

Agravo de Instrumento n. 4014868-13.2016.8.24.0000, de Concórdia
Relator: Des. Henry Petry Junior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA, CONSTITUTIVA E CONDENATÓRIA. DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. TUTELA PROVISÓRIA. - INTERLOCUTÓRIO NEGATIVO NA ORIGEM.

(1) TUTELA PROVISÓRIA. EXCLUSÃO DE RESTRIÇÃO. FATO DO SERVIÇO. INVERSÃO *OPE LEGIS* DO ÔNUS DA PROVA. PRESSUPOSTOS PRESENTES. DEFERIMENTO DEVIDO.

- Tratando-se de inscrição supostamente indevida no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito numa relação de consumo, porquanto fato do serviço, com relação ao qual há inversão *ope legis* do ônus da prova quanto à (in)existência do defeito do serviço, afirmada a ocorrência da inscrição sem que atendidas as exigências legais, vindo a alegação com lastro mínimo de verossimilhança, há de se ter por presente tal fato constitutivo do direito do consumidor.

(2) MULTA. PRESSUPOSTOS PRESENTES. CABIMENTO. PARÂMETROS DE INCIDÊNCIA.

- O juiz, ao conceder a tutela específica de qualquer obrigação, em sede provisória ou definitiva, poderá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, impor multa por tempo de atraso no cumprimento, cujo quantum deve ser definido com base, concomitantemente: a) no valor em litígio; e b) na capacidade econômico-financeira daquele a quem se dirige, restando adequado quando o importe tornar mais conveniente o cumprimento da obrigação do que a desconsideração da ordem judicial, cabendo a modificação do valor ou da periodicidade, uma vez verificadas as suas insuficiência ou excessividade, bem como a limitação do seu montante global, inclusive de plano.

DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento

n. 4014868-13.2016.8.24.0000, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é Agravante Perozin Indústria Metalúrgica Ltda e é Agravado Tim Celular S/A:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 16 de maio de 2017.

Henry Petry Junior
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

1 A decisão e as razões de recurso

Cuida-se de agravo de instrumento (fls. 1-12) interposto por Perozin Indústria Metalúrgica Ltda contra a decisão (fls. 83-86) prolatada pela Magistrada Lizandra Pinto de Souza, em 13-10-2016, que, nos autos da *"ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais e concessão de tutela provisória de urgência"* (autos n. 0302643-93.2016.8.24.0019), proposta em face de Tim Celular S/A perante a 2ª Vara Cível da comarca de Concórdia, indeferiu o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, dispensou a realização de audiência de conciliação e determinou a citação da ré.

Sustenta, em síntese, que: **[a]** contratou plano de telefonia móvel com a ré, contendo diversos números; **[b]** decorrido algum prazo do início do contrato, começaram a ocorrer oscilações em valores e número de aparelhos telefônicos, diferentemente da informação prestada quando da contratação; **[c]** tentou resolver a situação extrajudicialmente, com diversos protocolos que não foram atendidos, o que ensejou a troca da empresa do serviço de telefonia, realizando a portabilidade para outra operadora, quitando os valores devidos para a demandada até então; **[d]** em 7-12-2015 recebeu fatura com valores supostamente em abertos, os quais, segundo a nova operadora, não seriam devidos; **[e]** contactou a ré e abriu questionamento no Procon, recebendo a orientação deste órgão para não pagar a fatura; **[f]** meses após, recebeu a informação de que fora inscrita nos órgãos de proteção ao crédito; **[g]** *"ao contatar novamente o Procon, foi informada que deveria ingressar judicialmente para discutir os valores e a solução dos problemas com a Agravada"* (fl. 4); **[h]** então, ajuizou a presente demanda e postulou a exclusão de seu nome dos órgãos restritivos em sede de tutela provisória, ofertando em caução bens que superam o valor apontado na fatura que gerou a inscrição; **[i]** antes mesmo da portabilidade do plano para outra operadora foi soliticado o cancelamento das linhas telefônicas, que estavam ati-

vas mesmo sem conhecimento e solicitação da agravante, consoante correspondências eletrônicas datadas de junho de 2015; **[j]** a própria operadora para qual foi realizada a portabilidade confirmou o cancelamento das linhas residuais, com a existência de saldo para pagamento na fatura de novembro de 2015, o que foi devidamente realizado; e **[k]** a situação está gerando diversos prejuízos à demandante, que não consegue mais realizar compras a prazo.

Requer, por fim, seja: **[a]** preliminarmente, concedida a antecipação de tutela; e **[b]** no mérito, o interlocutório reformado a fim de que deferida a tutela antecipada de urgência e determinada a exclusão do nome da empresa autora dos órgãos de proteção ao crédito.

Instrui a peça inicial com os documentos às fls. 13-418.

Em decisão às fls. 422-426, a Desa. HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO indeferiu o pleito de tutela antecipada.

A parte recorrida intimada (fl. 431), deixou de apresentar contrarrazões (fl. 432).

Após redistribuição, vieram-me conclusos em 5-4-2017 (fl. 433).

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

2.1 Um esclarecimento necessário

A **segurança jurídica** é preceito assegurado em algumas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil, como no *caput* do art. 5º, e, ainda, no inc. XXXVI do mesmo dispositivo, o qual dispõe que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*", previsão repisada no *caput* do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujos §§ 1º a 3º conceituam os institutos.

Sob esse prisma, o Código de Processo Civil de 2015, em termos de direito intertemporal processual, regulando a sucessão de leis processuais no tempo e a sua aplicação aos processos pendentes, adotou a **regra *tempus regit actum***, nos termos de seu art. 1.046, impondo a aplicação imediata da lei processual a partir de sua entrada em vigor, em 18.3.2016 (art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015), mas, à luz do princípio da segurança jurídica, apenas aos atos pendentes, salvaguardando, portanto, o ato processual perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada, conforme melhor leitura do art. 14 do Código de Processo Civil de 2015.

A temática, para ser melhor compreendida, comporta exegese da **teoria do isolamento dos atos processuais**, pela qual, muito embora se reconheça o processo como um instrumento complexo formado por uma sucessão de atos inter-relacionados, advindo nova lei processual e se deparando esta com um processo em desenvolvimento, para fins de definir sua específica incidência ou não sobre cada ato, necessário se faz verificar se possível tomá-los individualmente.

Dessa forma, constata-se se os elementos do ato a ser praticado são efetivamente pendentes e independentes dos atos anteriores - aplicando-se, portanto, a lei nova - ou se possuem nexos imediatos e inafastáveis com um ato praticado sob a vigência da lei anterior, passando a ser tomados, enquanto depen-

dentes, como efeitos materiais dele - aplicando-se, assim, a lei antiga -, vez que imodificável a lei incidente sobre os atos anteriores, seja porque atos processuais perfeitos (uma vez consumados ao tempo da lei antiga), seja porque existente sobre eles um direito processual adquirido (uma vez passíveis de exercício ao tempo da lei antiga, com termo pré-fixo de início de exercício ou condição preestabelecida inalterável para o exercício).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1.404.796/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 26.3.2014), firmado, aliás, em sede de Recurso Especial Repetitivo (arts. 543-C do Código de Processo Civil de 1973; e 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015).

Dessa forma, tendo a decisão guerreada sido publicada já em vigência do Código de Processo Civil de 2015, o caso será analisado sob o regramento do novo Diploma.

2.2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.3 O mérito

2.3.a A natureza da relação jurídica

2.3.a.1 A introdução necessária

A relação jurídica caracteriza-se como sendo de consumo, na qual se aplicam os princípios e as regras do microssistema formado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando as suas partes se adequam às condições: **[a]** de

um lado, de **consumidor**, que pode ser: **[a.1] direto** (art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor); ou **[a.2] por equiparação** (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29, do Código de Defesa do Consumidor); e, **[b]** de outro, de **fornecedor** (art. 3º do Código de Defesa do Consumidor), sendo a incidência do diploma, enquanto dotados os seus dispositivos de caráter de matéria de ordem pública e de interesse social (art. 1º do Código de Defesa do Consumidor), cognoscível de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

1. Primeiro, o consumidor direto *"é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"* (art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor).

2. Segundo, o consumidor por equiparação é: **[a]** *"a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo"* (**terceiros intervenientes**) (art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor); **[b]** *"todas as vítimas do"* fato do produto ou do serviço (**terceiros vítimas**) (art. 17 do Código de Defesa do Consumidor); e **[c]** *"todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas"* comerciais e à proteção contratual (**terceiros expostos**) (art. 29 do Código de Defesa do Consumidor).

3. Terceiro, o fornecedor *"é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"* (art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor), sendo que: **[a] produto** *"é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial"* (art. 3º, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor); e **[b] serviço** *"é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista"* (art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto

submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.a.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e de fornecedor, a caracterizar a relação jurídica por elas mantida como sendo de consumo e, por consequência, ensejar a aplicação dos princípios e das regras do microssistema formado pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.3.b A tutela provisória

Sustenta a autora, em síntese, que realizou os procedimentos necessários para cancelamento das linhas telefônicas junto à ré, efetivando a transferência para outra operadora por meio da portabilidade, sendo que ofereceu caução suficiente para deferimento da tutela provisória e está sofrendo prejuízos com a manutenção do nome nos órgãos de proteção ao crédito, eis que não consegue mais realizar compras a prazo.

Socorre-lhe acerto, pelo o que se expõe sequência.

2.3.b.1 A introdução necessária

2.3.b.1.1 A tutela provisória

A **tutela jurisdicional** (arts. 3º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil) é oferecida, em regra, no fim do processo, enquanto **tutela definitiva** (art. 502 do Código de Processo Civil de 2015). Nada obstante, pode ser concedida em momento anterior, ou seja, antes de observado todo o devido processo legal (arts. 1º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil), razão pela qual é denominada de **tutela provisória** (arts. 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015).

Nessa perspectiva, a tutela provisória pode se fundar tanto em urgência quanto em evidência (art. 294, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015). A **tutela de urgência** (arts. 300 a 310 do Código de Processo Civil de 2015) tem vez quando não se puder aguardar até o fim do processo para a ob-

tenção da tutela jurisdicional, sob pena de prejuízo. A **tutela de evidência**, por sua vez, exsurge quando, independente da urgência, houver demonstração suficiente e qualificada da probabilidade do direito (art. 311 do Código de Processo Civil de 2015).

Sob esse prisma, a tutela de urgência pode ser tanto cautelar quanto antecipada (art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015). A **tutela cautelar** tem vez quando houver risco ao resultado útil do processo, pois o bem da vida pode ser danificado caso se espere até o fim da marcha processual. A **tutela antecipada**, a seu turno, exsurge quando houver perigo de dano, não se podendo aguardar até o deslinde final da lide para a obtenção do bem da vida objetivado.

Além disso, a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida tanto em caráter antecedente quanto incidental (art. 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015). A **tutela antecedente** é aquela requerida antes mesmo de iniciado o processo. A **tutela incidental**, a sua rodada, é aquela pleiteada no curso da demanda, inclusive na petição inicial.

Por fim, cumpre assentar os **requisitos** para a concessão da tutela de urgência e, ainda, da tutela de evidência.

A **tutela de urgência** pode ser concedida, com ou sem caução (art. 300, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015), liminarmente ou após justificacão prévia (art. 300, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015), se comprovados: **[a]** enquanto requisitos obrigatórios: **[a.1]** o requerimento da parte (cautelar e antecipada) - à luz do princípio dispositivo, da adstrição ou da congruência (arts. 2º, 141 e 492 do Código de Processo Civil de 2015) -; **[a.2]** a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) (cautelar e antecipada); e **[a.3]** a reversibilidade do provimento (antecipada) (art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015); e, **[b]** enquanto requisitos alternativos: **[b.1]** o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) (cautelar) (art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015); ou **[a.2.2]** o perigo de dano (*periculum in mora*) (antecipada) (art. 300,

caput, do Código de Processo Civil de 2015).

A **tutela de evidência**, a seu turno, por sua vez, pode ser concedida se comprovados: **[a]** enquanto requisito obrigatório, o requerimento da parte - à luz do princípio dispositivo, da adstrição ou da congruência (arts. 2º, 141 e 492 do Código de Processo Civil de 2015); e, **[b]** enquanto requisitos alternativos: **[b.1]** o abuso de direito de defesa; **[b.2]** o manifesto propósito protelatório da parte; **[b.3]** as alegações de fato comprováveis apenas documentalmente e com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal; **[b.4]** o pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; e **[b.5]** a petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311, incs. I a IV, do Código de Processo Civil de 2015).

Isso posto, cumpre promover anotações acerca dos bancos de dados e cadastros de consumidores.

2.3.b.1.2 Os bancos de dados e cadastros de consumidores

Os **bancos de dados e cadastros de consumidores** possuem disciplina no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, dentre eles incluídos os cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, nos seguintes termos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º - Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º - A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º - O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º - Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º - Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º - Todas as informações de que trata o *caput* deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Os **cadastros dos órgãos de proteção ao crédito**, como se retira de melhor interpretação do referido dispositivo consumerista, armazenam apenas dados negativos relativos ao não pagamento de dívidas, do que se faz possível concluir, por exame lógico, serem **requisitos à inserção do nome do devedor** em seus sistemas, sob pena de ser considerada indevida a negativação: **[a]** a existência da dívida; **[b]** ser o valor líquido e certo; **[c]** a sua exigibilidade, isto é, ter vencido a data prevista para pagamento, sem que este tenha ocorrido; e **[d]** não haver oposição do consumidor, uma vez notificado da possível inclusão.

A temática, porquanto recorrente no dia a dia forense, foi e continua sendo objeto de constantes análises jurisprudenciais, com consolidação de inúmeras interpretações escoradas na leitura de referido dispositivo legal, cabendo trazer à baila as mais relevantes.

1. Primeiro, no âmbito da **Súmula do Superior Tribunal de Justiça** (enunciados n. 323, 359, 385, 404, 479, 548, 550 e 572).

2. Segundo, no âmbito dos **Recursos Especiais Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça** (arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015) (temas n. 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 59, 466, 710, 735, 793, 806, 874, 922 e 937), valendo destacar:

2.1. Temas n. 31, 32, 33, 34 e 35 - A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz. (STJ, REsp n. 1.061.530/RS, rela Mina. Nancy Andrichi, j. em 22.10.2008).

Estabelecidas tais premissas, antes de passar ao exame do caso concreto, cabe consignar ponderações acerca do ônus da prova.

2.3.b.1.3 O ônus da prova

O **ônus da prova** é um encargo processual que se confere a um sujeito da demanda acerca da demonstração de certas alegações de ordem fáti-ca, não se confundindo com um dever, pois não se pode exigir o seu cumprimento, sendo que, em caso de inobservância, apenas restará o encarregado, possivelmente, submetido a uma situação de desvantagem.

Nesse sentido, estabelece o legislador, abstratamente, **quem** tem de provar **o quê**, definindo, como regra geral (art. 373 do Código de Processo Civil de 2015), que o ônus da prova é dado: **[a]** ao **autor**, quanto ao **fato constitutivo** do seu direito; e **[b]** ao **réu**, quanto à existência de **fato impeditivo, modificativo ou extintivo** do direito do autor.

A norma lastreia-se na noção de que o autor deve provar os fatos constitutivos do direito que afirma ter, mas não a inexistência dos elementos que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou impõem a sua extinção, sob pena de receber o encargo de fazer prova negativa, também chamada pela doutrina de diabólica, dada sua dificuldade ou mesmo impossibilidade de produção. Assim, confere-se ao réu, pretensão resistente do direito do autor, a atribuição de demonstrar tais fatos.

Já na seara consumerista, consagrou-se a inversão do ônus da prova (*onus probandi*), que é instituto do Código de Defesa do Consumidor que milita em favor do consumidor, retirando-lhe a carga probatória dos fatos de seu interesse, os quais se presumem verdadeiros até que reste provado o contrário (*juris tantum*), com a finalidade de equilibrar a posição das partes no processo, sendo previstas 2 (duas) modalidades: **[a]** por força de lei (*ope legis*); e **[b]** por decisão judicial (*ope judicis*).

A **inversão ope legis** é a que tem lugar nos casos em que a própria lei altera as regras do ônus da prova, a independer de decisão judicial ou ato das partes. É, portanto, inversão obrigatória, por força de lei, fora do manto de discricionariedade do julgador.

Contempla previsão em 2 (duas) hipóteses no Código de Defesa do Consumidor: **[a]** na **responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço** (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor), em que há inversão, apenas, quanto ao ônus da prova da (in)existência do defeito do produto (art. 12, *caput* e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor) ou do serviço (art. 14, *caput* e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor), fato constitutivo do direito do consumidor, originariamente ônus deste (art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015); e **[b]** na **informação ou comunicação publicitária** (art. 38 do Código de Defesa do Consumidor), em que há inversão, somente, acerca do ônus da prova da (in)veracidade ou da (in)correção da informação ou da comunicação publicitária, fato constitutivo do direito do consumidor, em regra, ônus deste (art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015).

Nesses casos, consoante PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, porquanto restrita a inversão legal à extensão acima delineada, "*deve ficar claro que o ônus de provar a ocorrência dos fatos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexa causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. [373 do CPC de 2015]*" (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 344).

Já a **inversão *ope judicis***, por sua vez, é aquela que ocorre nos casos em que, a critério do juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, for: **[a]** verossímil a alegação; ou **[b]** hipossuficiente o consumidor (art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor), podendo ocorrer com relação a apenas alguns ou mesmo todos os fatos constitutivos do direito do consumidor, inclusive, no caso de inversão *ope legis*, com relação àqueles ônus não abarcados pela protetividade imperativa previamente estabelecida pela norma.

Uma vez presente (*ope legis*) e/ou admitida (*ope judicis*) a inversão do ônus da prova, ocupando o consumidor o polo ativo da demanda, tomam-se

como verdadeiros os fatos constitutivos do direito alegado (na extensão da inversão presente, se *ope legis*, e/ou admitida, se *ope judicis*) (art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015), liberando-o da respectiva produção probatória. Assim, com o desiderato de afastar esta presunção *juris tantum*, é dado ao fornecedor provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor (art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015).

Em mesma senda, estando o consumidor, a seu turno, no vértice demandado, igualmente aplica-se o regramento, mas, neste caso, livrar-se-á o vulnerável, ao revés, do fardo consistente em comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (na extensão da inversão presente, se *ope legis*, e/ou admitida, se *ope judicis*) (art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015).

Nada obstante, cumpre ressaltar que a inversão do ônus da prova, nas modalidades *ope legis* ou *ope judicis*, não é absoluta, porquanto as presunções dela decorrentes, para que aplicáveis, devem vir escoradas por um indício mínimo de existência do elemento de cujo ônus probatório o consumidor se pretende ver liberado, exigindo-se, sempre, a presença de verossimilhança das alegações, sob pena de se acolher teses infundadas, em desprestígio à lealdade e à boa-fé (art. 5º do Código de Processo Civil de 2015), bem como de possível atribuição ao fornecedor do encargo de produzir prova negativa, também chamada pela doutrina de diabólica, dada sua dificuldade ou mesmo impossibilidade de produção (art. 373, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015), em flagrante violação aos princípios do contraditório e a ampla defesa (arts. 7º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. LV, da Constituição da República Federativa do Brasil), corolários do princípio do devido processo legal (arts. 1º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Por fim, segundo lição de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, a regra de distribuição do ônus da prova destina-se "a ilumi-

nar o juiz que chega ao fim do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos" (Curso de processo civil: processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 267).

Nada obstante paire a dúvida e reste ausente prova concreta das alegações, por vezes, alguns fatos podem ser tomados como incontroversos, passando a independem de prova (art. 374 do Código de Processo Civil de 2015): **[a]** notórios; **[b]** afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; **[c]** admitidos, no processo, como incontroversos; e **[d]** em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.b.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se, numa cognição sumária e perfunctória própria deste recurso, o preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento da tutela provisória pretendida, sem prejuízo de compreensão diversa em sede de cognição exauriente.

Explica-se.

1. Primeiro, quanto ao **requerimento da parte**, tem-se estampado na cópia da petição inicial acostada.

2. Segundo, quanto à **probabilidade do direito (*fumus boni iuris*)**, tem-se por satisfeito o pressuposto.

Com efeito, tratando-se de inscrição supostamente indevida no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito numa relação de consumo, por se tratar de fato do serviço, com relação ao qual há inversão *ope legis* do ônus da prova quanto à (in)existência do defeito do serviço, fato constitutivo do direito do con-

sumidor, uma vez afirmada a ocorrência do fato do serviço, qual seja, a inscrição sem que atendidas as exigências legais, vindo a alegação com lastro mínimo de verossimilhança, há de se ter por presente tal fato constitutivo do direito do consumidor.

Nesse contexto, sendo a alegação da parte autora de que se promoveu a inscrição com base em débito inexistente e, portanto, inexigível: **[a]** porquanto não firmada qualquer relação jurídica com o réu, haverá verossimilhança de suas alegações apenas com a demonstração da inscrição; e, **[b]** porquanto já quitado o débito, haverá verossimilhança de suas alegações quando, além da demonstração da inscrição, apresentar, ao menos, indícios de pagamento.

Ademais, deve-se recordar do princípio da presunção de não culpabilidade (ou de inocência), consagrado no âmbito penal (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil), mas aportável, ainda que com cautelas, ao contexto cível, notadamente na seara consumerista, porquanto, segundo determinação constitucional, é dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil), por certo, diante de sua presumida vulnerabilidade, a ensejar e legitimar medidas como a referida inversão *ope legis* do ônus da prova.

In casu, a autora alega a inexistência do débito ensejador de sua inscrição, porquanto pagou a última fatura para encerramento do contrato junto à ré, efetivando a portabilidade das linhas telefônicas para outra operadora, o que restou comprovado documentalmente, de modo que se tem por bastante à infirmitude da verossimilhança autorizadora da inversão *ope legis* e, por consequência, da constatação da probabilidade do direito, mormente porque, intimada, a ré deixou de se manifestar neste agravo.

Saliente-se que, apesar do silêncio neste recurso, a parte ré apresentou contestação na origem (fls. 407-420 dos autos eletrônicos), na qual aduz que os valores cobrados decorrem de multa por rescisão contratual. Porém, não

acosta qualquer documento comprobatório da existência da tal previsão no pacto firmado entre os litigantes, o que reforça a verossimilhança das alegações da parte agravante.

3. Terceiro, quanto à **reversibilidade do provimento**, não há questionar sua possibilidade, pois, além de cabível a revogação ou a modificação, a qualquer tempo, da tutela provisoriamente concedida (art. 296, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015), inclusive com reinserção do nome da autora nos referidos cadastros, caso se filie o togado a entendimento diverso em sede de cognição exauriente, far-se-á plenamente viável, ainda, se necessário for, a adoção de providência de ressarcimento por parte da ré em razão de eventuais prejuízos comprovadamente sofridos (art. 302 do Código de Processo Civil de 2015).

4. Quarto, quanto ao **perigo de dano (*periculum in mora*)**, tem-se por evidenciado, afinal, a inscrição irregular no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito, ou seja, a negativação indevida, enseja, independente de comprovação, por regra de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), prejuízo à honra, direito da personalidade (art. 5º, inc. X, da Constituição da República Federativa do Brasil), em suas feições objetiva e subjetiva, porquanto flagrantes, respectivamente, a mácula ao seu crédito, bem de especial apreço na sociedade capitalista, e o desgosto sofrido. Ora, dada a ampla acessibilidade de tais informações, por certo que a situação gera comentários, desconfianças e restrições veladas, além de atribuir a pecha de devedor, de modo a ocasionar preocupação e aflição ao injustiçado.

Assim, conclui-se que se tratando de inscrição supostamente indevida no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito numa relação de consumo, porquanto fato do serviço, com relação ao qual há inversão *ope legis* do ônus da prova quanto à (in)existência do defeito do serviço, afirmada a ocorrência da inscrição sem que atendidas as exigências legais, vindo a alegação com lastro mínimo de verossimilhança, há de se ter por presente tal fato constitutivo do direito

do consumidor.

À vista do exposto, equivocado, na temática, o interlocutório guerreado, merece provimento, no ponto, o recurso interposto, a fim de deferir a tutela provisória de urgência antecipada incidental para determinar à ré que exclua o nome da autora do cadastro dos órgãos de proteção ao crédito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis (arts. 218, § 1º, e 219, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015), a contar da publicação desta decisão no Diário da Justiça (arts. 230 e 231, inc. VII, do Código de Processo Civil de 2015), bem como se abstenha de novamente inscrevê-la pelo mesmo motivo, sem prejuízo de posterior modificação ou mesmo revogação deste provimento, desde que alterado o *statu quo* fático-jurídico encartado (art. 296, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015).

2.3.c A multa coercitiva

2.3.c.1 A introdução necessária

O juiz, ao conceder a tutela específica de qualquer obrigação, em sede provisória ou definitiva, a fim de alcançar a efetivação da prestação pelo obrigado recalcitrante, poderá, de ofício e, também, a requerimento da parte interessada, determinar as medidas coercitivas necessárias, tal como a imposição de multa, inclusive diária, por tempo de atraso no cumprimento - disposição geral (arts. 139, inc. IV, do Código de Processo Civil de 2015) e disposições específicas (arts. 84, *caput* e §§ 4º e 5º, do Código de Defesa do Consumidor; e 297, 311, inc. III, 380, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 497, *caput*, 500, 513, *caput*, 536, *caput* e §§ 1º e 5º, 537, 538, § 3º, 773, *caput*, 806, § 1º, e 814 do Código de Processo Civil de 2015).

A **multa coercitiva** é uma importante técnica de coerção indireta consagrada na sistemática processual civil hodierna, assemelhando-se às *astreintes* do direito francês, outrora vedadas naquele ordenamento, dado o liberalismo condutor do *Code Civil* napoleônico, mas acolhidas, por sua inegável efetividade, pela prática forense francesa.

Nada obstante, possui a multa, em regra, um caráter subsidiário,

descabendo quando já tiver o legislador previsto, para o descumprimento da obrigação, sanção específica, tal como no caso de desobediência pela parte à determinação de exibição de documento (art. 396 do Código de Processo Civil de 2015), cuja sanção legalmente prevista é, em regra, a presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar com o conteúdo do documento (art. 400, incs. I e II, do Código de Processo Civil de 2015) (enunciado n. 372 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça).

Acerca dos **limites quantitativos da multa**, segundo LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, tendo por pressuposto que *"o objetivo da multa é o de vencer a resistência do réu, convencendo-se a adimplir, com a nítida finalidade de dar efetividade às decisões judiciais"*, deve ela *"ser imposta em montante suficiente para fazer o réu cumprir a decisão"*, levando em consideração, assim: **[a]** *"o valor em litígio"*; e **[b]** *"a capacidade econômica daquele a quem é dirigida"* (*Curso de processo civil: execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 78).

No tocante ao **valor em litígio**, comentam MARINONI e ARENHART que a multa *"deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer o réu acreditar que é mais conveniente cumprir a obrigação a desconsiderar a ordem do juiz"*. Assim, na hipótese *"em que há prestação (dotada de valor patrimonial) a ser cumprida, a multa, para ter efetividade, obviamente tem que ser fixada em valor superior ao valor equivalente à prestação, isto é, ao que teria que ser pago pelo réu em compensação ao não adimplemento"*. Contudo, *"tratando-se de ação através da qual não se almeja uma prestação obrigacional de fazer ou coisa móvel ou imóvel, não há como sequer se imaginar a limitação do valor da multa"* (*op. cit. loc. cit.*).

Quanto à **capacidade econômico-financeira daquele a quem é dirigida**, LUIZ GUILHERME MARINONI, em obra de autoria exclusiva, leciona que, *"na fixação do valor da multa, é importante considerar a capacidade econômica do demandado. Lembre-se de que o art. 37 do CPC argentino afirma que a*

multa deve ser graduada 'en proporción al caudal económico' [em proporção ao poder econômico] daquele a que se dirige. A mesma preocupação está presente no berço das astreintes, ou seja, no direito francês, onde a Corte de Cassação já decidiu que o valor da astreinte deve ser estabelecido de acordo com o potencial econômico de quem deve suportá-la. De fato, como diz PAULO CENDON, a astreinte é modelada com base em parâmetros 'tipicamente subjetivos - a capacidade de resistência do obrigado, o grau da sua culpa, as suas condições econômicas'. O juiz, ao considerar a capacidade econômica do réu, não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo o que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido" (Tutela inibitória: individual e coletiva. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 219/220).

Assim, tem-se que o *quantum* da multa coercitiva, à luz da *mens legis*, isto é, da finalidade social da norma (arts. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e 8º do Código de Processo Civil de 2015), deve ser definido com base, concomitantemente: **[a]** no valor em litígio; e **[b]** na capacidade econômico-financeira daquele a quem se dirige, restando adequado quando estabelecido em montante que faça ser mais conveniente o cumprimento da obrigação do que a desconsideração da ordem judicial.

Outrossim, ao juiz é dado, de ofício e, por certo, igualmente a requerimento da parte interessada, a qualquer tempo e grau de jurisdição, modificar o valor ou a periodicidade da multa, uma vez verificada as suas insuficiência ou excessividade (arts. 537, § 1º, inc. I, 806, § 1º, e 814, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015).

Isso também lhe autoriza, por certo, numa leitura inversa da previsão legal, a impor uma **limitação do montante global da multa**, inclusive de plano, com espeque, sobretudo, na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil), que poderia ocorrer em favor do beneficiário da multa (art. 537, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015), o qual poderia vir a proposital-

mente postergar ou até mesmo se desinteressar pelo adimplemento da obrigação, por se mostrar o resultado pecuniário da sanção mais atraente do que a prestação em si, em flagrante ofensa à boa-fé objetiva processual (art. 5º do Código de Processo Civil de 2015), bem como com supedâneo nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade (art. 8º do Código de Processo Civil de 2015), corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do princípio do devido processo legal (arts. 1º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Assim, conclui-se que o juiz, ao conceder a tutela específica de qualquer obrigação, em sede provisória ou definitiva, poderá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, impor multa por tempo de atraso no cumprimento, cujo *quantum* deve ser definido com base, concomitantemente: **[a]** no valor em litígio; e **[b]** na capacidade econômico-financeira daquele a quem se dirige, restando adequado quando o importe tornar mais conveniente o cumprimento da obrigação do que a desconsideração da ordem judicial, cabendo a modificação do valor ou da periodicidade, uma vez verificadas as suas insuficiência ou excessividade, bem como a limitação do seu montante global, inclusive de plano.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.c.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que, presentes os pressupostos, ou seja, diante da concessão de tutela provisória de urgência antecipada incidental, a fim de criar um desestímulo pecuniário ao descumprimento da obrigação, cabível a imposição de multa.

Com efeito, tem-se que: **[a] o valor em litígio** é pretensão indenizatória, cujo valor haverá de ser arbitrado, em caso de procedência dos pedidos, pelo sentenciante, mas que, tomada a média adotada por este Órgão Fracionário

(TJSC, AC n. 0001091-63.2014.8.24.0076, deste Relator, j. em 5.12.2016), tem sido de cerca de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) atualizados; e **[b]** a **capacidade econômico-financeira do réu**, por sua vez, está evidenciada nos autos, pois a ré TIM S/A, enquanto fatos notórios (art. 374, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015): **[b.1]** consiste em empresa de grande porte, com capital social presumidamente elevado; **[b.2]** é uma das maiores empresas de telefonia do País; e, **[b.3]** pelo vultuoso capital social e pela prática exercida, por regra de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), permite-se inferir que tem elevada capacidade econômico-financeira.

À vista do exposto, fixa-se multa diária no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), limitada ao valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), para o caso de desrespeito a este provimento.

2.4 Uma derradeira observação

Uma vez presentes os requisitos essenciais, é ofício indeclinável do julgador apreciar as pretensões trazidas à baila pela parte, justificando tanto seu acolhimento quanto seu desacolhimento, sob pena de negar, de certa forma, a tutela jurisdicional, porquanto lhe tolhe o direito constitucionalmente assegurado de ver seus argumentos apreciados pela jurisdição estatal (arts. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nada obstante, não se trata de dimensão absoluta, vez que pode a decisão se balizar em apenas alguns dos argumentos expostos, deixando-se de se manifestar sobre outros, desde que suficientes aqueles ao desvelo da controvérsia e a justificar as razões do convencimento do juízo, à luz dos arts. 11, *caput*, e 489, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015 e 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outrossim, tal compreensão não ofende o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, em especial seu inc. IV, segundo o qual "*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sen-*

tença ou acórdão, que " *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*". Isso porque se a decisão se encontrar escorada em argumentos suficientemente aptos a cancelar sua higidez, não sendo a conclusão fático-jurídica formulada passível de infirmação por quaisquer outras alegações, a ausência de exame específico das demais teses versadas estará albergada pela exceção legal.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e provido a fim de deferir a tutela provisória de urgência antecipada incidental para determinar à ré que exclua o nome da empresa autora do cadastro dos órgãos de proteção ao crédito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da publicação desta decisão no Diário da Justiça, bem como se abstenha de novamente inscrevê-la pelo mesmo motivo, sob pena de multa diária no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), limitada ao valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), sem prejuízo de posterior modificação ou mesmo revogação deste provimento, desde que alterado o *statu quo* fático-jurídico encartado, tudo nos termos supra.

É o voto.