

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

**SENTENÇA**

Processo nº: **1014035-06.2017.8.26.0566**  
 Classe - Assunto: **Procedimento do Juizado Especial Cível - Indenização por Dano Moral**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

Joner José Nery move ação de rescisão contratual c/c restituição de valores c/c obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais com tutela antecipada contra Mario Nelson Bueno Filho – Henrimar Piscinas São Carlos e Piscinas Henrimar Ltda. Aduz que em 14 de janeiro de 2016 realizou a compra de uma piscina modelo nº 520 junto a Mario Nelson Bueno Filho - ME, empresa representante exclusiva da Fabricante Henrimar Piscinas Ltda. Sustenta que em março de 2017, após a piscina já estar instalada e o local já estar pronto para o acabamento final, notou que a água estava abaixando de nível gradativamente, na proporção de aproximadamente 01 centímetro por dia. Em vista disso, entrou em contato com a empresa, e a mesma confirmou a existência do problema, no entanto, não providenciou uma solução. Posteriormente, constatou que a iluminação de LED havia entrado em curto e derretido o plástico dentro da água, o que oferecia perigo até de morte pelo fato da água possivelmente estar eletrificada. Afirma que os problemas nunca foram solucionados, e que, além disso, os requeridos, na tentativa de identificarem sua causa, acabaram por deixar o local com a tubulação exposta e buracos no solo. Sustenta que toda a situação lhe proporcionou grande abalo moral. Pretende que seja concedida a tutela antecipada. Sob tais fundamentos requer: a) a inversão do ônus da prova, com fulcro no art. 6º, inc. VIII, do CDC; b) o deferimento da tutela antecipada para que as rés façam a manutenção da piscina evitando assim o acúmulo de água parada, bem como que as valas que foram abertas sejam fechadas; c) a procedência total da ação para decretar a rescisão

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CIVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

contratual e determinar a devolução da quantia de R\$ 19.128,69 referentes a todos os gastos decorrentes da transação consumerista; d) a condenação das rés ao pagamento da multa de 25% pela rescisão do contrato; e) a condenação das rés na obrigação de fazer em retirar a piscina, caixa de máquinas, materiais de construção, acessórios e outras partes que integram os gastos arcados com o autor por conta da transação consumerista, deixando o local da maneira que estava antes da instalação; f) a condenação das rés ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 a título de danos morais.

Deferimento da tutela de urgência requerida pelo autor, fls. 203/204.

Citada, a ré Henrimar Indústria e Comércio de Piscinas LTDA ofertou contestação às fls. 256/267 aduzindo preliminarmente a incompetência do juizado especial em vista da necessidade de perícia técnica. No mérito, sustenta que por força contratual, sua responsabilidade limita-se apenas ao produto, não alcançando as questões de remoção ou instalação do mesmo. Aponta que não deve arcar com a multa da rescisão do contrato, haja vista que o referido instrumento foi celebrado somente entre a autora e a empresa Mário Nelson Bueno Filho – ME, não tendo participação desta ré. Impugna a pretensão de indenização por dano moral, uma vez que não há comprovação satisfatória a embasá-la, mas pondera que, em caso de condenação, que o valor arbitrado esteja de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a fim de se evitar o enriquecimento ilícito. Sob tais fundamentos, requer: a) a extinção do processo sem resolução do mérito ante a preliminar suscitada; b) que a presente ação seja julgada totalmente improcedente; c) no caso de eventual condenação, que o valor seja arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Mário Nelson Bueno Filho – ME ofereceu contestação às fls. 270/281 alegando, em sede de preliminares, a incompetência do juizado especial, vez que a matéria versada nestes autos demanda a realização de perícia técnica. Impugna a pretensão de inversão do ônus da prova.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CIVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

No mérito, afirma que o autor não demonstrou que a piscina realmente possui vazamento, e assevera não ser responsável por todo e qualquer problema apresentado em um produto. Aponta a não aplicabilidade da multa, haja vista que foi o próprio autor quem deu causa a rescisão contratual. Impugna a pretensão de indenização a título de danos morais, mas pondera que o valor, em caso de condenação, deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Informa que a tutela de urgência deferida foi cumprida integralmente, e salienta ainda que eventuais problemas de recalque do solo pode estar relacionado a sua má preparação realizada pelo autor. Sob tais fundamentos, requer: a) a extinção do processo sem resolução do mérito ante a preliminar suscitada; b) que a presente ação seja julgada totalmente improcedente; c) no caso de eventual condenação, que o valor seja arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sobreveio réplica, fls. 288/298, inclusive noticiando que a liminar não foi cumprida de forma esmerada.

Foi consignado pelo Juízo que a distribuição do ônus da prova quanto aos fatos trazidos à colação obedeceria à regra do art. 6º, inc. VIII, CDC, fl. 344.

Foi consignado que a preliminar de incompetência do Juízo para o processamento do feito seria apreciada ao final, após a produção de prova oral, fl. 371.

Em audiência, foram ouvidas as testemunhas arroladas, fls. 398/407 e por precatória, a testemunha Luis Henrique Pinheiro (mídia juntada a fls. 448).

**É o relatório. Decido.**

Trata-se de ação de rescisão contratual c/c restituição de valores c/c obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada ajuizada por Joner José Nery contra Mario Nelson Bueno Filho – Henrimar Piscinas São Carlos e Piscinas Henrimar LTDA.


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

Fica afastada a preliminar de incompetência do juizado, porquanto as provas oral e documental são suficientes para formar o convencimento judicial, não havendo necessidade de perícia técnica.

Ingressa-se no mérito.

A relação existente entre o autor e as rés subsume-se às normas consumeristas, haja vista que estão presentes as figuras do fornecedor de produtos e do consumidor, nos termos dos artigos 2º e 3º do CDC.

O art. 18 do mesmo diploma legal dispõe que:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas

Nesse sentido, as provas coligidas pelo autor, quais sejam as imagens juntadas (fls. 74/84), os áudios em mídia e as conversas de WhatsApp tanto com os técnicos responsáveis pela obra (fls. 176/192) quanto com a gerente do estabelecimento (fls. 121/175), são elementos suficientes para demonstrar que a piscina adquirida junto à loja Mario Nelson Bueno Filho – ME apresentava vícios que a tornava imprópria para sua utilidade.

Além disso, o depoimento do Sr. José de Brito Filho (fl. 399/400), testemunha que à época dos fatos esteve no local como instalador da loja, corrobora com a versão do autor de que a piscina realmente continha um vazamento e que a iluminação de LED havia queimado.

As tentativas da ré de desqualificar a referida testemunha, com a devida vênia, não devem ser admitidas, porquanto sua narrativa não é incompatível com o restante do conjunto probatório.

Ademais, as inúmeras tentativas de resolução do problema por parte do


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

demandante, que foram amplamente demonstradas pelos áudios e conversas no WhatsApp, também são fortes elementos de que o produto de fato possuía defeito.

Por outro lado, as rés que possuíam o encargo de provar a inexistência de vício no produto ou serviço, em razão da inversão do *onus probandi* determinada pelo juízo às fls. 344, não logram êxito nesse sentido.

A fabricante da piscina afirma não ter responsabilidade porque o suposto vazamento pode ter relação com a instalação, e não necessariamente com o produto em si.

Todavia, a loja de fábrica é realmente a representante única da fabricante, como ficou comprovado ao longo do feito; além do que, conforme se extrai do art. 7º, parágrafo único, do CDC, respondem solidariamente pelos danos gerados aos consumidores todos aqueles que fazem parte da cadeia de fornecimento do produto ou do serviço. A Henrimar Piscinas LTDA faz parte dessa cadeia.

Outrossim, também não prospera o argumento de que a perícia técnica é imprescindível para avaliar a origem do defeito, uma vez que o presente caso não demanda grande complexidade, sendo que as demais espécies de prova já seriam suficientes para a resolução da lide. Não é preciso investigar a fundo a origem do problema, sendo suficiente a existência do vício – fato efetivamente comprovado – para atrair a responsabilidade das rés.

Os depoimentos prestados pela gerente do estabelecimento, ouvida como informante, pelo Sr. Robson e, por fim, pela testemunha ouvida por precatória, com a devida vênia, apenas estão a indicar que não se teria identificado a causa do problema (se é fissura ou outra causa), mas não elidem o fato de haver o vício em si, se confrontadas com todo o panorama probatório já referido por este juízo.

A esse propósito, por exemplo, a testemunha ouvida por precatória, embora tenha relatado que "visualmente" não percebeu fissura na piscina, não descartou a existência do vício,


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

inclusive relatou que o problema poderia estar em outro componente - encanamentos, equipamento filtrante, etc -, pelo qual também são responsáveis as as rés.

No tocante a multa prevista no instrumento de fls. 36/38, esta alcança somente a hipótese de rescisão unilateral, ou seja, aquela decorrente da vontade de uma das partes.

O presente caso não comporta essa solução, porque a rescisão ocorreu em razão do vício contido no produto que não foi sanado em prazo razoável, e não porque, imotivadamente, a fornecedora requereu o rompimento do contrato.

Com relação a devolução de valores, o Código de Defesa do Consumidor, ainda no art. 18, dispõe que “ § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;”.

Assim, notadamente o autor faz jus aos valores que gastou para a aquisição e instalação da piscina, vez que o prazo para as rés sanarem o vício relativo ao produto, transcorreu sem que qualquer solução fosse aplicada.

Por último, ingresso na análise do pedido de indenização por danos morais.

Ensina Pablo Stolze Gagliano, em “Responsabilidade Civil pela perda do tempo” (Revista Jurisvox, n. 14, vol. 1, jul. 2013, 42-47), que o tempo pode ser compreendido na perspectiva dinâmica ou estática. Em sua perspectiva dinâmica, considera-se a passagem do tempo, visão tradicional pertinente a prazos prescricionais, decadenciais, vigências legais e etc. Relevantíssima, entretanto, mostra-se a sua concepção estática, a consideração do tempo como um bem digno de tutela jurídica. Justifica-se referida tutela na compreensão de que o tempo é o palco em que o homem investe sua energia para o desenvolvimento de suas potencialidades, assim como para o desempenho de seu trabalho, para o lazer e o convívio familiar e social, etc. Nesse sentido, a “agressão inequívoca à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CIVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro”, daria ensejo a proteção jurídica.

Trata-se de aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor, assim denominada por Marcos Dessaune (Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor, 2ª Edição) para aqueles casos em que o fornecedor serve-se de múltiplos expedientes para não resolver ou dificultar a solução do problema por ele próprio causado, exigindo do consumidor o dispêndio desproporcional de seu tempo vital.

Reputamos, todavia, que nem sempre essas dificuldades interpostas pelo fornecedor caracterizarão dano moral indenizável, que somente subsiste para “aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (STJ, REsp 215.666/RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. 21/06/2001).

No caso dos autos, referido dano está comprovado, porquanto suportou o consumidor sucessivas frustrações, transtornos e desequilíbrios diante da ineficiência qualificada por parte dos fornecedores. Exigiu-se do consumidor investimento desproporcional de tempo para a solução de problema que, com cooperação satisfatória das fornecedoras, poderia ter sido resolvido muito mais facilmente.

Impõe-se lenitivo de ordem pecuniária.

No que toca ao valor da indenização, reputo que, a despeito da ocorrência do dano moral, o montante deve ser inferior ao postulado.

Não se nega a dificuldade em se mensurar a indenização, pois a régua que mede o dano não é a mesma que mede a indenização. Se o dano é material, o patrimônio e sua variação constituem parâmetros objetivos para a indenização. Há equivalência lógica entre o dano e a indenização, porque ambos são conversíveis em pecúnia. Isso não se dá, porém, em relação ao dano moral. Por sua natureza, inexistem parâmetros para se medir, em pecúnia, a extensão do dano não patrimonial.




**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

Isso significa que um pagamento em dinheiro jamais reparará o dano moral, vez que a dignidade aviltada pela lesão não é restituída, com qualquer pagamento, à situação existente antes do dano.

Tal circunstância bem explica a impossibilidade de se arbitrar, de modo objetivo, o valor da indenização, com base na extensão do dano. Com efeito, é teoricamente possível, embora não sem esforço, graduar as lesões a direitos da personalidade, ao menos a título comparativo, podendo-se definir, de caso concreto em caso concreto, segundo critérios de razoabilidade, níveis de intensidade da lesão. Mas da graduação do dano não se passa, objetivamente, à gradação da indenização, que se dá em pecúnia. O problema não é resolvido. Por esse motivo, tem-se a inaplicabilidade, ao menos total, da regra do art. 944 do CC, segundo a qual “a indenização mede-se [apenas] pela extensão do dano”.

A indenização deve levar em conta o papel que desempenha. Em realidade, a indenização exerce função diversa, no dano moral, daquela desempenhada no dano material. A função é compensatória, ao invés de reparatória. A indenização corresponde a um bem, feito ao lesado, no intuito de compensá-lo pela lesão imaterial sofrida, como um lenitivo, uma satisfação que servirá como consolo pela ofensa cometida.

Às vezes, esse propósito compensatório pode ser promovido por intermédio de punição: a indenização – dependendo de seu valor – é vista como retribuição ao ofensor pelo mal por ele causado, o que pode trazer para a vítima alguma paz de espírito.

Mas a punição é função secundária, e não autoriza indenizações em patamar extraordinário como as verificadas em outros ordenamentos jurídicos, mormente no norte-americano por intermédio dos *punitive damages*.

Nosso sistema jurídico não prevê essa figura, consoante lição do STJ: “(...) A aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio




**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CIVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.” (AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Min. Des. Convocado HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO do TJ/AP, 4ªT, j. 03/08/2010).

Com os olhos voltados à função compensatória, a doutrina e a jurisprudência traçaram as principais circunstâncias a serem consideradas para o arbitramento do dano moral, sendo elas (a) a extensão do dano, isto é, da dor física ou psíquica experimentada pela vítima (b) o grau de culpabilidade do agente causador do dano (c) a eventual culpa concorrente da vítima, como fator que reduz o montante indenizatório (d) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

Há quem ainda proponha a condição econômica do ofensor, referida na fundamentação de muitos precedentes. Todavia, tal elemento deve ser bem compreendido, à luz das soluções que os precedentes têm apresentado nos inúmeros casos postos à apreciação judicial. Com efeito, a jurisprudência preocupa-se muito com a questão do enriquecimento indevido, o que serve de argumento contrário à fixação de valores indenizatórios altíssimos com base na robusta condição do ofensor. Temos observado que, na realidade, a condição econômica é considerada, mas especial e essencialmente nos casos de ofensores de modestas posses ou rendas, para reduzir equitativamente a indenização, evitando a ruína financeira.

Tudo isso levado em conta, no presente caso a indenização será arbitrada em R\$ 5.000,00, o que se coaduna com a função compensatória, mas guarda a devida proporção com a extensão do dano – inclusive considerando-se o tempo necessário para a solução do problema – e impede o enriquecimento indevido da parte autora.

Ademais, embora de fato a situação vivenciada pelo demandante tenha o condão


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosjec@tjsp.jus.br

de ensinar abalo psicológico em uma pessoa comum, é relevante acrescentar, que pelos áudios e conversas do Whatsapp, não se nota, na ocasião, abalo psicológico tão significativo com a situação. Isso diminui a extensão do dano moral, a intensidade do abalo psíquico, porque revela que o vício é de menor gravidade que a afirmada no início da demanda.

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para rescindir o contrato celebrado entre as partes e condenar as rés, solidariamente, a (a) indenizarem ao autor, pelos danos materiais, a quantia de R\$ 19.128,00, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP desde a propositura da ação, e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação (b) retirarem a piscina, caixa de máquinas, materiais de construção, acessórios e outras partes que integram o produto defeituoso adquirido pelo autor por conta da transação consumerista, deixando o local da maneira como estava antes da instalação, no prazo de 30 dias úteis contados da intimação das rés ao seu cumprimento, pelo DJE, após o trânsito em julgado; sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (c) indenizarem ao autor, pelos danos morais, a quantia de R\$ 5.000,00, com atualização monetária pela Tabela do TJSP desde a presente sentença, e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Deixo de condenar qualquer das partes em custas e honorários de advogado, ante o que dispõe o art. 55 da Lei 9099/95.

P.I.

São Carlos, 20 de novembro de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**