

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075
Relator: Desembargador João Batista Góes Ulysséa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. APELO DOS LITIGANTES. AQUISIÇÃO DE PRÓTESE ORTOPÉDICA. INCIDÊNCIA DO CDC. DISPARIDADE ENTRE O PRODUTO OFERTADO E O ENTREGUE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA. ÔNUS PROBANDI DA RÉ. EXEGESE DOS ARTS. 373, II, DO CPC E 14 DO CDC. AUSÊNCIA DE PROVA DE CUMPRIMENTO DA OFERTA PELA RÉ. RELATOS TESTEMUNHAIS QUE CORROBORAM COM A NARRATIVA EXORDIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Na incidência do Código de Defesa do Consumidor, que preceitua – entre outras – a facilitação da defesa em juízo pela inversão do ônus da prova e a máxima *in dubio pro consumidor*, distribui-se à Ré o ônus de provar que cumpriu a oferta, entregando ao comprador prótese ortopédica idêntica à exibida antes da contratação. Na falta de prova quanto ao tema tratado, mantém-se a responsabilidade da ré à restituição da quantia paga e à reparação dos danos morais.

DANOS MORAIS. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO ADEQUADA. MANUTENÇÃO.

O arbitramento do valor condenatório por danos morais deve estar alinhado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem se desvencilhar do efeito pedagógico da condenação, inclusive para obstar a reincidência.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA NA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ATUALIZAÇÃO INCIDENTE DESDE O ARBITRAMENTO. JUROS A CONTAR DA CITAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL.

A adequação do termo inicial da correção monetária e dos juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais pode ser realizada de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

EXECUÇÃO FORÇADA DO CONTRATO. PEDIDO SUCESSIVO FORMULADO PELO AUTOR. NÃO CABIMENTO, DIANTE DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

PRINCIPAL DE RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA.

Diante do acolhimento do pedido principal de restituição da quantia paga, inviável o conhecimento do pleito sucessivo de execução forçada do contrato, por expressa vedação do art. 326 do CPC/2015.

RECURSOS DESPROVIDOS. DE OFÍCIO, ADEQUAÇÃO DO TERMO INICIAL DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075, da comarca de Tubarão (1ª Vara Cível) em que são Apelantes e Apelados Ortomed Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda. ME e Adilson da Silva Bitencourt.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, desprover os recursos; de ofício, modificar o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora. Custas legais.

O julgamento, realizado em 8 de março de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Newton Trisotto, e dele participaram, com votos, os Exmos. Srs. Desembargadores Sebastião César Evangelista e Rubens Schulz.

Florianópolis, 10 de abril de 2018.

[assinado digitalmente]
Desembargador João Batista Góes Ulysséa
Relator

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

RELATÓRIO

Ortomed Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda ME e Adilson da Silva Bitencourt interpuseram apelações cíveis contra a sentença que, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais n. 075.13.010176-6, proposta pelo segundo contra a primeira, condenou esta ao ressarcimento de R\$ 500,00 do sinal à aquisição de prótese ortopédica, além do pagamento de R\$ 5.000,00 por danos morais, corrigidos a partir da sentença e com juros de mora a contar da intimação da publicação do *decisum*, pela discrepância entre a prótese oferecida e a entregue ao consumidor. Também repartiu a sentença as custas processuais, incidindo 60% (sessenta por cento) à Ré e 40% (quarenta por cento) ao Autor, e os honorários advocatícios que, após compensados, devem ser pagos pela Ré aos procuradores do Autor em 4% (quatro por cento) do valor da condenação.

A Ré Ortomed Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda. ME, em suas razões, afirmou, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, porque sustentado em não ter visualizado o vídeo da prótese no sítio de *internet* www.ortopediaamericana.com.br, imprescindível à resolução de mérito; e, no mérito: (a) insistiu na entrega da prótese ao consumidor (fl. 25) idêntica àquela que lhe foi ofertada, não havendo discrepância que possa justificar a reparação; (b) da prótese oferecida e entregue ao Autor como destinada ao uso com calçados, portanto sem apelo estético, algo que jamais lhe foi prometido; (c) do Autor ter concordado com o produto nas condições em que lhe foi entregue, com retorno ao estabelecimento para solicitar alterações, e atendido; (e) que a prótese atendia ao propósito e não continha vícios ou defeitos; e (f) se mantida a responsabilidade, que ocorra minoração do valor indenizatório, porque microempresa e, assim, de pequeno capital social.

O Autor, em suas razões de recurso, sustentou que: (a) é necessário compelir a Ré à entrega de uma prótese idêntica à prometida, nos

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

moldes da fotografia de fl. 22, sob pena de enriquecimento ilícito desta; e (b) o valor indenizatório por danos morais deve ser majorado, pelo aspecto desagradável da prótese, assemelhada ao membro de um animal.

A Ré apresentou contrarrazões (fls. 194 e 195).

Esse é o relatório.

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

VOTO

Apelaram os litigantes contra a sentença que, proferida em ação indenizatória ajuizada por Adilson da Silva Bitencourt contra Ortomed Comércio de Produtos Ortopédicos Ltda. ME, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a empresa à restituição de R\$ 500,00 e ao pagamento de R\$ 5.000,00 a título de danos morais, por ter entregue ao consumidor uma prótese ortopédica diferente da inicialmente ofertada.

Preliminarmente, a Demandada/Apelante defende a cassação da sentença, porque não apreciado devidamente o vídeo promocional do produto, inserido no sítio de *internet*, comprovando ciência do consumidor das características da prótese ofertada e adquirida.

O tema confunde-se com o próprio mérito da lide.

Distribui a lei processual civil entre as partes o ônus da prova, imputando ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito e, ao réu, a comprovação daqueles modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão, nos termos do art. 373 do CPC/2015. Além disso, não se pode descartar a distribuição dinâmica do *onus probandi*, segundo a qual impõe-se a prova à parte que reúne condições para tanto:

Art. 373.

[...].

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

No caso, a lide versa sobre a disparidade entre o produto ofertado e aquele entregue ao consumidor, a atrair a incidência do Código de Defesa do Consumidor, diante da presença das figuras do consumidor e do fornecedor, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990.

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º 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.

Portanto, diante da afirmação do Autor de que a prótese oferecida pela Ré era diferente daquela que lhe foi posteriormente entregue, sobre a segunda recai o ônus de demonstrar sua adequada atuação, como se infere da jurisprudência da Casa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. [...] ÔNUS DE PROVA NO TOCANTE AO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. FATO NEGATIVO. PRESTAÇÃO SATISFATÓRIA DO SERVIÇO QUE DEVE SER DEMONSTRADA POR QUEM O FEZ. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO, ADEMAIS, TÍPICAMENTE DE CONSUMO. ATRAÇÃO DAS REGRAS, DOS PRINCÍPIOS E DOS VALORES CONSTANTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DE PROVA (ART. 6º, INC. VIII). POSSIBILIDADE, NO CASO. VULNERABILIDADE TÉCNICA DO CONSUMIDOR. FORNECEDOR QUE NÃO PROVA SEQUER MINIMAMENTE O CUMPRIMENTO DE SUA OBRIGAÇÃO PELA QUAL RECEBEU O PREÇO AJUSTADO [...] (Apelação Cível n. 2013.049153-1, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 15-12-2015).

Nesse rumo, a postura defensiva adotada pela Ré repousa sobre a alegação de que o produto ofertado ao consumidor não contém vícios ou defeitos e é igual àquele que lhe foi entregue, porque os relatos testemunhais dão suporte à citada teoria; logo, atraiu para si o ônus da prova.

Contudo, não se desincumbiu de tal ônus, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque a Ré sempre sustentou ter apresentado o

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

produto por meio do sítio www.ortopediaamericana.com.br/proteses/membro-inferior e que somente com a anuência do Autor com o modelo que lhe foi oferecido se dedicou à manufatura da prótese. Nessa linha, entende comprovada as informações das próteses ao consumidor através da testemunha Caroline Cardoso, vendedora da Ré, que, ao ser ouvida em juízo, salientou a forma de exibir o produto pelo sítio de *internet* de terceiro (mídia de fl. 99), por ela mesmo, mostrando a tela do computador ao Autor.

Sucedede que a Ré não provou que a visualização da *URL* mencionada exibe prótese remotamente similar àquela entregue ao Autor e fotografada à fl. 25, mesmo desconsiderando o recorte feito no produto para acomodar o uso de sandálias de dedo. Cumpria à Ré ter se resguardado, provando que o sítio exibia, à época, a prótese entregue ao Autor; valer-se, ainda, de orçamentos ou propostas entregues ao consumidor, com a descrição do produto e suas características; ou, ainda, ter discriminado com minúcia o produto na nota fiscal de fl. 19. No entanto, nada provou nesse sentido, fazendo constar do documento fiscal somente a descrição "prótese ortopédica com amputação metatarsal ou MI".

Em outras palavras, não há prova de exibição no sítio de internet usado pela Ré para ofertar seus produtos aos clientes com imagens de próteses similares àquela efetivamente entregue ao consumidor (fl. 25, sapatilha rígida), como não há comprovação de que o consumidor tenha sido minuciosamente informado das características do produto.

Ademais, o produto foi ofertado pela empresa Ré exibindo-o no monitor de computador, com confirmação da informante Rosa, esposa do Autor (mídia, fl. 99), ao afirmar ter visto as fotografias no *site* de terceiro, apresentadas por Caroline e Denys Leiria, protéticos; também disse que lhe foi exposta a fotografia de uma prótese de silicone, no formato de um pé, com flexibilidade, e jamais viu o produto que futuramente lhe foi entregue, assemelhado a uma bota

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

rígida. Portanto, foi transferido à Ré o ônus de provar a entrega do respectivo produto, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015 e do art. 14 do CDC.

Quanto ao vídeo do produto – que, segundo a Ré, deveria ter sido assistido na origem –, não há prova de sua juntada nos autos.

Por fim, Denys Leiria, técnico ortopédico responsável pela fabricação do produto, ouvido como informante dado seu interesse na causa (mídia de fl. 108), afirmou que fabricou a prótese de acordo com as normas técnicas, sem nenhum apelo estético, mas funcional, esclarecendo que não fabrica as próteses assemelhadas a um pé (vistas à fl. 22). Afirmou, ainda, ter mostrado ao consumidor fotos e vídeos do modelo entregue e constantes no *site* www.ortopediaamericana.com.br.

Contudo, vale repisar: a Ré não demonstrou a existência das imagens da prótese funcional na época da contratação (sapatilha rígida), no sítio de *internet*, embora pudesse evidenciar ciência do consumidor da espécie de prótese adquirida. Consta-se, que a Ré não se desincumbiu do ônus de provar que o produto entregue foi igual ao ofertado, diante dos artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Pleiteou o Autor, na exordial, o "ressarcimento do valor do produto, ou seja, R\$ 4.000,00 [...] além da condenação no pagamento de indenização por danos morais" (fl. 12); e, sucessivamente, "entendendo pela impossibilidade de dinheiro ao Requerente [...] requer seja a Requerida condenada a pagar por uma

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

prótese de silicone ao Requerente, no modelo prometido inicialmente" (idem).

Em sede de apelo, o Demandante insiste na condenação da Ré ao pagamento de uma nova prótese, o que é incompatível com a condenação ao ressarcimento do valor pago deferida, uma vez que o pedido sucessivo somente pode ser conhecido em superação do principal, nos termos do art. 289 do CPC/1973, correspondente ao atual art. 326:

Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.

Afora isso, o art. 35 do CDC possibilita a escolha do consumidor entre o cumprimento forçado da obrigação ou a restituição da quantia, sendo incabível sua cumulação:

Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (grifou-se).

Assim, pelo acolhimento parcial do pedido de restituição da quantia paga à Ré, impossibilitado está o deferimento do pedido de execução forçada da obrigação.

No tocante à indenização por danos morais, insurgência comum, a fixação da verba indenizatória a esse título, não desconsiderando o grau de subjetividade, deve seguir uma projeção do fato, alinhado às condições do ofensor e do ofendido, o tipo e a forma da lesão, com as repercussões e consequências à parte atingida. Além disso, a fixação deve considerar, também, a capacidade financeira das partes, de forma a alcançar uma dimensão punitiva, considerando as peculiaridades que possam atenuar ou agravar a atuação do infrator.

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

Nesse caminho, este Tribunal já decidiu:

[...] O valor a ser arbitrado a título de dano moral deve ter como parâmetro a extensão do abalo sofrido pelo lesado, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito, considerada, ainda, a finalidade repressiva ao ofensor [...]. (Apelação Cível n. 2008.039571-4, de Brusque, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 1º-7-2010).

É patente que a fixação de um valor indenizatório há de corresponder, tanto quanto possível, à situação socioeconômica de ambas as partes, sem perder de vista a necessidade de avaliação da repercussão do evento danoso no dia a dia da vítima. (Apelação Cível n. 2007.007857-8, de Tubarão, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 28-10-2010).

A respeito do tema, destaca-se a lição de José Raffaelli Santini:

Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso inexistente. O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz (Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 45).

E, como sustentou o Superior Tribunal de Justiça:

Em se tratando de dano moral, cada caso se reveste de características específicas, refletidas subjetivamente na fixação da indenização, tendo em vista a observância das circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, o tipo de dano, além das suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima (AgRg no Resp n. 1150463/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 15-3-2012).

No caso, o exame de tais pressupostos, como as decisões recentes deste Órgão Fracionário, conduzem à manutenção do valor indenizatório em R\$ 5.000,00, quantia própria para reparar, ou ao menos minorar, as consequências

Apelação Cível n. 0010176-13.2013.8.24.0075

danosas imposta à vítima, como para desmotivar a reincidência. A vítima viu-se atormentada pelo recebimento de prótese diferente da que adquiriu, porque imprestável ao fim estético que almejava; mas, deve-se levar em conta o baixo capital social da microempresa demandada (R\$ 5.000,00) e a ausência de reincidência.

Ajusta-se o termo inicial da correção monetária, que deve ser fixado na data do arbitramento (STJ, Súmula 362), e dos juros de mora, que fluem a partir da citação, por se tratar de lesão decorrente de descumprimento contratual.

A alteração pode ser realizada de ofício, afinal:

"Não configura julgamento *extra petita* ou *reformatio in pejus* a aplicação, alteração ou modificação do termo inicial dos juros de mora e da correção monetária, de ofício, de modo a adequá-los à jurisprudência do STJ" (AgRg no AREsp n. 576.125/MS, rel. Min. Raul Araújo Costa) (Apelação Cível n. 0001088-68.2008.8.24.0028, de Içara, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 21-3-2017).

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos e, de ofício, altera-se o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora.

Esse é o voto.