



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0012882-91.2013.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Obrigação de Fazer / Não Fazer**
 Requerente: **Munir Simonetti Kabbach**
 Requerido: **Rejuvene Produtos Médicos e Hospitalares Ltda**

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

Munir Simonetti Kabbach move **ação de rescisão de contrato cumulada com indenização por danos materiais e morais** contra Rejuvene Produtos Médicos e Hospitalares Ltda sustentando que adquiriu equipamento da ré e este apresentou inúmeros problemas, sem que a assistência técnica os tenha solucionado, motivo pelo qual, após pagamento de parte do débito, sustou os cheques vincendos e pede, nesta demanda, a rescisão do contrato, a devolução do quanto foi pago, e indenização por danos materiais e morais.

Tutela antecipada concedida para excluir o nome do autor dos órgãos restritivos.

Contestação às fls. 80/91, em que a ré alega a ausência de vício no produto e que houve mau uso, impugnando, ainda, os danos afirmados pelo autor.

Réplica às fls. 149/156.

Saneador às fls. 158.

A estes autos foi apensado, às fls. 176, o processo digital nº 4001870-12.2013, de ação monitória movida por Rejuvene Produtos Médicos e Hospitalares Ltda contra Munir Simonetti Kabbach, pedindo a condenação deste ao pagamento do valor remanescente do preço.

Embargos monitórios às pp. 52/59, alegando-se que um dos cheques adicionais indicados pela autora foi pago, e no mais, nada é devido, pelas razões que embasaram a propositura outra ação.

Réplica, pp. 71/72.

Julgada preclusa a prova pericial, no tocante ao autor, às fls. 189.

Julgada preclusa a prova pericial, no tocante à ré, às fls. 192.

Alegações finais às fls. 196/204.

É o relatório. Decido.

Saliente-se que, estando em vigência o CPC/73, as partes não interpuseram qualquer recurso, à época, contra as decisões que afastaram a produção de outras provas, determinando apenas a prova pericial (fls. 158) e, posteriormente, encerrando a instrução (fls. 192), tendo se operado, pois, a preclusão.

O STJ, interpretando a expressão *destinatário final* contida no art. 2º do CDC, adotou, em linha de princípio, a *teoria finalista*, mais restrita, segundo a qual *destinatária final* é apenas a pessoa física ou jurídica que recebe o produto ou serviço para uso ou por interesse pessoal, sem incorporá-lo ou aproveitá-lo, de qualquer modo, no desenvolvimento da empresa ou da profissão, ainda que o retirando do mercado.

Tal linha de interpretação afasta o emprego da *teoria maximalista*, mais ampla, que considera *destinatário final* todo aquele que retira o produto ou serviço do mercado.

A *teoria finalista* deve, realmente, ser adotada, pois restringe a proteção do CDC a quem realmente é *vulnerável*, lembrando que o CDC foi criado para dar concretude à promessa constitucional de se *defender* esse agente econômico, o consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, I, CF; art. 48, ADCT), o que somente se justifica, no sistema, por ser o consumidor parte *vulnerável* da relação: o propósito é de se *reequilibrar* uma relação desequilibrada, numa específica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

5ª VARA CÍVEL

RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

realização da *igualdade material* (art. 5º, caput, CF).

Tal propósito seria *distorcido* ao proteger-se, por exemplo, grande empresa que adquire bem de pequeno fornecedor, retirando o bem do mercado, caso em que, manifestamente, a empresa não é parte vulnerável da relação e seria beneficiada com proteção anti-isonômica.

Por outro lado, também não se pode ignorar que, em certos casos, o bem ou serviço é retirado da cadeia de consumo, é empregado na atividade profissional ou empresarial e mesmo assim o adquirente do produto ou serviço é vulnerável, perante o fornecedor, o que *justificaria* a proteção legal.

Justamente por tal razão, o STJ procedeu a um *ajuste* em sua interpretação para ser "*flexibilizada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica*" do destinatário profissional ou empresa (STJ, AgRg no AREsp 439.263/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 3ªT, j. 27/03/2014).

É a teoria *finalista mitigada* ou *aprofundada* (CLÁUDIA LIMA MARQUES), absolutamente certa quanto à fixação de critérios para que o CDC seja aplicado de modo ajustado aos propósitos do microsistema protetivo.

Seguindo tal orientação, quanto ao caso em comento, observamos que o autor não seria destinatária final segundo a teoria finalista estrita, no entanto é consumidor segundo a teoria finalista mitigada, uma vez que, profissional liberal, *é hipossuficiente do ponto de vista econômico e técnico, em relação à ré, detentora de conhecimentos técnicos privilegiados, não compartilhados com o autor, a respeito da tecnologia empregada no equipamento, e com significativamente maior saúde financeira, pelo que se vê nos autos*.

Por isso, aplica-se o CDC ao caso.

Indo adiante, no caso em tela alega o autor vício de produto.

O vício foi comprovado, porquanto, como é incontroverso, o equipamento efetivamente apresentou problemas que o tornaram impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, nos termos do art. 18 do CDC. ***O dano é, de fato, incontroverso, mesmo porque o equipamento foi mais de uma vez levado à ré para a assistência técnica.***

As excludentes de responsabilidade não estão previstas, de modo expreso, no que toca ao vício de produto, e sim, apenas, na disciplina do fato do produto ou acidente de consumo, art. 12, § 1º do CDC.

Aquelas normas de direito material são, porém, aplicáveis ao vício de produto.

Segundo consta no art. 12, § 1º, as excludentes de responsabilidade seriam (a) ausência de autoria: fornecedor que não colocou o produto no mercado (b) ausência de vício (c) culpa exclusiva do consumidor (d) culpa exclusiva de terceiro.

Tem-se admitido também a força maior e o caso fortuito como excludentes.

Tais excludentes de responsabilidade, porém, devem ser comprovadas pelo fornecedor, mesmo porque, em razão da supremacia técnica frente à vulnerabilidade, nessa seara, do consumidor, tem mais condições de fazê-lo.

No caso dos autos, a ré não comprovou qualquer excludente de sua responsabilidade.

Alega, simplesmente, o mau uso do autor, mas não comprova o fato.

As afirmações nesse sentido, constantes das ordens de serviços, 131, 132, 133, são unilaterais e nada comprovam contra o autor, nos termos do art. 408, parágrafo único, do CPC: "*Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.*"

Quer dizer: a ré é a interessada na veracidade dos fatos relatados por seu prepostos nos documentos de fls. 131/133 e, não o tendo feito, arcará com o ônus de sua omissão.

Saliente-se que o juízo oportunizou à ré a produção da prova pericial, conforme fls.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

186 ("... caberá passada à ré a oportunidade de sua produção") e 189 ("diga, pois, a ré se tem interesse na produção de prova pericial"), entretanto sua inércia acarretou a preclusão proclamada às fls. 192.

Consequentemente, cabe a rescisão contratual com (a) a repetição do quanto foi pago pelo autor à ré, do modo como individualizado na inicial (b) o pagamento de indenização pelas perdas e danos.

Sobre as perdas e danos, os danos materiais foram comprovados em parte.

Os valores postulados a título de transporte, combustível e hospedagem (R\$ 324,90) vez que o autor teve que levar o equipamento mais de uma vez à assistência técnica da ré, estão comprovados (fls. 38/41) e a impugnação da ré não se justifica.

Os prejuízos causados pela perda de clientela não foram comprovados pelo autor.

Está comprovada a despesa com o estabilizador de voltagem (fls. 46), equipamento adquirido apenas para o uso no equipamento da ré e que não impediu os danos.

As despesas com medicamentos deverão ser incluídas afastadas, porquanto razoavelmente comprovada a necessidade dos medicamentos e o nexo causal entre ela e o problema no equipamento da ré, fls. 42, frente e verso do relatório médico.

O dano moral pressupõe a lesão a bem jurídico não-patrimonial (não conversível em pecúnia) e, especialmente, a um direito da personalidade (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 1ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 55; DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 19ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 84; GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 8ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2013. p. 359), como a integridade física, a integridade psíquica, a privacidade, a honra objetiva e a honra subjetiva. Isto, em qualquer ordenamento jurídico que atribua centralidade ao homem em sua dimensão ética, ou seja, à dignidade da pessoa humana, como ocorre em nosso caso (art. 1º, III, CF).

Todavia, não basta a lesão a bem jurídico não patrimonial, embora ela seja pressuposta. O dano moral é a dor física ou moral que pode ou não constituir efeito dessa lesão. Concordamos, aqui, com o ilustre doutrinador YUSSEF CAHALI: "*dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.*" (in Dano moral. 4ª Edição. RT. São Paulo: 2011. pp. 28).

A distinção entre a simples lesão ao direito não patrimonial e o dano moral como efeito acidental e não necessário daquela é importantíssima. Explica, em realidade, porque o aborrecimento ou desconforto - ainda que tenha havido alguma lesão a direito da personalidade - não caracteriza dano moral caso não se identifique, segundo parâmetros de razoabilidade e considerado o homem médio, dor física ou dor moral.

O critério é seguido pela jurisprudência, segundo a qual somente configura dano moral "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).

A prova do dano moral, porém, não se faz rigorosamente pelos mesmos meios em que se prova o dano material. O que se exige é a prova da ofensa. Uma vez comprovada esta, deve o magistrado, à luz da violação ocorrida e das circunstâncias concretas, observando as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335, CPC), avaliar se houve dano moral, adotando como parâmetro o homem médio.

Nesse sentido, vem à baila a lição de SERGIO CAVALIERI FILHO:

"(...) Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Neste ponto a razão está ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum. (...)”

(in Programa de Responsabilidade Civil, 6ª Ed., Malheiros. São Paulo: 2006. pp. 108)

No caso dos autos, com as vênias a entendimento distinto, reputo que o documento de fls. 42 comprova que os transtornos causados pelo equipamento da ré superaram o aceitável em sociedade, ingressando na seara do efetivo dano moral, impondo-se compensação pecuniária em favor do autor, mesmo porque o art. 6º, VI do CDC garante ao consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais.

Outra questão diz respeito ao valor da indenização, caso identificado o dano moral. A dificuldade está 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 indenização¹. 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.

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

¹ No caso do dano emergente, paga-se o montante estimado para o restabelecimento do patrimônio anterior, que foi diminuído. No caso dos lucros cessantes, paga-se valor estimado com base na expectativa razoável de acréscimo patrimonial, que foi obstado.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 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 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 tem 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.

Na hipótese vertente, tendo em vista o impacto psicológico que os problemas ocorridos com o equipamento trouxe ao autor, inclusive necessitando de tratamento psiquiátrico e de ingestão de medicamentos, reputo que o valor de R\$ 10.000,00 atende ao propósito da indenização.

Por fim, tendo em vista a solução aqui adotada, por corolário lógico julga-se improcedente a ação monitoria movida pela fornecedora.

Ante o exposto:

(1) **julgo parcialmente procedente a ação** movida por Munir Simonetti Kabbach contra Rejuvene Produtos Médicos e Hospitalares Ltda para (a) rescindir o contrato celebrado entre as partes, confirmando a tutela antecipada de fls. 74 (b) condenar a ré a pagar ao autor R\$ 23.655,00 – restituição do que foi pago -, com atualização desde a propositura da ação e juros legais desde a citação (b) condenar a ré a pagar ao autor R\$ 689,29 – indenização por danos materiais -, com atualização desde a propositura da ação e juros legais desde a citação (c) condenar a ré a pagar ao autor R\$ 10.000,00 – indenização por danos morais -, com atualização desde a data em que prolatada esta sentença, e juros legais desde a citação. *Tendo em vista que o autor decaiu de parte mínima do pedido, condeno a ré nas custas e despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% sobre o valor da condenação.*

(2) **julgo improcedente a ação movida** por Rejuvene Produtos Médicos e Hospitalares Ltda contra Munir Simonetti Kabbach, condenando a primeira em custas e despesas processuais e honorários, arbitrados estes em 10% sobre o valor atualizado da causa.

P.R.I.

São Carlos, 21 de março de 2016.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

5ª VARA CÍVEL

RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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