



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000269682

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0331333-82.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARACI VASQUES PEREIRA, ISABELLA VASQUES LEMOS SILVA e ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA sendo apelados ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, MCDONALDS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, UNIBANCO AIG SEGUROS E PREVIDENCIA e MARACI VASQUES PEREIRA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JAMES SIANO (Presidente sem voto), CHRISTINE SANTINI E EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 6 de junho de 2012.

Moreira Viegas
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível: 0331333-82.2009.8.26.0000
Comarca: São Paulo
Apelantes: MARACI VASQUES PEREIRA e OUTRO
Apelados: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

INDENIZAÇÃO - Danos materiais e morais - Criança que ingeriu, juntamente com alimento fabricado pela ré, fragmento de osso – Conjunto probatório que demonstrou que o osso encontrava-se no interior do alimento - Responsabilidade objetiva do fabricante, pelo fornecimento de produto inseguro - Inteligência do artigo 12, do CDC – Ré que não se desincumbiu do ônus de comprovar a ocorrência das hipóteses previstas no §3º, do artigo 12, do CDC - Danos materiais comprovados, devendo corresponder ao valor despendido para a aquisição do produto impróprio para o consumo – Danos morais - Configuração, ante a existência de abalos psíquicos experimentados pela menor e por sua avó - Quantum indenizatório que deve ser fixado com razoabilidade, atendendo às funções da indenização – Litisdenciada que deve ressarcir a denunciante dos valores a que foi condenada, ante a cobertura contratual do sinistro – Procedência da lide secundária - Sentença reformada – Recursos parcialmente providos.

VOTO Nº 2121

Apelações interpostas em face de r. sentença de fls. 200/208 que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$12.450,00 (doze mil, quatrocentos e cinquenta reais), a título de danos morais, em favor da coautora Isabella, julgando improcedente a denunciação da lide em face Unibanco AIG Seguros S.A.

Alegam as apelantes que a autora Maraci também sofreu dano moral, o qual é presumido no caso dos autos. Sustentam, ainda, que o dano material deve corresponder ao valor total dos



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alimentos adquiridos, cujo consumo restou inviabilizado em virtude dos fatos. Pugnam, finalmente, pela majoração dos danos morais arbitrados em favor da menor (fls. 211/214).

A ré apelante, a seu turno, aduz que não há provas de que o osso pontiagudo que causou o engasgamento da criança estivesse dentro do alimento por ela ingerido. Sustenta que não lhe pode ser imposto o ônus de provar fato negativo. Afirma que os procedimentos para preparo dos alimentos asseguram total higiene e segurança. Alega a presença da excludente prevista no artigo 12, §3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Assevera a inexistência do nexo de causalidade. Alega a inoccorrência do dano moral a ensejar reparação. Subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório. Caso mantida a condenação, sustenta que os danos morais estão abrangidos pela cobertura relativa à apólice de seguro contratada, razão pela qual a lide secundária deve ser julgada procedente (fls. 215/230).

Recursos processados, com preparo recolhido, à exceção das autoras, por serem beneficiárias da Assistência Judiciária.

Contrarrazões às fls. 240/248; 249/254; 255/268.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls. 278/281).

É o relatório.

Ambos os recursos comportam provimento, porém apenas em parte.

Extrai-se dos autos que a coautora Isabella, com 05 anos de idade à época dos fatos, ao consumir *nuggets* fabricados pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ré, engasgou-se com um fragmento de osso pontiagudo existente no interior do alimento. Ao perceber o ocorrido, sua avó Maraci introduziu o dedo na boca da criança, desobstruindo sua garganta. Em virtude de tais circunstâncias, pretendem ser indenizadas pelos danos materiais e morais sofridos.

O conjunto probatório coligido é contundente no sentido da ingestão, juntamente com o alimento fabricado pela ré, de um corpo estranho, e do conseqüente engasgamento da menor.

A esse respeito, o laudo pericial realizado nos autos da medida cautelar de produção antecipada de provas concluiu que o material analisado referia-se a *“um fragmento de osso rígido e pontiagudo”* (fls. 105/107 dos autos em apenso), esclarecendo, ainda, que o referido fragmento *“encontrava-se junto ao pedaço de nuggets”* (fls. 120/124 dos autos em apenso).

Assim, lograram as autoras comprovar que o osso que acarretou o engasgamento da menor estava no interior do produto, tornando-o impróprio para o consumo, de modo que se desincumbiram satisfatoriamente do ônus que lhes competia, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ademais, não é verossímil que as autoras tivessem introduzido o fragmento de osso no alimento para então ingeri-lo, ainda mais considerando o fato de tratar-se de criança de tenra idade, colocando em risco sua saúde e integridade física com tal conduta.

Presente, ainda, o nexó causal, na medida em que patente que o engasgamento decorreu diretamente da ingestão do fragmento de osso.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em que pese utilizar a ré rígido controle e fiscalização das matérias primas durante o processo de fabricação visando à preservação do produto, o fabricante deve ser responsabilizado pelo produto impróprio disponibilizado ao consumidor.

A responsabilidade do fabricante por defeito do produto é objetiva, a teor do artigo 12, do Código de Defesa do Consumidor.

Saliente-se, por oportuno, que não há elementos mínimos nos autos a demonstrar que o produto estava apto para o consumo, de sorte que não incide, na espécie, a excludente prevista no artigo 12, §3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Em casos análogos ao presente, já decidiu esta Corte:

“APELAÇÕES CÍVEIS RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAIS E MATERIAIS Autora que, ao ingerir um sanduíche, teve um caco de vidro preso ao céu da boca Vício do produto Responsabilidade objetiva Ausente prova de qualquer excludente de responsabilidade do fornecedor Montante indenizatório Redução do valor fixado em primeira instância, de 40 salários mínimos para R\$ 10.000,00 Exclusão da condenação em honorários advocatícios da litisdenunciada Ausência de resistência à denunciação Litigância de má-fé Não caracterização Recursos parcialmente providos.”
 (AC 9130994-90.2005.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Viviani Nicolau, j. em 09.08.2011, grifo nosso).



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - Improcedência decretada - **Lanche produzido pela ré e fornecido à autora para consumo com a presença de inseto - Provas documental e oral que comprovam o alegado - Conjunto probatório suficiente para embasar a pretensão da autora** - Danos morais - Ocorrência - Autora que à época era menor, com apenas três anos de idade, submetida a situação de mal estar, provocando-lhe choro e repugnância - Todavia, inexistência de prova de que o possível trauma tenha se estendido até hoje ou da necessidade de tratamento psicológico - Extensão do dano e sua gravidade que não restaram comprovadas - Fixação da indenização em 50 (cinquenta) salários mínimos que se mostra apta a reparar os danos suportados pela autora - Condenação da requerida nos encargos da sucumbência, por força do disposto na Súmula 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Sentença reformada - Recurso provido.”
 (AC 9100327-19.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Salles Rossi, j. em 04.03.2009, grifo nosso).

Reconhecida a responsabilidade da ré pelo evento danoso, de rigor o dever de indenizar os danos daí decorrentes.

Respeitado o entendimento do d. magistrado *a quo*, os danos materiais restaram devidamente comprovados, devendo ser equivalentes ao valor efetivamente despendido para a aquisição dos *nuggets*, produto este que se revelou impróprio para o consumo, conforme já explanado.

Nesta senda, verifica-se que o valor corresponde a R\$6,35 (seis reais e trinta e cinco centavos), em conformidade com a nota fiscal acostada aos autos (fls. 13).

Tal montante deverá ser acrescido de juros de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mora de 1% ao mês, a partir da citação (artigo 405, do Código Civil), e atualizado desde o desembolso, pelos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No tocante aos danos morais, embora não sejam eles presumidos, restou comprovado nos autos que ambas as autoras foram submetidas a sofrimento de natureza extrapatrimonial, a ensejar a necessária reparação.

É evidente que a ingestão do fragmento de osso causou na menor enorme desconforto e desespero, atentando contra seu bem-estar psicofísico.

Na mesma esteira, inegáveis os danos experimentados pela coautora Maraci, ao presenciar sua neta em tamanha aflitiva situação, haja vista o risco de dano criado à sua saúde e integridade.

Em relação ao *quantum* indenizatório, é cediço que a fixação do valor do dano moral deve levar em consideração as funções ressarcitória e punitiva da indenização. Da confluência destas duas funções extrai-se o valor da reparação.

Não se nega a gravidade da conduta da ré, tampouco dos danos que poderiam ter sido causados, tais como a trinca ou quebra de um dente, perfurações, sufocação (conforme concluiu o laudo pericial). Não obstante, há que se considerar que a ingestão do fragmento de osso não causou males à saúde da menor ou mesmo qualquer outro dano de ordem física de extrema gravidade, salientando-se que a questão foi solucionada sem a necessidade de intervenção médica.

Assim, considerando-se tais circunstâncias, bem como a capacidade econômica das partes, afigura-se razoável a redução dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

danos morais em favor da menor para R\$5.000,00 (cinco mil reais) e a fixação de R\$2.000,00 (dois mil reais) para a autora Maraci, eis que tal quantia revela-se adequada a compensar o sofrimento experimentado pelas autoras e atende às funções da indenização, sem acarretar enriquecimento ilícito.

Tal montante deverá ser atualizado pelos índices da tabela prática deste Tribunal a partir do arbitramento, ou seja, a data do acórdão (conforme súmula 362, do Superior Tribunal de Justiça) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso (Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça).

Sendo mínima a sucumbência das autoras, mantém-se os ônus sucumbenciais arbitrados na r. sentença, porquanto bem fixados.

No que concerne à lide secundária, razão assiste à denunciante.

Consoante se verifica do contrato acostado aos autos (fls. 73/88), o instrumento firmado entre as partes abrange cobertura a danos materiais ocasionados a terceiros (Cláusula I – fls. 75), bem como danos morais, desde que decorrentes de danos materiais e/ou corporais (fls. 87 – Cobertura para danos morais).

Assim, verificado o implemento dos requisitos acima previstos, de rigor impor-se à litisdenciada a obrigação de ressarcir os valores a que foi condenada a denunciante, observados os limites da cobertura prevista contratualmente.

Em virtude da sucumbência da litisdenciada, deverá esta arcar com o pagamento de despesas processuais e honorários



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

advocatícios relativos à lide secundária, de 10% sobre o valor da condenação, considerando-se o zelo do patrono da denunciante, bem como a complexidade da demanda, a teor do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento aos recursos.

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Relator