

# **TJ-PA - Apelação : APL 200830017205 PA** **2008300-17205 • Inteiro Teor**

SECRETARIA DAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

EMBARGOS INFRINGENTES Nº

EMBARGANTE : BIG HOUSE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA

ADVOGADOS : Alan Henrique Trindade Batista e outros

EMBARGADA : TIM CELULAR S/A

ADVOGADOS : José Eduardo de Cerqueira Gomes e outros

RELATOR : Des. Ricardo Ferreira Nunes

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. DECISÃO DIVERGENTE INCENSURÁVEL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, À UNANIMIDADE.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Embargos Infringentes, tendo como embargante a empresa BIG HOUSE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA e embargada a empresa TIM CELULAR S/A, conforme petição às fls. 637/650. O recurso ataca o r. Acórdão nº 73.444 publicado no DJ de 16/09/2008 à página 09, proferido pela 4ª Câmara Cível Isolada, cujo voto vencedor foi prolatado pela Exma. Sra. Desa. Dahil Paraense de Souza que julgou apelação interposta pela embargada (Processo nº , cuja ementa é a seguinte:

EMENTA:RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO CONTRATUAL DESMOTIVADA. PREJUÍZOS MATERIAIS. CONFIGURADOS. ABALO MORAL INEXISTENTE. APURAÇÃO DO QUANTUM DOS LUCROS CESSANTES ATRAVÉS DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. NÃO CARACTERIZADOS.

1 A inexistência de prova da inobservância das obrigações contratuais pela representante comercial leva a rescisão contratual desmotivada, ensejando a responsabilidade civil da apelante pelos prejuízos materiais dela decorrentes, consoante corretamente fixado na sentença impugnada;

2 Para a fixação de danos morais é necessária a existência de situação excepcional que extrapole os simples dissabores dos negócios jurídicos frustrados pela rescisão contratual;

3 In casu o quantum do prejuízo suportado pela apelada deve ser apurado em liquidação de sentença, devido à inexistência de prova do número de contratos intermediados, que foram efetivamente renovados, para efeito de pagamento do prêmio estipulado entre as partes, e conseqüente, fixação do valor dos lucros cessantes;

4 Deve ser excluída a multa fixada na condenação quando da interposição dos embargos de declaração quando não fique caracterizado o caráter protetatório do recurso interposto;

5 Recurso conhecido e parcialmente provido.

Sustenta a embargante que celebrou, em 21/10/2002, contrato de representação comercial com a embargada, que atua no ramo de telefonia celular, na qual se comprometia em intermediar habilitações de planos pré e pós pagos pessoais, bem como de planos corporativos.

Afirma que, a cada habilitação realizada, a embargada subtraía o valor de R\$ 10,00 (dez reais) para constituir um fundo de publicidade cooperada, a ser utilizado pela embargante.

Diz que após 18 (dezoito) meses de contrato, era responsável por mais de 70% (setenta por cento) dos clientes de planos corporativos da embargada. Porém, em 25/06/2004, esta rescindiu unilateralmente o contrato, alegando violação às suas cláusulas sem, todavia, pagar a multa rescisória prevista na cláusula 5ª do contrato, no valor de R\$ 88.281,83 (oitenta e oito mil, duzentos e oitenta e um reais e trinta e três centavos).

Aduz ainda que a rescisão do contrato lhe causou prejuízos morais e materiais, já que esta se deu no momento em que se preparava para renovar os contratos de todos os seus clientes o que renderia a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) por assinatura renovada; a perda de toda a carteira de clientes e da remuneração fixa de R\$ 22.855,91 (vinte e dois mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais e noventa e um centavos), assim como abalou a sua imagem perante o mercado.

Página 1 de 5

#### Página 1

Por causa disso, ajuizou ação de reparação de danos materiais e morais contra a embargada, requerendo a sua condenação nas seguintes parcelas, a saber: a) R\$ 88.281,83 (oitenta e oito mil, duzentos e oitenta e um reais e trinta e três centavos) a título de dano material, que correspondem a 1/12 (um doze avos) da remuneração que percebia, já que, antes de noventa dias, não foi pré-avisada da rescisão contratual de acordo com o que estabelece o art. 27 da Lei nº 4.886/65 e a cláusula 5ª do referido pacto; b) R\$ 112.450,00 (cento e doze mil e quatrocentos e cinquenta reais) a título de indenização pela cassação do direito de usar o fundo de publicidade; c) R\$ 86.485,98 (oitenta e seis mil e quatrocentos reais e noventa e oito centavos) a título de lucros cessantes, pois deixou de perceber a comissão correspondente às renovações dos planos de toda a sua carteira de clientes; d) R\$ 529.961,00 (quinhentos e vinte e nove mil, novecentos e sessenta e um reais) a título de dano moral.

Citada, a embargada contestou a ação, alegando que teve justo motivo para rescindir o contrato, devido à má-qualidade da prestação dos serviços prestados pela autora a ré; que não são devidas qualquer indenização pela cassação do fundo de publicidade, nem a multa contratual de 1/12 (um doze avos) da remuneração auferida pela requerente e que é desnecessária a notificação com prazo de 90 (noventa) dias para a rescisão do contrato.

Afirmou ainda que não existe prova dos lucros cessantes nem de dano moral, pois não havia a certeza de que os contratos de habilitação seriam renovados. Por fim, pediu a condenação da autora nas penas da litigância de má-fé. Após a instrução processual, o juízo a quo julgou procedentes os seguintes pedidos: a) R\$ 88.281,83 (oitenta e oito mil, duzentos e oitenta e um reais e trinta e três centavos) a título de dano material, que correspondem a 1/12 (um doze avos) da remuneração percebida pela embargante, já que, antes de noventa dias, não foi pré-avisada da rescisão contratual de acordo com o que estabelece o art. 27 da Lei nº 4.886/65 e a cláusula 5ª do referido pacto; b) R\$ 86.485,98 (oitenta e seis mil e quatrocentos reais e noventa e oito centavos) a título de lucros cessantes, pois deixou de perceber a

comissão correspondente à renovação do plano de toda a sua carteira de clientes; e 200 (duzentos) salários mínimos, tomado com referência o valor unitário a vigor na data do pagamento, a título de dano moral.

Alegando que não houve manifestação sobre o pedido de litigância de má-fé, a embargada opôs contra a sentença embargos de declaração, que foram considerados manifestamente protelatórios tendo o juízo a quo lhe aplicado multa de 1% do valor da causa.

Inconformada com a sentença condenatória, a recorrida interpôs apelação, alegando, em síntese, os seguintes fundamentos: a) nulidade do decisum por ausência de fundamentação quanto ao dano moral; b) inexistência de dano moral a ser reparado e exorbitância do quantum fixado; c) descabimento da aplicação da multa rescisória; d) impossibilidade de condenação em lucros cessantes; e) reforma da sentença quanto aplicação do embargos de declaração protelatórios.

Contra-arrazoado o apelo, os autos foram remetidos a esta Corte, sendo distribuídos à Exma Sra. Desa. Maria do Carmo Araújo e Silva (fls. 612).

Posteriormente, a apelação foi julgada, sendo, por unanimidade de votos, parcialmente provida para excluir da sentença a condenação por danos morais, assim como a aplicação da multa pela interposição dos embargos de declaração, e, por maioria de votos, vencida a Desa. Relatora, determinar que o quantum dos lucros cessantes fossem apurados em processo de liquidação, nos termos do voto divergente apresentado pela Exma. Desa. Dahil Paraense de Souza (fls. 620/635).

Inconformada, a recorrente interpôs embargos infringentes tão somente no que diz respeito à quantificação dos lucros cessantes.

Para tanto, sustenta que como a embargada não fez prova de quantas foram as renovações dos contratos intermediados, deve prevalecer a condenação estabelecida na sentença a título de lucros cessantes, pois como não tem acesso a esses dados, era a ré que deveria demonstrar a quantidade exata de renovações procedidas, por força da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Afirma ainda que como fez pedido certo e determinado, não poderia o juiz prolatar sentença ilícida, daí porque não poderia ocorrer a reforma do édito para liquida-lo em incidente próprio.

Salienta que o voto condutor se baseou em disposição contratual diversa daquela que prevê a comissão pela renovação dos contratos intermediados.

Por derradeiro, pediu o provimento do presente recurso para que a embargada seja condenada ao pagamento de R\$

(oitenta e seis mil e quatrocentos reais e noventa e oito centavos) a título de lucros cessantes.

Página 2 de 5

Página 2

Em contrarrazões, a embargada sustenta que o ônus da prova das renovações caberia à embargante e que a apuração dos lucros cessantes por meio do incidente de liquidação de sentença atenderia melhor o critério da razoabilidade, previsto no art. 402 do CC.

Aduz ainda, que a recorrente não juntou nenhuma prova de que os seus clientes teriam demonstrado a intenção de renovar seus contratos.

Por fim, pede o improvimento do presente recurso.

À revisão.

É o relatório.

V O T O

Preenchidos que estão os pressupostos de admissibilidade, conheço dos embargos interpostos.

Sustenta a embargante que, ao retirar a liquidez da sentença, determinando que seja atribuída a esta o devido valor pelo incidente da liquidação, a título de lucros cessantes, o acórdão recorrido infringiu o disposto no [parágrafo único](#) do art. [459](#) do [CPC](#), que determina que é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida quando o autor formular pedido certo.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a sentença é oriunda de um processo de conhecimento, o qual é marcado, principalmente pela incerteza quanto aos valores a serem cobrados.

Pois bem. Quando do aforamento da peça de ingresso, o pedido de condenação em lucros cessantes foi feito nos seguintes termos:

Que a presente ação seja julgada procedente, condenando a requerida ao pagamento de indenização por lucros cessantes no valor de R\$ 86.485,98 (oitenta e seis mil e quatrocentos reais e noventa e oito centavos) correspondente ao valor que o Requerente deixou de lucrar por conta da infração contratual da requerida.(fls.25/26)

Ao decidir sobre este pedido, o Juízo a quo o enfrentou da seguinte forma:

Relativamente aos danos materiais mediatos, ou seja, aos lucros cessantes pretendidos: Reconhecida a rescisão imotivada do Contrato, não há dúvida que o Requerente, em razão da conduta ilícita da Requerida, de haver rescindido o Contrato imotivadamente, causou a este perdas e danos nos lucros relativos às comissões devidas pela renovação dos Contratos dos clientes cuja as renovações contratuais se avizinham. É muito cômodo à Requerida, argumentar sobre a incerteza da renovação dos Contratos, o que determina o quantum pretendido a título de lucros cessantes com o simples argumento trazido à colação de que a Requerente não possui sequer direito eventual sobre a remuneração por ser o pedido baseado em hipótese, em razão da indenização sobre lucros cessantes não ocorrer correntemente, para que pudessem vir a cessar, se nem mesmo comprovou que teria direito de auferir ganho, não retratando a realidade, a pretensão exigida pela Requerente, a qual está devidamente amparada contratualmente. Na verdade, deveria efetivamente a Requerida comprovar, no curso da instrução processual que não se deu a renovação dos Contratos alegados, sobre cuja pretensão dos lucros cessantes está sendo requerida. O certo é que a possibilidade de renovação era fato assegurado no Contrato e se mostrava veemente que as renovações iriam ocorrer, gerando com isto o direito a comissão por renovação contratual, como previsto no Anexo IV, itens 3.1 e 3.2, às fls. 77 nos autos, que menciona que o Representante Comercial fará jus a uma remuneração de R\$5,00 (cinco reais), estando o cliente ativo e adimplente. É bem verdade que o Requerente pretende a título de lucros cessantes a importância de R\$86.485,98 (oitenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos), o que implicaria dizer a efetivação de mais de 16.000 (dezesesseis mil) renovações contratuais, que segundo a Requerente tal número não é comportado no mercado local, sem, contudo, mostrar no curso da instrução o número de habilitações conquistadas ao longo do Contrato pela Requerente, que se encontravam ativas, o que não o fez. Razão pela qual são devidos à Requerente os lucros cessantes no montante pretendido da Inicial, cujo valor na

ordem de R\$86.485,98 (oitenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos) deverá ser corrigido tomando-se por base o ingresso da Ação até a data de prolação desta decisão. (fls. 515/516)

Ora, da leitura da sentença, constata-se que nenhuma das partes produziu provas que fornecessem certeza da quantia

Página 3 de 5

### Página 3

que era devida a título de lucros cessantes. Tanto é assim, que o Juízo a quo presumiu que o valor de R\$86.485,98 (oitenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos) era o correto, porque a embargada não fez prova de quantos contratos de habilitação de linhas telefônicas foram renovados.

Por isso, a 4ª Câmara Cível Isolada, por maioria de votos, entendeu que havia necessidade de haver a liquidação da sentença quanto aos lucros cessantes, pois o juízo recorrido não poderia presumir a quantidade de contratos que foram renovados, conforme adiante se lê:

Neste diapasão, a indenização por lucros cessantes não poderia ser fixada através de presunção no valor de R\$

(oitenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos), correspondentes às possíveis renovações contratuais, porque não há prova nos autos que os referidos contratos foram efetivamente renovados, na forma estabelecida no contrato, para que haja o pagamento de indenização por lucros cessantes na totalidade do prêmio, que presumidamente a apelada iria lucrar.

Assim, resta evidente a necessidade de apuração do quantum dos lucros cessantes que a apelada deixou de auferir, posto que não se pode presumir que todos os contratos intermediados pela apelada foram efetivamente renovados e encontram-se adimplentes, conforme fixado na sentença, como também não seria correto afirmar que não há qualquer contrato renovado, pois a solução mais justa é deixar a apuração dos lucros cessantes para posterior liquidação de sentença por arbitramento ou artigos, onde será tomado por base quantos contratos intermediados pela apelada em relação as adesões ocorridas nos meses de dezembro/2002, janeiro/2003 e fevereiro/2003 foram efetivamente renovados nos meses de abril/2004, junho/2004 e julho/2004, conforme estipulado no anexo IV, item 3.1 e 3.2 do contrato firmado entre as partes. (fls. 625/626)

Por tudo isso, não há que se fazer reparos no acórdão embargado, pois a regra do [parágrafo único do art. 459 do CPC](#) só tem incidência quando o juiz fica convencido da extensão do pedido certo e determinado formulado pelo autor, podendo, em caso de dúvida, remeter a sentença para o incidente de liquidação.

Nesse sentido, decide o Colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. PEDIDO CERTO E SENTENÇA ILÍQUIDA. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 459, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. O art. 459, parágrafo único, do CPC, deve ser interpretado sistematicamente e em consonância com o princípio do livre convencimento motivado (art. 131), razão pela qual o juiz, caso não-convencido da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes à fase de liquidação de sentença.

2. Omissis.

3. Recurso especial desprovido. (RESP 797332/RR, 1ª Turma, Rel. Mina. Denise Arruda, DJ 02/08/2007, p. 360)

De igual forma, entendo que não pode ser acolhido o argumento referente a distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que é ônus da embargante fazer prova da constituição do seu direito (CPC art. 333, inc. I), e não da embargada, conforme orienta a Jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. PROCURAÇÃO. VÍCIO DE VONTADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NÃO-CABIMENTO. ART. 333, I, DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE.

1. Nos expressos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.

2. Omissis.

3. Omissis.

4. Omissis

5. Recurso especial não conhecido. (STJ RESP 242.021/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF da 1ª Região), DJe 02/03/2009)

Por derradeiro, cumpre esclarecer que o fato de o aresto ter se baseado em cláusula diversa da que previa a comissão por renovação não pode ensejar a reforma do mesmo, uma vez que este não negou seu direito a receber a quantia

Página 4 de 5

Página 4

referente aos lucros cessantes, mas tão somente determinou que esta fosse liquidada em incidente próprio. Ante o exposto, conheço dos presentes embargos infringentes e nego-lhes provimento, mantendo, in totum, o acórdão vergastado.

É como voto.

Belém, 10.11.2009

Ricardo Ferreira Nunes

Desembargador Relator

Página 5 de 5

