

BEATRIZ MIYAZAKI KAKAZU

OS LIMITES DO DANO MORAL NOS CASOS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE ALIMENTOS

IMPRÓPRIOS PARA CONSUMO

Orientador: Professor Associado Otavio
Luiz Rodrigues Jr, do Departamento de
Direito Civil (DCV) da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Grande área: Ciências sociais aplicadas

Área: Direito Privado

Subárea: Direito Civil

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relação consumerista. Dano moral. Alimentos

São Paulo-SP,
2021

BEATRIZ MIYAZAKI KAKAZU

Nº USP 10340475

**O DANO MORAL COLETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES
TRANSMISSORES DO CORONAVÍRUS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Láurea) apresentado à Universidade de São Paulo (USP), como parte das exigências para obtenção do título de em Direito.

São Paulo-SP,
2021

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente aos meus amigos, Tuiuiús, porque eles me proporcionaram grandes alegrias na graduação, sem as quais nada disso teria sentido. E em especial um agradecimento à Rafaela Cassini, melhor amiga, que me acompanha mais da metade da minha vida e sem ela para estar me apoiando em quase todos os momentos nada disso seria possível. Outro agradecimento que merece é menção é ao Henrique Martins, que não saiu do meu lado durante essa graduação, sempre se preocupou comigo e esteve do meu lado quando eu precisei.

Um outro grupo muito importante na graduação foi o Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, o qual sempre me inspirou academicamente e onde sempre encontrei pessoas com valores fortes e um grupo acolhedor em que pude aprender muito não só sobre direito civil, mas como na academia encontramos pessoas incríveis e, mesmo cada um na sua singularidade, com uma integridade admirável.

Nesse mesmo sentido, agradeço ao meu orientador, o Professor Otavio Luiz Rodrigues Jr., o qual, desde o meu primeiro ano da faculdade, fez só crescer meu encanto pelo Direito Privado e pela academia, isso se deu pelo seu visível fascínio por esses dois elementos que agora são fundamentais para a minha vida.

Outro agradecimento importante é para os meus avós, sem os quais não seria possível realizar essa graduação. Sempre me apoiaram em todas as minhas escolhas e todas as minhas fases, sejam elas boas ou ruins. A importância deles na minha vida e toda a ajuda para minha formação como pessoa foi imprescindível. Assim como a minha família, a qual nunca me deixou sozinha.

Um especial agradecimento a pessoas que me incentivaram a escrever essa tese, ou seja, sem eles, isso não estaria escrito. Primeiramente, agradeço ao Abrahan Lincoln Dorea Silva, o qual com sua genialidade e mesmo tendo muitas funções e ocupações sempre encontrou tempo para me ajudar com dúvidas não só acadêmicas mas como também da vida. Aqui ficam meus votos de indescritível admiração.

O segundo agradecimento é para William Galle Dietrich, pessoa a qual importunei um bocado e que, mesmo assim, me ajudou de maneira formidável. Agradeço pelos conselhos dados.

Outro agradecimento é para o Luca Akira Fujisaka, uma das minhas maiores amizades da vida, que sempre fica do meu lado e me incentiva muito a fazer minhas atividades, com calma e clareza, sempre necessários para obter um bom resultado.

Por último, mas não menos importante, o agradecimento para meu amigo querido Marcelo Correa Barbosa, o qual sempre se preocupou comigo e me lembrou muito incisivamente a necessidade e a importância de se escrever uma boa tese.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
§1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	8
§2. METODOLOGIA	9
SEÇÃO I – ANÁLISE TEÓRICA	11
§1. DIFERENCIADA DO DANO MATERIAL E DO DANO MORAL NOS CASOS DE COMPRA DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA CONSUMO	12
§2. O VÍCIO DO PRODUTO COMO RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	16
§3. NECESSIDADE DE OCORRER UM GRAVE ABALO MORAL PARA GERAR INDENIZAÇÃO NA COMPRA DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO	20
SEÇÃO II - PESQUISA EMPÍRICA	26
§1. ACÓRDÃOS DA QUARTA TURMA	26
§2. ACÓRDÃOS DA TERCEIRA TURMA	29
§3. RECURSO ESPECIAL N. 1899304/SP	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	41

RESUMO

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, em uma relação de consumo cujo produto seja do gênero alimentício, é devida indenização por dano moral mesmo que não haja a ingestão do alimento impróprio para o consumo pelo comprador. Em outras palavras, apenas a exposição do consumidor ao alimento contaminado pode causar dano moral *in re ipsa*, por conta do direito fundamental à alimentação adequada e do dever de o fornecedor não colocar a saúde e a integridade física do consumidor em risco. Na presente tese, demonstra-se que o dano moral, nesses casos, se enquadra no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, é um fato do produto, não um vício do produto e nem uma indenização que não se enquadra em nenhum dos dois requisitos. Ademais, é verificado a necessidade de se ocorrer o dano para haver a condenação indenizatória, pois o dano é uma dos elementos da responsabilidade civil e, sem ele, esta perderia seu caráter compensatório. Na segunda parte, faz-se uma pesquisa empírica de julgados do Superior Tribunal de Justiça para analisar os diversos argumentos para fundamentar os votos, além de retomar os argumentos apresentados na primeira parte, também se faz uma crítica à aplicação direta de direitos fundamentais em relações privadas. Nesse sentido, o presente trabalho afasta a responsabilidade civil sem dano, apenas pelo risco que se pode causar.

ABSTRACT

The Second Section of the Superior Court of Justice recognizes that, in a consumerist relationship, whose the good is a nourishment, the compensation for non-material damage is payable even that there is no intake of the product unfit for consumption. That is only the exposition of the costumer to the risk can cause non-material damages *in re ipsa*, because of the fundamental right to the proper nutrition and to the duty of the provider to not put the costumer's health and bodily integrity in danger. In this final dissertation, it will be demonstrated that, this cases fit in the article 12 of Consumer Protection Code, in other words, it is a product fact, not a product defect and not an indemnization that does not fit in these two options. In addition, it is verified the necessity of occurring the damage to have the condemnation, because the damage is an element of the civil liability and it would lost its compensatory nature. On the Second Section, an empirical research is made about the Superior Court of Justice's decisions for the purpose of weigh the arguments used to justify the votes, besides looking back at the ideas of the first part. It is also done a criticism of the enforcement of fundamental rights on private relations. In this sense, this dissertation denies civil liability without damage, only for the risk it can cause.

INTRODUÇÃO

§1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho leva em consideração uma divergência que ocorreu entre a Quarta e a Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça, em que foi discutido se apenas a exposição do consumidor a um produto de gênero alimentício sem que ocorresse a ingestão poderia gerar indenização por danos morais.

Mais recentemente, em um acórdão proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1899304/SP julgado em 25 de agosto de 2021, afetado com objetivo de uniformizar a jurisprudência, foi decidido que se caracteriza dano moral nos casos de compra de alimentos impróprios para consumo mesmo sem que ocorresse a ingestão. Nesse sentido, prevaleceu a tese de que apenas a exposição do consumidor ao alimento contaminado pode causar dano moral, vez que, em suma, apenas o risco à saúde e à integridade física do consumidor causaria um dano *in re ipsa*, por conta da violação do direito fundamental à alimentação adequada, do dever de o fornecedor não expor o consumidor a riscos que excedem o razoavelmente esperado e da dignidade da pessoa humana.

Cumpre ressaltar que serão investigadas as relações de consumo, ou seja, a essas relações aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de novembro de 1990, e, subsidiariamente, tendo em vista a existência de lei mais específica, o Código Civil, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Assim, na presente tese, buscar-se-á demonstrar que o fato de o alimento comprado ser impróprio para consumo (na maior parte dos casos ajuizados, esses alimentos contém um corpo estranho, como por exemplo um fio de cabelo, fungos, insetos e semelhantes) é um vício do produto, ou seja, previsto nos artigos 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor, podendo apenas ser diminuído ou abatido o preço do produto, de forma a reestabelecer o *status quo ante* do contrato realizado.

Nesse sentido, o dano moral seria um fato decorrente de um defeito do produto, se enquadrando nas hipóteses previstas nos artigos 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de um dano causado por um defeito no produto, como o próprio *caput* do mencionado artigo 12 descreve. Essa diferença implica na não responsabilização solidária do comerciante, o qual responde apenas se tiver culpa.

Assim, seria necessário comprovar um dano além do valor material aferido ao produto, sendo imprescindível verificar a presença de um dano à personalidade, um abalo moral que ultrapasse o mero aborrecimento cotidiano em não ter o produto que esperava com a qualidade adequada.

Em sentido totalmente contrário decidiu a maioria da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a qual considerou que, como os riscos da sociedade vêm aumentando devido às novas tecnologias e ao consequente agravamento da complexidade da sociedade, teoria advinda de Ulrich Beck, o fornecedor deve assumir as consequências desses riscos.

Assim, essa teoria foi amplamente difundida no final do século XX e no início do século XXI, dando início a uma flexibilização da responsabilidade civil e de uma nova flexibilização dos riscos. De acordo com Otavio Luiz Rodrigues Jr.¹:

“Em países pobres, o sancionamento de ilícitos delituais converteu-se, para além de sua função estritamente jurídica, em uma resposta involuntária do sistema judiciário a toda uma sorte de deficiências regulatórias na prestação de serviços públicos e privados.”

Dessa forma, a responsabilidade civil passou a ser uma forma de se realizar uma punição dos fornecedores e recompor desequilíbrios sociais, sendo utilizadas de maneira a cometer abusos utilizando esse instituto.

Cabe ressaltar que a presente pesquisa investiga especificamente a compra e venda de alimentos impróprios para o consumo humano, ou seja, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, o Código Civil de 2002. Nesse sentido, sendo um trabalho de cunho dogmático e não de cunho político, serão afastadas as discussões do que poderia ser melhorado, analisando, apenas, as interpretações possíveis dos mencionados códigos e as consequências lógicas dessas interpretações.

Dessa forma, dada a importância de se estabelecer limites para a responsabilidade civil a fim de que não ocorram decisões que são contrárias a leis democraticamente elaboradas e se abram espaço para decisões arbitrárias.

§2. METODOLOGIA

Na Seção I, será realizada uma revisão bibliográfica, realizar-se-á uma análise da doutrina e da dogmática, sistematizando obras, artigos e livros, com a finalidade de

¹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8, n.3, p. 115-137, jul.-set., 2016

possibilidade de ocorrer um dano moral nos casos em que há apenas a compra e não a ingestão de alimentos impróprios para o consumo.

Já na Seção II, pretende-se demonstrar o resultado de uma pesquisa empírica analisando 27 acórdãos da Segunda Seção, da Terceira e da Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, afastando os acórdãos que tiveram uma discussão de cunho processual. Assim, foi realizada uma pesquisa empírica no Superior Tribunal de Justiça para averiguar quais são os argumentos e sobre o assunto no âmbito do Tribunal mencionado e, com base na pesquisa levantada na seção anterior, chegar a um resultado de quais são os argumentos mais pertinentes.

No que tange à estrutura formal do trabalho, está organizada de acordo com as regras da ABNT.

SEÇÃO I – ANÁLISE TEÓRICA

Para se investigar melhor a possibilidade ou não da existência de danos morais quando não há a ingestão de alimentos impróprios para o consumo, é necessário demonstrar que nos casos em que ocorre a ingestão do alimento podem decorrer tanto danos patrimoniais, os quais seriam as despesas médicas por exemplo, e os danos extrapatrimoniais, mais especificamente os danos morais, gerados pela sensação de repugnância causada ao consumidor que ingeriu o alimento.

Nesse primeiro tópico tentar-se-á deixar mais claro o conceito de dano moral na doutrina brasileira e, dessa forma, utilizar essa definição a fim de tentar demonstrar que o dano moral não pode ser atingido pelo mero dissabor.

No segundo tópico, far-se-á uma análise da dogmática e da doutrina sobre a diferença entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, a fim de se restar nítido que é possível, nos casos em que não há a ingestão do alimento impróprio para o consumo, haver danos patrimoniais enquadrados na responsabilidade civil contratual, previsto, no âmbito do direito do consumidor no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Já no âmbito extracontratual, é possível verificar danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, como fato do produto, de forma prevista no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Essa distinção se faz importante a fim de se caracterizar a responsabilidade objetiva expressa presente nos casos de dano por fato do produto. Ademais, nestes casos, o comerciante responde apenas subsidiariamente ou se tiver culpa.

Por último, na presente Seção, será analisado se é possível, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, decorrente de dano causado por defeito no produto, ou seja, fato do produto, ocasionar um dano moral sem haver lesão aos direitos da personalidade, principalmente com base nos textos de Bruno Leonardo Câmara Carrá, o qual defende que não é possível haver responsabilidade civil quando ausente um dos seus elementos: o dano.

Dessa forma, haverá uma base para se poder averiguar melhor os casos julgados no Superior Tribunal de Justiça, os quais possuem argumentos tanto no sentido contrário à condenação das empresas por danos morais nesses casos, quanto a favor, prevalecendo, no julgado da Segunda Seção, este último.

§1. DIFERENCIAMENTO DO DANO MATERIAL E DO DANO MORAL NOS CASOS DE COMPRA DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA CONSUMO

A fim de demonstrar o dano moral nos casos em foco na presente tese, traz-se aqui um compilado de definições de danos morais.

Há uma parte da doutrina a qual considera que não seria possível existir dano moral, tendo em vista que não seria possível quantificar o dano moral e substitui-lo por uma indenização em dinheiro. Em países socialistas, como por exemplo a URSS e a China, não se reconhecia o dano moral, tendo em vista que o dano moral ser reparado por meio de uma indenização em dinheiro não faz sentido para o sistema econômico desses países, nos quais não seria possível “vender” a moral ou trocar sentimentos por dinheiro. Todavia, explica-se que, para a presente tese, será considerada a legislação do Brasil, atualmente um país capitalista.

O Código Civil já em 2002, no artigo 186, prevê que aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica sujeito a repará-lo. Dessa forma, o dano moral nas relações de direito privado, em regra, encontra seu fundamento no mencionado artigo, não restando dúvidas de que, cabe, na legislação brasileira, a reparação por danos morais atualmente

Ademais, um dos principais objetos do presente estudo, o Código de Defesa do Consumidor de 1990, prevê, em seu artigo 6º, inciso VI e VII, também que é direito do consumidor a reparação por danos morais.

Contudo, há uma pequena divergência na doutrina sobre o que seriam esses danos morais. Conforme disserta Yussef Said Cahali², a previsão de indenização por dano moral nem sempre foi tão clara assim. Dessa forma, ultimamente, ocorrem alguns exageros no que tange à aplicação desse instituto. No mesmo sentido, há uma confusão sobre o significado de dano moral, a qual se dá pela polissemia da palavra “moral”. Contudo, o conceito de dano moral não necessariamente pode ser ligado à palavra “moral”, mas significa algo abstrato.

² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3^a ed. rev., ampl. e atual., 2005. p. 19-21

Para definir dano moral, Wilson Melo da Silva³ defende que a definição de dano moral como dano não patrimonial, ou seja, seria o dano extrapatrimonial, pois seria o dano que não tem um equivalente econômico. Contudo, essa definição é criticada por não apresentar uma definição de dano moral, apenas apresentar definir um conceito com o seu contrário⁴.

Há ainda autores os quais defendem que o dano moral ocorre quando há uma lesão à dignidade da pessoa humana⁵. Contudo, tal definição de danos morais também enfrenta críticas, tendo em vista que a origem do termo dignidade humana se origina na filosofia de Kant, o qual defende que os seres humanos são “fins em si mesmos”, assim, teriam dignidade e não uma utilidade. Ou seja, nesse sentido, todos os seres humanos têm dignidade. Assim, seria muito complicado se houvesse um embate entre dois seres humanos, ambos com as suas dignidades, tendo em vista que não poderíamos considerar um ser humano melhor do que o outro.

Dessa forma, há um grande conflito principiológico, o qual pode causar grandes prejuízos ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tal principiologismo causaria teria efeitos como por exemplo uma possibilidade de escolha para os julgadores, as quais podem ser demasiadamente arbitrárias⁶.

Há, ainda, uma grande crítica ao modo como o conceito de dignidade da pessoa humana é observado no ordenamento jurídico brasileiro nos dias atuais⁷, existindo uma certa banalização do conceito de dignidade da pessoa humana, previsto pela primeira vez na Carta das Nações Unidas de 1945⁸.

³ “Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo- se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico” SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Forense, Rio de Janeiro, 1969, p. 13.

⁴ Explica-se que a definição por seu contrário não é eficiente pois seria o mesmo que dizer que o “frio” é o “não-quente” ou que o “ruim” é o “não-bom”.

⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, v. 413, ano 107, p. 361-378, jan/jun 2011. p.364; ANDRADE, Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Conjur*, 2012. <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil> Acesso em: 20/09/2021; REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do Direito Civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, p. 92-109, jan.-mar. 2010.

⁷ REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do direito civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, jan.-mar. 2010. p. 101.

⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, prevista logo no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, é considerada um princípio geral do qual decorrem muitos outros direitos, como o direito à vida, à moradia, à saúde, à educação, à liberdade de expressão e muitos outros⁹.

Ademais, considerando que as pessoas jurídicas também sofrem danos morais¹⁰ e considerando também que as pessoas jurídicas não possuem dignidade humana, não é lógico pensar que os danos morais decorrem de somente alguma lesão à dignidade da pessoa humana. Essa explicação seria rasa demais para a complexidade do presente instituto.

Outra corrente doutrinária defende que o dano moral seria uma lesão ao direito da personalidade¹¹. Os direitos da personalidade muitas vezes podem ser confundidos com a dignidade humana, porque os direitos da personalidade são inerentes aos seres humanos, assim como todos os seres humanos teriam dignidade. Isto gera o direito à personalidade. Contudo, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira¹², a ideia de direito da personalidade está ligada “à aptidão para adquirir direitos e contrair deveres”.

Yussef Said Cahali¹³ classifica os danos morais resumidamente em dois tipos: aqueles em que há uma violação da honra da pessoa, ou seja, quando há uma deterioração da imagem da pessoa perante os outros; e quando à um dano à “parte afetiva”, tendo em vista uma dor ou sofrimento causado.

Nos casos objetos de estudo da presente tese, em que há a compra de um alimento impróprio para o consumo, é possível pensar em casos em que há o dano à honra da pessoa, por exemplo se alguém compra um alimento impróprio para consumo a fim de oferecê-lo em uma festa com convidados importantes, poderia haver um dano à imagem da pessoa.

⁹ Nota-se a grande dificuldade de conceituar a dignidade da pessoa humana, abrindo margem para inúmeras interpretações, as quais podem levar à arbitrariedade.

¹⁰ De acordo com a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 31.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.1. 31. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 181.

¹³ “Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz, deformidade etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)” CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 22.

Cumpre ressaltar que, nesses casos, o artigo 17¹⁴ do Código de Defesa do Consumidor equipara todos as vítimas do evento, nos casos de danos ocorridos por fato do produto, a consumidores, ou seja, todos as pessoas da festa seriam equiparadas a consumidores sendo o dano moral de cada um levado em consideração.

O mesmo aconteceria com um pai que compra um alimento estragado para o filho, é possível afirmar que a criança seria equiparada a consumidora, podendo exigir, assim, seus próprios danos morais. Contudo, além desses danos sofridos pela criança, o pai pode sofrer um abalo tendo em vista a visão que ele possui de si mesmo ou da visão que os outros possuem dele como pai, ou seja, a sua honra subjetiva e objetiva, causando, assim, um dano moral.

Ademais, também é possível investigar se houve dano moral nos casos em que o consumidor levou o alimento à boca, mesmo sem ingeri-lo, tendo em vista a repulsa causando um sofrimento capaz de gerar um dano moral ao indivíduo. Ora, se o consumidor sofreu uma repulsa, sensação de nojo, de forma que não é tolerável no cotidiano, é possível afirmar sim que o consumidor sofreu danos.

Esses casos específicos serão analisados posteriormente na Seção II, quando serão examinados os argumentos apresentados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça

Assim, diferentemente do dano patrimonial, o dano moral não causa uma diminuição patrimonial, porém, ao mesmo tempo, possui um caráter compensatório a fim de se remediar os danos mencionados acima. Tais danos podem ser resultados das proteções à dignidade humana, conforme prevê a Constituição de 1988. Todavia, essa definição não deve ser utilizada de forma arbitrária, ou seja, deve haver limites e definições para quais direitos o ordenamento protege.

Aplicando o que foi exposto até o momento sobre dano moral nos casos em que houve a compra do alimento impróprio para o consumo, resta translúcido que o dano material causado seria a diminuição do patrimônio do consumidor que ingeriu ou apenas comprou o produto.

Nos casos em que há a ingestão do produto, os danos patrimoniais seriam aquilo que o consumidor gastou com o próprio produto tendo em vista um vício de qualidade do produto, no âmbito da responsabilidade civil contratual, assunto que será abordado no próximo ponto.

¹⁴ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

Além disso, dependendo da gravidade da doença causada pelo alimento ingerido, o consumidor pode ter gastos por exemplo com despesas médicas, o que seriam classificados como danos emergentes, ou até mesmo deixar de ganhar dinheiro caso seja um trabalhador autônomo, o que seria a indenização devida tendo em vista os lucros cessantes, essas especificidades devem ser analisadas caso a caso.

Por outro lado, o dano moral não causa uma perda de patrimônio. Diferentemente desses casos citados no parágrafo anterior, os danos morais são os danos causados ao indivíduo em si, com a diminuição de bens ou de valores dos próprios seres humanos (sua integridade física, honra e etc.).

Ou seja, o dano moral, nos casos em que há a ingestão do alimento, seria o dano à integridade física dos indivíduos nos casos mais graves e, nos casos mais leves, seria a experimentação de nojo ou repulsa de vivenciar a repulsa de experimentar o alimento.

Todavia, quando não há a ingestão do alimento ou este não é experimentado pelo consumidor, não há a caracterização necessária desses elementos. Ou seja, seria necessário atingir esses valores inerentes dos seres humanos para se caracterizar o dano moral, o que não é imperiosamente atingido quando o consumidor não ingere o alimento. Contudo, casos excepcionais serão analisados na Seção II, em que demonstrar-se-á a possibilidade de haver um dano moral, sempre focando na necessidade de haver um abalo para tanto.

§2. O VÍCIO DO PRODUTO COMO RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor¹⁵, os fornecedores respondem pelos vícios de qualidade e quantidade que tornem os produtos impróprios para o consumo. O mencionado artigo refere-se aos vícios do produto, os quais geram a responsabilidade civil contratual, conforme explicitam os organizadores da obra “Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”¹⁶.

¹⁵ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

¹⁶ “O dispositivo faz alusão in fine ao ressarcimento de eventuais perdas e danos. Esse ressarcimento é inconfundível, ontologicamente, com aquelloutro previsto no art. 12. O dever de indenizar perdas e danos aqui previsto deriva direta e indiretamente da inexecução contratual. O fornecedor deve devolver a quantia paga, monetariamente atualizada e acrescida, por exemplo, das despesas incorridas a título de transporte ou guarda da

No mesmo sentido, o objeto da presente tese é analisar os casos em que o consumidor adquire um produto impróprio para o consumo, a única diferença seria no fato de que o produto comprado é do gênero alimentício. Ou seja, o alimento impróprio para consumo se enquadraria nos danos materiais e dentro da responsabilidade contratual, previstos no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a mencionada obra, o vício do produto, nesses casos, pode ser enquadrado em uma classificação ainda mais específica, a qual seria a do defeito de produção, ou seja, foi “uma falha instalada no processo produtivo”, sendo ela mecânica ou manual. Assim, falhas acontecem e não podem ser evitadas independentemente da função preventiva e das sanções aplicadas¹⁷.

Consequentemente, as possíveis reparações previstas, no parágrafo primeiro e incisos do artigo, são o abatimento do preço no nível do defeito do produto ou da devolução ou troca do produto caso ele esteja impróprio para o consumo caso o vício não seja sanado no prazo de 30 dias¹⁸. Nesse sentido, o valor da reparação desse dano contratual não poderia ser maior do que o próprio valor do produto.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹⁹, a responsabilidade civil contratual deriva de um contrato, quando não há um cumprimento da obrigação ou quando há um parcial cumprimento que acarretou em um dano, ou seja, há um descumprimento de uma cobrança ou seja de um dever positivo. Já na responsabilidade civil extracontratual, o agente não tem relação jurídica com a vítima, ou seja, não há um contrato anterior e, sendo assim, o agente fere um direito negativo do outro, o qual deveria respeitar.

mercadoria.” GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada por Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. Livro digital

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. Op. Cit.

¹⁸ “Art. 18.....

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.”

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v. 4. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51. e-book

Assim, caso ocorressem danos extracontratuais, estes estariam previstos no artigo 12²⁰ da Lei n. 8.078/1990, tendo em vista que o dano moral é um fato do produto, conforme o próprio artigo mencionado explicita, pois o fornecedor responde pelos danos causados por defeitos no produto.

Nesse sentido, também de acordo com a obra “Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”²¹, os danos derivados dos defeitos do produto são danos do fato do produto, sendo extracontratuais, vez que eles ultrapassam o valor do produto adquirido e não há uma previsão de limite de valor no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Em todo caso, tanto na responsabilidade civil contratual quanto na extracontratual, seria necessário demonstrar o dano causado ao consumidor. No primeiro caso, seria o dano patrimonial emergente tendo em vista que é o valor perdido pelo vício no produto adquirido.

Nos casos da responsabilidade civil extracontratual, a situação se torna mais complexa tendo em vista que podem haver danos emergentes (exemplo das despesas com hospital, por exemplo), lucros cessantes (caso em que um trabalhador autônomo deixa de trabalhar por um período), danos morais e/ou danos estéticos. Assim, o legislador não limitou o valor da possível indenização a ser recebida pelo consumidor nos casos de danos por fato do produto.

É importante caracterizar o fato de ser uma responsabilidade civil por fato do produto ou uma responsabilidade por vício do produto. Vez que, nos primeiros casos, o comerciante não é solidariamente responsável, sendo apenas subsidiariamente responsável ou tiver culpa, nos termos do artigo 13 e incisos²² do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo imprescindível averiguar o enquadramento do dano moral em vício de produto ou dano decorrente de fato de produto, tendo em vista que, nos casos em que há o dano decorrente de fato de produto, a lei prevê expressamente que a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa do fornecedor.

²⁰ “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.”

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.].op. cit. Livro digital.

²² “Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.”

Já nos casos em que há um vício no produto, a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, depende de culpa do fornecedor, vez que, interpretando em conjunto com a regra geral do Código Civil de 2002, o qual, em no parágrafo único do artigo 927²³, prevê que a responsabilidade civil objetiva, ou seja, sem o elemento culpa será aplicada apenas nos casos previstos em lei.

No caso da responsabilidade civil contratual, o artigo 395²⁴, do Código Civil, prevê que é necessária a culpa do devedor para que este responda por perdas e danos. Nesse sentido, defende-se que é necessária a culpa nos casos em que há o vício do produto, ou seja, a responsabilidade é subjetiva.

Ou seja, nos casos em que haja uma indenização por dano moral, nos casos de fato do produto, o comerciante seria solidariamente responsável para indenizar o consumidor. Ademais, a responsabilidade nos casos do dano por fato do produto é objetiva, enquanto a do vício do produto seria subjetiva.

Contudo, há quem defenda²⁵ que o dano moral é um elemento autônomo, pois tanto os artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor estariam relacionados apenas ao dano material e não ao dano moral previsto no artigo 6º, inciso VI e VII, do mesmo código. Porém, com máximo respeito à tese mencionada, não há uma definição entre dano material e dano moral nos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, podendo ser tanto danos patrimoniais quanto danos extrapatrimoniais.

Apenas, por meio da leitura sistemática do artigo 18, em conjunto com seus incisos, de forma já demonstrada nos parágrafos anteriores, infere-se que o valor a ser reparado pelo vício do produto não ultrapassa o próprio valor do objeto adquirido, dessa forma, podendo ser apenas um dano material.

Por outro lado, não há esse limite previsto nas indenizações que reparam os danos causados por fatos do produto. Nesse sentido, o dano moral causado está evidentemente

²³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

²⁴ “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

²⁵ SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral no direito do consumidor [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

identificado como um dano decorrente de um defeito do produto. Ou seja, o defeito do produto causa um dano moral.

Caso o dano moral não fosse enquadrado em nenhuma dessas hipóteses de dano previstas na Lei n. 8.078/1990, a responsabilidade seria objetiva, tendo em vista a subsidiariedade do Código Civil, o qual prevê que a regra geral é a responsabilidade subjetiva. Assim, é importante classificar o dano moral como dano por fato do produto, tendo em vista a sua característica objetiva.

Assim, o dano extrapatrimonial seria um dano por fato do produto enquadrando-se no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor e, consequentemente, na responsabilidade civil extracontratual e objetiva. Outra conclusão desse tópico é que o comerciante responde solidariamente pelo dano moral causado de forma subsidiária ou apenas se tiver culpa.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves e Flávio Tartuce²⁶ lecionam que:

“De outra forma, pode-se dizer que, quando o dano permanece nos limites do produto ou serviço, está presente o vício. Se o problema extrapola os seus limites, há fato ou defeito, presente, no último caso, o acidente de consumo propriamente dito.”²⁷

No mais, independentemente da natureza da responsabilidade civil, é necessário se demonstrar um dano para que ocorra a compensação do dano moral para haver uma indenização. O que será melhor aprofundado no próximo tópico.

§3. NECESSIDADE DE OCORRER UM GRAVE ABALO MORAL PARA GERAR INDENIZAÇÃO NA COMPRA DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO

A sociedade do risco teorizada pelo sociólogo alemão, Ulrich Beck, trouxe uma nova visão para a responsabilidade civil, uma vez que as relações no mundo atual e globalizado se tornaram mais complexas. E, conforme já mencionado na introdução, causou uma revolução

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* [livro digital]. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁷ A fim de restar um pouco mais claro, os autores citam um exemplo que o Professor Rizzato Nunes cita em suas aulas. No caso, duas pessoas compram um liquidificador com vício. Ao ligar o liquidificador, a primeira pessoa acaba se machucando por conta da hélice do liquidificador que a perfurou; enquanto ocorreu a mesma situação com a segunda pessoa, no entanto, esta não sofreu nenhuma lesão. O primeiro caso, seria um dano por fato do produto, tendo em vista a lesão causada. No segundo caso, seria apenas um vício do produto, tendo em vista que o dano causado ao consumidor não ultrapassou o valor do produto.

no âmbito da responsabilidade civil, em que os riscos, nas relações de consumo, são realocados entre os fornecedores e compradores²⁸.

Nesse sentido, o elemento “culpa” da responsabilidade civil no âmbito do direito do consumidor foi mitigado, sendo previsto, no artigo 12 que o fornecedor responde independentemente de culpa. Dessa forma, é possível perceber a influência da teoria do risco, ou seja, como o fornecedor tem uma vantagem em relação ao consumidor hipossuficiente e tem um aproveitamento (lucros), o risco se transfere para aquele.

Ademais, também existe uma flexibilização do elemento do “nexo de causalidade”, segundo o qual por apenas uma probabilidade de ter se causado um dano, é possível responsabilizar o indivíduo. Essa teoria possui um problema lógico matemático que foi melhor explorado no artigo de Otávio Luiz Rodrigues Jr²⁹.

Por mais que aparente que os riscos alocados para os fornecedores na sociedade do risco advém de uma teoria introduzida no século XX e, consequentemente, a criação da responsabilidade civil sem dano aparente ser algo recente, a responsabilidade civil nasceu com a responsabilidade civil de forma punitiva, ou seja, com a finalidade de evitar novos danos.

Nos primórdios do direito romano, existia apenas a responsabilidade civil contratual nas hipóteses previstas na legislação da época, contudo, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira³⁰, na Roma Antiga, com os delitos. Após um certo período de tempo, foi separado o conceito penal do conceito de responsabilidade civil, exigindo-se, portanto, um dano para que este pudesse ser reparado.

Há quem defenda a possibilidade de existir responsabilização³¹ sem a ocorrência de danos no âmbito das relações consumeristas, tendo em vista uma função preventiva dos danos

²⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? (I). *Revista Eletrônica Conjur*. 29.04.2016. Coluna de Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano>>. Acesso em: 21.11.2021.

²⁹ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8, n.3, p. 115-137, jul.-set., 2016

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil* [livro digital]. 12 ed. rev. atual. e ampl. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³¹ “Qualquer dano proporcionado à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, decorrente do fornecimento de produtos e serviços, enseja a reparação do prejuízo. Não é necessária a existência do dano *in concreto* para que o fornecedor se submeta à responsabilidade pelo acidente de consumo. Como o pensamento modernista e pós-modernista privilegiam a prevenção do dano, é perfeitamente viável a adoção de medidas preventivas, a fim de que a coletividade de consumidores não se submeta a prejuízos desnecessários.” LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo* [livro digital]. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

que podem ocorrer em relação aos consumidores. Pois, de acordo com essa linha de raciocínio, apenas causar um risco à bens jurídicos como por exemplo à vida, à saúde, à segurança, à liberdade e ao segredo, já seriam suficientes para poder gerar uma indenização.

Foi nesse sentido, como será melhor averiguado na Seção II, o voto proferido pela Min. Nancy Andrichi, no caso do Recurso Especial n. 1.899.304/SP, no qual restou claro que o fornecedor foi condenado apenas pelo fato de ter cometido um ato ilícito ao disponibilizar no mercado um alimento impróprio para o consumo.

Por outro lado, será defendido que apenas o risco de dano não pode ser caracterizado por si só um dano, sendo assim, afastada a responsabilidade civil sem dano, conforme os argumentos expostos a seguir:

De acordo com Bruno Leonardo Câmara Carrá e Denise Sá Vieira Carrá³², as outras esferas do direito, como por exemplo o direito penal e o administrativo, têm a função de prevenir esses danos, ou seja, não é necessário que essa função também seja coberta pelo direito civil, no qual teria apenas a função de reparar³³.

O dano moral, como já foi explicitado anteriormente na presente tese, possui uma peculiaridade que é a sua difícil definição e, por conseguinte, a sua difícil prova. Ou seja, em alguns casos, permite-se que esse dano seja presumido, caso contrário, haveria a necessidade de o consumidor comprovar algo quase impossível. Empréstimo um termo cunhado pelo direito processual, não é possível se exigir que alguma das partes em um processo produza uma prova diabólica, quase impossível de se conseguir.

Os autores supramencionados argumentam no mesmo sentido que o dano *in re ipsa*, em outras palavras, o dano presumido não exclui o dano como elemento da responsabilidade civil, sendo que, nos casos em que o dano é presumido³⁴.

³² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*: responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*. v. 16, n. 2, dez, 2019, p. 115-131

³³ “A gestão do dano na sociedade de risco não precisa ser realizada apenas por meio da responsabilidade civil, que é como uma espécie de mantra para seus defensores. Outros ramos do Direito também possuem vocação para isso e só uma atuação coordenada e conjugada entre eles se revelaria capaz de dar algum efetivo alento às potenciais vítimas do progresso tecnológico. Ao invés de uma cisão da responsabilidade civil, uma gestão “global” dos riscos por meio de um diálogo interdisciplinar entre os vários ramos do Direito destinados a enfrentá-los, cada qual com suas peculiaridades e mantendo suas respectivos constitutivos ontológicos, vem a ser uma opção bem mais ponderada.”CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit. p. 115-131.

³⁴ “Nesse rumo de ideias, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que nos casos de inserção de nome de forma indevida em cadastro de inadimplentes (AG 1.379.761), bem como inclusão indevida por prestação deficiente de serviço da instituição bancária (AG 1.295.372 e RESP 1.807.487), ou ainda nos casos de atraso de voos (RESP 299.532), há o dano *in re ipsa*. Isso vem a ilustrar, portanto, que ao falar de dano *in re ipsa*,

O dano, nesses casos, continua presente como elemento da responsabilidade civil, todavia, por conta da sua difícil comprovação deve ser presumido. Em outras palavras, o consumidor não teria condições de demonstrar o dano sofrido, mas este continua ali.

Assim, os danos morais *in re ipsa* são meramente presumidos, sendo necessário ocorrer o dano, por mais que seja difícil a sua comprovação. Apenas o risco de acontecer o dano não é suficiente para causar reparação.

A responsabilidade civil sem dano pode ser considerada uma importação do sistema jurídico *Common Law*, em que não há um sistema de responsabilidade civil, mas sim um sistema baseado nos *torts*, que são os ilícitos, os quais se assemelham mais ao sistema penal, pois basta apenas cometer um ato ilícito para haver uma indenização.

Ou seja, no famoso caso do *transpass*, exemplo recorrente no âmbito da *Common Law*, em que alguém invade uma propriedade alheia sem causar dano, porém, deve pagar uma indenização da mesma forma, tendo em vista o ato ilícito que violou o direito de propriedade.

Nos casos em que não houve a ingestão de alimentos contaminados, é necessário ocorrer um abalo moral para haver uma compensação, ao menos em nível individual, tendo em vista o caráter compensatório do dano moral.

Ou seja, é necessário observar um dano moral ocorrido, nos termos colocados no primeiro tópico para que haja uma indenização, cumprindo assim o papel da responsabilidade civil.

Nesse sentido, defende-se que apenas o ato ilícito cometido pelo fornecedor de disponibilizar ao consumidor um produto do gênero alimentício impróprio para consumo, não causa por si só um dano moral. Da mesma forma que apenas invadir a propriedade de alguém sem causar nenhum dano não causa uma responsabilidade civil, pelo menos não no sistema brasileiro, o qual se limita à reparação.

O mencionado caso pode até ter uma sanção penal, a qual está prevista no artigo 150 do Código Penal. Sendo assim, a função punitiva do direito penal, seja ela preventiva ou apenas repressiva, já está abarcada por essa matéria, não necessitando de mais uma punição para evitar invasões à propriedade alheia.

Dessa forma, como foi demonstrado anteriormente, existem outros meios para que os danos sejam mitigados, ou seja, formas preventivas, as quais estão previstas no Capítulo VII

a Corte Superior não aboliu a presença do prejuízo ou efetiva lesão a direito para impor a responsabilização civil.” CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit. p. 115-131.

do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê as sanções administrativas para aqueles que violam os direitos dos consumidores previstos.

Assim, a função repressiva e preventiva dos danos a serem causados aos consumidores não possui um caráter punitivo, apenas compensatório. Mesmo, em alguns casos, sendo difícil a comprovação do dano, principalmente quando se trata de um dano extrapatrimonial, o elemento “dano” não poderia ser excluído da responsabilidade civil, desvirtuando o instituto como é conhecido nos dias atuais.

Grande parte da doutrina consumerista³⁵ entende que, para ocorrer a responsabilidade civil no âmbito do direito do consumidor, deve haver o dano.

Nesse mesmo sentido, há o artigo 944³⁶ do Código Civil, o qual, aplicado, subsidiariamente, traz a ideia de que a reparação mede-se pela extensão do dano. É com base nesse artigo que se argumenta, no sistema das relações privadas no Brasil, que a responsabilidade civil não tem a função de punir ou prevenir.

Como a indenização não pode passar da extensão do dano, se não houver nenhum abalo moral, nos casos em que o consumidor não consumiu o produto e não houve nenhum dano, nos termos expostos no tópico em que o dano moral foi analisado de forma mais específica.

Analizando sistematicamente, o dano moral disciplinado dentro da responsabilidade civil não tem uma função preventiva, de forma a evitar a ocorrência de novos danos, apenas de compensar os danos, mesmo que não patrimoniais, aos indivíduos que os sofreram.

Ante o exposto, conclui-se que só há responsabilidade civil, e a consequente reparação por dano moral, com o elemento dano presente, uma vez que: (i) a responsabilidade civil tem uma função de reparar os danos causados e a função punitiva e preventiva pode ser encontrada em outras áreas do direito; (ii) o dano moral, mesmo que difícil de se comprovar e, em alguns casos, ele sendo presumido, não foi excluído como elemento da responsabilidade civil; (iii) no sistema de responsabilidade civil brasileiro a indenização se mede pela extensão

³⁵ “O Código distingue dois modelos de responsabilidade: por vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e por danos causados aos consumidores, ditos acidentes de consumo.

Esse modelo de responsabilidade decorre de um dano sofrido pelo consumidor. Entende-se por dano uma perda, de conteúdo econômico (prejuízo) ou moral, sofrida pelo consumidor em decorrência de um vício do produto ou serviço.” GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. op. cit. Livro digital; “Por outra via, no fato ou defeito – seja também do produto ou serviço –, há outras decorrências, como é o caso de outros danos materiais, de danos morais e dos danos estéticos (prejuízos extrínsecos).” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. op. cit. livro digital.

³⁶ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

do dano de acordo com o artigo 944 do Código Civil, o que é diferente do sistema de *torts* da *Common Law*.

Com esses argumentos em mente, pretende-se realizar, na próxima seção, uma análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, em que houve uma divergência entre as duas turmas de direito privado e na qual, recentemente, houve uma decisão da Segunda Seção a fim de uniformizar a jurisprudência.

SEÇÃO II - PESQUISA EMPÍRICA

Para a referida análise dos casos, foi feita uma pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça utilizando os metadados "dano moral"; alimento; ingestão. Foram encontrados 27 acórdãos³⁷, sendo um deles o REsp 1899304/SP julgado pela Segunda Seção, em que foi reconhecido o dano moral; 13 deles da Quarta Turma, um deles seguiu o precedente da Segunda Seção pois foi julgado posteriormente a este, contudo todos os outros condenaram os fornecedores em danos morais apenas quando houve a ingestão do alimento, tendo em vista a repugnância causada ao consumidor, ferindo, assim os direitos da personalidade.

Por outro lado, a Terceira Turma, com os 13 julgados restantes, considera que não há necessidade de comprovação de dano, ou seja, a repugnância causada ao consumidor, vez que apenas o risco causado ao consumidor já é suficiente para caracterizar o dano moral (há apenas dois julgados AgRg no AREsp 662222/SE e o REsp 1395647/SC, ambos dos ano de 2015, nos quais foi afirmado que não ocorre dano moral quando há a ingestão de alimentos impróprios para o consumo).

Nesse sentido, a apresentação dos acórdãos analisados serão feitos da seguinte forma: primeiramente, serão analisados os acórdãos da Quarta Turma, a qual manteve seu posicionamento desde o início em que não reconheceu em nenhum os danos morais nos casos em que não houve a ingestão do alimento. Até o mencionado julgado da Segunda Seção, em que a Turma teve que respeitar o posicionamento da Seção de Direito Privado.

De segundo plano, serão analisados os acórdãos proferidos pela Terceira Turma, a qual possuía um posicionamento divergente do que possui hoje até meados de 2015 e será analisada a mudança de postura da Turma.

Posteriormente, será analisado o acórdão proferido pela Segunda Seção, com os argumentos apresentados no voto da Min. Nancy Andrigi e também os argumentos apresentados no voto divergente do Min. Luis Felipe Salomão.

§1. ACÓRDÃOS DA QUARTA TURMA

Os treze julgados encontrados em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça atribuídos à Quarta Turma, foram encontrados com os mesmos critérios mencionados: "dano

³⁷ Cumpre ressaltar que os acórdãos os quais discutiram apenas questões processuais não serão analisados por esta pesquisa, tendo em vista que se trata de uma tese de Direito Civil e não de Direito Processual Civil.

morais"; alimento; ingestão. Na primeira tabela, será demonstrado que alguns acórdãos esbarraram na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, não tiverem o mérito analisado.

Tabela 1:

Número do acórdão	Discussão do tema	Data da Publicação
AgRg no REsp 1305512/SP ³⁸	Discussão processual (Súmula 7 do STJ). Dano moral não reconhecido, por conta da ausência de comprovação da ingestão do alimento.	28/06/2013
AgRg no AREsp 445386/SP ³⁹	Dano moral afastado por ausência de prova da ingestão de refrigerante impróprio para o consumo.	26/08/2014
AgRg no AREsp 489030/SP ⁴⁰	Dano moral afastado por ausência de prova da ingestão do refrigerante impróprio para o consumo.	27/04/2015
AgRg no AREsp 735694/RS ⁴¹	Nesse caso, houve a comprovação da ingestão do alimento impróprio para o consumo, um pedaço de chocolate com corpo estranho. Contudo, não houve reforma da decisão do Segundo Grau, tendo em vista a Súmula 7 do STJ.	26/11/2015
AgInt no AREsp 1018168/SE ⁴²	Outro caso em que não houve a ingestão de refrigerante com corpo estranho. Consequentemente, não houve a condenação em danos morais.	18/04/2017

³⁸ STJ, AgRg no REsp 1305512/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20.06.2013, DJe 28.06.2013

³⁹ STJ, AgRg no AREsp 445386/SP, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 19.08.2014, DJe 26.08.2014

⁴⁰ STJ, AgRg no AREsp 489030/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16.04.2015, DJe 27.04.2015

⁴¹ STJ, AgRg no AREsp 735694/RS, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 17.11.2015, DJe 26.11.2015

⁴² STJ, AgInt no AREsp 1018168/SE, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 04.04.2017, DJe 18.04.2017

AgInt no AREsp 1272323/SP ⁴³	Nesse caso, houve a comprovação de que o consumidor ingeriu o alimento contendo insetos dentro, podendo causar dano moral indenizável. A justificativa foi a repugnância que a vítima sofreu e o potencial lesivo à saúde.	20/11/2018
AgInt no AREsp 1299401/SP ⁴⁴	O consumidor ingeriu parcialmente alimento contendo larvas e insetos. O dano moral foi presumido nesse caso.	25/02/2019
AgInt no REsp 1797805/PR ⁴⁵	No caso, o consumidor adquiriu um chocolate com larvas em seu conteúdo, contudo não chegou a ingerir, não havendo prova de seu abalo moral. Portanto, as empresas não foram condenadas ao pagamento de indenização.	06/06/2019
AgInt no REsp 1877119/MG ⁴⁶	O dano moral não foi caracterizado tendo em vista que o consumidor não ingeriu o refrigerante contaminado.	18/12/2020
AgInt no REsp 1928377/RS ⁴⁷	Não houve condenação ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista a ausência de comprovação de consumo do alimento, o que encontrou óbice na Súmula 7 do STJ.	24/08/2021
AgInt no REsp 1897310/RS ⁴⁸	O dano moral não foi configurado tendo em vista a não ingestão do alimento.	19/08/2021
AgInt no AREsp 1667536/MG	Houve a caracterização de danos	19/08/2021

⁴³ STJ, AgInt no AREsp 1272323/SP, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 13.11.2018, DJe 20.11.2018

⁴⁴ STJ, AgInt no AREsp 1299401/SP, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 12.02.2019, DJe 25.02.2019

⁴⁵ STJ, AgInt no REsp 1797805/PR, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 21.05.2019, DJe 06.06.2019

⁴⁶ STJ, AgInt no REsp 1877119/MG, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 30.11.2020, DJe 18.12.2020

⁴⁷ STJ, AgInt no REsp 1928377/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 09.08.2021, DJe 24.08.2021

⁴⁸ STJ, AgInt no REsp 1897310/RS, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 16/08/2021, DJe 19.08.2021

49	morais tendo em vista a ingestão do alimento impróprio para o consumo.	
AgInt no REsp 1879416/SC ⁵⁰	O dano moral foi reconhecido tendo em vista o Acórdão do REsp n. 1.899.304/SP pela Segunda Seção, o qual será analisado posteriormente.	27/09/2021

Ante a breve análise realizada dos acórdãos proferidos pela Quarta Turma sobre o tema em questão, é possível perceber que os nobres julgadores foram coerentes, com exceção do julgado mais recente, tendo em vista a necessidade de uniformização da jurisprudência.

Contudo, desde os primeiros julgados publicados nos anos de 2013 e 2014, não se mudou o entendimento de que apenas ocorreria o dano moral se ocorresse a ingestão do alimento impróprio para o consumo. Podendo, assim, dizer que foi caracterizado o dano,

Cumpre ressaltar que, mesmo no AgInt no AREsp 1299401/SP, em que o dano moral foi presumido, houve a ingestão do alimento. Assim, retomando o que foi dito na Seção anterior, o dano moral *in re ipsa* não é a mesma coisa do que responsabilidade civil sem dano. O dano, no caso, foi necessário como elemento, mesmo que, por ser de difícil comprovação, presumido.

Dessa forma, conclui-se que, para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, até o recente julgado AgInt no REsp 1879416/SC que se adequou ao entendimento da Segunda Seção, manteve seu posicionamento firme em afirmar que apenas haveria a condenação por danos morais quando houvesse a ingestão de alimento, pois, mesmo presumido, estava presente o dano.

§2. ACÓRDÃOS DA TERCEIRA TURMA

Os treze julgados da Terceira Turma foram encontrados com os mesmos metadados da pesquisa da Terceira Turma. Cumpre ressaltar que foram apresentados primeiramente os acórdãos de autoria da Quarta Turma, mesmo que os primeiros julgados da Terceira Turma

⁴⁹ STJ, AgInt no AREsp 1667536/MG, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 16.08.2021, DJe 19.08.2021

⁵⁰ STJ, AgInt no REsp 1879416/SC, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 21.09.2021, DJe 27.09.2021

sejam mais antigos. Isso ocorreu, uma vez que a Quarta Turma manteve seu posicionamento até o julgado do REsp 1899304/SP pela Segunda Seção, não havendo uma discussão sobre a mudança de posicionamento. O que, no caso da Terceira Turma, torna-se mais interessante.

Assim, segue tabela com os resumos dos casos que serão analisados posteriormente.

Tabela 2:

Número do acórdão	Discussão do tema	Data da Publicação
REsp 1239060/MG ⁵¹	No caso, o consumidor encontrou uma barata no interior de uma lata de leite condensado e ingeriu o seu conteúdo. Assim, houve condenação por danos morais.	18/05/2011
REsp 1252307/PR ⁵²	Dano moral foi afastado tendo em vista a ausência de nexo de causalidade, vez que o produto foi consumido depois do vencimento do prazo de validade.	07/02/2012
AgRg no AREsp 409048/RJ ⁵³	O recurso tinha como objetivo rever o quantum indenizatório, o qual não pôde ser revisto com base na Súmula 7 do STJ.	26/11/2013
REsp 1395647/SC ⁵⁴	Caso em que corpo estranho foi encontrado dentro embalagem de refrigerante lacrada. Como não houve a ingestão, não houve a condenação em danos morais.	18/11/2014
AgRg no AREsp 662222/SE ⁵⁵	Concluiu pela não condenação em danos morais tendo em vista que o consumidor não ingeriu o alimento. O reexame sobre o fato de o consumidor ter ingerido ou não o alimento encontra óbice na Súmula 7 do STJ.	01/09/2015

⁵¹ STJ, REsp 1239060/MG, rel. Ministra Nancy Andrigi, Terceira Turma, j. 10.05.2011, DJe 18.05.2011

⁵² STJ, REsp 1252307/PR, rel. Ministra Nancy Andrigi, Terceira Turma, j. 07.02.2012, DJe 02.08.2012

⁵³ STJ, AgRg no AREsp 409048/RJ, rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 26.11.2013, DJe 09.12.2013

⁵⁴ STJ, REsp 1395647/SC, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 18.11.2014, DJe 19.12.2014

⁵⁵ STJ, AgRg no AREsp 662222/SE, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 01.09.2015, DJe 04.09.2015

AgRg no AREsp 497201/DF ⁵⁶	Não houve análise de mérito, por conta da Súmula 7 do STJ.	27/10/2015
AgRg no REsp 1537730/MA ⁵⁷	Outro caso em que a jurisprudência afastou a condenação em danos morais, tendo em vista a não ingestão do alimento. No caso, o consumidor encontrou metal em uma garrafa de cerveja.	15/03/2016
REsp 1644405/RS ⁵⁸	Nesse caso, o filho do casal que adquiriu um pacote de bolacha encontrou uma aliança no pacote. O fato de a criança ter levado o pacote à boca fez com que o fornecedor fosse condenado em danos morais. Ademais, foi argumentado que o fornecedor expôs o consumidor ao risco, causando danos morais.	09/11/2017
REsp 1744321/RJ ⁵⁹	Nesse caso, não houve consumo nem mesmo parcial do pacote de balas que continham larvas dentro. No entanto, o fornecedor foi condenado em danos morais.	05/02/2019
REsp 1768009/MG ⁶⁰	Assim como no anterior, não houve a ingestão do alimento, mas o fornecedor foi condenado tendo em vista o risco em que colocou o consumidor.	07/05/2019
REsp 1801593/RS ⁶¹	Foi encontrada uma carteira de cigarros dentro de uma garrafa de cerveja. Assim como no anterior, não houve a ingestão do alimento, mas o fornecedor foi condenado tendo em vista o risco em que colocou o consumidor.	13/08/2019

⁵⁶ STJ, AgRg no AREsp 497201/DF, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 27.10.2015, DJe 06.11.2015

⁵⁷ STJ, AgRg no REsp 1537730/MA, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 15.03.2016, DJe 28.03.2016

⁵⁸ STJ, REsp 1644405/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 09.11.2017, DJe 17.11.2017

⁵⁹ STJ, REsp 1744321/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 05.02.2019, DJe 08.02.2019

⁶⁰ STJ, REsp 1768009/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 07.05.2019, DJe 09.05.2019

⁶¹ STJ, REsp 1801593/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13.08.2021, DJe 15.08.2019

REsp 1876046/PR ⁶²	Foram encontrados insetos na barra de cereal comprada. Assim como no anterior, não houve a ingestão do alimento, mas o fornecedor foi condenado tendo em vista o risco em que colocou o consumidor.	04/08/2020
AgInt no REsp 1928861/SC ⁶³	Foram encontrados insetos e mofo na barra de chocolate comprada. Assim como no anterior, não houve a ingestão do alimento, mas o fornecedor foi condenado tendo em vista o risco em que colocou o consumidor.	22/06/2021

Conforme pode ser verificado por meio da Tabela II, a qual expõe os casos julgados pela Terceira Turma. Nos primeiros julgados, é possível perceber que houve uma consonância com a Quarta Turma, considerando que era necessário ingerir os alimentos impróprios para consumo a fim de que se gerasse dano moral indenizável.

Contudo, a partir do julgamento do REsp 1644405/RS, julgado em , em que uma criança, filha do casal que adquiriu um pacote de bolacha, levou uma das unidades à boca e, nesse momento, percebeu que havia uma aliança presente.

A justificativa para a condenação do fornecedor a pagar indenização por danos morais ao consumidor foi baseada no “risco potencial de dano à saúde e à integridade física”⁶⁴. Como o próprio trecho selecionado menciona, não houve um dano, houve um risco potencial de dano à saúde e à integridade física.

A Relatora Ministra Nancy Andrichi continua, no mesmo voto, afirmando que se o corpo estranho encontrado não fosse uma aliança, mas sim um inseto, por exemplo, o consumidor também teria levado à boca.

⁶² STJ, REsp 1876046/PR, rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 04.08.2020, DJe 07.08.2021

⁶³ STJ, AgInt no REsp 1928861/SC, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 22.06.2021, DJe 25.06.2021

⁶⁴ “Como exposto anteriormente, respeitando esse entendimento, divergimos de sua conclusão, por entender presente um risco potencial de dano à saúde e à integridade física e psíquica. Contudo, na hipótese dos autos, faz-se necessário considerar ainda uma outra peculiaridade: como foi relatado acima, o filho dos recorrentes levou o corpo estranho à boca, pois estava escondido no biscoito recheado, e esteve prestes a ingeri-lo. É evidente a exposição a risco nessas circunstâncias, o que necessariamente deve afastar a necessidade de ingestão para o reconhecimento da responsabilidade do fornecedor. Exigir que, para a necessidade de reparação, houvesse a necessidade que a criança deglutiisse a aliança escondida no biscoito recheado, parece não haver respaldo na legislação consumerista.” STJ, REsp 1644405/RS, rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 09.11.2017, DJe 17.11.2017

No caso, o que poderia ser argumentado, com base na função compensatória da responsabilidade civil, é que houve um dano moral à criança, a qual se equipara ao consumidor, nos termos do artigo 17⁶⁵ do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no momento em que não houve a ingestão do alimento, que foi apenas levado à boca, pode-se argumentar que a vítima sofreu repugnância ou nojo, porém, sem afastar o dano da responsabilidade civil.

Contudo, a fundamentação do acórdão levou ao entendimento de que apenas o risco de dano seria suficiente para caracterizar a responsabilidade civil. Em outras palavras, apenas o ato ilícito de infringir o artigo 8º⁶⁶ do Código de Defesa do Consumidor causaria por si só um dano. Não respeitando, assim, a função compensatória da responsabilidade civil, conforme foi exposto na Seção anterior.

A partir do mencionado julgado, houve uma mudança brusca de entendimento na Terceira Turma, tendo em vista que o posicionamento se manteve o mesmo no acórdão cronologicamente seguinte, o REsp 1744321/RJ, contudo, o consumidor sequer levou o objeto à boca.

Neste acórdão, também de relatoria da Min. Nancy Andrighi, é defendido que o dano moral causado é *in re ipsa*, ou seja, não é necessário demonstrar a sensação de dor, sofrimento ou repulsa.

Contudo, como também foi explorado na Seção II, de acordo com o artigo de Bruno Leonardo Câmara Carrá e de Denise Sá Vieira Carrá, o dano moral *in re ipsa* não se confunde com a ausência de dano, mas sim, a presunção de dano, tendo em vista a sua difícil comprovação.

A partir desse julgado, a Terceira Turma muda radicalmente o posicionamento e começa a adotar outra tese. Assim, entrando em conflito com a Quarta Turma, a qual, como já foi demonstrado, assume uma tese contrária. Isso culminou na afetação do Recurso Especial n. 1899304/SP, o qual foi julgado pela Segunda Seção.

Assim, mostra-se que independentemente de dano ao consumidor, apenas pelo risco, os fornecedores são condenados a compensar um dano que sequer existiu. Há, portanto,

⁶⁵ Código de Defesa do Consumidor “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

⁶⁶ Código de Defesa do Consumidor “Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

apenas a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil, no presente caso de consumo de alimentos.

Ou seja, o entendimento anterior de que seria necessário ingerir o alimento para que ocasionasse o dano moral, mesmo que presumido, foi alterado com base em um julgado em que o consumidor levou o alimento à boca, contudo, nos julgados posteriores, não houve sequer o contato com o alimento. Assim, um novo tipo de argumento: apenas o risco de causar dano já é, por si só, um dano.

§3. RECURSO ESPECIAL N. 1899304/SP⁶⁷

Diante da divergência instaurada entre a Terceira e a Quarta Turma, o Recurso Especial n. 1899304/SP foi afetado e o caso foi julgado pela Segunda Seção. Dessa forma, o resultado do julgamento serviu para unificar a jurisprudência das Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça.

Os fatos do caso são semelhantes aos anteriores: em um pacote de arroz foi encontrado um conglomerado de fungos, insetos e ácaros. Contudo, o consumidor não chegou a ingerir o produto. Na sentença, o juiz decidiu que o comerciante era parte ilegítima para figurar no polo passivo, tendo em vista o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, pois não é responsável solidariamente aos demais.

Em seu voto, a relatora Min. Nancy Andrigi inicia uma descrição do direito humano à alimentação adequada, que foi positivado pela Emenda Constitucional 64/2010. Esse direito fundamental possui duas vertentes: a primeira dela é de que o Estado deve realizar políticas públicas para que os brasileiros não sofram com a fome; já a segunda se trata do dever de se garantir uma alimentação de qualidade para as pessoas, existindo um dever de controle de riscos para a saúde. Apenas a segunda é interessante para a presente tese.

De acordo com o Professor Otavio Luiz Rodrigues Jr. defende, em sua tese de livre docência, atualmente publicada⁶⁸, que os direitos fundamentais devem ser aplicados à relação de entes privados, apenas por meio das previsões de Direito Privado, tendo em vista, entre muitos outros motivos, o respeito “(a) à preservação do espaço democrático e respeito à separação de poderes; (b) à previsibilidade do Direito; (c) restrição à transferência total do

⁶⁷ STJ, REsp 1899304/SP, Ministra Nancy Andrigi, Terceira Turma, j. 25.08.2021, DJe 04.10.2021.

⁶⁸ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019. p. 338-342.

nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial”.

Nesse sentido, o direito fundamental mencionado deveria ser aplicado apenas por meio das normas infraconstitucionais, o que seria, no caso concreto, o Código de Defesa do Consumidor. Contudo, como já foi demonstrado na Seção I, os artigos que preveem as indenizações a título de reparação no mencionado Código não são respeitados. Assim, houve uma aplicação direta de um direito fundamental de forma arbitrária, não respeitando o fundamento da responsabilidade civil.

O direito fundamental à alimentação adequada poderia ser defendido exatamente nos termos do Código de Defesa do Consumidor, com base no artigo 56, inciso I, do mesmo Código, o qual prevê a aplicação de multa para quem infringir as normas. Assim, não haveria a necessidade de se recorrer à indenização por dano moral a fim de se prevenir ou punir um ato ilícito.

No mesmo voto, é afirmado ainda, que a condenação por danos morais está relacionada à quebra da expectativa do consumidor sobre a segurança do produto adquirido⁶⁹.

Contudo, deve haver, seja comprovado ou presumido, um dano à personalidade que cause dor ou sofrimento para o consumidor. Assim, a mera quebra de expectativa do consumidor em receber seu alimento próprio para o consumo não seria o suficiente para caracterizar o dano moral.

O Min. Marco Buzzi votou no sentido de que o dano moral não era *in re ipsa*, mas que o dano estaria comprovado e caracterizado pelo: “(i) o corpo estranho presente no alimento seja distinto da substância ou constituição natural do alimento; e (ii) capaz – por prova bastante – de causar risco à saúde ou incolumidade física do consumidor caso ingerido, manuseado ou utilizado”.

Todavia, o dano que se pretende indenizar e demonstrar é o dano moral, ou seja, o abalo sofrido pelo consumidor. As mencionadas evidências não representam um dano em si para o consumidor, mas sim as suas possíveis causas⁷⁰.

Os dois votos foram no sentido de que o dano moral existe nos casos em que não há a

⁶⁹ “Como se observa do texto legal, a imputação da responsabilidade do fornecedor por defeito do produto está correlacionada à frustração da razoável expectativa de segurança do consumidor, que possui interesse, legitimamente resguardado pelo ordenamento jurídico, de que os produtos colocados no mercado de consumo não apresentem periculosidade ou nocividade a ponto de causar danos às pessoas que são expostas aos mesmos. STJ, REsp 1899304/SP, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25.08.2021, DJe 04.10.2021.

⁷⁰ Nesse sentido, não é possível afirmar que o dano sofrido é um acidente de carro; o dano, na realidade, são os prejuízos causados pelo acidente e não o acidente em si.

ingestão do alimento impróprio para consumo, apenas o *quantum* indenizatório deve ser proporcional, ou seja, se não houve ingestão do alimento, a indenização deve ser de menor valor.

Por outro lado, o Min. Luis Felipe Salomão votou no sentido de que o dano em questão seria considerado um fato do produto, tendo em vista que ultrapassa o limite do valor do alimento. Sendo, assim, necessário constatar-se o dano para que haja a responsabilidade civil.

Ademais, salientou que não é possível haver a caracterização de responsabilidade civil, quando o agente comete apenas um ato ilícito, o que seria contrário aos preceitos do próprio instituto, que tem a função de indenizar.

Cumpre ressaltar que, como foi exposto na Seção I da presente tese, a função reparatória da responsabilidade civil encontra fundamento legal no artigo 944 do Código Civil, tendo em vista que a indenização deve ser medida na extensão do dano.

Assim, seria necessário ocorrer a violação de um direito da personalidade, não bastando um mero dissabor ou mero descontentamento, pois alguns aborrecimentos são comuns no cotidiano das pessoas.

Todavia, o voto do Min. Luis Felipe Salomão foi vencido.

Dessa forma, nos termos do acórdão analisado, ficou assentado o entendimento de que há indenização por dano moral quando não há a ingestão do alimento impróprio para consumo, mesmo que diminuído o valor da indenização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi exposto durante o presente trabalho, a teoria da sociedade do risco criou um grande impacto na responsabilidade civil, mitigando os requisitos do instituto. Assim, o dano é um desses requisitos o qual se pretende mitigar.

Todavia, não é possível haver a responsabilidade civil, sem haver dano, tendo em vista que o instituto no Brasil, diferentemente dos *torts* da *Common Law*, não possuem uma função preventiva e punitiva dos atos ilícitos, mas sim uma função compensatória.

Dessas mencionadas funções já se ocupam outras áreas do direito, como o Direito Administrativo e o Direito Penal. Cabendo, portanto, ao Direito Civil, apenas regular as questões entre os entes privados.

Sendo assim, a condenação em indenização por danos morais nos casos em que não ocorreu dano aos direitos da personalidade, ou seja, um grave abalo moral, não mereceria prosperar.

Cumpre ressaltar que o presente trabalho defendeu a necessidade de dano como elemento para a responsabilidade civil, não necessariamente a ingestão do alimento causaria dano⁷¹, como foi mencionado hipoteticamente no acórdão do REsp 1644405/RS, se o consumidor levasse um inseto à boca, por exemplo, poderia ser considerado que houve um dano, pois houve a sensação de repulsa e nojo.

Também cabe diferenciar o dano moral *in re ipsa* da responsabilidade civil sem dano. No primeiro caso, seria apenas uma presunção de que houve dano tendo em vista a sua difícil comprovação.

De forma contrária ao que foi exposto, o voto vencedor da Segunda Seção no julgamento do REsp 1899304/SP considerou que apenas o risco de dano à saúde seria possível de indenização. Confirmando, assim, o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que existe um dano moral sem dano.

O voto vencido se baseou na aplicação direta do direito humano à alimentação adequada para afirmar que o fornecedor violara um direito fundamental e apenas o risco à saúde e à integridade física do consumidor poderiam causar um dano moral.

Dessa forma, resta a reflexão se é possível interpretar o ordenamento jurídico de forma

⁷¹ Outro exemplo a se ter em mente seria o de uma pessoa que compra alimentos para oferecer aos seus convidados em uma festa e o alimento causa mal estar em todos os convidados. Nesse caso, o consumidor passaria por uma situação de constrangimento perante seus conhecidos, havendo um dano à honra objetiva, não restando dúvida sobre o abalo moral sofrido.

diversa daquela que está prevista em lei para a todo modo beneficiar os consumidores. No entanto, tal medida interpreta de maneira deturpada a lei que foi instituída de forma democrática, abrindo margem para possíveis abusos interpretativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Forense: Rio de Janeiro, 2006

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, v. 413, ano 107, p. 361-378, jan/jun 2011

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3^a ed. rev., ampl. e atual., 2005

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? (I). *Revista Eletrônica Conjur*. 18.04.2016. Coluna de Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano>>. Acesso em: 21.11.2021

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? (II). *Revista Eletrônica Conjur*. 25.04.2016. Coluna de Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-25/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano-ii>>. Acesso em: 21.11.2021

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? (III). *Revista Eletrônica Conjur*. 02.05.2016. Coluna de Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano-iii>>. Acesso em: 21.11.2021

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? (III). *Revista Eletrônica Conjur*. 09.05.2016. Coluna de Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano-iv>>. Acesso em: 21.11.2021

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa: responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*. v. 16, n. 2, dez, 2019, p. 115-131

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v. 4. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51. e-book

GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada por Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. Livro digital

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo* [livro digital]. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* [livro digital]. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.1. 31. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil* [livro digital]. 12 ed. rev. atual. e ampl. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018

REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do Direito Civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, p. 92-109, jan.-mar. 2010

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8, n.3, p. 115-137, jul.-set., 2016

SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral no direito do consumidor [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Forense, Rio de Janeiro, 1969

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Conjur*, 2012. <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil> Acesso em: 20/09/2021

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

STJ, REsp 1239060/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10.05.2011, DJe 18.05.2011

STJ, REsp 1252307/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 07.02.2012, DJe 02.08.2012

STJ, AgRg no REsp 1305512/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20.06.2013, DJe 28.06.2013

STJ, AgRg no AREsp 409048/RJ, rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 26.11.2013, DJe 09.12.2013

STJ, AgRg no AREsp 445386/SP, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 19.08.2014, DJe 26.08.2014

STJ, REsp 1395647/SC, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 18.11.2014, DJe 19.12.2014

STJ, AgRg no AREsp 489030/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16.04.2015, DJe 27.04.2015

STJ, AgRg no AREsp 662222/SE, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 01.09.2015, DJe 04.09.2015

STJ, AgRg no AREsp 497201/DF, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 27.10.2015, DJe 06.11.2015

STJ, AgRg no AREsp 735694/RS, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 17.11.2015, DJe 26.11.2015

STJ, AgRg no REsp 1537730/MA, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 15.03.2016, DJe 28.03.2016

STJ, AgInt no AREsp 1018168/SE, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 04.04.2017, DJe 18.04.2017

STJ, REsp 1644405/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 09.11.2017, DJe 17.11.2017

STJ, AgInt no AREsp 1272323/SP, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 13.11.2018, DJe 20.11.2018

STJ, REsp 1744321/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 05.02.2019, DJe 08.02.2019

STJ, AgInt no AREsp 1299401/SP, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 12.02.2019, DJe 25.02.2019

STJ, REsp 1768009/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 07.05.2019, DJe 09.05.2019

STJ, AgInt no REsp 1797805/PR, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 21.05.2019, DJe 06.06.2019

STJ, REsp 1801593/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13.08.2021, DJe 15.08.2019

STJ, REsp 1876046/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04.08.2020, DJe 07.08.2020

STJ, AgInt no REsp 1877119/MG, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 30.11.2020, DJe 18.12.2020

STJ, AgInt no REsp 1928861/SC, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 22.06.2021, DJe 25.06.2021

STJ, AgInt no REsp 1928377/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 09.08.2021, DJe 24.08.2021

STJ, REsp 1899304/SP, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25.08.2021, DJe 04.10.2021

STJ, AgInt no REsp 1897310/RS, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 16.08.2021, DJe 19.08.2021