



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREPARO. APLICAÇÃO DA PENA DE DESERÇÃO.

Não comprovando a parte apelante que possui o benefício da gratuidade da justiça ou a realização do devido preparo, como determina o art. 511 do CPC, o caso é de não-conhecimento da primeira apelação pela deserção, restando prejudicado o exame do mérito.

PROVA PERICIAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE QUANDO INVIÁVEL A REALIZAÇÃO.

O magistrado de primeiro grau encontrou enormes dificuldades na nomeação de médico especializado para a realização da perícia. A dispensa desta, contudo, não ocorreu pela dificuldade mencionada, mas em razão da própria inviabilidade. O fato (possível reação alérgica que causou danos à autora) ocorreu em 21.04.2007. Conforme consta na petição inicial, o quadro alérgico durou aproximadamente 10 dias. Desta forma, passados mais de quatro anos da data do fato, forçoso reconhecer que eventual prova pericial tornou-se prescindível à solução da lide.

Aplicação do artigo 420, parágrafo único, inciso III, do CPC.

Outrossim, em que pese os argumentos da parte apelante, sendo o magistrado o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cumprindo-lhe, de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis, na forma do disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil.

No caso, se à vista das provas documentais carreadas ao feito ao magistrado pareceu dispensável a realização da prova pericial, não há que se cogitar do alegado cerceamento de defesa.

Precedentes da Câmara.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRODUTO PARA O CABELO. FATO DO PRODUTO. VÍCIO DE QUALIDADE POR INSEGURANÇA. DEVER DE INDENIZAR.

O fabricante do produto responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por vício de



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

qualidade por insegurança dos produtos que disponibiliza no mercado de consumo. O artigo 12 do CDC estabelece a responsabilidade objetiva do fabricante.

A autora realizou teste de sensibilidade do produto Biocolor Fluidgel, não apresentando nenhuma reação alérgica. No dia seguinte, retornou ao salão para fazer o banho de brilho com o produto Fluidgel, quando foram observados todos os procedimentos corretos. Não obstante, a autora apresentou severa crise alérgica, que perdurou por 10 (dez) dias, com coceira, inchaço no rosto e pescoço, vergões na testa, orelha e nuca, e febre alta. Narrou que, inclusive, teve de faltar ao trabalho em função do inchaço e febre alta.

Ainda que a fabricante tenha informado corretamente o uso e riscos do produto em questão, responde por violação ao princípio da segurança, pois disponibilizou no mercado produto que colocou em risco a saúde da consumidora.

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO.

O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as conseqüências da ofensa à honra da parte autora, sem significar enriquecimento sem causa, devendo, ainda, ter o efeito de dissuadir o réu da prática de nova conduta.

PRIMEIRA APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

SEGUNDO APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70048580229

COMARCA DE PORTO ALEGRE

SALAO DE BELEZA BELEZA.COM

APELANTE

NIASI INDUSTRIA DE COSMETICOS
LTDA

APELANTE

CINTIA GOERL

APELADO



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, não conhecer da primeira apelação e negar provimento ao segundo apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (PRESIDENTE E REVISORA) E DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY.**

Porto Alegre, 29 de agosto de 2012.

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER (RELATOR)

CINTIA GOERL ajuizou ação de indenização contra SALÃO DE BELEZA 'BELEZA.COM' e NIASI INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS LTDA.

O magistrado de 1º grau decidiu pela procedência do pedido, nos seguintes termos:

***“JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado por CINTIA GOERL, nos autos da Ação Indenitória que moveu em face do SALÃO DE BELEZA “BELEZA.COM” e de NIASI, e **condeno** as requeridas, solidariamente, a pagar uma indenização à autora, para reparação de danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente pelo maior índice oficial que se verificar no período,*



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

contados desta sentença, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a data da aplicação do produto (21/04/2007).

Condeno as demandadas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao patrono da demandante, os quais, atento à lei, vão fixados 20% sobre o valor da condenação pecuniária atualizada, forte no § 3º, do art. 20, do CPC.”

Em razões recursais, o requerido SALÃO DE BELEZA ‘BELEZA.COM’ reeditou agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a produção de prova pericial. Argüiu cerceamento de defesa, pois indeferidas as provas que a ora apelante pretendia produzir. No mérito, alegou que tomou todos os cuidados necessários ao manuseio do produto, salientando que realizou o teste de sensibilidade na autora, conforme orientações previstas pela segunda ré. Negou o nexo causal entre o tratamento estético e a crise alérgica. Alternativamente, postulou redução do valor arbitrado a título de indenização, bem como reconhecimento da responsabilidade subsidiária da apelante.

A requerida NIASI, em seu apelo, argüiu, preliminarmente, cerceamento de defesa, sustentando que a “*prova pericial (indireta) é necessária para provar que, feito o teste, conforme as informações que acompanham o produto, não sendo constado problema alérgico, a posterior e efetiva utilização não poderia causar os danos apontados, que somente ocorreriam, nessa hipótese, por uso inadequado do produto ou por culpa exclusiva da vítima*”. Suscitou, ainda, sua ilegitimidade passiva, salientando que é apenas fabricante do produto, de modo que sua responsabilidade está limitada à colocação do produto no mercado, e não quanto ao serviço realizado pelo salão de beleza. Quanto ao mérito, sustentou que não há



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

prova do nexo causal em relação à causa de pedir – defeito de informação.
Alternativamente, requereu redução do *quantum* indenizatório.

Intimada, a demandante apresentou contrarrazões.

É o relatório.

VOTOS

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER (RELATOR)

I – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Compulsando os autos para julgamento, entendo que não se encontram preenchidos os pressupostos de admissibilidade da apelação da requerida SALÃO DE BELEZA 'BELEZA.COM', não obstante a sua tempestividade, o que impede o conhecimento do recurso.

Com efeito, observa-se que não veio com o recurso a prova do pagamento do preparo da apelação, uma vez que não consta dos autos a guia de recolhimento das custas. A empresa requerida não requereu o benefício da gratuidade, de modo que deveria ter efetuado o preparo da apelação interposta. Assim resta obstado o conhecimento do recurso, pois configurada, inequivocamente, a sua deserção.

O artigo 511 do Código de Processo Civil instituiu como pressuposto de admissibilidade objetivo e formal dos recursos o preparo, cominando a pena de deserção (e não conhecimento) quando não demonstrado no ato da interposição.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

O recurso, desta feita, é manifestamente inadmissível, nos termos do entendimento dominante nesta Eg. Corte, conforme as ementas que ora colaciono:

APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. Não tendo a apelante juntado comprovante da realização do preparo do recurso, e não litigando sob o pálio da Assistência Judiciária Gratuita, o apelo não pode ser conhecido, porque deserto. APELO NÃO CONHECIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70042212597, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 25/05/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. MOMENTO. COMPROVAÇÃO. DESERÇÃO. ART. 511, CPC. O preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso de apelação, nos termos do artigo 511, CPC, sob pena de deserção e não conhecimento do recurso. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70038962387, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 23/03/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. O preparo é um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, e sua omissão ou irregularidade conduz à atividade preclusiva, com a incidência da deserção. Não havendo comprovação do preparo ou qualquer causa que isente o recorrente do pagamento das custas, não pode ser conhecido o recurso. APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Apelação Cível Nº 70035463504, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 14/10/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE PREPARO. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL. AUSÊNCIA DE



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

PREPARO CONFIGURADO. O preparo é requisito objetivo à admissibilidade do recurso, sendo dispensado apenas se a parte gozar do benefício da justiça gratuita. Inteligência do Artigo 511 do CPC. Precedentes desta Corte. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL ACOLHIDA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. (Apelação Cível Nº 70036479269, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 25/08/2010)

Portanto, não conheço da primeira apelação, por ser deserta.

O recurso da requerida NIASI é tempestivo e está preparado. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

II – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Não merece provimento a preliminar suscitada pela apelante. Adoto como razões de decidir o voto proferido por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70045111218, *verbis*:

“Conforme consta nos autos, a parte agravada ingressou com ação indenizatória contra a ora agravante e outra, sustentando que após a realização do procedimento de “banho de brilho” nos cabelos com o produto “fluidgel”, sofreu crise de alergia que lhe causou o inchaço da cabeça e do rosto e ferida no couro cabeludo.

A agravante contestou a demanda, fls. 72/87, requerendo a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente pela ouvida de testemunhas, que serão arroladas com a antecedência de lei; pela juntada de documentos novos, quando por lei admitida; e pela produção de prova pericial, na forma de exames médicos de suscetibilidade alérgica.

Em data de 11.12.2007 (fl. 125), foi deferida a perícia postulada, tendo o ilustre julgador a quo esclarecido que a demandada deveria especificar qual a área médica a que pretende seja realizada a prova. A ré



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

Niasi peticionou nos autos, em 11.01.2008, afirmando ser necessária a realização de perícia médica na área DERMATOLÓGICA (fl. 127). No despacho da fl. 129, datado de 18.01.2008, foi nomeada médica dermatologista para a realização do exame pericial. A autora apresentou quesitos, fls. 131/132, e a ré nomeou assistente técnico, bem como apresentou seus quesitos (fls. 159/164). Intimada em 04.04.2008, a perita não se manifestou acerca da aceitação do encargo e da pretensão honorária, tendo sido determinada a intimação da coordenação do CEAMP, com a solicitação de indicação de médico dermatologista para realização da perícia. Em substituição, foi nomeada a médica dermatologista Verônica Bender Lima (fl. 185) e, posteriormente, o médico Alexandre Borges Boelter (fl. 190). Este até aceitou o encargo, fl. 194, mas igualmente acabou sendo substituído, em data de 08.05.2009 (fl. 210). A nova perita nomeada não se manifestou, razão pela qual foi determinado que fosse novamente oficiado o CEAMP, fl. 213. Ocorreram outros insucessos na nomeação do perito (fls. 217/275) até que proferida a decisão agravada que dispensou a prova inicialmente deferida.

É sabido que em determinadas situações a investigação dos fatos da causa exige conhecimentos técnicos especializados que o julgador não possui. Nestes casos, deve o magistrado valer-se da prova pericial, assim conceituada na doutrina¹:

“A prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos.”

Os artigos 420 até 439 do CPC regulam a prova pericial. O parágrafo único do artigo 420 do CPC, nos seus incisos II e III, prevê que o juiz indeferirá a perícia quando for “desnecessária” ou “impraticável”.

O magistrado de primeiro grau encontrou enormes dificuldades na nomeação de médico especializado para a realização da perícia. Diz o julgador que

¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 4ª ed., 2009, p. 223.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

passados quase 04 anos, ainda não se conseguiu nomear Perito para a realização da prova. A dispensa desta, contudo, não se deu pela dificuldade mencionada, mas em razão da própria inviabilidade. O fato (possível reação alérgica que causou danos à autora) ocorreu em 21.04.2007. Conforme consta na inicial, o quadro alérgico durou aproximadamente 10 dias. Desta forma, passados mais de quatro anos da data do fato, forçoso reconhecer que eventual prova pericial tornou-se prescindível à solução do lide.

A perícia é meio de prova oneroso, complexo e, no mais, das vezes, demorado. Por isso, defendem os citados processualistas², que só deve ser admitida quando imprescindível para a elucidação dos fatos. Toda vez que se puder verificar a verdade dos fatos de forma mais simples e menos custosa, a perícia deve ser dispensada, o que, aliás, é possível se fazer nos autos através da análise dos documentos juntados pelas partes.

Ainda na esteira da mencionada doutrina³, será impraticável a perícia quando não for viável (concretizável) em termos científicos. É o que se dá, por exemplo, quando a fonte de prova não mais existir – vestígios e sinais desapareceram, situação esta verificada no caso concreto.

Outrossim, em que pese os argumentos da parte agravante, sendo o magistrado o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cumprindo-lhe, de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis, na forma do disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil.

No caso, se à vista das provas documentais carreadas ao feito ao magistrado pareceu dispensável a realização da prova pericial, não há que se cogitar do alegado cerceamento de defesa.

A propósito, a jurisprudência da Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cabendo-lhe a condução do feito nos termos dos artigos 130 e 131, do CPC. Se, à vista das

² Ob. cit., p. 240.

³ Ob. cit., p. 241.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

provas documentais carreadas ao feito lhe pareceu dispensável a realização de prova pericial, não há cogitar de cerceamento de defesa. 2. TELEFONE CELULAR. PLANO CORPORATIVO. MUNICIPALIDADE. VERIFICAÇÃO DE FRAUDE. BLOQUEIO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA LEGALIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. ATO ILÍCITO INOCORRENTE. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041401977, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 24/08/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. ALAGAMENTO DE RESIDÊNCIA. EXCESSO DE CHUVAS. MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. FORÇA MAIOR. 1. Não há que se falar na ocorrência de cerceamento de defesa, tão somente pela ausência de realização de perícia, presente elementos outros nos autos suficientes à formação da convicção do juízo. A prova pericial somente se mostra necessária quando a apuração do conflito litigioso não se puder fazer pelos meios comuns de convencimento. O juiz é o destinatário da prova. Art. 130, CPC. 2. Em se tratando da conduta omissiva, a responsabilidade civil do Município é subjetiva perante os danos causados ao particular e está subordinada à prova dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso e a culpa. 3. Hipótese dos autos em que configurada a excludente de responsabilidade. Força maior. Excesso de chuvas e em proporções demasiadas e atípicas, fora dos padrões normais de previsibilidade e inevitabilidade, pressupostos caracterizadores da excludente de responsabilidade da força maior. Prova carreada que demonstrou que no dia do fato choveu 90mm em duas horas, cujo período de probabilidade de retorno calculado é de uma para cada 49 anos. Situação que caracteriza evento de força maior, suficiente para afastar a responsabilidade do requerido e, por conseguinte, o dever de indenizar. À UNANIMIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AO



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

RECURSO. (Apelação Cível Nº 70041756016, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/07/2011)

Portanto, pelas razões acima alinhadas, nego provimento ao recurso.”

III – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

A autora imputou responsabilidade às requeridas em virtude da prestação de serviço defeituoso, que não se prestou ao seu fim, bem como por informações inadequadas sobre os riscos do produto.

Trata-se do chamado fato do produto, segundo o qual:

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.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

(...)

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



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

- 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.*

Sobre a questão, precisas as palavras de Sérgio Cavalieri

Filho:

“A palavra-chave neste ponto é defeito. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si, um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.”⁴

Houve no caso sob julgamento a alegação de acidente de consumo, consubstanciado na utilização de produto para “BANHO DE BRILHO” e que causou danos severos à cliente – reação alérgica. O fato do produto é sempre um acontecimento externo, que causa danos ao consumidor, decorrente do defeito do produto. Consiste, pois, no chamado vício de qualidade por insegurança do produto, assim definido por Antônio Herman V. Benjamin:

“A qualidade dos produtos e serviços, já afirmamos, pode ser maculada de duas formas: através dos vícios de qualidade por inadequação e por intermédio da presença de vícios de qualidade por insegurança. Estes poderiam ser conceituados como sendo a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo.

Logo, no conceito de vício de qualidade por insegurança, encontramos dois elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima dos consumidores e a capacidade de provocar acidentes.

⁴ Programa de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 265.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

Sem que estejam reunidos estes dois elementos não há falar em vício de qualidade por insegurança.”⁵

Em comentário ao art. 12, §1º, do CDC, Cláudia Lima Marques, ressalta a exegese da concepção do vício de qualidade por insegurança do produto, presente nos acidentes de consumo:

“Proteção da confiança e garantia de segurança: Note-se que no CDC a garantia de segurança do produto ou serviço deve ser interpretada enquanto reflexo do princípio geral do CDC de proteção da confiança. Nesse sentido, o dever de qualidade-segurança será limitado, como afirma o §1º do art. 12 do CDC, à ‘segurança que dele legitimamente se espera’. Não se trata de uma segurança absoluta, mesmo porque o CDC não desconhece ou proíbe que produtos naturalmente perigosos sejam colocados no mercado de consumo; ao contrário, concentra-se na idéia de defeito, de falha na segurança legitimamente esperada.”⁶

A responsabilidade pelo fato do produto, também está relacionada com o descumprimento do dever de informação, ou seja, quando as informações forem insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e **riscos do produto**.

A este respeito, assinalo que o direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. III, do CDC), sendo, conforme decisão do STJ da lavra do Min. Antonio Herman Benjamin, citada por Cláudia Lima Marques e outros autores, “*uma das formas de expressão*

⁵ *Manual de Direito do Consumidor*. Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa – 3 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁶ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 383-4.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-Fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC (REsp. 586.316/MG).⁷

Assim, a fabricante NIASI é legitimada passiva para responder a presente ação.

IV - MÉRITO

Estabelecidas tais premissas, não se pode olvidar que é plenamente possível a incidência no caso concreto da regra de inversão do ônus probatório *ope legis*, a partir da compreensão do §3º do artigo 12 do CDC, como alude Sérgio Cavalieri Filho:

“Temos ai indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova quando ao defeito do produto ou serviço e o nexo causal, porquanto, em face da ocorrência do acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), caberá ao fornecedor provar que o defeito inexistente, ou da ocorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade.

(...)

“Tenha-se em conta, todavia, que a inversão do ônus da prova ope legis não é uma varinha de condão capaz de transformar, num passe de mágica, o irreal em real. O consumidor não fica dispensado de produzir prova em juízo. Embora objetiva a responsabilidade do fornecedor, é indispensável para configurá-la a prova do fato ou do serviço, ônus do consumidor. O que a lei inverte (inversão ope legis), repita-se, é a prova quando ao defeito do produto ou do serviço. Ocorrido o acidente de consumo (ônus do consumidor) e havendo a chamada prova de primeira aparência (ônus do consumidor), prova de verossimilhança que permita um juízo de probabilidade, o CDC presume o defeito do produto,

⁷ Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 3ª ed., 2010, p. 248.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

cabendo ao fornecedor provar (ônus seu) que o defeito não existe para afastar o seu dever de indenizar.”⁸

As lições referidas, muito embora mencionem o fornecedor, igualmente aplica-se ao produtor. De qualquer sorte, não é crível deixar de aplicar o artigo 333 do Código de Processo Civil, com suas regras sobre a obrigação de o autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito (inciso I), tampouco do réu de comprovar os fatos impeditivos, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

E, conforme será examinado, sopesando tais regramentos, entendo que estão configurados os requisitos da responsabilidade civil por fato do produto a imputar diretamente à fabricante do produto.

Dos Requisitos da Responsabilidade Civil por Fato do Produto.

No entendimento de Roberto Senise Lisboa:

*“Responsabilidade pelo fato do produto e serviço é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta ao menos, danos morais ao consumidor. No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6º, I, da Lei nº 8.079/90). O defeito extrínseco ou exógeno não é uma simples inadequação econômica do produto ou do serviço, **porém uma inadequação que gera efeitos sobre a personalidade humana, tanto do consumidor como das pessoas a ele equiparadas, dada a situação de vítima do evento.**”⁹*

⁸ Programa de Direito do Consumidor, p. 286-287.

⁹ Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 272.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

Desta forma, para configurar o **acidente de consumo** é importante haver o dano que ultrapassa o aspecto econômico do produto adquirido, como a diminuição de sua utilidade e o valor do próprio bem, mas atinge a sua integridade física ou psíquica. Como sustenta Flávia Portella Püschel, em interessante estudo sobre o tema, em relação aos danos morais, ocorre violação de direitos de personalidade da vítima, decorrente da característica danosa da coisa adquirida¹⁰. Esta autora examinou decisão do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 414.986, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.11.2002) na qual se julgou ação de responsabilidade civil proposta por pai e filha. Ambos resolveram abrir um escritório de contabilidade e, para comemorarem a inauguração, convidaram amigos e comerciantes da cidade para um jantar. Durante o jantar encontrou uma minhoca dentro de uma garrafa de cerveja. Na ação proposta foi alegado que o fato ocorrido durante o jantar gerou humilhação perante a comunidade, impedindo-os de abrirem o escritório, gerando danos moral e material. No seu entendimento, como houve alegação de violação de direitos extrapatrimoniais, mesmo que não tenha ocorrido ingestão da cerveja da garrafa, a hipótese é de **fato do produto**.

Não se pode olvidar que o acidente de consumo ou fato do produto é um acontecimento externo, que causa dano material ou moral ao consumidor, mas que decorre de um defeito do produto. Relativamente à comprovação do nexos causal, menciono o seguinte entendimento:

“No que diz respeito ao nexos causal, cumpre ressaltar que não se exige da vítima a prova do defeito do produto, apenas a prova do acidente de consumo. Conquanto objetiva a responsabilidade do fornecedor,

¹⁰ *Conseqüências Práticas da Distinção entre Vício e Fato do Produto: uma análise de decisões judiciais escolhidas*, In: Revista de Direito Privado, n. 25, p. 169.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

*essa responsabilidade não é fundada no risco integral. Para configurá-la é indispensável a ocorrência do fato do produto ou do serviço, e vale dizer, do acidente do consumo, ônus do consumidor. Mas quanto a esta, bastará a chamada prova de primeira aparência, prova da verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor presume o defeito do produto, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar – ônus seu – que o defeito não existe (art. 12, §3º, II). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido, até prova em contrário”.*¹¹

No caso concreto, a autora realizou teste de sensibilidade do produto BIOCOLOR FLUIDGEL, em 20.04.2007, não apresentando nenhuma reação alérgica.

No dia seguinte, retornou ao salão para fazer o banho de brilho com o produto Fluidgel, quando foram observados todos os procedimentos corretos. Não obstante, a autora apresentou severa crise alérgica, que perdurou por 10 (dez) dias, com coceira, inchaço no rosto e pescoço, vergões na testa, orelha e nuca, e febre alta. Narrou que, inclusive, teve de faltar ao trabalho em função do inchaço e febre alta.

É verdade que a fabricante NIASI acostou aos autos as informações relativas ao produto em questão – BIOCOLOR FLUIDGEL – onde consta:

“- Faça a Prova de Toque e o Teste de Mecha antes da aplicação e leia com atenção as precauções descritas no final do folheto;

¹¹ Programa de Direito do Consumidor, p. 270.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

(...)

“É muito importante a realização da Prova de Toque antes da aplicação deste produto, conforme instruções:

(...)

“Depois de aberto, o produto não poderá ser reutilizado;

- não aplique o produto se o couro cabeludo estiver ferido ou irritado;

- como qualquer outra coloração, este produto contém substâncias passíveis de causar irritação na pele de determinadas pessoas. Pode causar reação alérgica. Antes de usá-lo, faça a prova de Toque;” (fls. 77 e 78)

Ainda que a fabricante tenha informado corretamente o uso e riscos do produto, responde por violação ao princípio da segurança, pois disponibilizou no mercado produto que colocou em risco a saúde da consumidora.

O art. 8º do CDC materializa o princípio da segurança, que estabelece o dever do fornecedor de não colocar no mercado de consumo produtos ou serviços com defeito ou que coloquem em risco a saúde ou segurança do consumidor. Assim, nos vícios de insegurança responderá objetivamente pelos danos causados ao consumidor.

Deste modo, na responsabilidade pelo fato do serviço o defeito ultrapassa, em muito, o limite valorativo intrínseco do serviço, causando danos à saúde ou segurança do consumidor.

Essa a hipótese dos autos, o produto Biocolor Fluidgel frustrou a expectativa legítima da autora, que inclusive realizou o teste de sensibilidade, e provocou um acidente de consumo.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

In casu, o magistrado singular inverteu o ônus da prova (fl. 235), e a parte ré NIASI não produziu as provas necessárias para excluir sua responsabilidade, não comprovando a ocorrência de hipótese prevista no §3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, a fabricante NIASI responde pelos danos sofridos pela autora.

No que tange aos danos, há prova do acidente de consumo, consistente nos danos extrapatrimoniais causados pela aquisição do produto defeituoso. Como refere Judith Martins-Costa:

*“Do inadimplemento das obrigações, podem decorrer danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais. Diferentemente do que se verifica nos primeiros, nos danos extrapatrimoniais são indenizáveis os prejuízos que violam a **esfera existencial da pessoa humana**, considerada em sua irredutível subjetividade e dignidade, eis que dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente. Bem assim, é indenizável a chamada honra objetiva das pessoas jurídicas”.*¹²

Os danos extrapatrimoniais, também denominado pela doutrina e jurisprudência como dano moral, na esteira do pensamento da autora acima citada, estão relacionados com: a) a esfera existencial da pessoa humana, causando prejuízos aos direitos de personalidade e, de forma mais ampla à tutela da pessoa humana; b) a esfera da socialidade da pessoa humana, afetando interesses transindividuais não patrimoniais, como os

¹² *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Volume V, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 339.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

danos ao meio ambiente e c) a honra objetiva da pessoa jurídica, conforme Paulo de Tarso Vieira Sanseverino¹³.

Na hipótese dos autos, entendo que os danos causados à parte autora estão vinculados com os **direitos de personalidade** e, de forma mais ampla, com a **tutela da pessoa humana**, especialmente quando integra **relação de consumo**.

Sobre sua caracterização, vale colacionar o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes que, adotando a expressão dano moral, assim estabelece a relação de tais danos com a tutela da pessoa humana:

“Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos de personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.”¹⁴

No âmbito constitucional, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X, normatizou, de forma expressa, que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Trata-se de previsão inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, os bens jurídicos

¹³ *Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

¹⁴ *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009, p. 157.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

ali referidos são cruciais para o desenvolvimento do Estado Democrático. Portanto, é crucial investigar o bem jurídico ofendido pela conduta lesiva para a configuração do **dano indenizável**, pois nem todo prejuízo é passível de indenização.

Corolário, os bens jurídicos protegidos no artigo 5º e a reparação por danos extrapatrimoniais, relacionados com os direitos de personalidade, não são elementos isolados na Constituição Federal, mas conectados, por exemplo, com o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e que foi definida assim por Ingo Wolfgang Sarlet:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo o qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹⁵

Outrossim, a indenização por danos extrapatrimoniais, partindo desta pré-compreensão, segundo a qual, está interligada com a própria idéia de dignidade humana, insere-se nos fins da ordem econômica, pois no artigo 170 da Constituição Federal, está previsto como um dos seus objetivos assegurar existência digna a todos, além da defesa do consumidor (inciso V).

¹⁵ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª ed. 2006, p. 60.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

Na hipótese dos autos, vislumbro a presença de dano indenizável, pois a parte autora, em virtude da aquisição de produto nocivo para a saúde humana, sofreu severa reação alérgica – fls. 16-27.

Do Quantum Indenizatório

Ultrapassada a questão da configuração do dever de indenizar por danos extrapatrimoniais, passo à fixação do valor da indenização.

Há muito se tem dito que tal estimativa é dotada de dificuldades, o que não afasta o reconhecimento do direito. De qualquer sorte, apenas deve-se considerar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que foge à normalidade, situação a ser verificada conforme a equidade, atentando-se para os próprios fins sociais a que se dirige a normatização da indenização por danos morais e as exigências do bem comum.

Sobre o arbitramento do dano moral leciona Arnaldo Rizzardo¹⁶:

“Ao arbitrar o montante da reparação, o órgão judiciário deverá levar em conta que a indenização por dano moral visa duplo objetivo, no alvitre de Caio Mário da Silva Pereira¹⁷: “O fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter ressarcitório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido...”

¹⁶ Ob cit., p. 229.

¹⁷ *Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, Forense, nº 45, p. 62, 1989.*



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

Parece crível, assim, a necessidade de utilizar o parâmetro da proporcionalidade, seja sobre o ponto de vista da proibição do excesso (*Übermassverbot*) ou da proibição da insuficiência (*Untermassverbot*). Logo, não se pode fixar um valor deficiente, em termos de satisfação da vítima e punitivo para o agente causador, bem como não há como ser excessivo de modo a aniquilar os bens e valores contrários.

Ademais, no tocante ao *quantum* da indenização, vale referir recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino considerou para o razoável arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais a reunião dos seguintes critérios: valorização das circunstâncias do evento danoso (elementos objetivos e subjetivos da concreção) e o interesse jurídico do lesado.

No voto proferido no Recurso Especial nº 959.780/ES, julgado em 26.04.2011, o Ministro explica com percuciência alguns parâmetros para a fixação do valor da indenização:

*“Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o **interesse jurídico lesado**, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (**grupo de casos**). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.*

*Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as **circunstâncias particulares do caso** (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente,*



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procedese, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Ao pesquisar na jurisprudência desta Corte, encontrei precedentes que examinaram questão similar, fixando indenização por danos extrapatrimoniais. Na Apelação Cível 70038847729, da 9ª Câmara Cível, e 70044216752 e 70039886221, da 10ª Câmara Cível, foram fixadas indenizações de R\$ 10.000,00, R\$ 15.000,00 e R\$ 16.000,00, sempre considerando as peculiaridades do caso concreto. Desta forma, atende ao princípio da proporcionalidade, considerando o interesse jurídico lesado (a honra subjetiva da pessoa), a fixação do valor básico em R\$ 13.700,00 (treze mil e setecentos reais).

Observadas as variáveis do caso concreto referidas, na medida em que o dano à honra subjetiva foi mediano, bem como a situação econômica das partes, estimo correto o valor fixado na sentença em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como definitivo da indenização por danos extrapatrimoniais.

Tal montante revela-se adequado para atenuar as conseqüências da ofensa à honra da parte autora, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, devendo, ainda, ter o efeito de dissuadir a ré da prática de nova conduta.

Por tais razões, o apelo interposto pela requerida NIASI deve ser desprovido.



LPO
Nº 70048580229
2012/CÍVEL

III – DISPOSITIVO.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** da primeira apelação e **NEGO PROVIMENTO** ao segundo apelo.

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (PRESIDENTE E REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA - Presidente - Apelação Cível nº 70048580229, Comarca de Porto Alegre: "NÃO CONHECERAM DA PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MAURO CAUM GONCALVES