



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL
Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

Recurso Inominado n. 2013.100772-0, da Capital
Relator: Alexandre Morais da Rosa
Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda
Recorrida: Simara de Araújo Puerta

RELAÇÃO DE CONSUMO – FATO DO PRODUTO E SERVIÇO – MC DONALD – ALEGAÇÃO DE PRESENÇA DE OBJETO METÁLICO NO INTERIOR DO ALIMENTO(SANDUÍCHE) QUE RESULTOU EM LESÃO FÍSICA AO CONSUMIDOR – ÔNUS DA PROVA – DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E RELATIVA – PROVA DIABÓLICA – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RECURSO DESPROVIDO

1. O ônus da prova, e sua eventual inversão, jamais recaí de forma absoluta. É sempre compartilhado entre as partes, em contraditório, na dialética observada no art. 333 do CPC. Portanto, o ônus recaí de forma relativa, de acordo com a exigibilidade. É da possibilidade de se exigir determinada prova, e o pesar do ônus, que esta assume significado no livre convencimento do julgador.

2. A prova negativa, chamada de diabólica, presumidamente se torna inexigível pelo pesar do ônus. No entanto, tampouco se trata de uma inexigibilidade absoluta.

3. As condições e possibilidades das partes no processo importam à própria valoração da prova.

Sobre a prova negativa, é da jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FURTO OCORRIDO NO INTERIOR DE SUPERMERCADO. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS APONTADOS NA INICIAL.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada, de modo que apenas as negativas absolutas são insuscetíveis de prova.

- Hipótese de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, invertendo-se o ônus da prova em favor da consumidora, no que concerne à ocorrência do furto dentro do estabelecimento do recorrido.

- Reconhecido o dever de inversão do ônus probatório em favor da consumidora hipossuficiente e com alegações verossímeis aplica-se o disposto no art. 257 do RISTJ e a Súmula 456 do STF”.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL

Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

(REsp 1050554/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009)

Que completa em acórdão:

“Ademais, como *obiter dictum*, deve-se ressaltar que a hipótese dos autos não deixa de se assemelhar àquela que deu ensejo à edição da Súmula 130/STJ que dispõe que: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”. Sendo assim, caso se considere como prova impossível aquela a ser realizada pelo recorrido, qual seja, provar que a recorrente não foi furtada, igualmente seria impossível à consumidora recorrente provar o fato constitutivo de seu direito. Questiona-se como seria possível provar um furto praticado por um punquista, por meio de uma ação rápida e imperceptível da vítima. Caso a recorrente tivesse produzido prova nesse sentido, poder-se-ia questionar até sua própria boa-fé e causar a impressão de que seria uma lide temerária.

Nessas hipóteses que, por sua natureza, têm dificuldades a ser esclarecidas, é o juiz obrigado a julgar o mérito com base em uma convicção de verossimilhança, porquanto tais dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima, ainda mais em um campo como o do direito do consumidor.

Seria aplicável, portanto, a idéia de redução do módulo da prova defendida por Luiz Guilherme Marinoni, com base nos ensinamentos do processualista alemão Gerhard Walter. Destarte, vale destacar a observação de Marinoni no sentido de que “(...) algumas situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança.” (Luiz Guilherme Marinoni, Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as Peculiaridades do Caso Concreto, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano III, nº 13, p. 66)

Assim, dá-se provimento ao presente recurso quanto ao ponto para reconhecer a inversão do ônus da prova, diante do reconhecimento da verossimilhança dos fatos narrados pela consumidora.

II - Da indenização pelos danos materiais sofridos e da compensação pelos danos morais experimentados.

Reconhecida a inversão do ônus da prova, que, conforme a jurisprudência desta Terceira Turma, constitui regra de julgamento (REsp 422.778/SP, publicado no DJ de 27.08.2007), cabe ao STJ aplicar o direito à espécie. Dessa forma, afastada a conclusão do acórdão recorrido quanto à impossibilidade de inversão do ônus probatório na presente hipótese, procede-se ao julgamento da matéria controvertida, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula nº 456 do STF. Constatada a ausência de prova, por parte do recorrido, de que a recorrente não foi furtada e em razão do estado de choque, bem como do descaso dos funcionários da recorrida, diante da comunicação pela recorrente do ocorrido, como narra a inicial, a única conclusão que se apresenta possível, ante os elementos relatados nos autos e a verossimilhança das alegações da recorrente, é a procedência do pedido de indenização pelos danos materiais e moral tal como formulado pela recorrente.

Aplica-se, portanto, a responsabilização do fornecedor pelo fato do serviço, prevista no art. 14 do CDC, em razão dos defeitos no próprio serviço, não fornecendo a segurança que o consumidor dele pode esperar, o que causou danos à recorrente. É de se salientar também



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL

Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

que "(...) o ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC." (REsp 685.662/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05/12/2005)".
(REsp 1050554/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009)

Visto, relatado e discutido o presente Recurso Inominado n. 2013.100772-0, da Capital, interposto por Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda em face de Simara de Araújo Puerta.

ACORDAM, em Primeira Turma de Recursos Cíveis e Criminais, por votação unânime, por conhecer do recurso nominado e negar-lhe provimento. Custas e honorários por conta da recorrente, sendo estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

VOTO

1. Trato de Recurso Inominado interposto contra decisão, fls. 53 – 55, que julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou a ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos pela autora.

A autora ingressou na via judicial pedindo a condenação ao pagamento de indenização alegando fato do produto, por ter quebrado um dente ao morder o alimento (sanduíche, Big Mac) comercializado pela ré.

A recorrente se insurge alegando a improbabilidade/impossibilidade do fato do serviço e a ausência dos danos materiais e morais.

2. Mantenho a decisão de primeiro grau (fls. 53 – 55) por seus próprios fundamentos. Acrescentando:



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL
Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

2.1. Trata-se de relação de consumo, vez que recorrida e recorrentes se enquadram nos conceitos dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, devendo-se aplicar a legislação específica.

2.2. Diante da verossimilhança das alegações e hipossuficiência da recorrida, aplica-se a inversão do ônus da prova.

O ônus da prova, e sua inversão, jamais recaí de forma absoluta. É sempre compartilhado entre as partes, em contraditório, na dialética observada no art. 333 do CPC. Portanto, o ônus recaí de forma relativa, de acordo com a exigibilidade. É da possibilidade de se exigir determinada prova, e o pesar do ônus, que esta assume significado no livre convencimento do julgador.

A prova negativa, chamada de diabólica, presumidamente se torna inexigível pelo pesar do ônus. No entanto, tampouco se trata de uma inexigibilidade absoluta. As condições e possibilidades das partes no processo importam à própria valoração da prova.

Sobre a prova negativa, é da jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FURTO OCORRIDO NO INTERIOR DE SUPERMERCADO. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS APONTADOS NA INICIAL.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada, de modo que apenas as negativas absolutas são insuscetíveis de prova.

- Hipótese de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, invertendo-se o ônus da prova em favor da consumidora, no que concerne à ocorrência do furto dentro do estabelecimento do recorrido.

- Reconhecido o dever de inversão do ônus probatório em favor da consumidora hipossuficiente e com alegações verossímeis aplica-se o disposto no art. 257 do RISTJ e a Súmula 456 do STF”.

(REsp 1050554/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009)



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL

Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

Que completa em acórdão:

“Ademais, como *obiter dictum*, deve-se ressaltar que a hipótese dos autos não deixa de se assemelhar àquela que deu ensejo à edição da Súmula 130/STJ que dispõe que: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”. Sendo assim, caso se considere como prova impossível aquela a ser realizada pelo recorrido, qual seja, provar que a recorrente não foi furtada, igualmente seria impossível à consumidora recorrente provar o fato constitutivo de seu direito. Questiona-se como seria possível provar um furto praticado por um punquista, por meio de uma ação rápida e imperceptível da vítima. Caso a recorrente tivesse produzido prova nesse sentido, poder-se-ia questionar até sua própria boa-fé e causar a impressão de que seria uma lide temerária.

Nessas hipóteses que, por sua natureza, têm dificuldades a ser esclarecidas, é o juiz obrigado a julgar o mérito com base em uma convicção de verossimilhança, porquanto tais dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima, ainda mais em um campo como o do direito do consumidor.

Seria aplicável, portanto, a idéia de redução do módulo da prova defendida por Luiz Guilherme Marinoni, com base nos ensinamentos do processualista alemão Gerhard Walter. Destarte, vale destacar a observação de Marinoni no sentido de que “(...) algumas situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança.” (Luiz Guilherme Marinoni, Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as Peculiaridades do Caso Concreto, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano III, nº 13, p. 66)

Assim, dá-se provimento ao presente recurso quanto ao ponto para reconhecer a inversão do ônus da prova, diante do reconhecimento da verossimilhança dos fatos narrados pela consumidora.

II - Da indenização pelos danos materiais sofridos e da compensação pelos danos morais experimentados.

Reconhecida a inversão do ônus da prova, que, conforme a jurisprudência desta Terceira Turma, constitui regra de julgamento (REsp 422.778/SP, publicado no DJ de 27.08.2007), cabe ao STJ aplicar o direito à espécie. Dessa forma, afastada a conclusão do acórdão recorrido quanto à impossibilidade de inversão do ônus probatório na presente hipótese, procede-se ao julgamento da matéria controvertida, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula nº 456 do STF. Constatada a ausência de prova, por parte do recorrido, de que a recorrente não foi furtada e em razão do estado de choque, bem como do descaso dos funcionários da recorrida, diante da comunicação pela recorrente do ocorrido, como narra a inicial, a única conclusão que se apresenta possível, ante os elementos relatados nos autos e a verossimilhança das alegações da recorrente, é a procedência do pedido de indenização pelos danos materiais e moral tal como formulado pela recorrente.

Aplica-se, portanto, a responsabilização do fornecedor pelo fato do serviço, prevista no art. 14 do CDC, em razão dos defeitos no próprio serviço, não fornecendo a segurança que o consumidor dele pode



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL

Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

esperar, o que causou danos à recorrente. É de se salientar também que "(...) o ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC." (REsp 685.662/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05/12/2005)".
(REsp 1050554/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009)

Neste sentido, a recorrente não fez prova dos fatos desconstitutivos do direito da recorrida, ônus este que lhes incumbia. Pelo contrário, a tese defensiva se ampara na alegação de improbabilidade. Ocorre que é ainda mais improvável assumir que o consumidor se lesionou, quebrando um dente, para poder pedir indenização por via judicial.

Ainda, sobre a improbabilidade/impossibilidade de ocorrência do fato, colho da jurisprudência:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESENÇA DE OBJETO METÁLICO NO SANDUÍCHE CONSUMIDO PELO DEMANDANTE. PREJUÍZO MORAL CONFIGURADO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. CONDENAÇÃO DO RESTAURANTE AO PAGAMENTO DE R\$1.000,00 COMO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MODIFICADA."

Que completa em acórdão:

"Trata-se de ação pelo rito ordinário, em que ANDREY MOREIRA DE SOUZA REP/ P/ S/ MAE ALICE MARIA DA CONCEIÇÃO MOREIRA pleiteia, em face de MC DONALD'S COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., indenização por danos morais, afirmando que percebeu a presença de objeto metálico no interior do sanduíche adquirido numa das lojas do réu.

O magistrado proferiu sentença (fls. 174/179), declarando a revelia do demandado, e julgando improcedente o pedido, sob o fundamento de que não ficara caracterizado qualquer dano de natureza moral.

Em apelação, cujas razões estão acostadas a fls. 182/191, o autor repisa integralmente os argumentos iniciais, pleiteando a procedência do pedido indenizatório.

Contra-razões, às fls. 196/200, pela manutenção da sentença. É o relatório.

[...]

O consumidor tem direito à segurança com respeito aos produtos que adquire. A compra de produto deteriorado, cujo defeito se observa no momento em que as pessoas se preparam para usá-lo, tratando-se de



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL

Gabinete Juiz Alexandre Morais da Rosa

objeto metálico, além da sensação de impotência, somada à possibilidade de introdução no sistema digestivo vai além do mero aborrecimento.

É verdade que, em respeito a estes valores, examinando-se os efeitos da revelia, há um atingimento da esfera psíquica do consumidor, devendo-se dimensionar o quantitativo que represente a reconstituição, o mais possível, do psicológico rompido. E, neste caso, o montante razoável não vai além de mil reais.

Em seara analógica, a jurisprudência já se manifestou, valendo transcrever as seguintes ementas de julgado:

[...]

Nesta hipótese, pois, meu voto é para que se DÊ PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, condenando-se o réu ao pagamento de R\$ 1.000,00, a título de danos morais, devendo a quantia ser corrigida a partir deste julgado, incidindo juros desde a citação. Custas e honorários rateados”.

(TJRJ, Apelação Cível n. 2009.001.11191, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Antonio Carlos Esteves Torres. j. 31/07/2009)

Portanto, tem-se que o fato não é tão improvável assim.

2.3. Na forma do art. 12 do CDC, sobre fato do produto, a responsabilidade da ré é objetiva, devendo responder pelo dano e risco causado ao consumidor, independentemente da verificação de culpa (apesar de presente, nas formas imprudência e negligência).

2.4. Por fim, o *quantum* indenizatório arbitrado não merece qualquer reforma, vez que o dano material foi comprovado, fls. 10, e o valor de indenização por danos morais atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o caráter sancionatório da medida e a capacidade econômica das partes.

3. Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
PRIMEIRA TURMA DE RECURSOS – CAPITAL
Gabinete Juiz Alexandre Moraes da Rosa

DECISÃO

A Turma, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso inominado e negar-lhe provimento. Custas e honorários por conta da recorrente, sendo estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Capital, 06 de junho de 2013.

Alexandre Moraes da Rosa
Relator