

TJSC. Vícios redibitórios. Prazo decadencial. Interpretação do art. 445, §1º do CC/2002. Tanto sob a regência do Código Civil, quanto da legislação de proteção ao consumidor, existente o vício oculto, o prazo decadencial não flui enquanto o vendedor não apresentar sua resposta à reclamação apresentada pelo adquirente da coisa, face o preconizado no art. 26, §2º, inc. I, da Lei Federal n. 8.078, de 11.09.1990 e no art. 445, §1º, do atual Código Civil.

Decisão Acórdão: Apelação Cível n. 2006.007418-2, de Criciúma.

Relator: Des. Jânio Machado.

Data da decisão: 19.10.2006.

Publicação: DJSC Eletrônico n. 90, edição de 08.11.2006, p. 29.

EMENTA: Apelação cível. Sustação de protesto. Duplicata não aceita. Extinção liminar do processo. Decadência reconhecida. Inocorrência. Vício oculto do produto. Reclamação do adquirente. Prazo. Fluência obstada. Art. 26, §2º, inciso I, da Lei n.º 8.078, de 11.09.1990 e art. 445, §1º, do Código Civil de 2002. Sentença anulada.

Tanto sob a regência do Código Civil, quanto da legislação de proteção ao consumidor, existente o vício oculto, o prazo decadencial não flui enquanto o vendedor não apresentar sua resposta à reclamação apresentada pelo adquirente da coisa.

Apelação cível. Sustação de protesto. Duplicata não aceita. Valor que desconsiderou pagamentos parciais, que atingem 80% daquele constante da nota fiscal. Indeferimento da liminar por ausência de plausibilidade do bom direito invocado. Inocorrência. Requisitos presentes. Deferimento, pelo tribunal, da liminar, sustando-se os efeitos do protesto, se este já se concretizou.

Os fatos narrados, aliados aos documentos unilateralmente exibidos pelo requerente, permitem que se conclua, numa análise provisória, própria daquela feita em sede de apreciação liminar, que se proíba a concretização da ameaça consubstanciada no aviso de protesto, conhecidos que são os malefícios daí originados. A veracidade do articulado pelo requerente será examinada, com profundidade, na ação principal, após estabelecido o contraditório.

Vistos e relatados, estes autos de apelação cível n. 2006.007418-2, da comarca da Criciúma (1ª Vara Cível), em que é apelante Secope Serviços Ltda., sendo apelada Metalúrgica Três J Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

I – RELATÓRIO:

Secope Serviços Ltda. ajuizou ação cautelar de sustação de protesto contra Metalúrgica Três J Ltda., alegando ter adquirido da requerida, em 18.11.2004, uma máquina Polibordas PCB 300, pelo valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), sendo que R\$20.000,00 (vinte mil reais) foram pagos antecipadamente (18.06.2004) e o restante dar-se-ia após a instalação e funcionamento. Todavia, desde a instalação (18.11.2004), a máquina apresentou problemas, motivo pelo qual deixou de quitar a dívida. Sustentou que, em 24.11.2005, enviou correspondência à requerida expondo todos os defeitos existentes e, diante da inércia quanto à obrigação pactuada e dos elevados prejuízos causados desde a aquisição, colocou a máquina à disposição daquela. Aduziu que o valor cobrado pela requerida não condiz com o devido, já que foi pago mais de 80% (oitenta por cento) da dívida, conforme comprovantes de depósito anexados. Salientou que a requerida levou a protesto um boleto bancário, que não é título de crédito, sendo que a sustação é a única medida para evitar conseqüências desastrosas e de difícil reparação. Por fim, requereu o deferimento da liminar, mediante caução, informando que, no prazo legal, ajuizará a ação declaratória, visando a nulidade do título.

O digno magistrado, considerou ausente a plausibilidade do direito invocado, reconheceu a decadência do direito da autora, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, com fundamento no art. 269, inciso IV, combinado com o art. 295, inciso IV, ambos do CPC (fls. 22/23). Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 28/29).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 33/40), sustentando que a medida cautelar pleiteada encontra apoio em dois motivos: 1) o defeito no produto adquirido e 2) o pagamento parcial de R\$20.000,00 (vinte mil reais), sem a devida ressalva na cártula protestada. Enfatizou tratar-se de mero boleto encaminhado a protesto sem o aceite da apelante. Requereu a reforma da decisão, aplicação do art. 515 do CPC e, via de conseqüência, o reconhecimento do pagamento de 80% (oitenta por cento) do valor do título protestado, o deferimento da liminar de sustação de protesto e o prosseguimento da ação como de direito.

Em juízo de retratação (art. 296 do CPC), a decisão foi mantida, remetendo-se os autos a esta Corte (fl. 44).

II – VOTO:

Inicialmente, cabe analisar a alegada decadência do direito da apelante reclamar pelo vício oculto na mercadoria adquirida, o que foi reconhecido na sentença, com fundamento no art. 445 do Código Civil, que tem o seguinte teor:

“O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de 30 (trinta) dias se a coisa for móvel, e de 1 (um) ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.”.

O dispositivo descrito não tem o alcance pretendido, sendo inaplicável ao caso concreto, ao menos na análise da petição inicial, para o efeito de concessão liminar. É que a autora adquiriu uma máquina Polibordas PCB 300, pelo valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e, desde a instalação (18.11.2004), teria apresentado diversos problemas, os quais não teriam sido sanados pela requerida, constando a remessa da correspondência de fl. 14, datada de 24.11.2005, em que se colocou a máquina à disposição, certamente porque ela não atendeu o fim colimado por ocasião da celebração do contrato de compra e venda:

“No dia 17/11/05, a máquina ficou para novamente com problemas nos retentores e nas gachetas, pois os mesmos quebraram e não foram encontrados, foi ligado para a Três J e o Bene disse que só liberava as peças depois de falar com o Célio. Conseguimos encontrar uma peça que substitua as que quebraram, mas a máquina ainda está apresentando problemas, o sensor do carro não está funcionando e com isso o uso da mesma está difícil.

Tem certos acabamentos que a máquina não faz, o arredondado, por exemplo, que é um acabamento que a máquina fazia, não faz porque as pedras estão quebrando, pois a máquina faz peso contra a peça fazendo com que a mesma quebre.

Foi mandado fazer engrenagens de bronze, porque as engrenagens que nos foi fornecido é de tecnil, não estão aguentando dois dias de trabalho e estão quebrando, pois se trata de um material de baixa resistência em virtude do que necessita.

Foi colocado um filtro de óleo porque o existente na máquina estava apresentando defeito, e com isso não estava lubrificando os pistões.

A máquina praticamente está parada, pois trabalha um pouco e quebra, fica mais parada que trabalhando, e com isso nosso prejuízo está aumentando. Caso não resolva nossos problemas até o fim do mês em questão, a máquina ficará a disposição para devolução.” (sic)

Percebe-se, do transcrito, que a máquina nunca teria funcionado a contento, existindo reclamações anteriores, o que, numa análise preliminar, afastaria a deflagração do prazo decadencial, conforme § 1º, do art. 445, do Código Civil de 2002:

“Art. 445 ...

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser reconhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de 1 (um) ano, para os imóveis.”.

Nem se pode afastar, de plano, a incidência de regras dispostas no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente aquelas inseridas no seu art. 26, se, ao que apresenta a prova até agora produzida, a aquisição da máquina estaria enquadrada na hipótese do art. 2º, por ser a apelante destinatária final do produto.

Assim, a afirmação da autora, de que houve reclamações à requerida, ainda que de forma verbal (prática corrente no meio comercial) e, posteriormente, de forma escrita (a lei não exige a forma solene), pode ser considerada para o efeito de impedir o curso do prazo decadencial:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C PERDAS E DANOS E RESSARCIMENTO DOS VALORES JÁ PAGOS - NEGOCIAÇÃO EFETUADA ENVOLVENDO CARRETA TIPO SEMI-REBOQUE - PRESENÇA DE PROBLEMAS ESTRUTURAIS - PRELIMINAR ARGÜIDA - DECADÊNCIA - APLICAÇÃO DO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS - EXTINÇÃO DO FEITO COM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 269, IV, DO CPC C/C O ART. 26, II, DO CDC - LEI N. 8.078/90) - RECURSO DESPROVIDO.

‘Resolução contratual. Aquisição de bem durável. Vício de fácil constatação. Reclamação apresentada após o prazo de noventa dias previsto na Lei 8.078/90. Prescrição reconhecida na sentença. Recurso desprovido.

O artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que o direito de reclamar pelos vícios aparentes, em se tratando de bens duráveis, caduca em noventa dias.

Conquanto seja decadencial, tal prazo não é contado se o consumidor procurar viabilizar sua pretensão extrajudicialmente, quer reclamando junto ao fornecedor, quer perante órgão especializado, como o PROCON. Uma vez apresentada resposta negativa do fornecedor, transmitida de forma inequívoca, um novo prazo decadencial iniciar-se-á. (Apelação cível n. 98.006233-0, de São José, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu).” (apelação cível n.º 2003.019427-4, de Blumenau, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 04.06.2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2006).

E,

“AÇÃO REDIBITÓRIA – CARRO ZERO QUILOMETRO COM DEFEITOS DE FABRICAÇÃO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – APELAÇÃO DAS REQUERIDAS – CONCESSIONÁRIA E MONTADORA.

AGRAVOS RETIDOS – MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E INÉPCIA DA INICIAL – AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO AO ART. 264 DO CPC – EXORDIAL CLARA E PRECISA – AGRAVOS DESPROVIDOS.

- Clara é a causa de pedir da ação redibitória fundada no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, quando o autor aponta os defeitos reclamados à concessionária de veículos requerida, os quais não restaram consertados, sendo a razão do ajuizamento da demanda.

- Estando a inicial com pedido e causa de pedir delimitados, improsperável a alegada inépcia da exordial.

DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR – ART. 26, INCISO II E §3º DO CDC – 90 DIAS – PRAZO NÃO ESCOADO - PREJUDICIAL AFASTADA.

O prazo de 90 dias previsto no art. 26, inciso II, do CDC, é obstado pela reclamação formulada pelo consumidor ao fornecedor, como aduz o inciso I do §2º do art. 26 do CDC. E mais, o prazo fica obstado até a resposta negativa inequívoca do fornecedor ao consumidor. Ocorre que os defeitos, conforme alegação do autor, não restaram consertados, assim aquele prazo não voltou a fruir, incorrendo, pois, a decadência do direito do autor.

VÍCIOS DO VEÍCULO NÃO SANADOS – PERÍCIA JUDICIAL APONTANDO OS PROBLEMAS PERSISTENTES – VÍCIO DE QUALIDADE QUE TORNA O PRODUTO INADEQUADO – RESSARCIMENTO DO VALOR DO CARRO HÁ ÉPOCA DA AQUISIÇÃO ACRESCIDO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA COM A CONSEQÜENTE DEVOLUÇÃO DO AUTOMÓVEL – APLICAÇÃO DO ART. 18, §1º, DO CDC – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REDIBITÓRIO MANTIDA.

- 'Ao consumidor adquirente de veículo automotor zero quilômetro é assegurado o direito de restituição da quantia paga pelo bem, monetariamente atualizada, quando, após reiterados consertos em oficina de concessionária autorizada, persistem os defeitos no automóvel.' (AC n. 2003.004159-1, Balneário Camboriú. Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

FRUSTRAÇÃO E DESCONTENTAMENTO COM O BEM ADQUIRIDO – DIVERSAS IDAS À CONCESSIONÁRIA PARA CONserto DO AUTOMÓVEL – DANO MORAL EXISTENTE – QUANTUM EXACERBADO – REDUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS TAMBÉM REDUZIDOS – PROVIMENTO PARCIAL DAS APELAÇÕES.

O dano moral não compreende tão somente o opróbrio passado por aquele que sofre algum tipo de dano perante outrem, mas também pode ser traduzido na sensação de impotência diante de uma situação em que não se consegue ter um automóvel em plena e completa condição de uso, ou seja, um veículo que não apresente defeito de fabricação. Tal sentimento que sofreu o autor, trouxe muitos incômodos e desgostos aquele, por não poder utilizar seu bem conforme esperava. A compra de um carro, como no caso em tela, é para todos um momento de grande alegria e satisfação, que quando apresenta oposição à expectativa, gera o tão chamado dano moral. E mais, no caso em tela o dano moral não é traduzido simplesmente pela ocorrência de defeitos no veículo adquirido pelo autor, mas em razão das diversas vezes que teve que se dirigir à concessionária em busca do tão almejado conserto do veículo.

A regra da efetiva demonstração do dano moral tem se fragilizado ao longo do tempo, de modo que, na sistemática processual vigente, não mais se exige a efetiva demonstração do prejuízo suportado, bastando, à sua configuração, a consciência de que determinado comportamento atinge a moralidade do indivíduo. É o que acontece com o produto defeituoso no caso em tela." (apelação cível n.º 2005.026712-4, de Blumenau, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 14.02.2006. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2006).

Mais:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA FUNDADA NA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - ANULAÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA - CAMINHÃO - AQUISIÇÃO DE BEM DURÁVEL - VÍCIO OCULTO - PRAZO DECADENCIAL DE NOVENTA DIAS - MARCO INICIAL - MOMENTO EM QUE SE EVIDENCIA O DEFEITO - RECLAMAÇÃO FORMULADA PELOS AGRAVANTES - CAUSA OBSTATIVA DA DECADÊNCIA - EXEGESE DO ARTIGO 26, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DEMANDA AJUIZADA DENTRO DO LAPSO TEMPORAL - DECADÊNCIA AFASTADA - ARGÜIÇÃO DE CARÊNCIA DE AÇÃO - INOCORRÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NÃO CONFIGURADA - DECISUM VERGASTADO MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO.

Conforme dispõe o art. 26, § 2º, inc. I, do Diploma Consumerista, a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor, até a resposta negativa correspondente, é causa obstativa do prazo decadencial.

Não há falar em carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido quando a pretensão formulada na demanda não encontrar nenhuma espécie de vedação no ordenamento jurídico pátrio." (agravo de instrumento n.º 2003.021729-0, de Blumenau, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 06.10.2005. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2006).

Ainda:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - PROTESTO DE CHEQUE - RELAÇÃO DE CONSUMO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO PRODUTO - AUSÊNCIA DE PROVA DA NOTIFICAÇÃO SOBRE O DEFEITO - PRAZO DECADENCIAL - ART. 26, II, § 2º, I, DO CDC - RECURSO DESPROVIDO.

Consoante o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em 90 (noventa) dias, quando se tratar de produtos duráveis. Esse prazo somente será interrompido se existir reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de

produtos, com a correspondente resposta negativa.” (apelação cível n.º 2002.026226-4, de Sombrio, Primeira Câmara de Direito Comercial, rel.ª Des.ª Salete Silva Sommariva, j. em 14.04.2005. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2006).

Vencida a questão relacionada à decadência, passa-se à análise do indeferimento da petição inicial por ausência de um dos requisitos autorizadores da medida cautelar, no caso, a plausibilidade do bom direito invocado.

O processo cautelar, regulado pelo Livro III do Código de Processo Civil, tem no art. 798 um de seus esteios, assegurando ao juiz o poder para “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. A apelante, na razões recursais, enfatizou a necessidade de se conceder a providência reclamada, argumentando que “a única medida adequada para evitar as conseqüências desastrosas do protesto, é a sustação provisória do mesmo, até porque, a reversão da medida é amplamente possível.” (fl. 07).

O procedimento cautelar, sabe-se, é marcado pelas características da instrumentalidade, provisoriedade e revogabilidade. Para que o juiz conceda a liminar não se exige a certeza absoluta, a demonstração incontestante do direito invocado pelo requerente, o qual, na maioria das vezes, reclama uma instrução, o que se faz no bojo da ação principal.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

"Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (Nery, Recursos, 210)". (Código de processo civil comentado. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 798).

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

"Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o 'direito de ação', ou seja, o direito ao processo de mérito.

(...)

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas.

Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido". (Curso de direito processual civil, 39. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. II, p. 360 e 361).

Extrai-se dos ensinamentos transcritos que, para o deferimento da liminar, incumbe ao autor o dever de descrever os fatos que suportem a medida reclamada, de modo a se antever uma vitória na ação principal a ser ajuizada, tudo aliado à presença do perigo da demora.

Paulo Afonso Garrido de Paula, ao comentar o art. 801 do CPC, explica que “o autor não tem o ônus de comprovar, à exaustão, a existência do direito ameaçado, bastando sua plausibilidade” (MARCATO, Antonio Carlos [Coord.]. Código de processo civil interpretado. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 2300).

O primeiro requisito - plausibilidade do bom direito - está demonstrado por intermédio da nota fiscal de fl. 13 (aquisição da máquina descrita na inicial, no valor de R\$25.000,00) e pelos depósitos bancários de fls. 16/20, na conta corrente n.º 4.424-5, que, somados, atingem o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), tendo como favorecida a requerida. Ou seja, há prova da aquisição de um bem, pagamento substancial da dívida e fatos que, até prova em contrário, porque verossímeis, suportam a concessão da liminar. Em sendo a apelada/requerida credora de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), correspondente à diferença entre o valor da nota fiscal de compra e venda e os depósitos de fls. 16/20, não poderia ela emitir duplicata na importância de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), que seria irreal e desatrelado ao negócio subjacente. Recorde-se, ademais, que o documento encaminhado ao cartório de protesto é uma “duplicata não aceita”, o que reforça a necessidade de, em sede de exame de análise de concessão do pleito liminar, valorizar-se as alegações da requerente.

O perigo da demora é evidente, sendo por demais conhecidas as conseqüências nocivas de um protesto indevido.

No caso concreto e na situação presente, a sustação do protesto não poderá ser determinada porque concretizada a ameaça que se pretendia afastar. Então, o recurso deve ser provido para o fim de anular-se a sentença, deferir-se a sustação dos efeitos do protesto, mediante prestação de caução idônea, e prosseguir-se na ação como de direito.

III – DECISÃO:

Ante o exposto, a Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhece e dá provimento ao recurso para o fim de anular a sentença e, na seqüência, deferir a sustação dos efeitos do protesto, mediante prestação de caução idônea, prosseguindo-se na ação como de direito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Anselmo Cerello e Ricardo Fontes.

Florianópolis, 19 de outubro de 2006.

ANSELMO CERELLO

Presidente com voto

JÂNIO MACHADO

Relator

<http://www.cc2002.com.br/noticia.php?id=415>