APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041872-60.2010.815.2003

RELATOR: Juiz Carlos Antônio Sarmento (convocado para substituir o Desembargador José Aurélio da Cruz
APELANTE: Diane Gomes Costa da Silva e Orlando José da Silva
ADVOGADO: Marcílio Evangelista de Souza
APELADO: FLP - Forever Living Products Brasil Ltda
ADVOGADOS: José Augusto Leal e Alexandre Espínola Catramby

ACÓRDÃO

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ATO PRATICADO POR REPRESENTANTES COMERCIAIS DA PROMOVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. PRELIMINAR DE REVELIA. EFEITOS. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO NA VIA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO TEMPORAL. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE PROVA DO NEXO CAUSAL E DA CONDUTA COMISSIVA E OMISSIVA DA RÉ. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. ÔNUS QUE CABIA AOS PROMOVENTES E DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIRAM. DESOBEDIÊNCIA À REGRA DO ART. 373, I, DO NCPC. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. **DESPROVIMENTO DO APELO.**

1. Segundo o art. 1.014, do NCPC, é vedado ao recorrente levantar questões novas em sede de apelação, a não ser que se trate de fatos não arguidos em primeira instância por motivo de força maior ou de fatos supervenientes à sentença, o que não é a hipótese dos autos em

que se propõe decreto de revelia por intempestividade no oferecimento da contestação.

2. Inexistente, no caso, comprovação de que a parte promovida concorreu, fosse por conduta comissiva ou omissiva, para a eclosão do evento que ocasionou os alegados danos morais, não há que se lhe imputar qualquer responsabilidade, sendo certo que esta deve ser atribuída, com exclusividade, a quem praticou a conduta danosa, ensejando, assim o reconhecimento do fato de terceiro, excludente do nexo de causalidade e, em consequência, do dever de indenizar.

3. Apelo que se julga desprovido.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, por igual votação, negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 245.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Diane Gomes Costa da Silva e Orlando José da Silva**, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação de anulação de débito c/c indenização por danos morais movida pelos apelantes em desfavor da **Hipercard Administradora de Cartões de Crédito Ltda e FLP - Forever Living Products Brasil Ltda,** na qual a magistrada da 4ª Vara Regional de Mangabeira, julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC/1973.

Traduzem os autos que os promoventes se tornaram revendedores da FLP - Forever Living Products Brasil Ltda, através do casal Margarete e Laelson (apontados como gerentes da promovida), e que, estes, de posse de um formulário em branco assinado pelo segundo promovente, bem como da cópia do cartão de crédito do mesmo, requisitaram, de forma fraudulenta, produtos da apelada, tendo em vista a não autorização dos autores para tanto, o que ensejou a negativação junto aos cadastros de restrição ao crédito.

Tendo o Hipercard Administradora de Cartões de Crédito Ltda celebrado acordo com os promoventes às fls. 87/89, o processo fora

extinto (fl. 92), nos termos do art. 269, III, do CPC/1973, excluindo-o, por óbvio, da relação processual.

Conclusos, sobreveio sentença de improcedência, conforme acima reportado.

Irresignados, os autores apelaram às fls. 183/192. Em suas razões recursais, arguiram, preliminarmente, a revelia da ré/apelada. No mérito, afirmam, em síntese, que há nos autos provas suficientes que demonstram a conduta comissiva ou omissiva da empresa FLP, bem como o nexo causal, havendo, portanto, a ocorrência de efetivo fato danoso, o qual enseja condenação por danos morais.

Contrarrazões às fls. 206/215, pela manutenção da sentença.

Parecer Ministerial às fls. 234/237, pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, não se manifestou.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que cinge-se o debate acerca da responsabilidade civil da FLP - Forever Living Productos Brasil Ltda., em decorrência de lançamento de créditos na fatura do cartão de crédito Hipercard dos promoventes, aqui apelantes, que ensejou a negativação de seus nomes junto a órgãos restritivos de crédito, atribuindo isso a uma fraude praticada pelo casal Margarete e Laelson, apontados como gerentes da empresa apelada.

Pois bem. Observa-se nos autos que o Juízo *a quo* prolatou sentença de improcedência dos pedidos dos autores, aqui apelante, relativamente ao dano moral reclamado, por ter restado "*comprovado que os Senhores Margarete e Laelson não possuem vínculo empregatício com a referida empresa, pois no contrato de distribuição analisado, há cláusula expressa que aduz que os revendedores não são empregados, representantes ou procuradores da* mesma", e que, apesar de verificado o dano, "*pois os autores de fato sofreram prejuízos com a inserção de seus nomes nos Órgãos de Proteção ao Crédito, além da questão financeira*", contudo, "*não restou provado se houve ação ou omissão por parte da empresa FLP, logo a mesma não deverá responder pelas consequências do narrado na inicial*".

Dessa decisão recorrem os autores, suscitando **preliminar em que pede a decretação da revelia da ré/apelada por intempestividade no oferecimento de sua contestação**, segundo diz, e, no mérito, alegam que as provas coligidas aos autos comprovam, além

da existência do prejuízo moral reclamado, a conduta ilícita da empresa, e o nexo causal entre esta e aquele, elementos que condicionam o dever de indenizar por danos morais.

Não assiste razão aos apelantes.

Prefacialmente, em relação a preliminar de revelia da apelada, suscita nas razões recursais, preconiza o art. 1.014 do novo Código de Processo Civil, que é vedado ao recorrente levantar questões novas em sede de apelação, a não ser que se trate de fatos não arguidos em primeira instância por motivo de força maior ou de fatos supervenientes à sentença, o que não é a hipótese aqui tratada.

O fato é que não foi tal questão suscitada oportunamente pelos autores/apelantes, ou seja, quando da impugnação à contestação ofertada pela ré/apelada, ou por ocasião da audiência de conciliação e instrução, ou mesmo em qualquer outra fase processual anterior à sentença. Portanto, precluiu para os apelantes o direito de invocar, nesta fase processual tal questionamento, razão pela qual **rejeito o pedido preliminar suscitado.**

Quanto ao mérito, e na espécie, entendo, em consonância com o Juízo sentenciante, que não há provas nos autos capazes de identificar a empresa apelada como empregadora do casal apontado como seus representantes ou prepostos (Margarete e Laelson) que, segundo os autores, ao fraudarem a compra de seus produtos, gerou débitos na fatura de seus cartões de crédito que eclodiram na negativação de seus nomes junto aos cadastros de restrição ao crédito.

Por outro lado, colhe-se das provas trazidas com a inicial, que a negativação (fls. 17/18) do nome de um dos autores, tem como credor o Hipercard Administradora de Cartões de Crédito Ltda., e não a empresa apelada.

Ademais, observa-se do contrato (cláusula 1, ítem 1.1.1) trazido com a inicial (fl. 41v), que o distribuidor trata-se de um mero revendedor de produtos da empresa apelada, não sendo seu empregado, representante ou procurador, sendo-lhe vedado quaisquer compromissos ou obrigações em nome da FLP - Forever Living Products Brasil Ltda.

Portanto, se as provas trazidas aos autos não comprovam a condição do casal apontado como fraudadores, e culpados imediatos pelos prejuízos reclamados, como prepostos da empresa ré, tampouco como a responsável pela restrição cadastral denunciada, não há portanto como condená-la ao pagamento de indenização pelos prejuízos morais reclamados.

É dizer, pois, com o douto juízo sentenciante, em suma: "*[...] não restou provado se houve ação ou omissão por parte da empresa FLP, logo a mesma não deverá responder pelas consequências do narrado na inicial*".

Impõe-se seja também considerado, no caso, que os próprios autores reconhecem que quem praticou a conduta dita danosa, e que eclodiu na negativação denunciada, foi o casal Margarete e Laelson, que os enganando, e utilizando-se de formulário de compra assinado em branco (não preenchido) pelo segundo promovente, e de cópias de seus documentos de identificação pessoal, bem como do seu cartão de Crédito Hipercard, realizou furtivamente as compras junto à empresa ré, para pagamento mediante debitamentos nas faturas do cartão de crédito.

Informa a petição inicial, inclusive, que "*[...] os promoventes tomaram conhecimento de que OUTRAS PESSOAS FORAM IGUALMENTE VÍTIMAS DA MESMA FRAUDE PRATICADA PELA GERENTE MARGARETA E SEU ESPOSO LAELSON, inclusive, já objeto de ação judicial em trâmite [...]*".

Dessa conduta eclodiu a negativação e os danos materiais e morais reclamados na petição inicial, sendo que a Administradora do Cartão Crédito, num gesto exemplar de reconhecimento da falha de seu serviço, indenizou os autores por transação celebrada entre as partes, e homologada por decisão judicial (fls. 87/89 e 92).

Contudo, os autores insistem em que seja a empresa, aqui apelada, condenada em danos morais, no que se apegam, substancialmente, na "*Teoria do Risco Proveito*", considerando que "*A promovida lucrou sem tomar as precauções de verificar a legalidade da cobrança realizada no cartão de dos Promoventes, correu o risco, aproveitou-se e ganhou com a situação*."

Porém, não passam tais afirmações de mera conjectura, sem a mínima demonstração nos autos quanto a sua veracidade, sendo mais aceitado afirmar, pois, que a empresa recorrida foi tão vítima da fraude denunciada e perpetrada por terceiros quanto os próprios autores.

Conclui-se, assim, que não havendo, no caso, comprovação de que a apelada concorreu, fosse por conduta comissiva ou omissiva, para a eclosão do evento que ocasionou os alegados danos morais, não há que se lhe imputar qualquer responsabilidade, sendo certo que esta deve ser atribuída, com exclusividade, a quem praticou a conduta danosa, ensejando assim o reconhecimento do fato de terceiro, excludente do nexo de causalidade e, em consequência, do dever de indenizar, como previsto até mesmo no art. 14, § 3º, II, do CDC.

Em hipótese tal, já houve por assim decidir o Superior Tribunal de Justiça:

> *"[...] Assim, se o shopping e o cinema não concorreram para a eclosão do evento que ocasionou os alegados danos morais, não há que se lhes imputar qualquer responsabilidade, sendo certo que esta deve ser atribuída, com exclusividade, em hipóteses tais, a quem praticou a conduta danosa, ensejando, assim o reconhecimento do fato de terceiro, excludente do nexo de causalidade e, em consequência, do dever de indenizar (art. 14, § 3º, inc. II, CDC)". (REsp 1133731/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 20/08/2014) 3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1087717/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 15/03/2015).

Diante disso temos, igualmente, que não restou configurada a presença de todos os elementos exigidos pela nossa legislação civil em vigor para justificar o dever de indenizar da ré/apelada em relação aos autores/apelantes (CC, arts. 186 e 187): 1) existência do prejuízo moral reclamado, decorrente de 2) conduta ilícita atribuída à ré, devendo ser ressaltado que no caso não há que se falar sequer de responsabilidade que se diga objetiva, sobretudo por não configurada a relação de consumo, como isso bem observou também o juízo sentenciante; e, 3) nexo causal entre um e outro, tendo faltado, pois, a presença do nexo de causalidade.

No mais, girando a questão acerca também do "*onus probandi*", convém seja dito que tanto Código de Processo Civil revogado como o vigente, em seu art. 373, estabelece, que:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> **I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;**
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não há que se falar, no caso, de aplicação da regra de inversão do ônus da prova, contida no art. 6°, VIII, do Código de Defesa do Consumidor[1] (Lei 8.078/90). Isto, porque, ainda que fosse reconhecida a inexistência de relação consumerista, o que não é a hipótese tratada, para que o magistrado conceda a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, devem-se estar satisfeitos

1 Art. 6° São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério dojuiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

alternativamente seus requisitos de admissibilidade, quais sejam, quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente.

Assim, conclui-se que a inversão não é uma consequência obrigatória de lides que envolvem a relação de consumo. Ela depende da análise de todos os requisitos acima mencionados, devendo ser apurado em cada caso concreto pelo magistrado.

Nesse sentido, para BARBOSA MOREIRA[2] :

> "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."

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> "A *inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, 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. 6°, 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.***" (REsp nO122.505- Sp,da minha relatoria, Dl de 24/8/98). " [destaquei]

Destarte, não obstante os argumentos expendidos pelos apelantes, suas razões não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, rejeito a preliminar de revelia e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO AO APELO**, para manter incólume a sentença de primeiro grau.

É o voto.

Presidiu a Sessão o **Exmo. Sr. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides.** Participaram do julgamento, o Exmo. o Dr. Carlos Antônio Sarmento (Relator), Juiz convocado para substituir o Des. José Aurélio da Cruz, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida, Juiz convocado para substituir a Desª. Maria das Graças Morais Guedes e o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides.

2 MOREIRA.Carlos RobertoBarbosa. Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor (considerações adicionais). p. 582.

Presente ao julgamento a Exma. Dra. Ana Cândida Espínola, Promotora de Justiça convocada.

Sala de Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, João Pessoa, 06 de setembro de 2016.

Juiz Carlos Antônio Sarmento
Relator Convocado