

Apelação n. 0047205-19.2010.8.24.0038
Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CORPO ESTRANHO ENCONTRADO DENTRO DE LATA DE REFRIGERANTE. DEFEITO DO PRODUTO. CONSTATAÇÃO APÓS O CONSUMO. RISCO À SAÚDE DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR.

Configura ato ilícito e gera o dever de indenizar quando o autor, após efetivamente consumir o produto adquirido, verifica que esse se encontra contaminado ou de outra forma impróprio para o consumo, por causar-lhe o sentimento de repulsa, repugnância e desconforto.

O valor da indenização por dano moral deve ser fixado com base no prudente arbítrio do Magistrado, sempre atendendo à gravidade do ato danoso e do abalo suportado pela vítima, aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, além do caráter compensatório e punitivo da condenação, bem como às condições financeiras dos envolvidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0047205-19.2010.8.24.0038, da comarca de Joinville 6ª Vara Cível em que é parte apelante Flavio Piazero e outro e parte apelada Vonpar Refrescos S/A.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos, dar provimento ao apelo da parte autora e negar provimento ao agravo retido da parte ré. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 1º de setembro de 2016.

Desembargador Sebastião César Evangelista
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Flavio Piazero e outro da decisão proferida na 6ª Vara Cível da comarca de Joinville nos autos da Ação Indenizatória n. 00472051920108240038, sendo parte adversa Vonpar Refrescos S/A.

A sentença julgou improcedentes os pedidos expostos na exordial e, por conseguinte, condenou a parte requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios devidos ao procurador da parte ré, estes fixados em R\$ 1.500,00.

Na fundamentação, consignou-se que, embora exista a comprovação da compra do refrigerante pelos autores (nota fiscal à fl. 14), não há prova alguma de que o "ascoso" ser que aparece nos documentos de fls. 17-20 tenha sido encontrado dentro da embalagem do produto, tampouco que a "criatura em questão" tenha se desenvolvido no interior do líquido em razão de falha na atividade desempenhada pela requerida. Igualmente, no tocante ao alegado mal estar que os requerentes afirmaram ter sofrido, pontuou-se que não restou comprovado, mormente porque não há nos autos qualquer comprovante de utilização de medicamento, receita médica ou, ainda, atestado indicando a necessidade de repouso durante dois dias em decorrência da ingestão do líquido. Dessarte, averbou-se que a versão dos autores não restou comprovada e que a improcedência do pedido era medida que se impunha (fls. 201-204).

A parte apelante, em suas razões recursais, levantou os seguintes pontos de insurgência:

a) a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por ser consumidora dos produtos da requerida e, em consequência, a inversão do ônus da prova. Nesse contexto, afirmou que a apelada foi contatada logo após o ocorrido, que compareceu à sua residência e levou consigo o recipiente com o corpo estranho, todavia nunca lhe deu qualquer

satisfação sobre o caso (nota de atendimento n. 022143). Alegou, ainda, que a recorrida levou consigo a única prova capaz de resolver a controvérsia e negou-se a apresentá-la quando solicitada;

b) o Juízo *a quo* tomou por verdade a tese de defesa da empresa ré de que se tratava de uma colônia de fungos, entretanto as imagens permitem deduzir que o objeto é "semelhante a um sapo/rã (...), que podem ser venenosos" (fl. 210);

c) diferentemente do que o r. Magistrado consignou na fundamentação da decisão objurgada, em Juízo, foi ouvida testemunha que presenciou a ingestão do líquido contaminado.

Diante do exposto, a parte recorrente pugnou pela reforma da sentença a fim de que a recorrida seja condenada a pagar-lhe indenização por danos morais que comporte o caráter pedagógico da condenação, bem como repare os danos suportados (fls. 208-211).

A admissibilidade do recurso foi verificada na origem, na forma do art. 518 do Código de Processo Civil de 1973.

Em contrarrazões (fls. 217-234), a parte ré pugnou pelo julgamento do agravo retido de fls. 88-98 e desprovimento do recurso interposto pela parte autora.

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1 A admissibilidade da apelo da parte autora e do agravo retido é analisada neste julgamento sob o enfoque do CPC/73, vigente à época em que proferida a decisão recorrida. O CPC/15 tem aplicabilidade imediata desde 18 de março de 2016 (CPC, artigos 1.045 e 1.046), mas sem efeito retroativo (LINDB, art. 6, § 1º; STJ, REsp n. 1.404.796/SP).

2 A relação jurídica existente entre as partes é tipicamente de

consumo, visto que ambas enquadram-se nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pelos artigos 2º e 3º da legislação consumerista, de modo que a análise do caso vertente dar-se-á sob a égide das determinações legais constantes no Código de Defesa do Consumidor.

3 Primeiramente, aprecia-se o agravo retido interposto contra decisão interlocutória que inverteu o ônus da prova dada a hipossuficiência do consumidor em relação a parte ré e indeferiu a denunciação da lide de Royal & Sunalliance Seguros (Brasil) S/A, com fundamentação na possibilidade de ajuizamento de ação de regresso em processo autônomo, nos termos do artigo 88 do CDC.

Em suas razões, a parte recorrente alegou a impossibilidade de demonstrar ou refutar a efetiva existência do corpo estranho e a responsabilidade da seguradora com quem mantém contrato, para tanto, mencionou o artigo 70, III, do CPC.

Sem razão, contudo.

3.1 Conforme estabelece art. 70, III, do Código Consumerista, sempre que, por imposição legal ou em decorrência de relação contratual, alguém tiver a obrigação de ressarcir os prejuízos de outrem, pode o titular do suposto direito de regresso, denunciar da lide. Todavia, na hipótese, a litisdenunciada não está obrigada por lei ou contrato a indenizar o autor juntamente com a ré em caso de procedência da presente demanda.

Ademais, visando facilitar a defesa do consumidor em juízo (art. 6º, VIII, do CDC) e imprimir celeridade ao deslinde da ação, a legislação consumerista, em seu art. 88, veda, de forma expressa, a denunciação da lide nas demandas fundadas na relação de consumo ajuizadas contra o fornecedor.

Seguindo essa linha, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto essa Corte, pacificaram o entendimento de não admitir a intervenção de terceiros na modalidade de denunciação da lide, vejamos:

A jurisprudência do STJ possui entendimento pacífico sobre o não cabimento da denunciação da lide quando se tratar de relação regida pelo Código de defesa do Consumidor. (AgRg no AREsp n. 546.098/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 26.8.2014).

No mesmo sentido, colaciona-se da jurisprudência dessa Corte de Justiça: "Em se tratando de relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe a denunciação da lide (art. 88 do CDC)". (AI n. 2012.024792-8, rel. Des. Jaime Ramos. j. 10.10.2012).

Dessa feita, mantém-se o indeferimento do pedido de denunciação da lide.

3.2 No que toca à inversão do ônus da prova é evidente a hipossuficiência financeira da parte autora em face da empresa requerida, fabricante do produto, a qual possui melhor e ampla condição solucionar a controvérsia.

Registre-se, entretanto, que a inversão do ônus da prova não decorre simplesmente de a relação jurídica subjacente submeter-se à legislação consumerista. Trata-se de uma regra de instrução que deve ser avaliada cuidadosamente, em atenção aos critérios informados no art. 6º, inc. VIII, do CDC, cabendo ao magistrado sopesar a verossimilhança da alegação formulada e a dificuldade das partes na produção da prova.

No procedimento comum, o ideal é que o juízo de origem delibere sobre a matéria no despacho saneador, ocasião em que compete ao magistrado "definir a distribuição do ônus da prova" (CPC, art. 357, inc. III). Nada impede que o juízo delibere sobre a matéria noutra oportunidade, sendo necessário, todavia, em atenção aos princípios da ampla defesa e da não surpresa, que se dê oportunidade à parte de se desincumbir do *onus probandi* que lhe é imputado por consequência da decisão.

Nesse sentido, registram-se os seguintes precedentes:

A inversão *ope judicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de

oportunidade para apresentação de provas (STJ, REsp n. 802.832/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.4.2011).

E ainda:

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. (AgRg no REsp n. 1450473/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.9.2014).

Logo, por constituir regra de instrução, a inversão probatória prevista no CDC deve ser utilizada com prudência, uma vez que cria a presunção de veracidade de alegação específica, impondo à parte contrária a incumbência de comprovar o contrário.

Na hipótese dos autos restou incontroverso que a requerida foi contatada logo após o ocorrido, que compareceu à residência dos autores levando consigo o recipiente com o "corpo estranho" (sem devolvê-lo), e que deixou os consumidores sem qualquer explicações sobre o ocorrido, de forma que não haveria como imputar-lhes o ônus de apresentar o produto para a produção de prova técnica.

Dessarte, repelem-se as alegações do agravo retido interposto, negando-lhe provimento.

4 Superada tal questão, passa-se à análise do recurso da parte autora.

4.1 Conforme já consignado no item 2, a análise do caso vertente dar-se-á sob a égide das determinações legais constantes no Código de Defesa do Consumidor. Esclarecidos os critérios e a fundamentação jurídica do exame da matéria, tem-se que, no caso concreto, embora o Juízo *a quo* tenha invertido o ônus da prova (cf. decisão de fls. 72-82), na sentença vergastada considerou-se não comprovada a versão dos autores e, por conseguinte, julgou-se improcedente a demanda.

Tem-se, entretanto, como devidamente comprovada, na espécie, a

existência de defeito do produto.

O artigo 12 da Lei n. 8.078/90 estabelece que a responsabilidade independe de culpa, devendo estar presentes, entretanto, todos os outros pressupostos da responsabilidade civil. Observe-se, ademais, que o conceito de "ilícito" é bastante amplo, não se limitando a produtos com defeito de fabricação: qualquer defeito de projeto ou mesmo deficiência de informações sobre a forma de uso pode ser considerado um fator importante para a ocorrência de um sinistro e, como tal, um ilícito por violação aos deveres inscritos nos artigos 8º a 10 do CDC e ensejar, a reparação dos danos. Ainda assim, é necessário que, além do ilícito, sejam comprovados o dano e o nexo causal.

Além disso, a Lei n. 8.078/90 também prevê a responsabilidade pelo vício do produto (CDC, art. 18), pela falta de qualidade ou quantidade, que tornem o produto inadequado ao consumo ou lhes reduza o valor.

Na espécie, é evidente que a aquisição seguida da ingestão de alimento impróprio para o consumo, com a presença de corpo estranho à sua composição, é questão relativa ao fato ou defeito do produto, hipótese que se submete aos ditames do art. 12 do Código consumerista.

4.2 Segundo o referido dispositivo, o fornecedor de serviços, ao exercer uma atividade empresarial/econômica, assume o ônus de arcar com as consequências do seu empreendimento, devendo responder independentemente de culpa pelos danos causados ao consumidor.

Nas palavras de Orlando Celso da Silva Neto:

Ao exercerem atividade econômica, os fornecedores podem eventualmente colocar no mercado produtos defeituosos, que não oferecem ao consumidor segurança em seu consumo ou uso e causam ou podem causar danos ao consumidor. Se isso acontecer, os fornecedores responderão pelos danos causados por defeitos em seus produtos ou serviços, de forma objetiva, isso é independentemente de culpa, porque seus produtos ou serviços devem ter qualidade. (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013).

Para se isentar de tal obrigação, incumbe ao fornecedor do produto

provar qualquer das hipóteses excludentes do art. 12, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

As hipóteses, de exclusão de ilicitude previstas no parágrafo 3º do art. 12 do CDC afastam o liame de causalidade a justificar a reparação civil.

Ressalte-se, inicialmente, que o preceito contém norma de conteúdo processual, ao estabelecer que os fornecedores especificados somente não serão responsabilizados quando comprovarem a situação excludente de responsabilidade, ou seja, imputa-se ao réu o ônus de provar. Esse preceito, entretanto, deve ser analisado com temperamento, a fim de não se impor ao réu o ônus de apresentar prova negativa.

A aplicação mais evidente do inciso I é aquela decorrente de violação a direito de marca, a do chamado "produto falsificado ou seja, que aparentava ser fabricado pelo réu mas, de fato, é algo feito e colocado no mercado por um terceiro, sem a sua autorização. Nesse caso, bastará ao réu comprovar, se necessário, com o apoio de prova pericial, que o produto defeituoso tem características que evidenciam a ocorrência de contrafação.

Na hipótese de que cuida o inciso II, o fabricante, o construtor, o produtor ou importador deve comprovar que o produto não apresentava defeito. Conforme as circunstâncias, pode se prestar a tal desiderato a realização de perícia no próprio produto que se acusa de defeituoso (o cinto de segurança que se rompeu, a parede que apresentou rachaduras), ou ainda, caso o bem já tenha

sido consumido (por exemplo, um medicamento), a perícia sobre outros exemplares do mesmo lote, a fim de demonstrar que o dano alegado teria sido ocasionado por um fator externo.

O inciso III do § 3º do art. 12 do CDC refere-se à culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Em relação a esse preceito, há três observações iniciais que são importantes no estudo do tema. Em primeiro, o motivo por que o texto legal menciona apenas a culpa "exclusiva" de terceiro é o de que quando um terceiro tem a inteira responsabilidade pelo ocorrido, então ao réu faltará nexo de causalidade a justificar a sua condenação a reparar o dano indicado pela parte autora. Em segundo, há situações em que, apesar de haver culpa de terceiro, o fornecedor responde pelo risco da atividade. Finalmente, deve-se apontar que, a despeito de o preceito indicar somente a culpa exclusiva, a culpa concorrente da própria vítima será importante para o arbitramento do *quantum* indenizatório. Elide a responsabilidade do réu a demonstração de culpa exclusiva de terceiro. Se um terceiro é, isoladamente, responsável pelo dano sofrido pelo autor, então, por decorrência lógica, o dano não foi causado pelo autor, então, por decorrência lógica, o dano não foi causado pelo réu. Faltar, em tal contexto, nexo causal a ensejar a dever de reparação inserto no art. 12 do CDC.

Ressalte-se que, consoante disposto no art. 5º da LINDB, a lei deve ser interpretada em conformidade com a sua finalidade social. O art. 12, § 3º, do CDC enumera as hipóteses de exclusão da responsabilidade. O escopo da norma, iniludivelmente, não é o de orientar o aplicador da lei no sentido de ignorar, no arbitramento de indenização, a culpa concorrente da própria vítima.

5 Do exame das fotografias de fls. 17-20 pode-se verificar, de fato, a presença de um corpo estranho no produto adquirido, conforme narrado na petição inicial. A ré não impugnou especificamente a validade dessa prova. Além disso, restou incontroverso que a requerida foi contatada logo após o ocorrido, que compareceu à residência dos autores levando consigo o recipiente com o

"corpo estranho", e que deixou os consumidores sem qualquer explicações sobre o ocorrido. A própria requerida, ao coletar o material e proceder a análise laboratorial, informou que o alimento estava contaminado.

Com relação à alegada culpa exclusiva de terceiro a requerida não comprovou, como deveria (CPC/73, art. 333, inc. II), o que, ademais, foi aventado apenas por hipóteses genéricas em sua defesa. E mesmo que assim o fizesse, incumbiria-lhe também a demonstração inequívoca de que o defeito inexistia no produto antes do manuseio ou uso de terceiro. Do mesmo modo, a ré não logrou êxito na comprovação de culpa exclusiva da parte autora/consumidora.

Além disso, restou satisfatoriamente comprovado nos autos não apenas o defeito no produto, mas a ingestão de parte dele – testemunha ouvida em juízo que presenciou o momento da ingestão do produto pelos requerentes. O fato de não se ter demonstrado a deglutição do corpo estranho, é fato menos importante no contexto probatório do que as circunstâncias de que houve falha grave nos cuidados com a higiene de produto do gênero alimentício e que o consumidor ingeriu parte dele.

Registre-se, ainda, que a despeito da inversão do *onus probandi* (fl. 72-82), a ré não produziu prova que fizesse derruir a versão dos fatos expostos pelos autores, tampouco apresentou argumentos que invalidassem a prova apresentada, em especial as fotografias.

Desse modo, tem-se que a empresa requerida não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, pois não comprovou nenhuma das hipóteses excludentes da sua responsabilidade.

5.1 A propósito, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2012.062166-7, o Grupo de Câmaras de Direito Civil deste Tribunal proferiu julgamento sobre questão semelhante, em que a vítima havia adquirido garrafa de água mineral com corpo estranho. Naquela ocasião, o defeito era facilmente

visível a olho nu sem a abertura da embalagem transparente. Não havia evidência de consumo do produto a justificar o pleito indenizatório.

Já no caso em exame, considerando-se que o defeito não era facilmente visível pois o recipiente do refrigerante era uma lata de alumínio e que a ingestão do produto contaminado são de responsabilidade objetiva do fornecedor, considera-se que há espaço para a condenação por dano moral, com amparo nos artigos 186 e 927 do Código Civil e artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

6 Como cediço, o dano moral é indenizável devendo o *quantum* ser fixado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido, o grau de reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do réu, ante o caráter sancionatório da indenização.

Conforme assente na jurisprudência, a quantificação do dano deve, de um lado, compensar a vítima pelo abalo sofrido e, de outro, ter caráter pedagógico ao infrator, a fim de que não lhe seja infligida sanção irrelevante, incapaz de estimular uma mudança de comportamento.

Sobre o tema, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano. (REsp n. 582.047/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.2.2009)

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte:

(...) O valor da indenização por dano moral deve ser fixado pelo juiz de forma a observar critérios peculiares de cada situação, analisando as questões sócio-econômicas das partes, o grau de intensidade do dolo ou culpa, as repercussões dos fatos, observando a razoabilidade necessária para tanto, a fim de que possa servir, por um lado, de alívio para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar, no entanto, em enriquecimento ilícito. De igual forma, para a parte ofensora, desempenhando uma séria reprimenda a fim de evitar a prática de novos atos antijurídicos. [...]" (Ap. Cív. n. 2007.016281-3, de Joinville, rel. Des. Edson Ubaldo, j. 12.3.2008).

Em sendo assim, ante o experimento de repulsa pelo qual

passaram os autores, levando-se em consideração, ainda, o caráter punitivo e repressivo da condenação, observado também o poder econômico da fornecedora ré, empresa de grande porte, tem-se como razoável o arbitramento de dano moral em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada demandante.

7 Ainda, sobre o valor de indenização incidem juros de mora a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e correção monetária a partir deste julgamento (Súmula 362 do STJ).

8 Por decorrência do acolhimento do recurso da parte autora, invertem-se os ônus sucumbenciais, arbitrando-se os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos os critérios do art. 20 do CPC/73.

8 Isso posto, conhece-se das insurgências para dar provimento ao apelo da parte autora e negar provimento ao agravo retido da parte ré

É o voto.