



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.0000631130

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 4003079-75.2013.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MARIA LUCIA DE SOUZA BARRA GRANDE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CHOCOLATE GAROTO S/A.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o relator. Acórdão com o 3º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores TEIXEIRA LEITE, vencedor, ENIO ZULIANI (Presidente), vencido, ENIO ZULIANI (Presidente) e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

Teixeira Leite
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 22117

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Autora que, sem ter ingerido bombom mofado, cuja caixa continha larvas de insetos e mariposas mortas, pleiteia o pagamento de indenização. Hipótese que, apesar de efetivamente impróprios para o consumo, o defeito denota falha na conservação pelo comerciante, e não da fabricante do produto, ré na ação. Situação, porém, de pequena importância se avaliada no contexto em que ocorreu e, ordinariamente acontece. Desse modo, se considerada a opção judicial, voltada a uma indenização excessiva, em detrimento da simples e eficaz solução do problema com a troca do produto, correta a improcedência da ação, daí mantida. Recurso da consumidora, desprovido.

Por dever regimental, escrevo o v. acórdão após o resultado da conferência de voto na sessão do julgamento, o que autoriza aproveitar o suficiente e minucioso relatório do digno Desembargador Sorteado.

“MARIA LÚCIA DE SOUZA BARRA GRANDE ajuizou ação de indenização por danos morais contra a CHOCOLATES GAROTO S.A. alegando que no dia 1º.7.2013 adquiriu uma caixa de bombons lacrada fabricada pelo réu, sendo que ao chegar em sua residência, acompanhada de seu cunhado, abriu a caixa e ao degustar um dos chocolates, sentiu um forte gosto amargo e ruim, quando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

percebeu que o bombom estava mofado por dentro e a caixa continha larvas de insetos e algumas mariposas mortas. Diante de tal fato, acionou o SAC da empresa, que prometeu mandar uma equipe de coleta em 5 dias úteis para posteriores análises, assim como entregar uma nova caixa do produto, contudo, preferiu se dirigir à vigilância sanitária de Guarulhos, que retirou todo o lote do produto encontrado na Lojas Americanas, onde havia adquirido a caixa de bombons. Aduziu que foi a delegacia de polícia relatar o ocorrido, tendo sido apreendida a caixa de bombons para realização de perícia para comprovar a materialidade do crime contra as relações de consumo, sendo que até o ajuizamento da ação, o réu manteve-se inerte, com o que pretendeu sua condenação pelos prejuízos de ordem moral que foram causados, na importância de 100 salários mínimos. Juntou documentos às fls. 19/49.

Citado, o réu apresentou contestação e documentos (fls. 54/165), alegando que no contato feito com a equipe do SAC, a autora afirmou que não tinha ingerido o produto, aduzindo que o mais provável é que o produto tenha se deteriorado no estabelecimento comercial onde comprada a caixa de bombons, devendo ser excluída sua responsabilidade (art. 393 do CC), explicando que o processo de produção dos chocolates é feito sob altas temperaturas, não havendo como um inseto ou larva sobreviver. Discorreu sobre os cuidados seguidos pela equipe de produção contidos no “Dossiê de Fabricação de Chocolates”, com o que é inverossímil o alegado na inicial, rejeitando a ocorrência de dano moral indenizável. Impugnou o valor pretendido da indenização, requerendo a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 170/182 no qual a autora alegou intempestividade da defesa, em razão de o advogado subscritor não ter



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

procuração, pugnando pelo desentranhamento da petição, decretando-se a revelia do réu. No mérito, rejeitou os argumentos da defesa, inclusive destacando que não foi provada a questão de ter dito ao SAC que não ingeriu o bombom, requerendo a procedência do pedido.

O pedido foi julgado improcedente (fls. 190/192), com o que não se conforma a autora no recurso de fls. 196/217, reforçando, em preliminar, a intempestividade da defesa pela falta de regularização processual. Sobre o mérito, afirma que a sentença desconsiderou a inversão do ônus da prova, pois se trata de uma relação de consumo, acrescentando que a responsabilidade do fabricante é objetiva (arts. 12 e 18, § 6º, III do CDC). Reforça que o laudo elaborado concluiu que o produto estava em desacordo com a legislação em vigor por apresentar inseto morto, dejeções e mancha esbranquiçada no chocolate, no que fica provado o dano moral, citando precedentes a este respeito, com o que espera a reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 230/237.”

É o relatório.

Quanto à preliminar de revelia, tal efetivamente não se constata, já que a falta de juntada de procuração pela apelada no momento da contestação, foi regular e tempestivamente suprida, depois de intimação específica para o ato, não passando, portanto, de mera irregularidade.

Com relação ao mérito, analisando os argumentos suscitados pelas partes, bem como o acervo probatório constante dos autos, nada há que justifique a modificação da bem lançada sentença, o que se deve, a meu ver, a três razões essenciais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A primeira delas, diz respeito à não ingestão, pela consumidora, do produto com defeito, o que torna questionável a ocorrência de dano passível de indenização, ainda que de natureza moral.

De acordo com o relatado na petição inicial, teria a apelante notado que um dos bombons da caixa adquirida estava mofado, o que se deu depois da primeira mordida, quando sentiu um forte gosto amargo e ruim.

Contudo, em sua defesa, afirma a apelada que foi relatado pela consumidora ao serviço de atendimento (SAC), que nada havia sido consumido, já que teria notado a presença de insetos na caixa, e ficado com receio de ingerir os bombons, especialmente porque crianças estavam ansiosas para provar o produto.

Logo, se por um lado, não trouxe a apelada aos autos cópia da ficha do atendimento realizado perante o serviço ao consumidor, por outro, igualmente deixou a apelante de cumprir com o ônus probatório que lhe competia (art. 333, I do Código de Processo Civil), mediante apresentação da fotografia ou qualquer outra prova de que o produto estava mofado e consumido.

Afinal, se cuidou de fotografar detalhadamente a caixa com insetos (fls. 26/28), poderia ter feito o mesmo com relação ao bombom defeituoso, ou pelo menos requerido a oitiva de seu cunhado – que presenciou os fatos – como testemunha. Todavia, instada a especificar provas, requereu a apelante o julgamento antecipado da lide (fls. 185), certo de que essa prova lhe competia com exclusividade, não havendo que se falar em inversão, nos termos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais disso, relevantes as considerações tecidas na r. sentença, cujo trecho peço vênia para transcrever: “(...) *pelos fotografias de fls. 27/28, não é crível que a parte autora não se atentou, antes de ingerir o produto, que o mesmo estava acondicionado de forma inadequada.*” – fls. 191.

Com efeito, examinando as imagens retratadas às fls. 26/28, nota-se a presença de diversos insetos e larvas, o que certamente foi notado pela apelante assim que abriu a caixa, o que permite concluir, portanto, que bem analisou o bombom, sem ingeri-lo.

Nesse contexto, tenho para mim que a apelante, embora argumentado na petição inicial haver consumido o bombom, desta forma não procedeu, razão pela qual um dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade do fornecedor - ainda que objetiva -, não se faz presente, nada justificando a reparação pretendida.

Como já mencionei em casos semelhantes, a simples constatação da presença de um objeto estranho no interior de um produto, ainda que do gênero alimentício, por si só, é insuficiente a causar um abalo moral indenizável, especialmente se considerado que as empresas de produtos industrializados atuam em larga escala, sendo uma ou outra falha pontual, esperada e até mesmo tolerável.

A obrigação de indenizar emerge de uma ocorrência apurada a partir de um ato ou de uma omissão com íntima relação desta causa para o resultado que, necessariamente, deve ser o dano experimentado, ou, um prejuízo tirado desta equação negativa, entre o anterior e o posterior.

Por outro lado, frise-se que à configuração de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

um dano moral não basta aquele simples percalço, de menor proporção, ainda que dele se possa extrair ofensa aos sentimentos ou ao espírito do homem e isto porque, considerando a organização da sociedade, a experiência de vida de cada um ou ainda o ambiente a que estamos expostos, com certeza desenvolvemos, e com maior ou com menor eficácia uma estrutura psicológica que permite lidar com tais obstáculos e contrariedades a que certamente estamos sujeitos.

Assim é com algumas situações que são impostas, mesmo que em consequência de atos ilícitos, mas que, não ultrapassando o patamar da contrariedade, não constituem dano moral indenizável. Na lição de **Sérgio Cavalieri**, só se caracteriza como dano moral: *“(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”* (**Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., SP: Malheiros, 1998, p. 78, apud Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 8ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 549/550**).

Portanto, no caso em foco, o que ocorreu foi uma situação de pequena importância, a qual é de se acreditar não trouxe nenhum abalo psicológico à apelante.

Em situações parelhas, já se pronunciou esta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Corte:

“Agravo Retido. Revelia. Contestação ofertada por sucessora da parte – Inocorrência. Recurso Improvido - Apelação Cível – Dano Moral - Constatação de corpo estranho no interior de garrafa de cerveja não consumida - Inexistência - Para que haja dano moral indenizável, é preciso que o fato tenha acarretado ao requerente prejuízo juridicamente apreciável - Recurso improvido.”

(TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, 23.08.2007, Apelação Cível nº 510.950.4/3-00, Des. Luis Antonio Costa)

“Indenização por dano moral. Não se reconhece dor moral, constrangimento, sofrimento, no simples fato de alguém encontrar dentro de uma garrafa de refrigerante, que sequer se chegou a abrir, um pequeno pedaço de metal. Não se concebe que daí decorra motivo para indenização. Recurso não provido.” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, 13.02.2007, Apelação nº 452.229.4/1-00, Des. Gilberto de Souza Moreira)

Um segundo ponto a ser levado em consideração na análise do mérito, diz respeito ao efetivo envolvimento da apelada no evento relatado nos autos.

Isso porque, ao que parece, o defeito apurado na caixa de bombons adquirida pela apelante denota, antes, uma falha na conservação do produto pelo comerciante, do que propriamente na fabricação, em especial se considerado o rigoroso processo de confecção



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do produto, como relatado na contestação (fls. 77/165).

Para melhor elucidar a questão, invoco o registro de **Luiz Antonio Rizzato Nunes**, em sua obra *“O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial”* (São Paulo: Saraiva, 2000), a respeito do alcance da norma estampada no art. 13, III do Código de Defesa do Consumidor, ou, a situação do comerciante de produtos perecíveis.

Nesta hipótese, *“o único responsável”* (pág.414) pelo vício dos mesmos enquanto perecíveis e porque subordinados a sua exclusiva fiscalização e conservação, desde a recepção dessas mercadorias, até porque não as enjeitou e, como deveria, se já eram impróprias ao consumo quando entregues pelo fabricante.

Aliás, fundamental esse momento que é o da circulação do produto no mercado, quando se corta o cordão umbilical entre o produtor ou o fabricante e o mesmo. O controle direto do produto já não é do fabricante que, evidentemente, não tem como fiscalizar qualquer conduta do comerciante, o que se afirma por motivos de logística de distribuição, distâncias e imensidade das regiões, tempo de durabilidade dos produtos, ou, o que ordinariamente acontece, mas, subordinando todos aos chamados riscos do desenvolvimento. Veja-se, por exemplo, a moderna figura do atacadista, intermediário entre o fabricante e o comerciante em geral.

E aqui surgem questões variadas, envolvendo conceitos de risco associados aos de utilidade, bem como a interpretação do denominado custo-benefício de certas mercadorias e produtos, ao lado da contrapartida, que é a utilidade e a facilidade para o consumidor, tudo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

isso em um contexto que, por extremamente complexo, não pode ser examinado isoladamente, revertendo todo e qualquer ônus ao fabricante.

Não se pode negar a contribuição direta do comerciante, negligente no dever de conservação e fiscalização dos produtos perecíveis que adquiriu, expondo-os à venda. Em outras palavras, o produto, que é o fator final de uma cadeia de produção, esteve sob o controle do fabricante por uma só vez, quando, então, foi entregue para o comerciante; este, recebendo-o e cumprindo seu dever de conservação pela específica atividade que desenvolve, teve com ele contato direto, expondo à venda sem bem acompanhar suas precárias condições, daí chegando ao consumidor.

Note-se que os defeitos de qualidade apontados pela apelante se resumem à presença de insetos e larvas no interior da caixa, ainda na validade, bem como de mofo em um dos bombons, cuja inadequação para o consumo foi atestada por perícia técnica (fls. 34).

Ainda que os insetos se tratassem de “traças do cacau” (apuração da perícia), isso é insuficiente a evidenciar um defeito de fabricação, mais parecendo que a caixa esteve acondicionada em ambiente inadequado, com exposição a umidade e calor, típicos em cidades litorâneas como o Guarujá, daí a presença de traças, mariposas e mofo.

Aliás, não há qualquer insinuação a respeito dessa ocorrência com outras caixas de um mesmo lote, daí a sugerir falha na produção.

O que se pretende com essas considerações, é destacar que a apelante, podendo perfeitamente inferir que o defeito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constatado decorreu de má conservação do produto pelo comerciante, no caso, as Lojas Americanas, optou por demandar direta e exclusivamente a fabricante, fazendo uso de forma indevida, do benefício de que trata o art. 18, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, em que estipulada a solidariedade entre os fornecedores integrantes de uma mesma cadeia.

Com efeito, o benefício de que trata o dispositivo acima indicado, salvo melhor juízo, não deve ser utilizado de forma indistinta ou aleatória, parecendo-me que, para os casos em que o consumidor tenha condições de identificar o verdadeiro causador do dano, isto é, o autor da conduta ilícita, o mais adequado seria incluir apenas ele no polo passivo de eventual demanda reparatória.

Logo, se o defeito de qualidade decorreu nitidamente de falha no processo de fabricação, não parece razoável demandar-se com exclusividade o comerciante que, em alguns casos, sequer tem condições de verificar o problema de antemão. Da mesma forma, se o defeito inequivocamente decorreu de má conservação do produto, não é o caso de dirigir o feito apenas contra o fabricante, o que, ademais, vem apenas a dificultar a elucidação dos fatos, tal qual se verifica nos autos, em que a apelada assegura que produziu a caixa de chocolates de forma adequada, nada sabendo dizer sobre os atos subsequentes à distribuição do lote.

Essa peculiaridade, que evidencia uma certa deturpação do sistema de proteção trazido pelo Código de Defesa do Consumidor pela apelante, conduz ao terceiro aspecto a ser levado em consideração, como justificativa para manter-se a improcedência da ação.

Analisando-se o disposto nos arts. 18 e 19 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código de Defesa do Consumidor, é possível verificar que foi estabelecido um procedimento a ser adotado pelo consumidor, quando deparado com um defeito de qualidade ou quantidade do produto.

Com efeito, atento o legislador às vicissitudes que permeiam o mercado de consumo em massa, estabeleceu que, identificando o consumidor algum defeito que torne o produto impróprio para o fim a que se destina, poderá, a seu critério, solicitar ao fornecedor a substituição do produto por outro equivalente, o desfazimento do negócio, mediante reembolso da quantia paga, ou então o abatimento proporcional do preço.

Caso nenhuma dessas providências seja satisfatoriamente tomada pelo fornecedor, possível é, ainda, o ajuizamento de demanda judicial.

Não há uma exigência de que a questão deva ser apurada administrativamente antes da propositura de uma ação, até por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Porém, a depender do caso, acredito que deixar-se de lado as providências extrajudiciais cabíveis, pode acarretar um indevido distanciamento entre o que realmente ocorreu, e aquilo que se pretende através da ação judicial. Explico-me.

No caso dos autos, a apelante, adquirindo uma caixa de bombons ao custo de R\$ 6,99 (fls. 25), e constatando, ao chegar em casa, que o produto apresentava insetos e mofo, ao invés de retornar ao estabelecimento comercial em que realizada a compra, solicitando a substituição do produto ou o desfazimento do negócio, optou por entrar em contato com o SAC do fabricante, o que, por si só, já é de causar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estranheza.

Informada a apelante pelo SAC que a caixa seria coletada, o que, em princípio, parece razoável, já que seria o único meio para que o fabricante aferisse o defeito apontado, optou, surpreendentemente por se dirigir a uma agência da Vigilância Sanitária, repita-se, motivada pela presença de objetos estranhos em uma caixa de bombons comprada pelo custo de R\$ 6,99.

Não suficiente a solicitação de uma perícia técnica sobre o produto, entendeu por bem a apelante em lavrar Boletim de Ocorrência, comunicando a ocorrência de um crime contra as relações de consumo (com relação ao qual, aliás, não se tem qualquer notícia acerca do atual andamento).

Assim, tem-se que a conduta da apelante diante do defeito encontrado, do valor do produto e da circunstância de não ter consumido o bombom mofado, foi bastante desproporcional, o que torna evidente a sua única intenção através do ocorrido: obter, de forma temerária, uma reparação moral. Houve desnecessária judicialização de um impasse, que de certo seria satisfatoriamente solucionado pela via extrajudicial, caso a intenção da apelante fosse ressarcir-se do prejuízo efetivamente causado.

Tanto é assim, que sequer cuidou ela de requerer nos autos a substituição da caixa de bombons por uma nova ou mesmo ser ressarcida pelos R\$ 6,99 despendidos, limitando-se a pleitear, em razão do ocorrido, uma reparação no absurdo valor de R\$ 67.8000,00. É dizer, a idéia de enriquecimento é exclusiva, o que não se aceita.

Por outro lado, em valor menor, observo que o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

viés punitivo da reparação moral, buscando evitar que o causador do dano volte a incidir na conduta ilícita, e o que é essencial a esse instituto, no caso específico deste processo, se perde.

Isso porque, a indenização no montante pleiteado, frente à magnitude do faturamento da apelada, é insuficiente a desestimular que acontecimentos como o relatado nos autos voltem a acontecer.

Ademais, como já pontuado, situações como estas, em que o defeito apresentado geraria o risco de, não mais que uma indigestão ou mal estar (não expondo os consumidores a risco de dano permanente ou de morte), devem ser toleradas e enfrentadas com certa razoabilidade pelo consumidor, demandando reparação apenas se realmente configurado o dano.

Com isso, é possível notar que por meio desta demanda, busca-se beneficiar esta específica consumidora que é a apelante, mas não o mercado como um todo, tornando temerário o acolhimento da pretensão inicial. Afinal, é notório, o preço desse tipo de prejuízo é colocado no custo final do produto, e isso determina que todo um universo de consumidores pague mais caro por algo que poderia ser mais barato.

Portanto, mais uma vez fazendo a apelante mau uso da sistemática de proteção conferida ao consumidor, procurou claramente beneficiar-se financeiramente com o ocorrido, em nada se importando com relação ao defeito apontado, o que seria mais razoável e até mesmo esperado no caso em análise.

O que é mais grave, optou a apelante por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

judicializar uma questão, que poderia estar resolvida há anos, mediante justa compensação extrajudicial com base nas hipóteses de que trata o art. 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, ausente o dano alegado, e buscando a apelante deturpar a sistemática de proteção ao consumidor estabelecida na legislação específica, o caso era mesmo de improcedência da ação.

Nestes termos, voto pelo *desprovemento do recurso*.

TEIXEIRA LEITE
Relator Designado