz de Direito FABIO COIMBRA JUNQUEIRA, julgado em 13/11/2020, destacando-se a seguinte ementa:

"RECURSO INOMINADO _ CONSUMIDOR - CLONAGEM DE CHIP DE TELEFONE CELULAR _ WHATSAPP _ AUTOR QUE TRANSFERIU DINHEIRO A TERCEIRO APÓS CONTATO POR APLICATIVO DE PESSOA QUE ACREDITAVA ESTAR EM SUA LISTA DE AMIGOS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA - REGULARIDADE DOS SERVIÇOS NÃO DEMONSTRADA - DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS -



Nº Processo: 1006022-53.2020.8.26.0003

INDENIZAÇÃO FIXADA EM DECORRÊNCIA DOS TRANSTORNOS CAUSADOS PELA FALHA NA PESTAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE NÃO MERECE REPARO _ SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS NOS TERMOS DO ART. 252, DO REGIMENTO INTERNO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA EMPRESA REQUERIDA."

No mesmo sentido, confirmam-se precedentes do E. Tribunal do Estado de São Paulo, destacando-se as seguintes ementas:

"Apelação – Ação de indenização por danos materiais e morais – Prestação de serviços – Telefonia – Estelionato – Solicitação de transferência de dinheiro via Whatsapp – Cadeia de consumo – Responsabilidade objetiva – Sentença mantida. De acordo com a disposição dos artigos 14 e 18, do CDC, a responsabilidade dos fornecedores que integram a cadeia de consumo é objetiva e solidária ante a fato e vício do produto ou do serviço. Ficou demonstrado que o estelionato foi praticado utilizando o aplicativo de mensagens Whatsapp, o qual por sua vez, utiliza o número de telefone vinculado ao chip/aparelho. Dessa forma, se o consumo é iniciado com a contratação de uma linha telefônica para, depois, ocorrer o uso do aplicativo e a troca de mensagens, a requerida, na condição de operadora telefônica, faz parte da cadeia de consumo e deve ser responsabilizada por eventuais danos decorrentes destes serviços. Nada impede que eventual prejuízo cometido por terceiro possa ser arguido pela via adequada. Apelação desprovida, com observação."

(Apelação Cível nº 1005239-33.2020.8.26.0562, relator o Desembargador LINO MACHADO, 30ª Câmara de Direito Privado, julgado em 02/12/2020)

=====

"APELAÇÃO. TELEFONIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONE MÓVEL. CLONAGEM DE CHIP UTILIZANDO APLICATIVO DE MENSAGEM (WHATSAPP) PARA A PRÁTICA DE FRAUDE SOLICITANDO TRANSFERÊNCIA DE VALORES PARA OS CONTATOS DO TITULAR DA LINHA TELEFÔNICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). PROVA DOCUMENTAL SEGURA DOS PREJUÍZOS SUPOSTOS PELO AUTOR. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR RAZOÁVEL INDENIZATÓRIO



FIXADO EM R\$5.000,00. DESNECESSÁRIA REDUÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. No caso, o fato constitutivo do direito alegado na petição inicial trata da questão da clonagem do chip de telefone celular, cuja linha telefônica é administrada pela ré, sendo que a fraude se deu via aplicativo de mensagem WhatsApp, em que um terceiro desconhecido, em manifesta fraude, solicitava transferências de valores para os contatos do titular, além de realizar outras operações bancárias, empregando, assim, diversos prejuízos para o autor da presente demanda. Concessionária de serviço público de telefonia, a ré, atrai a responsabilidade sob a égide da teoria objetiva da culpa, além do risco do negócio que se comprometeu na prestação de um serviço eficaz e plenamente seguro, o que não cumpriu. Dano moral plenamente configurado pelo fato extraordinário suportado pelo demandante com claro constrangimento. Razoável o valor da indenização, não há como reduzi-la."

(Apelação Cível nº 1025286-20.2019.8.26.0576, relator o Desembargador ADILSON DE ARAUJO, 31ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/07/2020)

=====

"Ação de indenização por danos morais. Serviço de telefonia móvel. Clonagem de "chip". Invasão de conta de "whatsapp" por fraudadores que enviaram mensagens aos contatos do autor solicitando dinheiro. R. sentença de procedência, com apelo só da Concessionária requerida. Plena aplicação do CDC, bem assim de seus arts. 6º, VIII e 14. Conjunto probatório desfavorável à defesa. Requerida que não se desincumbiu de comprovar fatos impeditivos, modificativos ou mesmo impeditivos do direito do consumidor. Nada há nos autos a afastar a responsabilidade objetiva da requerida. Não há prova de culpa exclusiva do consumidor. Risco da atividade que deve ser suportado pelo fornecedor. Prejuízos anímicos vislumbrados. Observância aos princípios da equivalência e proporcionalidade. Intelção do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao apelo da Concessionária demandada."

(Apelação Cível nº 1001049-17.2020.8.26.0048, relator o Desembargador CAMPOS PETRONI, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22/07/2020)

=====



5

"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CLONAGEM DE CHIP DE TELEFONIA MÓVEL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO - FRAUDADORES QUE OBTIVERAM ACESSO À CONTA DE WHATSAPP DA AUTORA E ENVIARAM MENSAGENS A SEUS CONTATOS SOLICITANDO DINHEIRO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELA OPERADORA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ARTIGO 14 DO CDC - DANO MORAL EVIDENTE - AUSÊNCIA DE MAIORES CONSEQUÊNCIA - INDENIZAÇÃO, CONTUDO, QUE COMPORTA REDUÇÃO - RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

(Apelação Cível nº 1022827-06.2019.8.26.0007, relator o Desembargador CARLOS ABRÃO, 14ª Câmara de Direito Privado, julgado em 06/07/2020)

Concluindo-se, a ré deve responder pelo prejuízo experimentado pelos autores, diante da falha na prestação de serviços.

PASSO A FIXAR A INDENIZAÇÃO.

Acolho o pedido de indenização por danos materiais. Os autores comprovaram que a transferência dos valores se concretizou (fl. 46). Diante disso, condeno a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação, 03/08/2020, fl. 64) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir do evento danoso, 03/04/2019 – fl. 46).

Por fim, acolho o pedido de indenização por danos morais. Os autores passaram por transtornos e aborrecimentos passíveis de indenização ao serem vítimas de um golpe que trouxe grande prejuízo financeiro.

Oportuno o magistério de **José de Aguiar Dias** sobre o dano moral (in "*Da Responsabilidade Civil*", Forense, Tomo II, 4a. ed., 1960, pág. 775):



6

"Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão do direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não materiais."

No mesmo sentido, sobressai a lição do professor **Carlos Alberto Bittar** (in *"Reparação Civil por Danos Morais"*, RT, 1993, págs. 41 e 202) sobre a extensão jurídica dos danos morais:

"Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

“...

“Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade da reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa de análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto.” (negrito nosso).

As lições dos ilustres juristas servem de ponderação no caso presente. Em alguns acontecimentos, provado o fato danoso, surge como conclusão inafastável e independente de outras provas a obrigação de reparação dos danos morais. É o que ocorre, por exemplo, com a perda de um ente querido.



Do mesmo modo, entendo que se pode concluir que, uma vez provada a violação de direitos do consumidor, surgirá em seu benefício, *ipso facto*, o reconhecimento da indenização dos danos morais independente da análise subjetiva do sentimento do ofendido ou da produção de outras provas.

Ademais, numa sociedade de massa em que se privilegia o consumo e o crédito ao consumidor, torna-se fato notório a importância dada à existência de eventos danosos aos consumidores.

Preocupa-me a tese esposada por alguns intérpretes do Direito, diferenciando o dano moral dos transtornos causados pelo cotidiano, que não seriam indenizáveis. **A Constituição Federal concebeu a indenização dos danos morais sem qualquer restrição, não cabendo ao Estado (legislador ordinário ou juiz) diminuir o alcance de tão importante direito fundamental.**

Por isso, como regra ampla e geral, onde existir o desconforto, o transtorno, o incômodo, etc. haverá lugar para a indenização por dano moral. Logicamente, como exceção, os abusos (a patologia) deverão ser extirpados e combatidos, sem preconceitos e sem a preocupação com uma “indústria do dano moral”, pensamento, “*data venia*”, sem qualquer fundamento jurídico.

Sobre esta parte, colhe-se a magnífica manifestação do Min. **FRANCISCO REZEK** (participando do julgamento do recurso extraordinário já citado, **RT 740/205**), que vê na tímida atuação do foro cível - ao lado do foro criminal - uma das causas da sensação de impunidade do país:

“Volto agora ao que nos interessa: receio que seja também ideológica a leniência do foro cível - que responde, tanto quanto o foro criminal, pela imagem do “país da impunidade” - no domínio das relações do cidadão, visto na sua qualidade de consumidor, com todas as forças estabelecidas no plano econômico: o comerciante, o industrial, o prestador de serviços, o banqueiro, o próprio Estado-empresário. A tendência do Poder Público diante dos reclamos do consumidor sempre foi - neste país mais do que nos outros - a de reagir com surpresa. O que é isso ? Que história é esta ? Não é caso de



indenização; não é caso da pessoa sentir-se tão lesada; não é caso de pedir em

8

juízo reparação alguma. Parece-me que essa forma de leniência no foro cível deveria finalmente, à luz da CF/88, encontrar seu paradeiro, produzindo uma situação nova, condizente com os termos da Carta.” (negrito nosso).

Na verdade, o que se depreende dos autos é o controle insuficiente da empresa ré sobre os procedimentos de segurança relacionados à utilização do seu serviço, caracterizando um descaso com o consumidor.

Na jurisprudência, colhe-se o brilhante voto do Desembargador **Walter Moraes (RT 650/63)** que destaca a finalidade compensatória da reparação do dano moral, negando sua função punitiva mas admitindo que deva ter o condão de inibir o ofensor:

*"O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação - como se tem feito às vezes - porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que aproximativa estimativa. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade da equiponderância de valores, tem outro sentido, como anota Windscheid acatando opinião de Wichter: **compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário** (nota 31 ao parágrafo 455 das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiá-la em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia (El Daño Moral, p. 28), "uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido", pois "o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimativa dos padecimentos, o temor das conseqüências definitivas ou transitórias do dano emergente" (p. 154). A eficácia da contrapartida pecuniária não está na aptidão para*



proporcionar a satisfação em justa medida, de modo que tão pouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas esta em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual ou novo atentado. Trata-se,

9

*então, de uma estimacão prudência, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria, para os estados d'alma humana, e que deve ser feita pelo mesmo juiz ou, quando muito, por outro jurista; inútil sempre por em açãõ a calculadora do economista ou do técnico em contas. É nesse sentido que o citado Brebbia, na sua excelente monografia sobre o dano moral, assinala alguns elementos que se devem levar em conta na fixacão do reparo: a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situacão familiar e social, reputacão), a gravidade da falta (**conquanto não se trate de pena**, a culpa da açãõ implica na gravidade da lesão), a personalidade (as condições) da autora do ilícito (p. 119)".*

(negrito nosso).

Concluindo, também entendo que a finalidade principal da reparacão centra-se na **compensacão** destinada à vítima, como forma de aliviar (se não for possível eliminar) a lesão experimentada. Todavia, em determinados casos, também a **funçãõ inibitória** (uma ideia aproximada à da sancão civil) assume relevante papel, a fim de que o ofensor seja punido de tal forma a não praticar atos similares.

Nas ofensas cometidas contra os consumidores, a funçãõ inibitória assume destacada importância, sendo imprescindível que a indenizacão possa persuadir - desestimular - o fornecedor (ofensor).

Na hipótese sob exame, revelando-se significativa ambas as funções compensatória e inibitória, entendo que a indenizacão do dano moral deve ser fixada em única parcela de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

DISPOSITIVO.



Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES, julgando-se procedente a ação em face de TIM S/A, condenando-a ao pagamento em favor dos autores em solidariedade ativa, nos seguintes termos:

10

(a) indenização por danos emergentes no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação, 03/08/2020, fl. 64) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir do evento danoso, 03/04/2019 – fl. 46).

(b) indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). A quantia será acrescida de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação, 03/08/2020, fl. 64) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP), a partir do julgamento de segundo grau.

Não há espaço para incidência de honorários de advogado, porque não verificada situação do artigo 55 da Lei nº 9.099/95.

ALEXANDRE MALFATTI

Juiz Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São

Paulo-SP

Nº Processo: 1006022-53.2020.8.26.0003