

Equipe nº 102

Recurso de Apelação da Ré (Poliane Alvorada)

Recurso de Apelação elaborado pela Equipe nº102 para a 2ª Competição Mineira de Processo Civil – Professor Humberto Theodoro Júnior, representando a parte Poliane Alvorada (ré da demanda)

ÍNDICE

Peça de interposição	03
Razões recursais	04
1. Síntese fático processual	04
2. Da Tempestividade	07
3. Do Preparo recursal	07
4. Preliminarmente	07
4.1 Do Excepcional pedido de efeito suspensivo	07
4.2 Da Nulidade da sentença por violação ao direito à prova e ao devido Processo Legal	10
4.3 Da Ineficácia da renúncia ao direito de recorrer por violação ao princípio da Ampla Defesa	16
5. Mérito	18
5.1 Da relação de consumo	18
5.2 Da responsabilidade pela obrigação de resultado	17
5.3 Dos Danos morais e estéticos	20
5.3.1 Da majoração dos danos morais sofridos pela Apelante	20
5.3.2 Do dano estético sofrido pela Apelante	22
5.4 Da omissão referente ao pedido de indenização por dano material	23
5.5 Da ausência de requisitos para a configuração da responsabilidade civil da Apelante	24
6. Conclusão	26
Referências	29

**EXCELENTÍSSIMO JUIZ DE DIREITO DA 40ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE
BELO HORIZONTE – MINAS GERAIS**

Processo nº 1234567-89.2019.8.13.0024

1. **POLIANE ALVORADA**, já qualificada nos autos do Procedimento de Obrigação de Fazer e não Fazer c/c Indenização por Perdas e Danos com pedido de Antecipação de Tutela, em epígrafe, que lhe move o ora Recorrido DÉCIO SHEPHERD, em curso perante 40ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, inconformada com o desfecho processual determinado, vem à presença de V.Exa., nos termos art. 1.009 do Código de Processo Civil, apresentar **APELAÇÃO** em face da sentença (ID1658465) proferida no dia 10 de dezembro de 2019, aduzindo em razões separadas os motivos da sua irrisignação.

2. Assim, requer seja intimado o Recorrido para apresentar contrarrazões, e ao final que seja remetido os autos para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para o seu devido prosseguimento, nos termos dos §1º e §3º do art.1.010, bem como os arts. 1.012 e 1.013 todos do Código de Processo Civil.

LOCAL E DATA

**NOME DO ADVOGADO
OAB/UF**

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Apelante: Poliane Alvorada

Apelado: Décio Shepherd

Procedimento: Ação de Obrigação de Fazer e Não Fazer c/c Indenização por Perdas e Danos com Pedido de Antecipação de Tutela

PROCESSO nº 1234567-89.2019.8.13.0024

Colenda Turma,

Ínclitos Julgadores,

Ilustre Relator,

1. SÍNTESE FÁTICO-PROCESSUAL

3. A APELANTE atua como *digital influencer* através da, mídia social, *Picgram* e possui em torno de 500 (quinhentos) mil seguidores. Seu trabalho se baseia na relação de confiança com seu público, participando de campanhas de publicidade e apresentando aos seus seguidores serviços e produtos, atribuindo uma ideia de indicação e associando a sua imagem com o produto ofertado. A imagem da APELANTE é o que dita o seu trabalho, ou seja, transmitir credibilidade é fundamental para a sua consolidação como influenciadora.

4. A APELANTE foi procurada pelo médico dermatologista e cirurgião-dentista no dia 10/01/2019, com a proposta de realização de procedimentos estéticos, com os quais segundo o apelado, a APELANTE ficaria, ao final, esteticamente semelhante à atriz norte-americana, mundialmente conhecida, além de seu inegável talento profissional, por sua beleza e jovialidade Jennifer Aniston, protagonista da famosa série *Friends*. Tal proposta visava a promoção dos serviços realizados pelo profissional, em troca da realização do procedimento estético na modelo e *digital influencer*. Ficou acordado previamente que a Sra. Poliane Alvorada cláusulas se obrigava a compartilhar com seu público o comparativo “antes e depois” do procedimento, bem como outras informações. Assim, com cláusulas pré-determinadas pelo apelado, a APELANTE anuiu ao contrato, tendo realizado o procedimento médico no dia 28/02/2019, em Belo Horizonte/MG.

5. Em suma, era uma proposta irrecusável para a apelada, vez que ela já desejava dar um incremento no visual, pois havia sido uma das três influenciadoras digitais brasileiras convidadas para participar da temporada de desfiles das principais grifes em Paris. Além disso, era irrecusável também, devido à legítima expectativa de ter um novo visual no evento em que celebraria a conquista de 500 mil seguidores.

6. Todavia, nada saiu como esperado pela APELANTE, apesar desta ter tomado todas as medidas de cautela, devido à falta de técnica e profissionalismo por parte do apelado, ocorreu grave dano ao seu rosto o que inviabilizou o seu comparecimento em todos os eventos programados no período subsequente à realização do procedimento estético. Como exercício de sua profissão e dever de informação, veracidade e responsabilidade com o seu público, publicou em sua ferramenta de trabalho, *Picgram*, os resultados do procedimento estético facial, adimplindo assim com a cláusula contratual estipulada pelo apelado, de publicação dos momentos antes e depois do procedimento.

7. Em razão dos fatos narrados no dia 17/05/2019, o apelado ajuizou em desfavor da APELANTE e da rede *Picgram* S/A Ação de Obrigação de Fazer e Não Fazer c/c Indenização por Perdas e Danos, requerendo o deferimento de tutela provisória para que a APELANTE retirasse da sua rede social todas as publicações que haviam sido feitas divulgando o trabalho do apelado, bem como não mais as fizesse, sob pena de multa diária e retirada da página do ar. Além de tais pedidos, requereu que a APELANTE fosse condenada a se retratar publicamente de fatos verídicos e, em definitivo, rogou por sua condenação ao pagamento de danos materiais, no valor de R\$225.316,28 (duzentos e vinte e cinco mil trezentos e dezesseis reais e vinte e oito centavos), e de danos morais, no valor de R\$39.920,00 (trinta e nove mil, novecentos e vinte reais).

8. Dito isso, em 05/06/2019, o juiz da 40ª Vara Cível de Belo Horizonte, após receber a Petição Inicial, excluiu a *Picgram* da lide, por entender ser ilegítima sua participação na demanda. Após, o magistrado deferiu a apreciação da tutela, sob o fundamento de ser extremamente necessário o contraditório. Foi designada, ainda, audiência de conciliação prévia para o dia 01/07/19, ocasião na qual não houve autocomposição.

9. Seguindo a ordem lógica processual, a APELANTE apresentou Contestação, contendo em seu bojo pedidos reconventionais. Na Contestação, a APELANTE, na condição de vulnerável e pelo fato de não ter sido aplicado o dever de informação e da transparência tão caro para a sistemática civil, alegou que o apelado não prestou as informações relativas ao cuidado pós-harmonização; que fez publicações em relação ao apelado no intuito de informar seus seguidores sobre a negligência e graves danos causados pela falta de profissionalismo

técnica do apelado; e que o apelado não poderia exercer atividades de professor, devido à clara contrariedade ao Código de Ética de sua categoria. Por fim, requereu que os pedidos do apelado fossem julgados improcedentes.

10. Em sede reconvenção, devido ao fato do apelado ter descumprido obrigação de resultado, a APELANTE requereu indenização por danos morais, indenização por dano estético e indenização por danos materiais, totalizando a quantia de R\$166.500,00 (cento e sessenta e seis mil e quinhentos reais), pugnando também pela inversão do ônus probatório.

11. Em relação à atividade probatória, intimados no dia 21/10/2019, a APELANTE solicitou a produção de prova pericial médica, ao passo que o apelado inclinou-se no sentido de produzir prova oral e contábil. Todavia, todas estas solicitações foram indeferidas na decisão de saneamento, sendo a comunicação às partes expedida no dia 22/11/2019. Por fim, os autos foram imediatamente conclusos para sentença.

12. Na sentença, o pedido do apelado foi julgado parcialmente procedente, de forma a deferir o requerimento de tutela provisória de urgência para determinar que a apelada retirasse da sua página do *Picgram* todas as publicações com o nome do autor, no prazo de 24 horas e determinar que a parte APELANTE se absteresse de fazer novas publicações, sob pena da aplicação de medidas típicas e atípicas, aplicadas com base no art. 139, IV do Código de Processo Civil.

13. Na sentença foram julgados improcedentes os danos materiais do apelado, sob a argumentação de que não podem ser presumidos. O magistrado relata que as partes, por intermédio da negociação processual, se comprometeram a não utilizar qualquer meio de prova, à exceção da documental (conforme Cláusula Nona, item I, do contrato de prestação de serviços de fls.27/29).

14. A APELANTE foi equivocadamente condenada ao pagamento, a título de indenização por danos morais, da quantia de R\$ 29.500,00 (vinte e nove mil e quinhentos reais), devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora de 1% a.m, por supostamente ter violado a honra do apelado ao divulgar as informações quanto ao procedimento estético que havia sido realizado.

15. Em relação aos pedidos reconvençãois houve a clara condenação do apelado, a título de danos morais, foi deferido, tendo sido condenado ao pagamento de R\$ 29.500,00 (vinte e nove mil e quinhentos reais), devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora de 1% a.m, a contar do evento danoso, devido ao fato do apelado ter errado na prestação de seus serviços, devido a negligência e atecnia na realização do procedimento, causando grandes danos a APELANTE.

16. Proferida sentença no dia 10/12/19, as partes foram intimadas da decisão por via eletrônica.

2. DA TEMPESTIVIDADE

17. A intimação tocante à sentença foi enviada em 22/02/2020, tendo a ciência ocorrido em 28/02/2020, prevendo a norma do art. 1.003, §5º, do Código de Processo Civil, o prazo de 15 dias úteis para interposição do Recurso de Apelação. Portanto, tem-se que o prazo recursal finaliza em 20/03/2020.

18. Assim, sendo interposto durante o ínterim acima, sendo inegável a tempestividade do presente recurso.

3. DO PREPARO RECURSAL

19. Em consonância com o disposto no art. 1.007 do Código de Processo Civil, a APELANTE informa o devido preparo recursal, juntando, para tanto, a guia de custas e o seu respectivo comprovante de pagamento.

4. PRELIMINARMENTE

4.1. DO EXCEPCIONAL PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

20. Conforme disposição do CPC, em seu artigo 1.012, §4º, o relator da apelação poderá conceder efeito suspensivo ao recurso quando houver risco de dano grave ou de difícil reparação:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.
(...)

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

21. Dentre as hipóteses previstas no §1º do artigo 1.012 encontra-se no inciso V, a sentença que “confirma, concede ou revoga tutela provisória”.

22. No presente caso, além da concessão de tutela provisória em desfavor da Apelante, há risco de dano grave e de difícil ou impossível reparação, tendo em vista que a exclusão da sua conta no PICGRAM impossibilitaria o seu trabalho de *digital influencer*, que, conforme demonstrado ao longo da discussão em primeiro grau, é sua fonte de renda e subsistência, e que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de multa cominatória, é excessivo e totalmente desproporcional à prestação de fazer e não fazer imposta à APELANTE e ao valor de R\$29.500,00 (vinte nove mil e quinhentos reais) arbitrado, a título de danos morais, em favor

do RECORRIDO, chegando ao absurdo “de a parcela pecuniária ser mais atrativa ao credor que a própria tutela específica” (STJ, Segunda Seção, REsp nº 1.512.647-MG, Relator Ministro: LUÍS FELIPE SALOMÃO, DJe de 05/08/2015).

23. Ademais, a antecipação de tutela concedida em sentença ignorou os parâmetros estabelecidos pelo STJ para fixação de astreintes (que, *mutatis mutandis*, podem ser aplicados às outras medidas executivas) quais sejam: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios menos gravosos pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

24. Nesse sentido, a partir da leitura da sentença de fls. 150/160, constata-se que o magistrado optou por utilizar o meio mais gravoso para se alcançar a tutela almejada, pois, além de estabelecer a multa ora discutida, determinou a expedição de ofício para que a PICGRAM S/A, no caso de descumprimento da obrigação de fazer e/ou não fazer imposta na sentença, **cancele** a conta da APELANTE, o que implica na perda de todos os seus 500 mil seguidores e, por consequência, de sua fonte de renda e subsistência.

25. Além disso, o juízo *a quo* impôs medida de condução coercitiva em virtude de suposto crime de desobediência como uma penalidade para obstar que a APELANTE não viesse a descumprir a obrigação de fazer e não fazer. Porém, tal decisão, além de ilegal, não guarda nenhuma proporcionalidade e razoabilidade.

26. Não se nega a possibilidade de o comportamento de alguma das partes da relação jurídica processual configurar o crime de desobediência, visto que o próprio CPC prevê hipóteses excepcionais em que esse delito se configurará.

27. No caso dos autos, todavia, a imputação de crime de desobediência feita na sentença recorrida, indiscutivelmente, extrapola a competência do juízo civil. Isso porque o magistrado, nos termos do art. 40 do CPP, tem o dever de officiar a prática do crime de desobediência ao Ministério Público, titular da ação penal, para que este tome as providências cabíveis e decida a respeito da configuração ou não do crime de desobediência supostamente perpetrado pela parte. Frise-se que não cabe ao magistrado tomar as providências que, em razão da matéria, estão além das suas atribuições.

28. Ressalte-se, ainda, que, conforme o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, salvo na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, o juízo cível não é competente para decretar a prisão de quem descumpra ordem judicial.

29. Somado a isso, é preciso salientar que não apenas a desobediência é matéria pertencente ao direito penal, a condução coercitiva também o é. Nesse sentido, vale lembrar

que essa medida foi em parte extirpada do Ordenamento Jurídico e, conseqüentemente, da esfera penal. Isso por ser considerada violadora aos direitos fundamentais, sendo tida como não recepcionada pela Constituição Federal, em sede de **controle de constitucionalidade - ADPFs 395 e 444**.

30. Assim, certo é que o instituto da condução coercitiva foi considerado violador de direitos e garantias fundamentais na seara penal. Nesse sentido, deduz-se que se algo é violador em matéria penal, a qual é tida como repressora, pois tutela bens jurídicos de uns com a conseqüente perda da liberdade de outros; mais ainda o será se acolhido na ótica civil, que tutela, em maior parte, direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, determinar condução coercitiva na sistemática processual civil, além de contrariar expressa decisão do STF, fere de morte a Constituição Federal.

31. Por isso, requer, desde já, a declaração de nulidade da medida de condução coercitiva mascarada de medida atípica, a qual configura verdadeira penalidade, já que ultrapassa a competência do juízo civil, somado ao fato de que não cabe ao juízo *a quo* tomar providências a respeito da tipificação de condutas importantes ao direito penal e alheias a material civil, como é o caso do crime de desobediência, e, por fim, por violar a CF/88, bem como entendimento da Suprema Corte brasileira que considerou não recepcionado o instituto da condução coercitiva e da imputação de crime de desobediência.

32. Outrossim, a probabilidade de provimento do recurso está demonstrada nas razões desta apelação adiante desenvolvidas, que são relevantes e refletem o embasamento do efeito suspensivo pleiteado.

33. Assim, restando caracterizados os riscos iminentes de dano grave e de difícil ou impossível reparação, torna-se necessário também a atribuição de efeito suspensivo à presente apelação, nos termos do art. 1.012, §4º, do CPC, para suspender os efeitos da decisão de primeira instância no que se refere ao julgamento da tutela provisória pretendida pelo autor, ora apelado, em relação à determinação de que a apelante “retire de sua página pessoal da rede social *PicGram* todas as publicações em que constem o nome do autor (*sic*), no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, bem como se abstenha de fazer novas publicações da mesma natureza, sob pena de exclusão da sua conta na rede social, de forma imediata, com fulcro no art. 139, IV do CPC, além do pagamento de multa no valor de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) e, ainda, de condução coercitiva de crime de desobediência.

4.2 DA NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À PROVA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

34. Devido ao fato da decisão saneadora, de natureza interlocutória, com respaldo jurídico no art. 203, §2º do CPC, indeferir a produção de provas, essa não poderá ser revista através do mecanismo recursal do agravo de instrumento. Deve essa decisão ser objeto de preliminar da presente apelação, com fulcro no §1º do art. 1.009 do CPC.

35. A ora apelante, requereu ao juízo a quo a produção de prova médica pericial, conforme consta no documento de ID 5856151, para dessa maneira comprovar aquilo que alegou em juízo e ter reconhecido o seu direito. Entretanto, de forma evidentemente equivocada, houve o indeferimento sobre o fundamento que as partes teriam transacionado um negócio jurídico processual, previsto no art. 190 do CPC. Vejamos:

Observa-se que se está diante de autêntico negócio jurídico processual (art. 190 do CPC de 2015), que se amolda à definição supra e visa concretizar modificação na produção de provas, em exercício da autonomia da vontade das partes. Com efeito, considerando a sua celebração por sujeitos capazes; que nenhum deles estava em condição de vulnerabilidade quando da sua concretização, e, ainda, tratando-se de questão de direito que admite a autocomposição, verifico que não há óbice para a sua aplicação.

36. Nota-se, após uma leitura acurada, a inviabilidade negócio jurídico processual, conforme restará demonstrado a seguir.

37. Antônio do Passo Cabral conceitua as convenções processuais da seguinte forma: “é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (2016).

38. Através das convenções processuais, as partes detêm autonomia suficiente para interferir na construção dos procedimentos, de acordo com a necessidade de cada caso concreto, dividindo assim o protagonismo do trâmite processual. Contudo, há limites ao que as partes poderiam acordar dentro dos negócios jurídicos processuais e, dentre essas limitações, de acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves (2017), não seria aceitável que as partes possam convencionar situações que violem de alguma forma as normas fundamentais do processo ou o núcleo essencial das garantias processuais constitucionais e infraconstitucionais ou o devido processo legal.

39. Nesse mesmo sentido, Antônio do Passo Cabral, delimita a possibilidade das convenções: “Urge, portanto, manter intocável o núcleo essencial dos direitos e das garantias fundamentais. O núcleo e o conteúdo mínimo das garantias constitucionais do processo haverão de ser protegidos quando os sujeitos processuais deliberarem negociar sobre o procedimento

legal. A não ser assim, “a previsão constitucional poderia ser aniquilada por outras fontes normativas como a lei e o contrato” (2016).

40. Notável é o fato de os negócios jurídicos processuais tocarem em uma questão assegurada constitucionalmente às partes que integram a relação processual como de caráter público. Todavia, é perceptível que esse instrumento, da maneira utilizada no caso em análise, conflita diretamente com os preceitos estabelecidos na sistemática processual restringindo os poderes e deveres atribuídos ao magistrado.

41. Pensamento consoante a esse é o defendido por Humberto Theodoro Júnior (2018), afirmando que as convenções não poderiam alcançar os poderes do juiz: “É evidente que a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz.”

42. Posicionamento esse é perceptível no Enunciado nº 12 do EJEJ/ TJMG o qual dispõe “é vedado às partes convencionar sobre poderes e deveres do Juiz, inclusive sobre os seus respectivos prazos”. Assim sendo, resta evidenciado mais uma vez o fato de ser inadmissível o objeto do negócio jurídico tratar-se de uma prerrogativa jurisdicional.

43. Não há outra conclusão juridicamente adequada senão aquela no sentido de que a cláusula contratual firmada pela ora APELANTE é nula, pois viola os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, e do contraditório, todos insculpidos na Constituição Federal em seu art. 5º, LIV, LV. Essa afirmativa é evidente na medida em que percebe a decisão como inviabilizadora do conhecimento do próprio caráter meritório da lide por se tornar impossível chegar a um *decisium* exauriente sem a própria produção de provas.

44. Os princípios constitucionais acima configurados são elementares à ciência processual e em aplicação ao presente caso concreto, não sendo diferente o majoritário posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSINATURA CONTESTADA - TEMA TÉCNICO - NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - BUSCA DA VERDADE REAL - PRELIMINAR INSTALADA DE OFÍCIO ACOLHIDA. - O princípio da verdade real autoriza o julgador a deferir e determinar a produção de provas que contribuam para o esclarecimento dos fatos narrados pelas partes, não devendo se contentar com a mera verdade formal, porquanto é o seu real destinatário, conforme preceitua a norma inserta no art. 370 do CPC/2015. - Considerando que a apuração da legitimidade da assinatura posta no contrato apresentado pelo réu, bem como do documento de fl. 49 é tema técnico, mostra-se imprescindível a produção de prova pericial para dirimir a lide, haja vista que a matéria é aferível, somente por profissional habilitado, conforme preceitua o artigo 156, do CPC/15. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.19.157078-7/001, Relator(a): Des.(a) Shirley Fenzi Bertão , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/03/2020, publicação da súmula em 06/03/2020)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - PERÍCIA CONTÁBIL - NECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA.- **Apresentando-se a prova pericial necessária para que a parte comprove os fatos constitutivos de seu direito, a não realização configura o cerceamento do direito de defesa.- O magistrado é o destinatário final da prova e, se os elementos presentes nos autos não são suficientes para o julgamento, incumbe a ele determinar, de ofício ou a requerimento, a instrução probatória, com a realização das provas necessárias ao julgamento do mérito** (CPC/2015, art. 370). (TJMG - Apelação Cível 1.0000.19.164463-2/001, Relator(a): Des.(a) Ramom Tácio , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/02/2020, publicação da súmula em 21/02/2020). GN

45. Além do fato de transacionar sobre normas de ordem pública, limitando a capacidade instrutória do juiz, e por conseguinte, ferindo o próprio poder-dever do juiz assegurado no CPC com grande destaque a fim de se preservar a própria integridade da relação jurídica. Perlustrando por esses trilhos, faz-se necessário ressaltar o Enunciado nº 36 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM a respeito dos negócios jurídicos processuais. *In verbis*:

A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzem novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabelecem prioridade de julgamento não prevista em lei.

46. Pelo os motivos acima expostos, conclui-se sem muita dificuldade pela nulidade da convenção. Deveria, portanto, o juízo *a quo*, em observância e respeito ao previsto no §1º do art. 190 do CPC ter reconhecido a nulidade existente da convenção processual. No momento em que julgador se deparou com um ato contratual que interferia e violaria seu próprio poder de resguardar a ordem da relação processual, deveria o juiz ter declarado imediatamente nulo, sendo inadmissível o que se fundamenta na decisão saneadora.

47. Há de se asseverar a nulidade da convenção na medida em que para a realização de negócios jurídicos processuais, o Código de Processo Civil de 2015 demanda o respeito a algumas limitações. A capacidade das partes é um requisito para validade dos negócios jurídicos processuais, o legislador infraconstitucional não especificou na redação do art.190 qual a capacidade, se processual ou civil.

48. Fredie Didier Jr. (2017) preleciona que o legislador se referiu à capacidade processual e não à material, uma vez que tais convenções visam à produção de efeitos *a posteriori* caso ocorra a instauração de um procedimento judicial. Ademais, o mesmo autor qualifica o requisito exigindo uma capacidade processual negocial, ou seja não deve haver vulnerabilidade, pois

invalidaria o negócio jurídico, afinal vulneráveis não estão aptos a celebrar tais formas de flexibilização procedimental.

49. Devido à inaptidão dos vulneráveis para a flexibilização de normas procedimentais, há de se ressaltar que a ora APELANTE não possuía assistência jurídica no momento do acordo firmado, sendo evidente e inquestionável sua vulnerabilidade, uma vez que não possuía conhecimento do que eventualmente estaria abdicando, lesionando assim a sua própria capacidade de se defender dos eventuais riscos e danos e conseqüentemente, a sua própria ampla defesa. Percebe-se que a falta dessa assistência, acarretou na inaplicabilidade do princípio da informação e transparência corroborando para a vulnerabilidade jurídica e fática da APELANTE por ora consumidora.

50. Uma vez configurada a relação de consumo no presente caso, faz-se presumível no Código de Defesa do Consumidor a vulnerabilidade fática dessa figura jurídica devido ao desnível socioeconômico da APELANTE, na condição de consumidora, frente ao prestador de serviços. Nas palavras de Leonardo de Medeiros Garcia que “a vulnerabilidade fática é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade” (2016). Nesse sentido, por vulnerabilidade jurídica o autor defende ser própria falta de conhecimentos jurídicos.

51. Tal entendimento se alinha perfeitamente com estabelecido no enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis-FPPC. Vejamos “(art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual)”.

52. Com o reconhecimento da aplicação da cláusula nona do referido contrato na decisão saneadora, que ocasionou no indeferimento da produção de prova pericial, essencial para o esclarecimento dos fatos, verifica-se o cerceamento ao direito constitucionalmente assegurado à defesa da APELANTE.

53. Necessário ressaltar a profissão desempenhada pelo ora apelado, sendo essa dotada de alta tecnicidade e especialidade, o que, de fato corrobora para certa previsibilidade dos possíveis danos a serem causados pelo procedimento devido a eventual negligência pós operatória ou eventual erro médico. Assim sendo, percebe-se certa malícia do apelado em estipular a cláusula contratual que inviabilizaria a produção de perícia quanto aos possíveis danos decorrentes do procedimento estético por ele realizado.

54. Evidente é o latente desnível endoprocessual da APELANTE frente ao apelado. Vez que perceptível é a detenção prévia desse de tecnicidade à matéria contratual discutida, o que o favoreceu no momento de estipulação da proibição de produção de provas no negócio jurídico processual.

55. Perlustrando por esses trilhos, Humberto Theodoro Júnior (2018) defende que o direito à prova é um direito fundamental que emana do princípio do contraditório e ampla defesa, sem a garantia da prova anula-se a garantia dos próprios direitos. A prova possui caráter instrumental objetivando uma efetiva e justa tutela jurisdicional, ademais as provas produzidas no procedimento buscam influir no convencimento pleno do julgador para resolução da lide. Percebe-se no presente caso que sem a produção das provas indeferidas pelo douto magistrado a quo, fica inviabilizada a própria ação jurisdicional vez que será amplamente limitada os meios para a promoção de um *decisium* compatível com o ocorrido e justo.

56. Resta constatar da sentença prolatada, pelos argumentos aqui expostos, que a ausência de extrato probatório que pudesse efetivamente formar o convencimento do juízo tornou-se prejudicial à própria apelante:

“No mesmo sentido, registra-se que a comprovação de tal fato, de toda sorte, dependeria da realização de perícia médica, que, por sua vez, não foi feita justamente pelo fato das partes terem transacionado, também por meio de negócio jurídico processual (cláusula 9a, I, do Contrato de Prestação de Serviços), a impossibilidade de produção de tal prova. Portanto, sem prova que ateste o nexo causal entre o dano e a conduta do médico reconvinado, a improcedência do pedido de indenização por dano estético é medida que se impõe.”

57. Diante do que foi exposto, levando em consideração os argumentos narrados, ante a nulidade na convenção processual caberia ao juiz determinar a produção das provas necessárias ao julgamento da lide por completo, de forma exauriente e conforme preceitos fundamentais constitucionais, assim é disposto no art. 370 do CPC.

58. Em um patamar subsidiário ao narrado acima, na hipótese de não ser reconhecida a nulidade do negócio jurídico celebrado pelas partes, há de se convir que o douto magistrado agiu em completa incoerência com a tutela jurisdicional. Tendo em vista a decisão saneadora de fls. 146, na qual foi indeferida a produção de provas requerida pela APELANTE e em um momento posterior, a sentença na qual o juízo a quo julgou parcialmente o pedido justamente pela impossibilidade de produção da prova pericial.

59. Resta configurada em sua conduta a figura da *venire contra factum proprium*, sendo essa extremamente repudiada pelo mundo jurídico pautado na eticidade. Nas palavras de

Nelson Rosenvald (2017), é vedado pelo Direito “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito”.

60. Fredie Didier Jr. (2017) assevera que a *venire* seria um comportamento ilícito, apresentando os seguintes elementos para sua configuração:

a) existência de duas condutas de uma mesma pessoa, sendo a segunda contrária a primeira; b) haja identidade de partes, ainda que por vínculo de sucessão ou representação; c) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; d) a primeira conduta (*factum proprium*) tenham significado social minimamente unívoco, a ser averiguado segundo as circunstâncias do caso; e) que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa que será averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social do negócio.

61. Tendo em vista a adoção da teoria da relação triangular na sistemática processual, o juiz apesar de estar num patamar de destaque, também compõe a relação nas palavras de Oskar von Bülow “a relação processual é marcada pela figura do juiz, autor e réu”. E assim sendo, além de poderes, a douda figura processual há de respeitar deveres como o de manter a coerência em suas condutas a fim de proporcionar uma ampla e efetiva prestação da tutela jurisdicional. Pelo exposto, na hipótese narrada, há de se reconhecer o afastamento da convenção processual acordada pelas partes, à medida que restou configurada a *venire* contra *factum proprium* pelo juiz.

4.3 DA INEFICÁCIA DA RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

62. O direito de recorrer é um dos corolários do Estado Democrático de Direito, vez que através dele é viabilizada de forma efetiva, o devido processo legal e conseqüentemente a ampla defesa. Daniel Amorim Assumpção Neves (2017) explícita que a possibilidade de reexame conforta psicologicamente às partes, tendo em vista a existência de um mecanismo que possibilita a revisão da decisão preferida, que se dará através da adoção do duplo grau de jurisdição.

63. Como motivação de sua existência, insta destacar o recurso como um espaço de certificação racional das decisões. Vez que é inquestionável a possibilidade de o julgador cometer erros e caso o Ser Humano vivesse condicionado inquestionavelmente a esse erro, estaria instaurado um cenário de insegurança jurídica. Destarte, a existência do direito de

recorrer deve ser vista como uma técnica de atribuição de segurança jurídica a medida em que é viabilizado um espaço de rediscussão.

64. No presente caso interposto, há no contrato de prestação de serviços, em sua cláusula nona, item III na fl.29, a renúncia do direito de recorrer. Conforme disposição contratual: “ não será admissível a interposição de recurso pela parte em face de decisão cuja condenação seja inferior a R\$30.000,00 (trinta mil reais), independentemente do seu conteúdo, renunciando as partes antecipadamente, ao direito de recorrer, devendo a causa ser julgada em instância única”.

65. A partir dessa disposição contratual e da motivação da existência dos recursos, há de se inferir como insustentável pensar na renúncia do direito de recorrer também sob a ótica deste instrumento atuar como potencializador do contraditório. Insta destacar que o referido princípio “permite a construção de um procedimento jurisdicional legítimo que possibilita um resgate discursivo das razões de cada decisão judicial, assegurando a correção da falibilidade do processo” (NUNES, 2006).

66. Muito embora haja disposição jurídica tornando juridicamente possível a renúncia ao direito de recorrer, conforme regulação do art. 999 do CPC, o qual dispõe “A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte”, há de questionar sua aplicabilidade ao caso, tendo em vista o próprio fato da renúncia ter sido dada em um momento negocial antes mesmo da formação da lide e até mesmo da própria prolação da decisão.

67. Apesar de doutrinadores feito Fredie Didier Jr. (2017) defender “uma renúncia bilateral prévia, sob a condição de o juiz, por exemplo, homologar a autocomposição a que as partes chegaram”. Há de se levar em consideração o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira (2003) que preleciona que “renunciar o direito de recorrer antes da proferida decisão é renunciar a um direito que ainda não se tem e, a rigor, nem sequer se sabe se nascerá - o que depende, como é intuitivo, do sentido em que venha a pronunciar-se o órgão jurisdicional”.

68. Além do critério da impossibilidade na fase negocial de previsibilidade do *decisium*, é perceptível uma outra questão que também tornaria questionável essa renúncia prévia da ora APELANTE do direito de recorrer. Sendo essa o fato de a relação ali estabelecida ser configurada como uma relação de consumo, sendo a APELANTE por hora detentora de vulnerabilidade fática e jurídica em relação ao prestador de serviços. Conforme preleciona Felipe Peixoto Braga Netto: “A presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta. Todo consumidor é vulnerável, por conceito legal.”

69 Do princípio da ampla defesa, decorre o próprio direito de recorrer, sendo esse essencial para a aplicabilidade do devido processo legal. Por ampla defesa, Fredie Didier (2017) defende ser “o direito fundamental de ambas as partes, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório”. Assim sendo, há de se corroborar a tese de que o exímio direito de recorrer não poderá ser objeto de renúncia antecipada das partes por ferir expressos princípios constitucionais.

70. Pelos argumentos aqui expostos, resta evidenciado enorme prejuízo à APELANTE a renúncia ao direito de recorrer. Tendo em vista, principalmente a ausência de previsibilidade quanto ao *decisium* e ao fato de vícios maculados ao acordo firmado respaldados pela vulnerabilidade da APELANTE enquanto consumidora.

5. MÉRITO

5.1 DA RELAÇÃO DE CONSUMO

71. É importante frisar que a relação estabelecida entre paciente e médico é de consumo, pois, nos termos do art. 2º e 3º do CDC, o tratamento estético perseguido pela APELANTE como destinatária final é um serviço habitualmente fornecido pelo APELADO no mercado de consumo, mediante remuneração direta ou, como ocorreu no caso dos autos, indireta (divulgação, nas redes sociais da paciente, dos procedimentos estéticos realizados).

72. Nesse sentido, a incidência do CDC implica no surgimento de inúmeros direitos básicos do consumidor, como o direito à educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (art. 6º, II, CDC) e o direito à informação adequada e clara sobre os serviços prestados e sobre possíveis riscos que possam apresentar (art. 6, III, CDC), que, conforme será exposto, não foram devidamente observados pelo APELADO.

5.2 DA RESPONSABILIDADE PELA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

74. Antes, entretanto, é necessário estabelecer qual a natureza da obrigação assumida pelo APELADO, se de meio ou de resultado, para que seja possível determinar o ônus da prova.

75. Em regra, a obrigação assumida pelo médico é de meio, visto que o objeto do contrato estabelecido com o cliente não é a certeza da cura, mas o compromisso do profissional no sentido de agir com zelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar a cura.

76. Por outro lado, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, seja em razão de expressa manifestação (equilíbrio estético idêntico ao da atriz americana, Jennifer Aniston), ou por causa da própria natureza do serviço prestado (cirurgia meramente estética), a obrigação será de resultado. Nessa espécie de obrigação, caso o médico não alcance o resultado específico prometido, resta configurado o inadimplemento contratual, com o conseqüente dever de indenizar o paciente pelo prejuízo causado.

77. Assim, conforme entendimento do STJ a seguir transcrito, nas obrigações de resultado basta que a vítima demonstre o dano (resultado prometido não alcançado) para que a culpa se presuma, havendo, portanto, inversão do ônus da prova. Em outros termos, nas obrigações de resultado compete ao médico, ora Apelado, provar que o evento danoso ocorreu por motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da vítima, **de modo que o mero uso da técnica adequada na cirurgia não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo descumprimento da obrigação.**

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, **este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética.** Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. **Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.** 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento

(STJ - REsp: 236708 MG 1999/0099099-4, Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF, Data de Julgamento: 10/02/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 20090518 -->DJJe 18e/05/2009) (grifo nosso.)

78. Ressalte-se que, conforme comprovam as fotos de fls. 111/113, além de não atingir o resultado prometido em uma obrigação de resultado, o procedimento causou lesões no local de aplicação das seringas, restando, portanto, presentes os requisitos para a inversão do ônus da prova.

79. Dessa forma, a Apelante requer o provimento do presente recurso para determinar a inversão do ônus da prova, por se tratar de obrigação de resultado, de modo a facilitar a defesa dos direitos do consumidor, restabelecendo-se a igualdade e o equilíbrio na relação processual (art. 7º, CPC), com a consequente condenação do RECORRIDO ao pagamento de danos morais, materiais e estéticos, nos termos da reconvenção de fls. 88/104, já que o médico, ora APELADO, não cumpriu o resultado prometido contratado, bem como não comprovou a ocorrência de alguma causa excludente de responsabilidade civil.

5.3 DOS DANOS MORAIS E ESTÉTICOS

5.3.1 Dos Danos Morais Sofridos pela Apelante

80. Diante da omissão do CC/02 quanto à ausência de critérios fixos para a para a quantificação da indenização por danos morais, Flávio Tartuce (2012, p. 409) ensina que, “na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve agir com equidade, analisando: a) a extensão do dano; b) as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; c) as condições psicológicas das partes; d) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.”

81. No caso dos autos, o APELADO foi condenado, a título de indenização por danos morais, ao pagamento do valor de R\$ 29.500,00. Entretanto, como se passa a expor, o juízo *a quo* não valorou atentamente a real extensão do dano e o devido grau de culpa do APELADO.

82. Quanto a extensão do dano, importante salientar que a APELANTE realizaria uma festa em comemoração à marca de 500 (quinhentos) mil seguidores que atingiu no *Picgram*. Com o ocorrido em decorrência do procedimento estético, a festa teve que ser cancelada, afinal, a APELANTE não estava em condições hábeis para aparecer em público.

83. No plano dos *influencers digitais* a promoção de uma festa significa oportunidade de trabalho. É comum que por trás dessa produção haja inúmeras parcerias, como na contratação de buffet, local e até atrações, por exemplo. Principalmente quando se trata de uma festa na qual o tema principal é o número de seguidores, as marcas e o próprio

influenciador enxergam uma chance de poderem se promover por meio de uma publicidade mais suavizada devido a todo contexto em que isso ocorre.

84. Caso o procedimento estético realizado na Sra. Poliane Alvorada, que prometia deixá-la mais bonita para a festa, mas que acabou deformando o seu rosto, não tivesse acontecido ou não tivesse danificado o seu rosto, a festa ocorreria e a APELANTE poderia lucrar e (se divertir) com o seu acontecimento.

85. Com a configuração do ato ilícito decorrente do descumprimento contratual, a APELANTE ficou impossibilitada de realizar sua festa e de fechar as parcerias comumente promovidas no exercício de sua profissão.

86. Além disso, temendo perder mercado, parceiros e outras oportunidades essenciais à sua atividade, a APELANTE desenvolveu comportamentos compulsivos, que acarretaram, inclusive, no ganho de cinco quilos em 1 mês.

87. Daí fica fácil perceber a dor e sofrimento causado pelo erro médico, o que, por si só, já justificaria a majoração da indenização por danos morais.

88. Quanto à culpa do APELADO, além do RECORRIDO não ter apresentado informações suficientes sobre a natureza do material que seria injetado no corpo da APELANTE impedindo-a de sopesar os reais riscos do procedimento no momento de aceitação do contrato, o APELADO também violou a legítima expectativa da APELANTE.

89. No caso dos autos, após ser procurada pelo APELADO, a APELANTE só aceitou a realização do procedimento estético por causa de sua aparente boa reputação como médico, ou seja, o contrato firmado tem natureza *intuitu personae*.

90. Nesse sentido, criou-se a legítima expectativa de que o pós-operatório, também seria realizado pessoalmente pelo APELADO, médico nacionalmente reconhecido pelos trabalhos de harmonização facial, o que não ocorreu.

91. Dessa forma, a conduta da APELANTE, após o surgimento das lesões, em não comparecer à clínica foi uma medida de autoproteção e segurança, haja vista que: de um lado, as condições do contrato haviam se alterado unilateralmente, já que a figura do APELADO era essencial para o objeto do contrato; de outro, porque a APELANTE poderia legitimamente presumir que, se o APELADO, que é um profissional supostamente extremamente qualificado produziu um resultado tão danoso, quem poderia mensurar e garantir a qualidade de um procedimento de correção realizado por um profissional desconhecido pela Apelada? A resposta só pode ser negativa.

92. Ressalta-se, ainda, que o APELADO não informou que viajaria, isto é, não informou que não estaria pessoalmente presente para realizar o acompanhamento pós-operatório

93. Vê-se, assim, que além de causar lesões visíveis no local de aplicação das seringas, o APELADO deixou de observar dever de cuidado sob dois aspectos. O primeiro deles consistente no dever de transparência, isto é, informar claramente as condutas do pós-operatório, bem como informar. O segundo consistente no dever de informar os resultados normais esperados e os possíveis riscos do procedimento. Ora, ainda que os resultados fossem naturais, que, apenas para argumentar, não tenham necessariamente decorrido de um erro do APELADO, se a APELADA tivesse ciência que aquele efeito poderia acontecer, ou seja, que hematomas, inchaços, por exemplo, são consequências naturais do procedimento, a RECORRENTE poderia não fazer, ou, quem sabe, realizar em outra data, que não atrapalhasse os seus compromissos e eventos já firmados na agenda.

94. Diante disso, deve ser dado provimento ao presente recurso para, reformando-se a sentença questionada, condenar o APELADO a indenizar a APELANTE nos exatos termos pleiteados na Reconvencção, pelos danos morais suportados.

5.3.2 DO DANO ESTÉTICO SOFRIDO PELA APELANTE

95. O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido de indenização por danos estéticos, mormente por entender que não ficou comprovado o nexo causal entre a conduta do APELADO e os danos.

96. Conforme ensina Flávio Tartuce (2012, p. 418), os danos estéticos “estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana”

97. No caso dos autos, todos os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva (art. 14, §3º, do CDC) estão presentes, quais sejam, a culpa do agente, a ocorrência de dano e a constatação de nexo causal entre a conduta praticada pelo agente e o evento danoso.

98. Conforme comprovam as fotos de fls. 111/113, as lesões surgiram justamente no local de aplicação das seringas, de modo que APELANTE se viu obrigada a realizar um segundo procedimento para corrigir os efeitos danosos do anterior, conforme comprovam os recibos de fl. 122.

99. Ressalte-se, ainda, que a própria sentença recorrida, ao condenar o APELADO ao pagamento de danos morais, reconheceu que a falha no procedimento causou lesões na face da APELANTE. Vejamos:

Volvendo ao caso concreto, analisando, atentamente as provas produzidas nos autos, tenho que **ficou demonstrada a falha no procedimento realizada pelo médico-autor, sendo, incontestemente, pelas fotos trazidas aos autos, que o resultado ficou completamente comprometido, com lesões visíveis no local de aplicação das seringas.** (grifo nosso)

100. Ora, se os danos morais e estéticos derivam da mesma relação jurídica e o APELADO foi condenado ao pagamento de danos morais, logicamente, ele também deverá ser condenado ao pagamento de danos estético. Não é possível que haja prova do nexos causal e da falha no procedimento estético para a fixação do dano moral e, simultaneamente, não haja nexos causal para a fixação do dano estético.

101. Ressalte-se, ainda, que nas obrigações de resultado, o mero uso da técnica adequada na cirurgia não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo descumprimento da obrigação, ou seja, o APELADO deveria ter provado que o evento danoso ocorreu por motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da vítima para afastar o dever de indenizar, o que não ocorreu no caso dos autos.

102. Diante do exposto, requer a APELANTE a reforma da sentença para condenar o APELADO ao pagamento de R\$ 57,500,00, a título de indenização pelos danos estéticos sofridos, valor que compreende, também, o montante pago ao profissional contratado para correção da falha causa pelo péssimo serviço prestado pelo RECORRIDO.

5.4 DA OMISSÃO REFERENTE AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL

103. Conforme se extrai da Reconvênção (ID 218121), a Apelante requereu a condenação do APELADO ao pagamento de R\$9.000,00, a título de dano material, tendo em vista o distrato realizado pela empresa VIXE S/A, motivado exclusivamente pelos péssimos resultados provenientes do procedimento realizado com o RECORRIDO.

104. Ocorre que o juízo *a quo*, ao proferir sentença (ID 1658465), não se manifestou sobre esse pedido. Trata-se, portanto, de uma sentença *citra petita*, em que o juiz, em desobediência ao Princípio da Congruência, ou da Adstrição, consubstanciado nos arts. 141 e 492 do Código de Processo Civil, deixa de analisar um ou mais pedidos formulados pelas partes.

105. Diante disso, o art. 1.013, §3º, III do Código de Processo Civil, autoriza o Tribunal a julgar, desde logo, o mérito do processo quando constatar omissão no exame de um dos pedidos, se o processo já estiver em condições de julgamento.

106. No caso dos autos, o pedido sobre o qual recaiu a omissão do juízo sentenciante independe de produção probatória, pois facilmente aferível pela cláusula primeira e segunda do distrato de fls. 119/120; e que, por fim, será oportunizado ao APELADO o contraditório sobre o presente recurso, de forma que não haverá surpresa e violação à boa-fé processual caso o pedido omitido na sentença seja julgado em sede de Apelação por este Egrégio Tribunal

107. Imperiosa, portanto, a aplicação do art. 1.013, §3º, III do Código de Processo Civil para que este Tribunal julgue, desde logo, o pedido omitido pelo juízo *a quo*, qual seja, o de condenação do APELADO ao pagamento de R\$ 9.000,00, a título de dano material.

5.3 DA AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA APELANTE

108. Diversamente do exposto pelo juízo *ad quo*, a APELANTE, no exercício de sua profissão, não visou ofender a honra do APELADO em questão.

109. A APELANTE atua como *digital influencer* através da, mídia social, *Picgram* e possui em torno de 500 (quinhentos) mil seguidores. Seu trabalho se baseia na relação de confiança com seu público, participando de campanhas de publicidade e apresentando aos seus seguidores serviços e produtos, atribuindo uma ideia de indicação e associando a sua imagem com o produto ofertado. Sendo importante ressaltar que a sua imagem é o que dita o seu trabalho, ou seja, transmitir credibilidade é fundamental para a sua consolidação como influenciadora.

110. A APELANTE firmou um contrato de prestação de serviço com o dentista e médico, Dr. Décio Shepherd. Tal contrato visava a promoção dos serviços estéticos realizados pelo médico em troca da realização do procedimento estético na modelo e *digital influencer*, acordando com a Sra. Poliane Alvorada cláusulas que a obrigavam a compartilhar com seu público o antes e depois do procedimento, por exemplo.

111. Contudo, o APELADO prometeu à recorrente em uma conversa inicial que iria deixá-la com equilíbrio estético parecido com o da atriz americana Jennifer Aniston (fl. 116) para a sua festa de comemoração de 500 (quinhentos) mil seguidores. Contrariamente ao

que prometeu, ele deixou a APELANTE com diversas complicações pós-cirúrgicas, visto que deformou o seu rosto (fl.06) e justificou em juízo que tal dano decorreu da não observância da recorrente quanto aos cuidados pós cirúrgicos.

112. No que tange a tal atribuição, fica claro que o médico tenta eximir sua culpa, admitindo em juízo uma grande falácia, visto que a APELANTE cumpriu com todos os cuidados necessários e por isso assustou-se com a proporção que o dano estava tomando e entrou em contato com o APELADO.

113. O Dr. Décio Shepherd afirma ainda ter instruído de forma adequada a sua paciente pelo simples fato dela ter assinado um termo de responsabilização, contudo, é notório que ela se encontra numa posição de vulnerabilidade e a assinatura não é o suficiente para comprovar que toda instrução adequada foi passada. Assim, ao que parece, o APELADO busca eximir-se de um erro ao longo do procedimento atribuindo a culpa para um momento posterior do qual, de fato, ocorreu o erro médico.

114. A APELANTE, observando a relação de lealdade e transparência que possui com os seus seguidores, levou a público o ocorrido após a realização do procedimento estético. A intenção da Sra. Poliane Alvorada era de informar sobre sua ausência na rede social e explicar-se, cumprindo seu dever de transparência com seu público e assim, expondo toda a verdade já que a todo momento o APELADO enfatizou que a culpa seria dela, mera consumidora que se encontrava numa posição vulnerável.

115. Ademais, mostra-se importante salientar que a APELANTE ainda tinha uma obrigação de postar o pós operatório em consonância com o contrato de prestação de serviço assinado por ambos.

116. Amparada pelo direito constitucional da liberdade de expressão, a APELANTE nunca temeu em ser sincera com seu público quanto ao dano ocorrido em seu rosto após o procedimento estético, afinal, o fato era realidade, ela se sentiu lesada com isso e é uma situação que atinge diretamente o seu trabalho visto que sua imagem é o seu maior produto.

117. O APELADO, após algumas publicações da recorrente, optou por ingressar com uma ação em juízo visando a constituição de danos morais e materiais, além do pedido de retirada das publicações do ar e a realização de uma retratação. Em decorrência das publicações, o APELADO sustenta ter havido a diminuição de seguidores do médico e a desmarcação de diversos procedimentos estéticos, porém, a APELANTE não possui poderes quanto a isso.

118. Em Tempos de Modernidade Líquida, na qual por força de sua fluidez, as relações escorrem pelos dedos observando o mundo tecnológico e veloz em que vivemos, a repercussão de uma publicação no ambiente virtual pode ganhar grandes proporções, mas isso

não significa que o usuário tenha intenções maliciosas com isso. Na lide em questão, a Sra. Poliane Alvorada não teve em momento algum a intenção de afetar a honra e a imagem do Dr. Décio Shepherd, ela apenas utilizou do seu direito de liberdade de expressão.

119. Não há como se qualificar tal situação como responsabilidade civil, já que o exercício da liberdade de expressão rompe o nexo de causalidade. Sendo impossível a caracterização do dolo por ser inexecuível mensurar a dimensão que uma publicação no ambiente virtual pode tomar e por não haver uma forma de estimar que a ação da APELANTE resultaria num possível fim ilícito, além do mais, não há como identificar culpa pois não há vontade da recorrente em causar a lesão defendida pelo APELADO, assim, não se pode falar em uma violação de um dever jurídico originário.

120. Diante do acima exposto, fica perceptível que o APELADO se encaixa perfeitamente na imagem traçada pela Teoria da Impolidez: as pessoas se ofendem, de forma presumida, quando as características associadas a elas não são aceitas pelo corpo social, os juízos de impolidez advêm de quebras de expectativas quanto ao que seria adequado para que os outros pensassem delas. Visando maiores esclarecimentos sobre a teoria da impolidez, Gustavo Ximenes ao pesquisar Culpeper expõe:

Culpeper (2011 : 23) concebe a impolidez como “uma atitude negativa para comportamentos específicos ocorrendo em contextos específicos”. Embora, para o autor, a impolidez se manifeste na interação e, por isso, constitua um fenômeno que só se compreende quando analisado em contexto, ela é “sustentada por expectativas, desejos e/ou crenças sobre organização social, incluindo, em particular, como identidades de uma pessoa ou de um grupo são mediadas por outros na interação” (Culpeper 2011 : 23). Nesse sentido, a avaliação de um interactante acerca da impolidez de dado comportamento é largamente tributária do lugar social que esse interactante ocupa em relação aos demais interactantes e a outros grupos sociais.

121. Ao que tange a lide em questão, o APELADO ao entender que foi lesado com as publicações, apenas se frustra quando parte do público da *influencer digital* faz juízos pejorativos quanto a sua identidade. Pois, a sua intenção durante a formulação do contrato de prestação de serviço era ampliar a visibilidade positiva da sua imagem por um público de possíveis consumidores mas, na verdade, o que ocorreu foi um desencantamento do público alvo desencadeado pelos erros do próprio médico na realização do procedimento estético.

122. Dessa forma, há de salientar que o fato de a Sra. Poliane Alvorada possuir uma posição social de influenciadora digital faz com que o APELADO se sinta ameaçado devido a uma posição frente a sociedade com, teoricamente, menos importância ao que tange a influência na formação de opiniões diante do público.

123. Tal circunstância mostra-se explícita ao se comparar o número de seguidores de ambas as partes na rede social em que decorreu toda a lide - o *Picgram*: a APELADA possui em torno de 500 (quinhentos) mil seguidores enquanto o apelante possuía aproximadamente 250 (duzentos e cinquenta) mil seguidores. Na hodiernidade, o número de seguidores tornou-se um parâmetro de visibilidade e mensuração de influência no corpo social.

124. Frente ao medo de não ter suas opiniões e atitudes ratificadas por potenciais consumidores e pelo público que acompanhou o transcorrer do conflito, o APELADO tenta, por meio da lide ajuizada, justificar os juízos de impolidez por meio da acusação em face da APELANTE para formulação de danos morais e materiais, atribuindo a ela toda a responsabilidade pelo fracasso do procedimento e traçando para uma tentativa de reconquista desse público que poderia tentar enxergar um outro lado do problema gerado após a realização do procedimento.

125. Assim, é injusto e imoral a condenação da APELANTE em arcar com danos morais como foi exposto pelo juízo *a quo*, visto que a lide circunda em torno de meras frustrações por parte do APELADO e não permite a formação de responsabilidade civil.

126. Contudo, caso haja a remotíssima chance deste juízo não reconhecer a tese acima, há de se concordar, no mínimo, que o dano não esteve caracterizado para a constituição da responsabilidade civil. Subsidiariamente, a APELANTE requer que este Tribunal, com observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diminua o *quantum* indenizatório estipulado pelo juízo *a quo* para que tal lide não seja motivo de enriquecimento ilícito.

6. CONCLUSÃO

127. Por todo o exposto, confia o recorrente que o presente recurso seja conhecido e posteriormente provido para, reformar a decisão impugnada. Portanto,

a) Acolhendo a preliminar, seja:

a.1) atribuído o efeito suspensivo ao respectivo recurso, a fim de impedir que decisão, especialmente o conteúdo referente à tutela provisória não produza imediatamente seus efeitos no mundo jurídico;

a.2) anulada a sentença, determinando-se a reabertura da fase probatória;

a.3) anulada a determinação de condução coercitiva;

a.4) excluída a multa cominatória aplicada contra a APELANTE, ou, subsidiariamente, reduzidas para um valor razoável e proporcional à obrigação de fazer e não fazer imposta em sentença)

128. No mérito, reformando-se a sentença recorrida, julgar integralmente procedentes os pedidos reconventionais realizados para:

b.1) condenar o APELADO ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais.

b.2) condenar o APELADO ao pagamento de R\$57.5000 (cinquenta e sete mil e quinhentos reais) pelos danos oriundos do procedimento mal realizado, valor que já compreende o montante pago ao outro médico contratado para correção dos danos estéticos causados pelo APELADO.

b.3) condenar o APELADO ao pagamento de R\$ 9000,00 (nove mil reais) pelos danos materiais causados à APELANTE.

c) determinar a inversão do ônus da prova, por se tratar de obrigação de resultado, de modo a facilitar a defesa dos direitos do consumidor, restabelecendo-se a igualdade e o equilíbrio na relação processual (art. 7º, CPC).

d) julgar improcedente os pedidos autorais, excluindo o valor fixado como devido excluindo o valor fixado como devido pela APELANTE ao RECORRIDO a título de indenização por danos morais, seja porque meros aborrecimentos não causam danos morais, seja porque inexistente nexos causal entre a conduta da RECORRENTE e o suposto dano causado. Subsidiariamente, requer a minoração do referido valor, tendo em vista condições pessoais e econômicas das partes, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade,

e) Todas as publicações, ciências e intimações sejam feitas em nome do procurador **IDENTIFICAÇÃO DO PROCURADOR**, com endereço profissional na **IDENTIFICAÇÃO DO ENDEREÇO PROFISSIONAL**, e com endereço eletrônico **INDICAÇÃO DE ENDEREÇO ELETRÔNICO**, sob pena de nulidade.

Termos em que,
requer o provimento.

LOCAL E DATA

NOME DO ADVOGADO
OAB

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 24. fev. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23. dez. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-lei n. 3689**, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 30 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 236708. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. **Diário de Justiça eletrônico**, 18 de maio de 2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/>. Acesso em: 30. mar. 2020

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.68

ESCOLA JUDICIAL DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES. **Enunciado n.º 12**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>. Acesso em: 03 jan. 2020.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Enunciado n.º 36**. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%830-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 07 março.2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 7 ed. rev. atual. - Salvador: Jus Podivm, 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciado n.º 19**. Vitória, 2015. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 13 ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm. 2016.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed - Salvador: Jus Podivm, 2017.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 14 ed - Salvador: Jus Podivm, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil - Volume I**. 59. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-Book].

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 9. ed. rev. atual. - Salvador: Juspodivm, 2014

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PERRONE, Cláudia. A vulnerabilidade do consumidor para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord). **Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103-122.

QUARESMA, Carla Eliane. **A agressividade nas interações virtuais: análise das estratégias de im/polidez em comentários a uma publicidade veiculada no Youtube**. 2018. 87 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo. MÉTODO, 2012.

XIMENES, Gustavo. **Estratégias de Impolidez como propriedades definidoras de interações polêmicas**. Scielo. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502019000200407>. Acesso em 18 março 2020