

DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO*

Simone Maria Silva Magalhães

RESUMO

A legislação consumerista surgiu com o intuito de proporcionar a tutela específica do consumidor. Tal medida fez-se essencial devido ao abuso de poder emanado de um número significativo de fornecedores que se utilizavam de sua posição privilegiada, de detentores dos meios de produção, para impor suas decisões.

Os consumidores ocupam, indiscutivelmente, a posição mais frágil e têm na vulnerabilidade a sua característica marcante. A necessidade da intervenção estatal fez-se clara a fim de promover o equilíbrio na relação de consumo, que desde a origem mostra-se desigual.

Um dos abusos mais freqüente é a lesão causada aos direitos personalíssimos do consumidor, o que resulta no seu abalo moral. Esse tipo de dano acomete a esfera íntima da pessoa e provoca situações de angústia e aborrecimento.

O consumidor exerce papel vital na sociedade, pois suas ações estimulam o fornecedor a buscar novas descobertas e a superar-se constantemente. Somente uma relação equilibrada, baseada em condutas de boa-fé e respeito, pode gerar um convívio sadio e harmonioso, e contribuir para o desenvolvimento social desejado.

Palavras-chave: Consumidor – Vulnerabilidade – Relação de consumo – Fornecedor – Produto – Serviço – Dignidade da pessoa humana – Direitos da personalidade – Dano moral – Equidade – Razoabilidade

INTRODUÇÃO

A trajetória do ser humano é marcada pela sua constante ascensão. Os progressos alcançados por ele mostram-se em todos os níveis, sejam sociais, culturais ou tecnológicos. Desde o início dos tempos, passamos por diversas fases distintas, até chegarmos a um regime econômico capitalista, no qual a fabricação dos bens de consumo ganha uma nova roupagem e a produção massificada mostra-se de importância ímpar para o desenvolvimento social.

* Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT, como requisito parcial para aprovação no curso de pós-graduação Ordem Jurídica e Ministério Público. Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana.

O desencadeamento da Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, teve o escopo de aflorar no homem uma nova visão e gerou a transição do conhecido processo de fabricação artesanal, para um complexo sistema de valores agregados em cada fase produtiva.

O aumento da demanda por novos bens proporcionou uma corrida inevitável pela expansão da produtividade. Surge, então, o que conhecemos como “sociedade de massa”, na qual a produção é orquestrada pelo fornecedor que desenvolve um projeto inicial, posteriormente fabricado em série, com a devida redução dos custos de produção.

Esse novo comportamento gerou inúmeros benefícios para a sociedade, pois promoveu o desenvolvimento da indústria, do comércio e da tecnologia. Porém, acarretou o desrespeito ao ser humano, seja em termos trabalhistas, seja em termos de relações mercantis, visto que grande parte dos detentores dos meios de produção atuou como imperadores e obrigou os consumidores a se curvar em frente das vontades impostas por um grupo reduzido da sociedade.

Com o transcurso do tempo, a necessidade de regras para barrar os arbítrios fez-se urgente. O patamar almejado visava não só proteger o consumidor individualmente, mas também resguardar o sistema mercantil como um todo.

Assim, a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor – CDC, surgiu como um divisor de águas no exercício da cidadania no nosso país e tornou-se pioneiro na codificação do Direito do Consumidor em todo o mundo.¹ A partir de então, o que se vivenciou foi uma fase de remodelamento, na qual as relações existentes entre fornecedor e consumidor precisaram adaptar-se a uma nova forma, com regramentos específicos, que visavam alcançar um comportamento de respeito e boa-fé entre os envolvidos.

Atualmente, uma das grandes dificuldades que se verifica quanto à aplicação do CDC está ligada à bagagem cultural de muitos aplicadores do Direito, que montaram seu conhecimento sobre bases civilistas. Os moldes do Direito Privado iniciaram-se no século XIX, portanto, com sistema jurídico anterior à Constituição Federal de 1998 e ao Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 8.078/90, apesar de ser um marco na proteção do consumidor, aconteceu muito tardiamente perante os anseios sociais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a preocupação com o consumidor iniciou-se em 1890, com a Lei Sherman (Lei Antitruste

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 9.

americana), apesar de o grande impulso ter ocorrido a partir de 1960, com o surgimento das associações de consumidores com Ralf Nader.²

No Brasil, o Código Civil de 1916, por várias décadas, foi o parâmetro legal para as relações consumeristas. O Direito Civil e o Direito do Consumidor, no entanto, guardam inúmeras diferenças entre si, mas, devido à falta de legislação específica, aplicava-se o Direito Privado às relações de consumo, a fim de dar uma resposta legal às situações concretas. Essa mentalidade civilista remanesce na formação de muitos juristas e influencia o modo como são visualizadas as relações de consumo, causando dificuldades na interpretação da Lei 8.078/90.

A elaboração tardia do CDC, se por um lado trouxe a dificuldade em promover a adaptação a uma nova leitura de toda a sistemática jurídica, por outro, estimulou o aprimoramento e resultou em uma legislação moderna, balizadora para inúmeros países que desejam iniciar ou modernizar suas legislações de proteção ao consumidor.

O capítulo 2 do presente trabalho versa sobre a dinâmica da Lei 8.078/90 e traz suas considerações vitais, com a conceituação dos sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor, e do seu objeto, produto e serviço.

No capítulo 3, mostra-se o papel fundamental que o princípio da dignidade da pessoa humana desenvolve sobre as relações sociais, principalmente, no âmbito consumerista. O respeito aos direitos da personalidade, inerentes a todos os indivíduos, deve ser sempre observado no trato entre o fornecedor e o consumidor. Em seguida, é apontada a problemática sobre a definição de dano moral e suas peculiaridades em relação ao dano material.

Os abalos morais, provenientes da relação de consumo, são especificamente tratados no capítulo 4, no qual se discorre sobre a sua natureza jurídica. As finalidades compensatória, punitiva e preventiva são o ápice que se procura alcançar no momento da fixação da reparação do dano moral.

No capítulo 5, há a discussão dos parâmetros da reparação, a partir de seus princípios norteadores da equidade, razoabilidade e proporcionalidade. São expostas a importância desempenhada pelo respeito às leis consumeristas e a necessidade de uma justa fixação da reparação como fator capaz de contribuir para o desenvolvimento social.

A busca por uma relação de consumo estável é um desafio latente e representa um dos temas mais atuais do direito mundial. Esse equilíbrio seria alcançado, principalmente,

² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

por meio do controle dos abusos cometidos nas relações de consumo, que, além dos danos materiais, são também capazes de gerar danos morais nos consumidores.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR³

Um dos entraves para a devida aplicação dos direitos dos consumidores é que as pessoas não estão realmente habituadas aos fenômenos da sociedade de consumo, pois não foram educadas para entendê-los.

Por ser uma legislação relativamente nova, o direito consumerista sofre com a interpretação de muitos juristas que se baseiam no Direito Privado, porém suas regras em muito se diferenciam.

Por várias décadas, o Código Civil foi aplicado nas relações de consumo, visto não haver uma legislação específica para isso. Porém, muitos dos seus aspectos não são encontrados no Código de Defesa do Consumidor, por incompatibilidade natural. O *pacta sunt servanda*, por exemplo, sofreu profundas alterações, no âmbito consumerista, devido à possibilidade de revisão contratual. O respeito ao que foi pactuado entre as partes continua existindo, porém, em situações específicas, o ajuste poderá ser modificado por decisão judicial, a fim de se manter o equilíbrio entre os contratantes. Outro exemplo da diferença entre ambas as legislações está na presunção civilista de que as partes estão em igualdade de condições, o que não acontece na relação de consumo, visto que há flagrante desnível entre os agentes.

Aqueles que guardam dentro de si esses parâmetros do Direito Civil têm grande dificuldade para entender a importância de se resguardar a sociedade a partir da proteção e da defesa do consumidor. Conforme nos mostra Luiz Antonio Rizzatto Nunes,⁴ o CDC inaugurou um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, que era pouco explorado pela Teoria do Direito.

A nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXII, determina que a defesa do consumidor seja um dos deveres do Estado Brasileiro. Essa inserção constitucional colocou o consumidor na categoria de portador de direitos fundamentais. Essa importância é também explicitada ao se analisar o artigo 170 da Constituição Federal – CF, sobre a ordem

³ Todos os artigos citados neste trabalho referem-se ao Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, salvo quando expresse de forma diferente.

⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

econômica e financeira,⁵ na qual a defesa do consumidor aparece como um dos princípios gerais da atividade econômica.

O CDC é uma lei principiológica,⁶ de ordem pública e de interesse social, com preceitos inderrogáveis. Todas as suas regras estão submetidas aos parâmetros da Constituição Federal, e deverá haver uma profunda harmonização entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Máxima na resolução das questões que envolvam relações de consumo.

Ao discorrer sobre a Lei 8.078/90, Waldírio Bulgarelli⁷ destaca que, do ponto de vista normativo, ela é completa, quase autônoma, com incursões no Direito Privado, no campo administrativo, no plano processual e na órbita penal.

O direito consumerista busca não só apresentar um conjunto de normas e princípios, mas, também, implementar ferramentas que tornem efetiva a proteção dos consumidores. É um verdadeiro microssistema jurídico, norteador por princípios que lhe são peculiares.

A Lei 8.078/90 tem por objeto a defesa do consumidor, o que acarreta a proteção de todo o sistema econômico. Não é correto, entretanto, imaginar que ela seja tutora do mau pagador, ou que seja o instrumento para a prática de abusos, como descrito por Augusto Zenun, que diz que “o tal Código [...] ‘canoniza’ o consumidor, enquanto manda os fornecedores para o 8º círculo do inferno, descrito por Dante”.⁸

O que se busca com a legislação consumerista é compensar a desigualdade existente entre os entes, para que eles desenvolvam seus papéis dentro de um ambiente mais justo e seguro para ambos. Com isso, a proteção dispensada ao consumidor não é aleatória, mas, sim, baseada em uma situação fática concreta, na qual se verifica que a tutela estatal é necessária para banir a sua submissão em frente da imposição de poder por parte do fornecedor.

Conforme Gerard Cas, o “legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os contratantes devem sempre curvar-se

⁵ Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor.”

⁶ “Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regada por outra norma infraconstitucional.” (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66).

⁷ BULGARELLI, Waldírio. *Direito do Consumidor*, apud CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de Carvalho. *A lesão consumerista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 94.

⁸ ZENUN, Augusto apud FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 11.

diante do que os juristas modernos chamam de ordem pública econômica”.⁹ Dessa forma, a atuação do Estado faz-se indispensável na regulação, na disciplina e na fiscalização concernentes às relações consumeristas, a fim de se alcançar algum equilíbrio, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou impondo limites a certas práticas de mercado.

2.1 CONCEITOS

O Código de Defesa do Consumidor incide exclusivamente sobre as relações de consumo, ou seja, é necessário que existam os sujeitos (fornecedor e consumidor) e o objeto (produto ou serviço). Portanto, devido à especificidade no âmbito de aplicação, a existência de relação jurídica de consumo é um dado fundamental para se incidir a proteção conclamada no CDC, ou na legislação consumerista extravagante.

Os legisladores da Lei 8.078/90 optaram por definir conceitos e suprimiram essa tarefa dos doutrinadores e da jurisprudência. Os clássicos desaconselhavam a conceituação legal, por não fazer parte das atribuições do direito material positivo.¹⁰ Como veremos, o CDC, ao trazer essas definições, facilitou bastante a tarefa dos intérpretes do direito, mas não ficou imune a críticas.

O argumento de muitos doutrinadores é o de que, ao se conceituar, corre-se o risco de congelar o instituto no tempo e não conseguir este se adaptar às constantes mudanças ocorridas na sociedade. A dificuldade encontrada é a de se alcançarem conceitos na medida certa, que não restrinjam e nem abranjam demais e que consigam ter um caráter de perpetuidade.

Atualmente, percebe-se que o legislador acertou ao promover a conceituação dos seus institutos fundamentais, que serviu, acima de tudo, para dirimir controvérsias e sustentar a concretização do Direito do Consumidor no cenário jurídico nacional.

2.1.1 CONSUMIDOR

⁹ CAS, Gerard *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 55.

¹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 54.

Conceitualmente, conforme a língua portuguesa, percebemos que consumidor é aquele que adquire mercadorias, riquezas e serviços para uso próprio ou de sua família; é o comprador, freguês ou cliente.¹¹

Existem várias classificações para o termo. Analisando sob o âmbito jurídico, percebemos que o artigo 2º, *caput*, do CDC, define objetivamente consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A partir disso, conclui-se que é excluído da definição o consumo realizado para possibilitar atividade profissional, pois, nesse caso, não será caracterizado o destinatário final, mas, sim, uma situação na qual o produto ou serviço apresenta-se como um insumo para a produção.

A expressão “destinatário final” está intimamente ligada ao fim ao qual o produto ou serviço se propõe. Assim, um indivíduo não será considerado consumidor se adquirir algo como intermediário do meio de produção.

Como bem discorre Roberto Senise Lisboa, consumidor é, portanto, o sujeito de direito que encerra a cadeia econômica de consumo e retira de circulação um produto ou um serviço de um fornecedor.¹² Portanto, não pode invocar a proteção específica da Lei 8.078/90 aquele que, mesmo participando do ciclo produtivo, não seja o destinatário final.

Restringir o alcance do instituto visa efetivar o fim almejado pelo CDC em tutelar um grupo da sociedade que está em situação de vulnerabilidade. Com um campo de atuação delimitado, fica mais eficiente a proteção para essa classe específica. Se todos os indivíduos que atuam no mercado fossem considerados consumidores, o CDC perderia a sua essência e deixaria de ser um direito especial de proteção para ser um direito comum e perderia, assim, sua eficiência para equilibrar a relação de consumo.

A conceituação do artigo 2º, *caput*,¹³ refere-se ao consumidor padrão ou *standard*. O CDC, porém, apresenta outras três vertentes, e surge a figura do consumidor por equiparação, seja relacionado à tutela coletiva (artigo 2º, parágrafo único), sejam os casos de acidentes de consumo (artigo 17), ou os ligados às práticas comerciais (artigo 29).

¹¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 815.

¹² LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 193.

¹³ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

2.1.1.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O aspecto mais importante a ser verificado é que o consumidor sempre está em posição de inferioridade perante o fornecedor, pois este é o controlador das práticas de fornecimento. O artigo 4º, inciso I, apresenta o princípio da vulnerabilidade e reconhece que esta é uma característica intrínseca que se liga intimamente ao próprio conceito de consumidor. Por essa razão, o CDC traz a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor, que arca com a reparação do dano, seja patrimonial ou moral, por explorar uma atividade de risco no mercado de consumo. Dessa forma, concluímos que o risco da atividade é atrelado ao fornecedor, que não pode, em circunstância alguma, imputá-lo ao consumidor, visto que aquele é o que controla os meios e usufrui os frutos da produção.

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), decisivamente influenciada pelos “países do primeiro mundo”, em 10 de abril de 1985, editou a Resolução n. 39/248, e, entre outros aspectos, positivou o princípio da vulnerabilidade no plano internacional.¹⁴

A vulnerabilidade do consumidor é proveniente do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput*, CF), e parte da idéia segundo a qual os desiguais devem ser tratados desigualmente, na proporção de suas desigualdades, a fim de que se obtenha a igualdade desejada.¹⁵ Vulnerabilidade não é submetida ao critério da razoabilidade, pois o legislador presumiu *iure et de iure* a sua existência em uma relação de consumo e fixou que o destinatário final de produtos e serviços é a parte que necessita ser amparada de forma mais favorável pela legislação.¹⁶

Podemos afirmar, assim, que a “vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses, identificado no mercado” (Rippert, *La règle morale*), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, Rapport,), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos e desequilibra a relação.¹⁷

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” dessas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-

¹⁴ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 69.

¹⁵ Olga Maria do Val e Fábio Ulhoa Coelho *apud* LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144.

Boulevard, Rapport), é a técnica para empregá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação dessas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.¹⁸

2.1.1.2 PESSOA JURÍDICA COMO CONSUMIDORA

Percebemos que o Brasil é um dos poucos países que inseriu a pessoa jurídica no conceito de consumidor. Esta é uma das grandes discussões atuais, visto que causa dificuldades na delimitação e na aplicação do direito consumerista.

Existem algumas teorias sobre a delimitação do âmbito de aplicação do conceito de consumidor a partir da definição do que seja “destinatário final”. Entre as principais, temos a teoria maximalista, a finalista e a finalista aprofundada.

Para os finalistas, a tutela só existe porque os consumidores são vulneráveis. Dessa forma, destinatário final deve ser interpretado restritivamente e unir o destinatário fático e o destinatário econômico do bem. Assim, não basta retirar o bem do círculo produtivo, é necessário também não inseri-lo novamente, ou seja, não utilizá-lo como insumo ou revendê-lo com intuito de obter lucro. Essa interpretação alia a figura do consumidor àquele que utiliza o bem para uso próprio ou de sua família. Para essa teoria, o consumidor só existirá com a presença obrigatória de três elementos: vulnerabilidade, destinatário fático e destinatário econômico.

Cláudia Lima Marques e Eduardo Turkienicz afirmam que a teoria finalista foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal-STF por ocasião do julgamento do pedido de homologação de Sentença Estrangeira n. 5.847-1.¹⁹

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 36, p. 221-240, out./dez. 2000 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 37.

Conforme Héctor Valverde Santana, o caso concreto versa sobre a pretensão da empresa irlandesa Aiglon Dublin Limited consistente na homologação do laudo arbitral elaborado pela Liverpool Cotton Association Limited, que condenou a empresa brasileira Teka – Tecelagem Kuenrich S/A a pagar a importância de US\$ 1.893.318,09, referente à diferença de preço na compra de algodão. A empresa brasileira contestou a ação e alinhou, entre outros argumentos, a condição de consumidora de algodão para tentar afastar cláusulas contratuais limitadoras de direitos do consumidor, violação do direito de informação e nulidade da cláusula de eleição do juízo arbitral. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária e à unanimidade, não acolheu os argumentos da empresa brasileira e homologou o laudo arbitral estrangeiro.

Cláudia Lima Marques e Eduardo Turkienicz sustentam que o Supremo Tribunal Federal afastou a pretensão da empresa brasileira ao considerar que a compra do algodão importado com fim de produção retira-lhe a condição de consumidora. Consideram, pois, que, no caso concreto acima noticiado, houve uma interpretação finalística, sistemática e teleológica do artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, necessária à elucidação da definição de consumidor. Sustentam que a mera interpretação literal é insuficiente, pois a compreensão da definição de consumidor exige uma interpretação mais restritiva, não se resumindo à destinação final fática dos

Já para os defensores da tese maximalista, o CDC teria normas para regular o mercado de consumo de forma ampla, e não somente para proteger o consumidor. Seria voltado para todos os sujeitos que compõem o mercado, sejam eles consumidores ou fornecedores. Dessa forma, o conceito de consumidor deve ser extenso, a fim de ser aplicado ao maior número de relações comerciais possíveis.

Para os maximalistas, o destinatário final seria tão-somente o destinatário fático, não se apreendendo ao destinatário econômico. O que importa nesse caso é a retirada do produto ou serviço do mercado, independentemente do fim que ele tenha, visto que o Código de Defesa do Consumidor não fez distinção se o produto deve assumir função de suprir necessidades pessoais ou comerciais.

Essa foi a teoria adotada inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, nos primeiros julgados após o advento Lei 8.078/90. Porém, com o passar do tempo, percebeu-se que ampliar em demasia o âmbito de aplicação do CDC tem um efeito negativo, pois, em vez de alargar as medidas protetivas, acaba por distanciar o foco legal de efetiva proteção do consumidor.

Atualmente uma nova tese começa a ganhar força. É a teoria finalista aprofundada. Nela, interpretam-se as normas do CDC de forma mais subjetiva, para se definir consumidor, e, mais finalista e objetiva, quanto à atividade do fornecedor.²⁰

Com essa postura mais flexível, os finalistas estão admitindo que, em determinados casos, reconheça-se a pequena empresa ou o profissional que adquire um bem, para aplicação fora de sua área de atuação, como sujeitos da relação jurídica e outorgue a eles a proteção consumerista.

Percebe-se, pelas decisões mais recentes do STJ, essa linha de pensamento, na qual a pessoa jurídica será considerada consumidora se estiverem presentes a vulnerabilidade e *expertise* diversa da sua área de atuação:

Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não-constatação.

A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC.

Negado provimento ao agravo.²¹

produtos e serviços, mas também à identificação da destinação econômica dos mesmos, tudo em harmonia com o princípio da vulnerabilidade.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 687.239AgRg/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui; Terceira Turma; Data do julgamento: 6.4.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 6 jul. 2008.

2.1.1.3 CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

A Lei 8.078/90 não limitou o consumidor ao conceito padrão do *caput* do artigo 2º. Junto a esse, temos a figura do consumidor por equiparação e pode ser a coletividade de pessoas, as vítimas de acidente de consumo ou aqueles que foram expostos às práticas comerciais abusivas. Nessa situação, a pessoa será considerada consumidora mesmo que não haja relação direta de consumo, no caso específico, podendo se beneficiar da tutela legal.

O ponto principal é perceber que muitos indivíduos podem ser atingidos pelas ações dos fornecedores, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*.

2.1.1.3.1 A COLETIVIDADE DE PESSOAS

O parágrafo único do artigo 2º determina que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Sendo determinadas ou não, as pessoas que tenham atuado em uma relação de consumo serão equiparadas a consumidores. O que se privilegia aqui são os interesses de uma coletividade, possibilitando a tutela dos direitos difusos ou coletivos, conforme artigos 81 a 107 do CDC.

2.1.1.3.2 VÍTIMAS DO EVENTO

As relações de consumo não têm âmbito limitado ao consumidor individual. Ao contrário, existe o caráter da transindividualidade ínsita à própria sociedade de massa em que vivemos.

O artigo 17 determina que, nas situações de responsabilidade por fato do produto ou do serviço, equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento. É caso de responsabilidade civil objetiva.

Sérgio Cavalieri Filho define o “fato do produto ou do serviço” como um acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito do produto ou do serviço. Aqui encontramos a figura dos “acidentes de consumo”, nos quais o evento atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor e seu patrimônio.²²

²² FILHO, Sérgio Cavalieri *apud* MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 357.

Ocorrendo um acidente de consumo, tanto o consumidor padrão, quanto o terceiro prejudicado deverão ter seus danos reparados pelo fornecedor, que tem o dever legal de introduzir no mercado produtos ou serviços seguros, próprios para o consumo. Não é necessário, portanto, que o terceiro, ou consumidor equiparado, mantenha uma relação contratual com o fornecedor em questão, pois a responsabilidade pela reparação é objetiva e ditada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

2.1.1.3.3 CONSUMIDOR EXPOSTO ÀS PRÁTICAS COMERCIAIS

Conforme o artigo 29, “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Essas práticas são aquelas ligadas à oferta, à publicidade, aos métodos abusivos, à cobrança de dívidas, ao banco de dados, ao cadastro de consumidores e à sua proteção contratual.

Esse dispositivo visa reprimir abusos provocados pelo poderio econômico do fornecedor e preservar os interesses existentes no mercado de consumo, assentado na lealdade e boa-fé, visto que é sabido que fatores como oferta e publicidade, por exemplo, são capazes de influenciar de maneira prejudicial as pessoas expostas a elas.

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a definição de consumidor estabelecida no artigo 29 disciplina o sujeito vulnerável da relação de consumo no aspecto abstrato, em contraposição à definição concreta do artigo 2º, *caput*.²³

Não se faz necessário o laço contratual, pela própria natureza dos atos, mas tão-somente a exposição das pessoas às práticas comerciais contrárias à determinação legal e ao princípio da boa-fé. Percebe-se, além do caráter repressivo, o cunho preventivo dos direitos transindividuais, ao se deterem potenciais efeitos danosos de tais práticas comerciais.

2.1.2 FORNECEDOR

O outro sujeito que compõe a relação de consumo é o fornecedor. A sua definição é prevista no *caput* do artigo 3º do CDC, em que se lê:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção,

²³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos *et al apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 41.

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Em síntese, percebemos que fornecedor pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, que exerce sua atividade profissional ao introduzir bens ou serviços no mercado de consumo. O conceito é amplo e abrange qualquer sujeito, independente de ser nacional ou estrangeiro, público ou privado, e pouco importa a forma, mas, sim, a atividade profissional por ele exercida.

Não há exclusão alguma quanto à condição ou à personalidade jurídica, visto que a intenção do CDC é ampliar o rol de fornecedores, a fim de promover maior tutela aos consumidores. A Lei 8.078/90 não faz distinção entre os tipos de pessoas jurídicas, portanto não cabe ao aplicador do direito interpretar de forma restritiva, pois fica claro que o legislador quis criar um conceito extenso. Assim, são fornecedores as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, fundações, associações, sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias, entre outras.

O ato de “desenvolver atividade” é vasto e não importa se ele é típico, atípico regular ou eventual. Nesse sentido, até mesmo a pessoa física que não seja comerciante, mas que realize uma atividade comercial ou industrial será considerada fornecedora, mesmo que seja de forma extremamente eventual.

No âmbito da pessoa física, também temos o profissional liberal,²⁴ que, apesar de ser uma exceção à responsabilidade objetiva prevista pelo CDC, é considerado fornecedor e responde subjetivamente pelos atos que causarem danos aos consumidores.

Os entes despersonalizados também foram arrolados pelo legislador. Como exemplos temos a herança vacante ou jacente, a massa falida, o espólio e as pessoas jurídicas de fato. A intenção é não excluir situações em que o fornecedor se poderia beneficiar do estado em que se encontra para, conseqüentemente, não se responsabilizar pelos danos provocados por ele. Seria incoerente, então, que a massa falida não fosse considerada fornecedora, pois, apesar de a pessoa jurídica falir, ainda existirão no mercado bens disponibilizados por ela. A falência não pode ter a força de suplantar o Código de Defesa do Consumidor e deixar todas as pessoas que adquiriram seus produtos ou serviços sem a proteção legal. Da mesma forma, um comerciante sem regularização não se poderia beneficiar da sua informalidade para desrespeitar as normas consumeristas a que está submetido como fornecedor.

²⁴ Art. 14, CDC: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

2.1.3 PRODUTO

Após discorrer sobre os sujeitos da relação de consumo, partimos agora para a análise dos objetos. O primeiro deles é o produto, conceituado no artigo 3º, § 1º, do CDC, como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno, o conceito de produto refere-se a bens que detêm tutela jurídica e valor patrimonial. É qualquer objeto destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.²⁵

Verifica-se mais uma vez que o legislador deu uma definição ampla a produto, com o intuito de abranger todos os bens disponíveis no mercado de consumo, não correndo o risco de excluir qualquer caso concreto da vida cotidiana, que se torna mais complexa a cada dia.

Um determinado bem será considerado produto se preencher os requisitos traçados pelo CDC, ou seja, deve ser introduzido no mercado pelo fornecedor, com a intenção de ser vendido ao consumidor. Caso careça de alguma dessas figuras, não haverá relação jurídica de consumo e, conseqüentemente, não haverá produto na concepção consumerista. O que existirá, então, será uma relação civil, como a que acontece quando dois particulares vendem determinado bem entre si, sem o objetivo de auferir lucro.

A Lei 8.078/90 conceitua produto de uma forma própria, porém não descreve o que seja bem móvel, imóvel, material e imaterial. Assim, faz-se necessário recorrer ao ordenamento do Código Civil para delimitar esses institutos.

O artigo 79 do Código Civil discorre que “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. São também considerados imóveis para os efeitos legais, conforme o artigo 80, “os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, assim como o direito à sucessão aberta”. Também não perdem o caráter de imóveis (artigo 81) “as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local, e os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem”.

Em determinadas situações, o bem imóvel é objeto de relação jurídica de consumo, como nos casos de venda de lotes de terra por parte do responsável pelo parcelamento regular do solo, ou a alienação de unidades habitacionais em edifícios construídos sob o regime de incorporação imobiliária. Em ambas as hipóteses a venda de

²⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*, p. 48.

imóveis é praticada por fornecedores no mercado de consumo, mediante oferta pública ou massificada.²⁶

Com relação ao bem móvel, o Código Civil, no artigo 82, descreve que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Consideram-se móveis para os efeitos legais “as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações” (artigo 83 do Código Civil). Os materiais destinados a alguma construção conservam sua qualidade de móveis enquanto não forem empregados; os que resultarem de demolição retomam essa qualidade (artigo 84).

2.1.4 SERVIÇO

O serviço é o outro objeto da relação de consumo. O CDC o define como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (artigo 3º, § 2º).

Conforme observa Philip Kotler,²⁷ os serviços podem ser considerados como atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda. Em termos práticos, são utilidades prestadas pelo fornecedor que visam suprir as necessidades dos indivíduos.

Novamente percebemos o condão ampliativo da norma na conceituação do instituto. O termo “qualquer” deixa evidente que o dispositivo refere-se a um rol exemplificativo, com numeração aberta, para nele se enquadrarem todos os casos concretos referentes à prestação de serviços.

Ao fixar que deve haver remuneração, fica claro que o CDC não contempla como serviço a hipótese da gratuidade. A remuneração é o elemento caracterizador. Assim, a prestação de serviço a título gratuito não é amparada pela legislação consumerista. Apesar da confusão que a afirmação pode causar, é importante vislumbrar, no entanto, que a remuneração pode se dar de duas formas: a direta e a indireta.

²⁶ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 48.

²⁷ KOTLER, Philip *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 48.

Em situação mercadológica padrão, verifica-se a remuneração direta sempre que há uma contraprestação do consumidor pelo serviço oferecido pelo fornecedor, ou seja, esse vende e aquele paga.

Na remuneração indireta, porém, não há essa contraprestação clara, pois, geralmente, o valor do “brinde” está diluído contabilmente no custo total dos serviços oferecidos, caso em que a coletividade de consumidores arca com esse dispêndio. A gratuidade é uma das formas utilizadas para atrair o cliente, que gera, por si só, posterior remuneração, em que o consumidor paga indiretamente pelo serviço “gratuito” que está recebendo. O que inicialmente aparenta não ter ônus está amparado pela previsão de remuneração indireta, atual ou futura.

Claudia Lima Marques faz uma observação importante a respeito da remuneração. Ela esclarece que “o artigo 3º, § 2º, do CDC, se refere à remuneração dos serviços e não à sua gratuidade. ‘Remuneração’ significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. ‘Gratuidade’ significa que o consumidor não paga, logo não sofre um *minus* em seu patrimônio”.²⁸

Entre todas as atividades remuneradas como serviço, a legislação só criou uma exceção que não poderá compor uma relação jurídica de consumo. É o caso do vínculo trabalhista, que, pela hipossuficiência do trabalhador em frente do seu patrão, também precisou de legislação própria.

Como a relação trabalhista é a única exceção, concluímos que os serviços prestados pelo Estado podem estar sob o manto da legislação consumerista e dependem da sua natureza e da forma de remuneração. Nesse contexto, a Administração Pública direta e indireta (sociedades de economia mista, permissionárias, concessionárias, autarquias, empresas públicas, fundações) está submetida à legislação consumerista na prestação de seus serviços.

Quanto à forma de remuneração da Administração Pública, percebemos que só será considerado serviço se o administrado o utilizar e realizar pagamento direto vinculado à atividade, por meio de tarifa ou preço público. São exemplos: o pagamento de transporte

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 395.

A autora discorre ainda que “oneroso é o serviço que onera o patrimônio do consumidor. O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser ‘remunerado’, mas não exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte, art. 230, § 2º, da CF/88) o tenha remunerado diretamente, isto é, para que ele seja ‘oneroso’ o serviço; também não importa se o serviço (o transporte) é gratuito para o consumidor, pois nunca será ‘desinteressado’ ou de ‘mera cortesia’ se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por este serviço”.

coletivo, o fornecimento de energia elétrica ou água, os serviços de telefonia móvel ou fixa. Assim, não haverá prestação de serviço se não houver remuneração correspondente.

Concernente à sua natureza, o serviço público poderá ser próprio ou impróprio. O próprio decorre da função típica que une o Estado e os seus administrados, com atividades essenciais a esse papel. São os serviços oferecidos ao público em geral, sem mensuração individual, com custeio advindo das receitas estatais, como arrecadação de impostos. Poderá ainda, ser impróprio, desempenhado em muitos casos pela iniciativa privada, sob regimes legais específicos. Nesse caso, há individualização do serviço que deverá ser remunerado.

Percebemos, então, que, na atividade estatal própria, não há incidência da legislação consumerista, visto não existir relação de consumo, e, na atividade imprópria, existem as características legais previstas pelo CDC, no qual se percebe a relação entre o consumidor, o fornecedor e o objeto contratual.

2.1.4.1 INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Mesmo com o zelo da Lei 8.078/90 em oferecer um conceito amplo para o instituto, muitos fornecedores alegaram não ser prestadores de serviços, nos ditames do código consumerista. A grande discussão surgiu em torno das instituições bancárias, mesmo estando elas expressamente previstas no artigo 3º, § 2º, do CDC.

Roberto Senise Lisboa²⁹ descreve que os principais argumentos para afastar a aplicação da lei consumerista a esse seguimento pautaram-se pelas alegações de que as atividades bancárias são ditadas por legislação específica da Lei n. 4.595/64 e não pode esta ser afastada pelo CDC. Além disso, os bancos submeter-se-iam às normas previstas no Manual de Normas e Instruções do Banco Central – MNI e não forneceriam produtos ou serviços, visto que só atuam na circulação de valores de troca e limitam-se a proceder à entrega de papel-moeda, que se configura como coisa inconsumível.

Apesar de inúmeras decisões judiciais apontarem, inicialmente, para a não-aplicação do CDC às instituições bancárias, com o tempo todos os argumentos³⁰ foram sendo

²⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 178.

³⁰ Roberto Senise Lisboa defende que o critério legal é suficiente para se aplicar às relações bancárias. Primeiro, o fato de haver lei específica regulando a atividade bancária não é suficiente para afastar o CDC, que se constitui em um microssistema jurídico dotado de normas de ordem pública e de interesse social. Em segundo lugar, a Lei 8.078/90 é uma lei ordinária, mas não é hierarquicamente inferior à Lei Complementar 4.595/64. A lei complementar possui procedimento legislativo e *quorum* específicos para aprovação, mas não é superior à lei ordinária. Terceiro, o fato de o MNI e de o artigo 38 da Lei 4.595/64 diferenciarem serviços e operações não justifica a afirmação de as instituições estarem excluídas da incidência da Lei 8.078/90, já que o dinheiro é bem fungível, móvel e juridicamente consumível. E, finalmente, a atividade bancária oferece inúmeros serviços,

suplantados. O próprio dispositivo legal já deveria ter a força suficiente para justificar a aplicação. Porém, não foi o que se verificou, fazendo-se necessária a edição da Súmula 297, pelo STJ com o seguinte teor: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Recentemente, os consumidores tiveram outra grande vitória, ao ser julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade³¹ – ADI n. 2.591, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, ajuizada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras – Consif. Nesse julgamento, o STF considerou constitucional o § 2º do artigo 3º do CDC, ou seja, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitárias devem ser incluídas no

como a cobrança de títulos, a custódia de valores, a emissão e a movimentação de certificados de ações e debêntures, entre outros, e desempenha uma complexa atividade profissional, assume riscos e não pode ser privilegiada com a não-responsabilidade pelos danos causados aos seus clientes. Assim, é mais razoável entender que o CDC incide nas relações bancárias.

³¹ ADI 2.591/DF

Relator: Min. Carlos Velloso; Relator para o acórdão: Min. Eros Grau; Julgamento: 7.6.2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Reqte.: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif; Advdos.: Ives Gandra S. Martins e outros; Reqdo.: Presidente da República; Reqdo.: Congresso Nacional.

Ementa: Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia [art. 3º, § 2º, do CDC]. Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Art. 192, da CB/88. Norma-objetivo. Exigência de lei complementar exclusivamente para a regulamentação do sistema financeiro. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. Conselho Monetário Nacional. Art. 4º, VIII, da Lei n. 4.595/64. Capacidade normativa atinente à constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras. Ilegalidade de resoluções que excedem essa matéria. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 1º.5.08.

conceito de serviço, ficando as relações entre os bancos e seus clientes amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DANOS MORAIS

3.1 A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA UM PRINCÍPIO

A Constituição Federal dispõe que a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.³² Foi a Carta Magna de 1988 que concedeu à dignidade da pessoa o papel de princípio fundamental e a constituiu o cerne do nosso sistema jurídico. É um princípio constitucional estrutural, no qual o ser humano tem efetiva prioridade sobre qualquer outra previsão legal. Deve ser um padrão para aplicação e interpretação das leis e não pode ser afastado sob o risco de promoção da injustiça.

No entendimento de Luiz Antonio Rizzatto Nunes,³³ a dignidade é o “principal direito constitucionalmente garantido (...). É ela o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”. Para ele, a dignidade é um valor já preenchido *a priori*, pois todo ser humano a tem só pelo fato de ser pessoa.

Apesar de a dignidade não ter um sentido tão amplo como a vivenciada atualmente, foi na Constituição de 1967, período político autoritário experimentado pelo Brasil, que ela foi analisada como um princípio, tratado no artigo 157, II, no qual se via a “valorização do trabalho como condição de dignidade humana”.³⁴

Essa inserção na legislação brasileira foi fruto de um triste caminho traçado pelo homem, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, época em que a humanidade presenciou atrocidades jamais concebidas anteriormente.

³² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

³⁴ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

O período nazista de Adolf Hitler imputou a mensagem clara da primazia do Estado sobre o ser humano. Para se alcançar esse fim, a humanidade sofreu com a dizimação de pessoas que não faziam parte da raça pura ariana, assim como suportou o aprisionamento cruel em campos de concentração, nos quais ocorriam barbáries difíceis de serem imaginadas por qualquer indivíduo que preze o seu estado natural de pessoa.

Após tanta degradação, fez-se urgente uma mudança de mentalidade, na qual a pessoa fosse o foco das ações. Para isso, percebeu-se que o indivíduo não vivia sozinho e que seria necessária, para a sua própria sobrevivência, a tomada de medidas que impulsionassem a colaboração entre os povos, assim como a proteção do nosso ecossistema.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas – ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁵ e visou firmar como pilares básicos, em todos os povos e nações, a liberdade e a igualdade, colocando o ser humano em foco:

Artigo I Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

³⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.[...]

Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 20.4.2008.

Artigo III Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal [...].

Como percebemos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos mostrou-se como um esforço para se alcançar o respeito pela dignidade da pessoa e, por consequência, de toda a humanidade. Nesse sentido, vários países remodelaram suas legislações, conforme parâmetros mundiais, amparados pelos princípios norteadores do respeito às necessidades ínsitas do ser humano.

Emmanuel Kant³⁶ entendeu que o conceito de dignidade refletia o valor absoluto da pessoa, regido por uma lei interna, levando-a a atuar de acordo com a lei moral. Para ele, “todas as coisas da natureza agem segundo leis. Só o ser racional tem a faculdade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo os princípios; por outras palavras, só ele tem uma vontade”.

Para Miguel Reale,³⁷ a pessoa é o único ser que consegue assimilar valores, não se limitando apenas a fatores psicológicos e biológicos, mas com capacidade de inovação e superação, uma vez que pode dar sentido aos atos e às coisas. O ser humano tem consciência de si mesmo, e sua existência está acompanhada da idéia de pessoa dotada de dignidade.

Na visão de Maria Celina Bodin de Moraes,³⁸ a dignidade faz parte de todo ser humano. Sendo valor universal, não admite gradação ou hierarquia, de homem algum pode ser excluído esse valor, mesmo que ele próprio não reconheça nos outros a dignidade que possuem. O conceito de dignidade está ligado à autonomia e à autodeterminação; as pessoas devem respeitar suas diferenças, suas peculiaridades, seu modo de ser. A dignidade atua como um vetor para a interpretação e a aplicação das normas legais.

A dignidade pode estar relacionada a qualquer outro preceito fundamental. O direito à liberdade só estará completo se ocorrer de forma pacífica, sem interpelações injustificáveis às ações do indivíduo. Da mesma maneira, o direito à vida só será realmente alcançado se estiver atrelado a uma existência digna, pois de nada adiantará a idéia de vida sem dignidade.

³⁶ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.

³⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 210 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, ano 6, n. 65, p. 21-32 *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.34.

O jus-ambientalista Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁹ discorre sobre a dignidade humana e utiliza a expressão “mínimo vital”. Para ele, o respeito a esse princípio só acontece se assegurados os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna,⁴⁰ que está intimamente ligado ao *caput* do artigo 225 do mesmo diploma legal. Portanto, só encontraremos o auge do respeito à dignidade se forem reverenciados fatores essenciais como a saúde, o trabalho, a educação, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, a moradia, o lazer e a segurança. Se qualquer um dos direitos sociais não for observado, longe estaremos da tão sonhada proteção real. O autor discorre ainda sobre a importância de se prezar por um meio ambiente equilibrado, pois de nada adiantaria alcançar o desenvolvimento social se não houver perspectiva de futuro desse bem tão essencial à nossa sobrevivência. O ser humano “evoluído” não conseguiria perdurar sem o seu *habitat* natural.

O princípio da dignidade é algo dinâmico, que se modifica com o desenvolver da sociedade. Dessa forma, ele se mostra com amplitude e abstração e exige interpretação ponderada, conforme a situação concreta vivida no momento.

Da mesma maneira que o princípio da dignidade da pessoa humana tem cunho constitucional, a defesa do consumidor⁴¹ também tem esse amparo, justamente por figurar como uma das facetas que compõem o abstrato princípio da dignidade. Luis Roberto Barroso⁴² defende que “qualquer norma inscrita em uma Constituição rígida é dotada de supremacia, situa-se no vértice do ordenamento jurídico, serve de fundamento de validade a todas as demais normas”.

Por estar prevista entre os direitos e garantias fundamentais, a defesa do consumidor mostra-se como cláusula pétrea e é seguramente um dos grandes progressos atingidos pela legislação brasileira, em consonância com a economia de mercado.

³⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais *apud* NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

⁴⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (...)

⁴¹ Art. 5º, XXXII, CF: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar, p. 69-70 *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38.

A “Política Nacional de Relações de Consumo”, ditada nos artigos 4º e 5º da Lei 8.078/90, traça como um de seus objetivos⁴³ o respeito à dignidade do consumidor. Assim, qualquer ato público, seja ele judicial, executivo ou legislativo, deve sempre atentar para essa finalidade. No mesmo enfoque, é imperativo que as ações privadas sigam esse parâmetro, a fim de se colocar como primazia a tutela da dignidade humana.

Nas relações consumeristas, as ações devem ser pautadas pela boa-fé e seguir deveres de conduta. Sempre que algum direito do consumidor for violado, é primordial a devida reparação dos danos, sejam eles de natureza patrimonial ou moral. É justamente o desrespeito à dignidade da pessoa que gera o dano moral nas relações jurídicas de consumo.

Por se tratar de um assunto tão vital, a Organização das Nações Unidas promulgou a Resolução nº 39/248, em 1985, referente aos direitos fundamentais dos consumidores. Por se referir à prerrogativa de caráter universal e indisponível, em consonância, inclusive, com os direitos humanos, impossível é pensar em respeito à pessoa se não há respeito ao consumidor.

José Geraldo Brito Filomeno⁴⁴ esclarece que o item dois dessa Resolução assenta que “os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor”. O item três sintetiza que essas normas estão ligadas à proteção do consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e à segurança; fomento e proteção dos seus interesses econômicos; capacitação para que sejam aptos a fazer escolhas de acordo com as suas necessidades e desejos, por meio de informações disponibilizadas pelos fornecedores; educação para o consumo; criação de um sistema real de ressarcimento; garantia da liberdade para a formação de grupos de consumidores para participarem dos processos decisórios a eles referentes.

A proteção da dignidade do consumidor é verificada em outros momentos da Lei 8.078/90, principalmente nos artigos⁴⁵ 42 e 43, nos quais se percebe que foram criadas

⁴³ Art. 4º, *caput*, CDC: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...].

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 133.

⁴⁵ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.
Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

formas de defesa de sua honra, ao se vedar a imposição de constrangimento ou ameaça na cobrança de débitos. A inadimplência não é fator capaz de justificar uma postura rígida do fornecedor que exponha o consumidor a uma situação constrangedora, pois isso sairia da órbita patrimonial e atingiria um bem superior, qual seja, a dignidade da pessoa. Como forma também de proteção, o legislador disponibilizou ao consumidor o acesso às informações constantes sobre ele em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em proporcionar uma ampla tutela. Assim, não se limitou à proteção do patrimônio do consumidor, mas também sistematizou a responsabilidade civil por danos morais, com fundamento na ofensa de algum direito extrapatrimonial.

O Código Civil de 1916 não deu muito enfoque aos direitos da personalidade, o que dificultou o desenvolvimento teórico desse tema. Com efeito, o legislador do Código Civil de 2002 discorreu sobre o assunto, o que proporcionou uma mudança do paradigma patrimonialista anterior, para uma visão contemporânea, em harmonia com a Constituição Federal, que se preocupa em tutelar os direitos inerentes ao ser humano. Há uma alteração estrutural na qual se observa o abandono do patrimonialismo e a colocação da pessoa como centro da relação jurídica.

Diversas são as denominações dadas ao assunto. Entre as principais temos: “direitos subjetivos”, “direitos essenciais”, “direitos fundamentais”, “direitos pessoais”, “direitos individuais”, “direitos personalíssimos”, “direitos privados da personalidade” e “direitos da personalidade”, como demonstram Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Filho⁴⁶. A forma adotada pelo legislador e pela doutrina majoritária é o termo “direitos da personalidade”.

A classificação dos direitos da personalidade, elaborada por Rubens Limongi França,⁴⁷ tem sido bem aceita entre os doutrinadores. Inicialmente esse autor estabeleceu uma disposição baseada nos atributos relativos à integridade física, intelectual e moral. Quanto à integridade física temos como exemplos os direitos relativos à vida, aos alimentos, aos atinentes ao próprio corpo, sobre o corpo alheio e sobre as partes separadas do corpo, sendo, nos três últimos casos, o corpo vivo ou morto. Na integridade intelectual, percebemos direitos ligados às liberdades de pensamento, artísticas, autorais e de invenção. Já na integridade moral, temos direitos relacionados à honra, ao recato, ao segredo pessoal, doméstico e profissional, à imagem, à identidade pessoal, familiar e social.

Muitos doutrinadores referem-se aos direitos da personalidade como a essência da pessoa. Carlos Alberto Bittar⁴⁸ diz que os direitos da personalidade são efetivamente inatos, e cabe ao Estado o seu reconhecimento e a sua proteção. Formam duas categorias: os que são próprios às pessoas e os que são decorrentes da natureza humana. Já Simone Bolson⁴⁹ entende os direitos da personalidade como sendo vitalícios, indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, sendo essenciais à condição humana.

Os direitos da personalidade são, então, aqueles essenciais à pessoa e mantêm relação direta com o princípio da dignidade humana. São os direitos inerentes ao indivíduo e também àquilo que ele esboça na sua convivência social.

Os bens materiais representam um meio de satisfação das necessidades e dos desejos. Já os atributos da personalidade representam um fim em si mesmo e confundem-se com a própria pessoa.

Pode-se conceber um homem mais rico do que outro, com maior ou menor patrimônio; entretanto, não se pode admitir um homem com maior direito à

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 48 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 20.

⁴⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. São Paulo, RT, v. 72, n. 567, p. 12-15, jan. 1983 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 21.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 5. ed. atualizada por Eduardo Bittar, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6-10, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.

⁴⁹ BOLSON, Simone. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista do Consumidor*, n. 52, out./dez. de 2004, p. 131-62, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.

sua integridade pessoal ou existencial do que outro. O dano moral não se caracteriza fundamentalmente por suas repercussões, mas pelo menoscabo que a atividade danosa em si mesma acarreta à pessoa (física ou jurídica).⁵⁰

Não há normatização específica no Código de Defesa do Consumidor quanto ao tema dos direitos da personalidade. Isso não induz à conclusão de que tais direitos não sejam amparados no âmbito consumerista. Ao contrário, por intermédio da interpretação, verifica-se que o CDC socorre os direitos imateriais como a saúde, a imagem, a intimidade, a honra, a vida e a educação. A lesão a qualquer direito acarreta a responsabilidade do fornecedor em reparar o dano por meio de indenização.

A necessidade de proteção dos direitos da personalidade do consumidor é ressaltada por Carlos Alberto Bittar Filho:⁵¹

[...] no atual contexto histórico-social, a moralidade tem-se mostrado objeto frágil e, portanto, amplamente suscetível de sofrer danos, e isso em função de relações contratuais e extracontratuais, de modo que toda e qualquer conduta contra ius, afora as hipóteses de abuso de direito, caso fortuito, força maior e fato da vítima, enseja o direito à reparação civil por lesão a atributos da personalidade. [...] o fato é que a personalidade é objeto de proteção na legislação dedicada à proteção do consumidor e à regulamentação das relações de consumo, e isso de várias formas, por variados mecanismos, dentro das órbitas federal, estadual, municipal, com atribuições distintas entre os poderes públicos. Acentuou-se, no entanto, o importante papel levado a cabo pela ação civil de reparação por danos morais nas relações de consumo, e isso com fito de se demonstrar uma aplicação prática da presença dos direitos da personalidade no direito do consumidor.

Os direitos da personalidade caracterizam-se como valores jurídicos, insuscetíveis de redução, que influem na autonomia privada e incutem novos critérios de legitimidade em toda a atividade econômica.⁵²

Roberto Senise Lisboa⁵³ destaca as principais características dos direitos da personalidade do consumidor:

⁵⁰ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51.

⁵¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 36, n. 143, p. 64-66, jul./set. 1999 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 22.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista Jurídica*, n. 305, março de 2003, p. 24-39, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.

⁵³ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.

- a) a extrapatrimonialidade, pois os direitos da personalidade não se sujeitam à valoração econômica e o objeto sobre o qual eles recaem é considerado coisa fora do comércio (*res extra commercio*);
- b) a originariedade, considerando-se os direitos personalíssimos direitos inatos desde a concepção;
- c) a perpetuidade, pois os direitos personalíssimos perduram durante toda a vida do seu titular, podendo excepcionalmente ultrapassar a própria existência física dele (direitos *post mortem* e direitos *ad eternum*);
- d) a indisponibilidade, pois são direitos dos quais não se pode renunciar;
- e) a oponibilidade *erga omnes*, já que o titular dos direitos personalíssimos pode defendê-los contra qualquer pessoa;
- f) a intransmissibilidade, não se tornando possível a transferência de direitos personalíssimos, a título oneroso ou gratuito;
- g) a impenhorabilidade, pois são direitos que não se sujeitam a qualquer constrição judicial ou extrajudicial, como meio de pagamento de uma obrigação;
- h) a imprescritibilidade, porque os direitos da personalidade podem ser defendidos a qualquer tempo.

Percebemos que o legislador observou a importância de se preservarem os direitos da personalidade do consumidor e colocou a vida, a educação, a saúde, a informação e a segurança, entre os seus direitos básicos elencados no artigo 6º do CDC.⁵⁴ Ainda no mesmo dispositivo legal, estabeleceu a prevenção e a reparação dos danos morais e patrimoniais.

A responsabilização do fornecedor pelo “fato do produto e do serviço”, previstos nos artigos 12 a 17 do CDC, é baseada na tutela dos direitos extrapatrimoniais. O consumidor poderá requerer a reparação dos danos materiais, dos danos morais ou da cumulação deles,

⁵⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vista à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- IX - (Vetado);
- X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

como consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Enunciado n. 37, que dispõe que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

3.3 DEFINIÇÃO DE DANO MORAL

Antes de tentar encontrar um conceito para dano moral, é importante salientar que as palavras não têm um significado inerente e inflexível. Na verdade, elas só ganham significado à medida que são aplicadas em determinados contextos. Pietro Perlingieri destaca que “o sentido não é uma qualidade da palavra, mas sua relação a uma coisa, a um contexto material ou a um contexto da experiência [...] não existe um sentido imanente à palavra”.⁵⁵

Na esfera jurídica, percebemos que o ambiente, em que as palavras são aplicadas, é repleto de valores, pois resulta da contextualização de experiências vividas pelos sujeitos. Quando se adentra na questão do dano moral, a carga valorativa aumenta, visto que nesse âmbito trabalha-se com elementos estritamente subjetivos. Assim, o Direito Civil tem grande dificuldade em construir um conceito inequívoco para esse tipo de dano. Carmen Dominguez Hidalgo⁵⁶ discorre que “não seria exagerado afirmar que a determinação terminológica sobre o conteúdo da expressão dano moral é um dos problemas mais complexos de toda a teoria da responsabilidade civil”.

Existem vários entendimentos sobre a definição de dano moral. Isso não poderia ser diferente, visto se tratar de matéria baseada em fatores estritamente subjetivos. Muitos doutrinadores visualizam essa lesão como aquela que atinge bens imateriais e não causa diminuição no patrimônio do ofendido.

⁵⁵ Essa visão não é uniforme em ciências sociais. Chaim Perelman (*Retóricas*, São Paulo: Martins Fontes, 2. ed. 1999, p. 23) aponta duas concepções específicas sobre a linguagem, os significados e os conceitos e seus usos. Na concepção realista, acredita-se ser possível conhecer a essência de uma proposição. Os significados constituir-se-iam em entidades preestabelecidas, que existem independentemente da vontade ou da tradição: seriam, portanto, eternos, imutáveis e claros. Ao cientista social, caberia depurar do pensamento que elabora tudo o que fosse confuso e indeterminado. A corrente de pensamento nominalista, por sua vez, entende os conceitos como obra humana, os significados são produzidos socialmente. Dessa maneira, são historicamente contextualizados e otimizados e existem concretamente para resolver os problemas propostos pela vida. Esse é o entendimento que se adota nesse trabalho: o sentido das palavras não resulta de uma realidade imutável e puramente lógica, como as expressões matemáticas, mas é socialmente criado. Se as palavras nascem para dentro e para fora de um contexto, forçoso se faz estabelecer seus usos possíveis. A análise conceitual será, em consequência, uma tomada de consciência do significado das palavras, em uma determinada conjuntura. Não se postulará mais clareza e univocidade de todo enunciado. O sentido de um termo (seu significado) resultará da aplicação de uma regra de uso e poderá apresentar aspectos diversos, de acordo com variedade destas normas. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

⁵⁶ HIDALGO, Carmen Dominguez. *El daño moral*. Santiago: Jurídica de Chile, 2000, tomo I, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 43.

Na visão de Arnaldo Medeiros Fonseca,⁵⁷ o dano moral é o sofrimento humano resultante de lesão a direitos estranhos ao patrimônio. Dessa forma, geram dano moral as questões referentes à ofensa a direitos políticos, personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (vida, liberdade, honra, nome, liberdade de consciência ou de palavras), causadoras de sofrimento moral ou dor física.

As definições mais modernas levam em conta os bens primordiais à existência humana. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho ensina que “dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”⁵⁸. Por sua vez, Carlos Alberto Gherzi⁵⁹ define dano moral como toda modificação negativa do espírito que gera preocupações ou estado de intensa irritação que afetam o equilíbrio anímico da pessoa.

O dano significa estrago; é uma ofensa sofrida por alguém, causando-lhe prejuízo, como bem disposto por Wilson Mello da Silva.⁶⁰ O autor esclarece, ainda, que moral é tudo aquilo que está fora da esfera material ou patrimonial do indivíduo. Diz respeito à alma, aquela parte única que compõe sua intimidade. “É o patrimônio ideal da pessoa, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afeta o patrimônio material”.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁶¹ conclui que o “dano moral é aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo”.

Anteriormente, muitos doutrinadores se portavam contra a instituição de indenização para reparar o dano moral. Glaci de Oliveira Vargas⁶² explica que esses opositores tinham, como principais argumentos, a transitoriedade do dano; a inadequação de

⁵⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Dano moral*, apud SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 92.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 74, apud SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 92.

⁵⁹ GHERSI, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 126, apud SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 92.

⁶⁰ SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*, p. 1-2 apud NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

⁶¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

⁶² PINTO, Glaci Vargas de Oliveira. *Reparação do dano moral: controvérsias e perspectivas*. Porto Alegre: Síntese, 2001, apud CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 83.

se levarem sentimentos e afetos para um Juízo; a incerteza que o direito violado pode gerar; o perigo do arbítrio do juiz; a impossibilidade de se conseguir reparar esse tipo de dano legalmente; o enriquecimento sem causa do ofendido e a imoralidade de se compensar dor com dinheiro.

Todos os argumentos opostos à reparação dos danos morais foram veementemente refutados. Conforme demonstra Flávia Viveiros de Castro, as teorias favoráveis à tutela legal baseavam-se principalmente nos seguintes argumentos:

a) a duração da lesão dependia da sensibilidade da vítima e da forma como esta fosse efetivamente reparada; b) não há escândalo em pleitear indenização por danos morais, porquanto a intimidade é direito da personalidade que merece proteção jurisdicional. Questões íntimas, relacionadas, por exemplo, à área familiar, têm sido discutidas em foros, mantendo-se o sigilo quando necessário; c) dizer que a ofensa ao foro íntimo de uma pessoa não merece proteção jurídica é aquilatará-la pelo que tem, e não pelo que é; d) a dificuldade em aquilatar-se o dano deve ser levada em favor da vítima, e não para prejudicá-la; e) o número de pessoas lesadas não pode ser obstáculo para que se arbitre a reparação, tanto no que pertine aos danos materiais tanto no que diz respeito aos morais; f) o arbítrio do juiz faz parte de qualquer decisão judicial. O importante é que esta seja corretamente fundamentada; g) não há lesão sem reparação; esta é regra fundamental do Estado de Direito; h) não há, obrigatoriamente, enriquecimento sem causa da vítima, primeiramente porque há causa, que é o ilícito sofrido, e, em segundo lugar, porque, se for fixada indenização desproporcional, poderá o ofensor recorrer da sentença e corrigir o valor fixado em sede recursal.

Com o tempo, o pensamento doutrinário mais conservador foi se adequando à nova perspectiva, e os danos morais foram sendo defendidos como merecedores da tutela jurisdicional do Estado. Aos poucos, os tribunais também passaram por uma adequação quanto ao tema, e as decisões judiciais determinavam a reparação dos danos morais sofridos pelas pessoas.

Héctor Valverde Santana⁶³ explica que o dano moral passou por três momentos distintos quanto à sua reparação. Na primeira fase, prevaleceu a teoria negativista, com expressiva oposição à possibilidade de indenização do dano moral, por considerar inconcebível atribuir valor à dor. A segunda fase é marcada por um período de transição entre a negação e a aceitação, no qual se admitia o dano moral desde que houvesse uma repercussão patrimonial. Essa teoria foi conhecida como eclética ou mista. Atualmente

⁶³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 83.

vivenciamos a terceira fase, por meio da teoria positivista, na qual se mostra incontroversa a reparação do dano que ofende algum valor extrapatrimonial do sujeito de direito. A reparação nesse âmbito não tem o cunho de realizar um pagamento pela dor, mas, sim, proporcionar à vítima uma compensação pelos dissabores provenientes da conduta ilícita do ofensor.

É importante observar que, para se caracterizar o dano moral, é necessária a ofensa a algum direito da personalidade. Pequenas chateações ou situações desconfortáveis, por si só, não têm o condão de ensejar um pedido de reparação, visto se tratar de acontecimentos cotidianos, enquadrados dentro dos parâmetros previsíveis de comportamento. Muitos julgados referem-se a esse tema como “meros dissabores do dia-a-dia”. Em consonância com esse pensamento, Sérgio Cavalieri Filho⁶⁴ procura estabelecer critérios para a configuração do dano moral e conclui:

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Na visão de Antônio Jeová Santos,⁶⁵ algumas pessoas têm grau elevado de suscetibilidade, e, nesse caso, não se deve considerar o mero mal-estar como forma capaz de afetar o âmago e causar a dor espiritual. A existência do dano moral está vinculada à demonstração de ofensa revestida de certa importância e gravidade.

Por ter um sentido amplo, o dano moral incute, em muitos operadores do direito, o temor para a segurança das relações jurídicas. Este, porém, é um medo que não se confirma, visto existirem meios capazes de conter os excessos porventura ocorridos. A melhor medida é fazer uma relação direta entre a conduta do ofensor e as consequências advindas dela.

3.4 DIFERENÇAS ACERCA DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 93.

⁶⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 111, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 94.

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Apesar de gramaticalmente poder-se concluir que a indenização será devida pelo dano moral ou pelo dano material, esta não é a interpretação legal, visto que um não exclui o outro. Como já dito, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou⁶⁶ o entendimento de que os dois tipos de danos podem gerar indenizações cumuláveis entre si.

Quanto ao dano material, a discussão é mais simples, pois a indenização tem base objetiva, é composta pelos valores que o ofendido perdeu e por aqueles que ele deixou de ganhar e visa restabelecer a situação econômica anterior à lesão.

A grande discussão dá-se em relação ao dano moral, objeto desse estudo, pois abrange uma seara totalmente subjetiva e, por conseguinte, de difícil quantificação em valores monetários. Nesse tipo de lesão, a pessoa é protegida não pelo que tem, mas, sim, pelo que ela é.

A indenização no âmbito moral tem cunho distinto do aplicado no dano material. Percebe-se que neste a indenização tem o intuito de reparar o rombo patrimonial, visto que os bens materiais são passíveis de valoração econômica. Já naquele, o que se discute não é a perda patrimonial, mas, sim, uma premissa subjetiva mais ampla, na qual a indenização assumirá uma postura diversa: a de satisfazer e punir. Por um lado o equivalente em dinheiro servirá para compensar a dor sofrida, com o objetivo de amenizá-la; por outro, servirá como uma penalidade para o causador do dano. Porém, tanto em uma quanto em outra função, a indenização por danos morais não terá o condão de levar o ofendido ao *status quo* anterior, como acontece nos danos materiais, casos em que a pessoa recebe aquilo que perdeu (dano emergente) e/ou deixou de ganhar (lucros cessantes).

Muitos doutrinadores defendem que a indenização do dano moral tem uma terceira⁶⁷ característica que é o caráter preventivo, no qual se pune o ofensor a partir de uma postura pedagógica, a fim de que ele não incida no erro.

Apesar de o cabimento da indenização por danos morais já ser previsto na legislação infraconstitucional anterior à Carta Magna, foi a partir desta que se efetivou o entendimento sobre a necessidade de dar uma resposta legal efetiva aos casos concretos.

Helena Elias⁶⁸ relata que existiram duas fases na evolução do dano moral. A primeira foi antes da Constituição Federal de 1988, marcada pela polêmica quanto ao

⁶⁶ Referente à Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁷ As funções da reparação do dano moral serão discutidas posteriormente no capítulo 4 deste trabalho.

⁶⁸ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45.

reconhecimento do dano moral. A segunda ocorreu após esse marco, em que, por força do texto constitucional, passou-se a admitir a reparação desse tipo de lesão.

Na visão de Carlos Alberto Bittar⁶⁹, a doutrina do dano funda-se em uma reação do sistema jurídico às lesões sobre os interesses e os direitos do ofendido, com o objetivo de conformar a nova situação ao *status quo* anterior ao abuso ou apresentar um valor com cunho representativo do interesse agredido. O autor considera que as perdas experimentadas pela vítima devem ter amparo legal, pois a teoria do dano é unitária e direciona-se para a plena satisfação dos interesses violados.

Na esfera moral, fazer qualquer mensuração é ato muito difícil, pois o fato atinge valores imateriais do ofendido. O ser humano tem natureza complexa, sujeita a constantes mutações. Cada pessoa tem sua história de vida, e cada uma reage de forma diferente perante as dificuldades. Assim, o que pode ser um grande abalo para alguém e ferir profundamente seu âmago, para outro pode não passar de um pequeno problema a ser resolvido. Diante disso, faz-se extremamente necessário que o juiz analise o caso concreto, a fim de fixar um *quantum* indenizatório condizente com a ofensa perpetrada.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁷⁰ elenca alguns parâmetros que poderão ser levados em consideração pelo magistrado na valoração da indenização:

- a) a natureza específica da ofensa sofrida; b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido; c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido e também sua posição social; d) a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso, e o grau de sua culpa; e) a situação econômica do ofensor; f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

Mesmo não restando dúvidas sobre a possibilidade da reparação moral, os valores arbitrados no Brasil persistem, infelizmente, em patamares ínfimos. Isso é devido, talvez, ao longo tempo em que não existia indenização nessa esfera, em contraposição à recente mudança de paradigma ocorrida na nossa vida jurídica, na qual se percebeu que, mesmo com toda a dificuldade em se alcançar um valor indenizatório, o dano moral não podia deixar de ser reparado.

⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 38, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 95-96.

⁷⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

Nesse sentido, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho⁷¹ lembra que a previsão do dano moral é algo recente na história do Direito brasileiro e afirma que a demora no reconhecimento desses danos tem como causa a “visão patrimonial e conservadora de nossa Suprema Corte”.

4 DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O ser humano tem proteção integral tutelada pelo Estado, assim, se houver afronta à pessoa, esta será merecedora de reparação, visto ser a personalidade um valor jurídico legalmente amparado. O direito de um, em contrapartida, mostra-se como um dever de todos, no qual se vislumbra preservar a esfera pessoal do indivíduo, por intermédio do respeito às suas características intrínsecas. Esse respeito advém do próprio princípio da dignidade, no qual o ser humano é colocado no centro da nossa estrutura social.

A importância dada ao semelhante coaduna-se com a boa-fé esperada nas relações de consumo. Claudia Lima Marques⁷² destaca a relevância de dar efetividade à proteção do consumidor. Para essa autora, a lei não pode ser aplicada de forma tímida, pois isso iria estimular o fornecedor a agir de forma ilícita. Quando as indenizações fixadas mostram-se de pequeno valor, elas não alteram a equação custo-benefício utilizada na prática comercial e acabam favorecendo a perpetuação das condutas abusivas.

Muitos doutrinadores criticam o uso da expressão “dano moral indenizável”, pois consideram que, a partir do momento em que surge um dano, ele deverá ser ressarcido. Dessa forma, não há um tipo de dano que seja indenizável e outro que não seja. Se há uma situação danosa, ela deverá ser indenizada; se não há, então não existe dano.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,⁷³ essa expressão também é errônea. Na sua visão, “o dano moral não é propriamente indenizável, [...] pois a indenização significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências, o que evidentemente não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial”.

⁷¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45.

⁷² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.

Caio Mário da Silva Pereira⁷⁴ menciona a existência de três subdivisões para os danos morais: os diretos, quando o bem jurídico atingido não tem caráter patrimonial; os indiretos, quando o bem atingido tem caráter patrimonial, mas reflete em outro bem de natureza extrapatrimonial; os danos em ricochete, quando a pessoa sofre o reflexo de um dano causado à outra. Os tribunais geralmente tratam o dano moral direto como dano moral puro.

No âmbito das relações de consumo, o dano moral pressupõe ofensa à proteção da pessoa relativa à sua honra, saúde, segurança, entre outros bens de igual importância. O desenvolver da sociedade deve ser o objetivo primordial de qualquer ação relativa à ordem econômica do país, conforme se depreende pela interpretação do artigo 170 da Constituição Federal. Aí se vê a preocupação em assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, a livre iniciativa deve sempre observar esse objetivo social e colaborar para uma ordem socioeconômica equilibrada e mais justa.

Não é possível aceitar que o interesse individual possa sobrepujar o interesse coletivo. Em uma economia capitalista, que tem seu foco natural no aumento da lucratividade, a interferência estatal mostra-se de vital importância, a fim de conter abusos que possam ser cometidos em busca de satisfação de objetivos particulares, aludidos nas relações de consumo. O Estado deve, então, agir de forma a estimular os agentes do mercado a atuar dentro dos parâmetros de conduta condizentes com a boa-fé e confiança. Sendo a aquisição de bens um ato essencial para a sobrevivência, é importante salvaguardar essa esfera da vida moderna. Qualquer afronta a um dever de conduta concernente à dignidade do consumidor é capaz de ensejar uma reparação por parte do ofensor.

O respeito esperado nos atos, entre consumidor e fornecedor, não se refere somente às partes envolvidas no caso concreto. O alcance nesse caso é bem mais amplo, pois uma simples relação de consumo é propulsora de geração e circulação de renda e faz parte de um sistema responsável pelo desenvolvimento de todos os setores econômicos ou sociais. Devido a tal amplitude, mostra-se evidente a importância em se promover a proteção do consumidor, parte vulnerável, pois o interesse em se ter uma relação equilibrada, com observância de critérios de respeito, não é só das partes, mas, sim, de toda a sociedade.

Sabendo da complexidade que as relações de consumo significam para a coletividade, a Lei 8.078/90 preocupou-se em salvaguardar o consumidor e procurou, também, promover o desenvolvimento por meio da integração de todos os setores envolvidos

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1998*, apud CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.

na relação de consumo. O artigo 4º do CDC trata dos objetivos da Política Nacional de Consumo, baseados em princípios essenciais para sua obtenção:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Percebe-se que o CDC apoiou-se no princípio da boa-fé para pautar suas diretrizes, como forma de propiciar a convivência simultânea entre a dignidade humana, o respeito pela pessoa e o desenvolvimento tecnológico, econômico e social. A boa-fé apresenta-se como base interpretativa dos contratos; como limite para o exercício de direitos e como parâmetro para deveres de conduta. Em última análise, a boa-fé é a propulsora de uma convivência ética e em conformidade com os modelos estabelecidos socialmente.

Para se alcançar uma ordem social, é necessária a imposição de padrões de conduta no campo contratual, a fim de se instituírem e se consolidarem expectativas. Para isso, a tutela da pessoa deve estar no ponto mais alto do sistema jurídico.⁷⁵ Nunca é demais lembrar que a questão basilar da proteção do consumidor apóia-se no princípio da dignidade humana. Nesse contexto, José Geraldo Brito Filomeno⁷⁶ esclarece que “os direitos do consumidor são uma faceta relevante dos direitos humanos e do cidadão, à medida que não apenas são universais, como também pela circunstância de que lidam diretamente com a qualidade de vida, um dos fins visados pelo bem comum buscado pela sociedade política”.

Para que exista uma relação equilibrada, o consumidor precisa ter a garantia de que os produtos disponíveis no mercado atendem aos requisitos de qualidade e segurança. Para que isso seja alcançado, é necessário que o fornecedor desenvolva com o consumidor um relacionamento pautado pela confiança. Sem isso, não seria possível a estabilidade das relações econômicas.

4.1 NATUREZA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

⁷⁵ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo*: uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.101.

⁷⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e cidadania: agente político e econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 40, out./dez. de 2001, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo*: uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101.

Como vimos, a ofensa a um atributo da personalidade é capaz de ensejar o direito à reparação do dano moral. Assim, torna-se necessário analisar qual o papel desempenhado por esse tipo de desagravo.

Quando a situação envolve afronta a um bem material, a reparação é mais objetiva, pois irá considerar o dano causado ao ofendido somado ao valor que ele deixou de auferir devido à ação ou à omissão do ofensor. Nesse caso, a indenização terá o condão de tentar restabelecer o estado em que a vítima estava anteriormente. Isso é possível por meio da substituição dos bens materiais por outros semelhantes, ou da conversão deles em seu equivalente em dinheiro, ao buscar-se uma compensação integral do prejuízo experimentado pelo ofendido.

Se o caso envolve algum bem imaterial, a reparação terá nuances diferentes pela própria natureza do bem envolvido. Em primeiro lugar, trata-se de valores íntimos, subjetivos, individuais, nos quais não há parâmetro de conversão, pois cada pessoa tem o caráter formado pela sua história de vida, pelo ambiente em que cresceu, pela forma como reage aos entraves cotidianos, ou seja, cada um tem seus traços característicos peculiares. Em segundo lugar, a reparação do dano moral não tem a característica de levar o indivíduo ao *status quo* anterior, visto ser impossível conseguir que o dinheiro apague o sofrimento que atinge valores tão intrínsecos.

A reparação do dano moral tem finalidades distintas das traçadas no dano material. Não obstante a dificuldade em se alcançar um valor que faça jus à ofensa moral, pelo seu subjetivismo, tal situação não pode ficar sem o amparo legal. Apesar da divergência doutrinária a respeito da função desempenhada pela reparação da lesão moral, conseguimos identificar como suas principais finalidades a compensação, a punição e a prevenção.

4.1.1 FINALIDADE COMPENSATÓRIA

Na finalidade compensatória, o que se busca é dar uma resposta ao ofendido que teve os seus direitos da personalidade atingidos. A compensação é atributo específico da reparação do dano moral. Na ofensa aos direitos da personalidade, não há como almejar uma proporção irrestrita entre o dano causado e o valor da indenização em dinheiro. O que se busca é alcançar uma reparação o mais razoável possível, a fim de que ela consiga cumprir o seu papel compensatório.

Para Eduardo Zannoni,⁷⁷ o dano moral constitui lesão ou menoscabo a interesses jurídicos e atuar na esfera pessoal da vítima. No seu entender, “é difícil demonstrar a realidade da lesão, do pensar, das aflições e, apesar de que tais sentimentos não tenham preço, não significa que não sejam susceptíveis de uma apreciação pecuniária”. A indenização tem um papel satisfativo, a fim de reparar o mal causado, mesmo que os efeitos não possam ser apagados.

Por muito tempo, o dano moral foi fundamentado na existência de dor suportada pelo ofendido. Atualmente, sabemos que é possível a incidência de uma afronta moral sem que isso gere especificamente a dor. Portanto, não é preceito imprescindível para a configuração desse dano a existência da aflição, agonia ou amargura, visto ser algo tão subjetivo que, por vezes, é praticamente impossível fazer prova em juízo sobre a dimensão de tais sentimentos.

Existem características tão inerentes ao ser humano que a sua violação pura e simples já é suficiente para ensejar a reparação e não necessita da demonstração da dor. Isso se verifica, por exemplo, em inúmeros casos julgados atualmente, nos quais há a inserção do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, sem a sua devida comunicação. Nessa situação, a inclusão do nome, atributo da personalidade, por si só, acarreta o dano moral, e a dor suportada pelo ofendido será uma majoração da ofensa já caracterizada pela violação, como verificado nas decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

Civil. CDC. Dano moral. Indevida inscrição do nome do consumidor no cadastro negativo do SPC. Responsabilidade objetiva da empresa fornecedora. Dano moral caracterizado. Prova desnecessária. Dever de indenizar. Arbitramento justo. Momento da incidência dos juros de mora e da correção monetária 1. É indevida a inscrição do nome do consumidor no cadastro negativo do SPC, quando o fornecedor não adota a providência de avisar por escrito e previamente o consumidor acerca da inclusão de seu nome no cadastro negativo do órgão de proteção ao crédito, como determina o § 2º do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor. 2. Indevida a inclusão do nome do consumidor em cadastro de maus pagadores de empresa de serviço de proteção ao crédito, resta para o fornecedor (artigo 3º do CDC) o dever de responder objetivamente (artigo 14 do CDC) pelos danos resultantes de seu ato indevido ao consumidor (artigo 2º do CDC). 3. Irrelevante a demonstração do prejuízo à honra do ofendido, posto que pacificou o STJ o entendimento de que a

⁷⁷ ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed., Buenos Aires: Astrea, 1993, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131.

responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (dano *in re ipsa*)⁷⁸ [...] (grifos nossos).

Civil – CDC – Danos morais – Inscrição indevida no Serasa – Empresa de telefonia – Dispensa de prova das consequências do ato injusto – Indenização por danos morais devida – Sentença reformada apenas para compatibilizar o *quantum* da indenização. 1. A indevida inscrição de nome de consumidor em cadastro de inadimplente rende ensejo à indenização por danos morais. 2. O dano moral, ao contrário do material, que exige prova e objetiva o restabelecimento das coisas ao *status quo ante*, não exige tal prova, bastando, apenas, a demonstração do ato ilícito e injusto, mesmo porque fere a racionalidade exigir que alguém faça a prova de sua humilhação, constrangimento ou vexames, laborando em lamentável equívoco os que entendem que, no caso dos autos, trata-se de simples dissabor. 3. Danos morais configurados. [...] (grifos nossos).⁷⁹

A reparação do dano moral não se apresenta como um pagamento da dor ou do sofrimento suportado pelo ofendido. A função compensatória assume o papel de abrandar a intensidade do dano, por meio de um contrapeso no qual o intuito final é propiciar uma resposta legal à vítima, a fim de que esta consiga superar o desgosto de ter o seu íntimo ofendido. Assim, a indenização deverá prezar pela proporcionalidade e não pode ser irrisória, a ponto de não alcançar o objetivo a que se presta, nem ser exacerbada e ultrapassar o seu motivo de existir.

4.1.2 FINALIDADE PUNITIVA

O Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu expressamente a função punitiva da reparação do dano moral. Assim, grande parte dos doutrinadores reluta em aceitá-la, pois não admite a aplicação de pena na esfera do Direito Civil. O foco da discussão está na possibilidade, ou não, de a sanção civil ter caráter punitivo, visto que a responsabilidade nessa esfera não almeja a imposição de pena ao ofensor, mas, sim, o pagamento de indenização para reparar os prejuízos experimentados pela vítima.

⁷⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20040110907902ACJ DF; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Rel. Arlindo Mares; julgado em: 28.9.2005; Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

⁷⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 2003.01.1.084127-5; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

Héctor Valverde Santana⁸⁰ esclarece que a finalidade punitiva da responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços foi afastada do projeto de lei do Código de Defesa do Consumidor, por veto presidencial. A proibição da instituição de multa civil, que seria disciplinada no artigo dezesseis do CDC, ocorreu sob o fundamento de que a reparação de danos sofridos pelo consumidor já era prevista no artigo doze e em outros dispositivos da lei consumerista. Além do mais, argumentou-se no veto que essa “multa civil” não trazia definição sobre seu destino e sua finalidade.

Contrário à função punitiva da reparação do dano moral, Humberto Theodoro Júnior⁸¹ entende que esse tipo de sanção só pode ser imposta pelo Direito Penal. O autor esclarece que o nosso ordenamento jurídico proíbe a imposição de penas repetidas para o mesmo fato, a fim de se evitar o *bis in idem*. Ele, porém, admite a possibilidade de aplicação da função punitiva na fixação do valor da indenização como um critério subsidiário.

No mesmo sentido, Clayton Reis⁸² defende ser insustentável a função punitiva da reparação do dano moral, pelo fato de a responsabilidade civil basear-se no princípio da unicidade da reparação integral, sendo devida na medida da extensão do dano. Assim, aceitar a função punitiva implicaria a duplicidade do processo indenizatório. No seu entender, a finalidade típica da reparação do dano moral é a compensatória, pois a punitiva resultaria em sancionamento duplo, o que seria atentatório ao princípio da equivalência relativa.

Apesar de alguns argumentos contrários, tanto a doutrina quanto a jurisprudência acolhem a função punitiva, como visto no julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:⁸³

Civil. CDC. Dano moral. Indevida inscrição do nome do consumidor no cadastro negativo do SPC. Responsabilidade objetiva da empresa fornecedora. Dano moral caracterizado. Prova desnecessária. Dever de indenizar. Arbitramento justo. Momento da incidência dos juros de mora e da correção monetária. [...]

4. Justo é o valor arbitrado que observa as melhores regras ditadas para a sua fixação, atento às finalidades compensatória, punitiva e preventiva ou

⁸⁰ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 120.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: J. Oliveira, 2001, p. 33, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 122.

⁸² REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 210, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 122.

⁸³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20040110907902ACJ DF; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Rel. Arlindo Mares; julgado em: 28.9.2005; Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

pedagógica e aos princípios gerais da prudência, bom senso, proporcionalidade, razoabilidade e adequação, tendo em conta as circunstâncias que envolveram o fato, as condições pessoais, econômicas e financeiras do ofendido, assim como o grau da ofensa moral, a repercussão da restrição, e a preocupação de não se permitir que a reparação transforme-se em fonte de renda indevida, bem como, não seja tão parcimoniosa que passe despercebida pela parte ofensora, consistindo, destarte, no necessário efeito pedagógico de evitar futuros e análogos fatos [...] (grifos nossos).

Assim, percebemos que a função punitiva da reparação do dano moral subsiste em nosso sistema jurídico. Ela se traduz na aplicação de uma sanção pecuniária, com o fim de punir a conduta ilícita do infrator e, posteriormente, coibir sua repetição.

O professor Júlio Gomes⁸⁴ defende tese favorável à punição na esfera civil. Para ele, “as penas privadas, ou de modo mais geral, as sanções civis punitivas, longe de serem relíquias históricas, podem constituir figuras sancionatórias úteis em um quadro de declarada impotência do legislador penal e de estéril fidelidade do legislador civil a modelos ressarcitórios”. Ele continua o pensamento afirmando que a responsabilidade civil é contraditória, pois, ao mesmo tempo em que limita a indenização aos danos ocorridos, o seu caráter preventivo força a levar em consideração não o dano em si, mas a gravidade da conduta do ofensor.

Respeitando o fato de que o caráter punitivo seja típico do Direito Penal, isso não afastaria a motivação para se aplicarem sanções pecuniárias na esfera civil, visto toda a dimensão coletiva que desempenha na harmonização das relações consumeristas.

Conforme descreve Héctor Valverde Santana,⁸⁵ a função punitiva tem sua origem no sistema jurídico da *common law*, por meio de um instituto nomeado *punitive damages*, que trava uma discussão aguçada sobre a punição civil. Esse instituto materializa-se como um valor independente daquele destinado à função compensatória, acrescido ao montante do dano moral. O autor explica, ainda, que “o escopo principal dos *punitive damages* não é a reparação da lesão experimentada pela vítima, mas, sim, uma punição exemplar ao sujeito de direito que atenta contra o sistema jurídico, sendo que, nesse particular, visa-se à tutela da coletividade”.

⁸⁴ GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? *Revista de Direito e Economia*, Portugal, n. 15, 1989, p. 105-143, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125.

⁸⁵ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 123.

Esse tipo de sanção é bastante presente no sistema jurídico norte-americano, no qual a teoria dos danos punitivos ganhou maior relevo. Como lembra Maria Celina Bodin de Moraes,⁸⁶ a experiência dos Estados Unidos da América foi fortemente expansiva. Desde os anos de 1970, os danos decorrentes de acidentes de consumo (*products liability*) naquele país têm como resposta indenizações que superam, com frequência, a faixa de um milhão de dólares. A autora explica que, nos casos de defesa do consumidor,

os danos punitivos são forma eficaz de prevenir condutas ilícitas nas quais o fornecedor coloca no mercado um produto que sabe ser perigoso ou ter um defeito, calculando seus benefícios, comparativamente com qualquer indenização que lhe possa ser imposta, considerando o caráter meramente compensatório da condenação.

Para se aplicar e quantificar o *punitive damages*, os principais fatores analisados são: o nexo de causalidade entre o dano punitivo e o prejuízo experimentado pelo ofendido; o grau de culpa do agente causador do dano; a existência de outras práticas anteriores semelhantes; a lucratividade da atividade desenvolvida e a situação financeira do ofensor; o valor das custas processuais e a existência de sanção penal em razão do mesmo fato.⁸⁷

José de Aguiar Dias faz distinções entre indenização e pena conforme os seguintes elementos: a) a pena é uma resposta à culpa do ofensor e não se preocupa com a existência de prejuízo, enquanto a indenização visa reparar o dano, e só existe em função dele; b) a pena está sempre ligada a um delito, enquanto a indenização tem no ato ilícito apenas uma das diversas causas em que pode surgir; c) a pena é inseparável do infrator, enquanto a indenização não o é; d) se tivesse caráter penal, a indenização não seria transmissível aos herdeiros do lesado; e) o irresponsável não está sujeito a pena, mas está sujeito à indenização; f) a pena não pode ser convertida em outro castigo, se o delinquente não a pode satisfazer; a obrigação de indenizar subsiste, embora irrealizável.⁸⁸

O principal foco do caráter punitivo é desestimular os atos lesivos do fornecedor, a fim de que ele conduza suas atividades conforme as normas e os princípios norteadores da relação de consumo. Os fornecedores, os comerciantes ou os empresários desempenham papel importante na sociedade, pois suas ações contribuem para o alcance dos objetivos

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 119.

⁸⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 123.

⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2, p. 736 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 121.

fundamentais⁸⁹ da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa, solidária, bem como garantir o desenvolvimento nacional. Se as técnicas mercadológicas não se orientarem pelos preceitos constitucionais, todo o sistema estará fadado ao insucesso.

Qual o significado de a Constituição Federal proteger o consumidor se houver consentimento para que sua dignidade seja afrontada constantemente, sob o argumento de que o comportamento desmedido dos agentes econômicos é normal em uma economia de livre mercado?⁹⁰ Não se está ignorando a previsão constitucional de que a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica, conforme disposto no artigo 170 da Carta Magna; isso não pode ser usado, porém, para ultrapassar os próprios limites impostos pela Lei Maior. É necessário haver uma compatibilização na qual preceitos tão vitais para o desenvolvimento possam conviver em harmonia.

Percebemos que, enquanto a função compensatória da reparação do dano moral tinha como foco a vítima, na função punitiva, o centro da atenção volta-se para o ofensor, pois o intuito é dar uma resposta estatal ao ato danoso cometido por ele, por meio de uma sanção pecuniária.

Alguns doutrinadores defendem que, para se aplicar a função punitiva, é necessário que se possa identificar má-fé ou abuso na conduta do ofensor. Na visão de Flávia Viveiros de Castro,⁹¹ a punição não seria aplicada em todas as situações em que ocorre o dano moral, mas somente quando a conduta do ofensor afrontar, deliberadamente, princípios constitucionais de cidadania, solidariedade e dignidade – fundamentos da República Federativa do Brasil.

O escopo da punição está, principalmente, no caráter preventivo da sanção e, posteriormente, na repreensão da conduta danosa. A finalidade punitiva faz-se necessária, pois a compensatória não teria o condão de explicitar a reprovação social causada pela violação de elementos essenciais da personalidade humana. Nesse momento, torna-se clara a dimensão coletiva desempenhada pelo direito consumerista. Por isso, é vital que as sanções sejam rigorosas, a fim de se evitar a proliferação massificada de lesões aos consumidores.

⁸⁹ CF, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹⁰ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo*: uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118.

⁹¹ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo*: uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118.

Antonio Jeová dos Santos⁹² comenta sobre a importância da punição como caráter preventivo:

se a indenização não contém um ingrediente que obstaculize a reincidência no lesionar, se não são desmanteladas as conseqüências vantajosas de condutas antijurídicas, renuncia-se à paz social. A prevenção dos prejuízos, que constitui um objeto essencial do direito de danos, ficaria como um enunciado lírico, privado de toda a eficácia.

Conclui-se que a punição desempenha um papel pedagógico, no qual o ofensor tem a oportunidade de aprender com os atos, a fim de que não volte a cometê-los futuramente. É necessário que o valor da condenação faça o ofensor refletir sobre sua conduta de modo a não repeti-la.

O valor arbitrado precisa atender a dois critérios: se por um lado ele deve servir de desestímulo a novos atos ilícitos, por outro, ele não se pode desvirtuar de sua finalidade. A indenização deverá guardar medida de razoabilidade, não ser pequena, para não se tornar insignificante, nem desmedida e propiciar o ganho sem fundamento. A reparação deve ter como parâmetros mínimos a conduta danosa e seus efeitos, assim como o poder aquisitivo do ofendido, a fim de atingir um patamar que não minore nem exceda o objetivo maior a que ela se presta.

4.1.3 FINALIDADE PREVENTIVA

A natureza jurídica da reparação do dano moral é tema bastante discutido pela doutrina e pela jurisprudência. Tenta-se chegar a um consenso sobre os objetivos que a responsabilidade civil adota nessa área. Na esfera do Direito do Consumidor, a discussão avoluma-se porque ele possui característica coletiva, ou seja, cada questão abordada terá dupla extensão: em um primeiro momento, refere-se ao interesse particular das partes envolvidas; posteriormente, ultrapassa esse pequeno universo e atinge a todos os consumidores que estejam em situação análoga. “Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo”, pois no mercado existem interesses que se propagam de maneira indeterminada por toda a sociedade de consumo.⁹³

⁹² SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121.

⁹³ GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no processo do consumidor, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 2, 1998, p. 235-245, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

A função preventiva é de vital importância, pelo alcance que as relações de consumo desempenham na vida das pessoas. Qualquer atitude que vise preservar as futuras ações, espelhadas nos casos presentes, funcionará como um remédio favorável a toda a coletividade, visto o caráter de generalidade do direito consumerista. Todos os atos que possam afrontar o relacionamento entre os agentes da relação de consumo devem ser banidos, a fim de se preservarem o consumidor e a confiança no próprio sistema.

Nesse contexto, a função preventiva assume um importante papel de saneadora das mazelas e evita a propagação dos danos, ao possibilitar uma coexistência saudável entre os agentes, fundada em uma relação de respeito mútuo. Flávia Viveiros de Castro⁹⁴ assim discorre sobre a função preventiva da reparação do dano moral:

no que concerne à reparação dos danos morais, a prevenção é implementada por meio da instância punitiva da condenação, que serve como argumento dissuasivo para a prática de comportamentos em desconformidade com os *standards* de conduta inseridos no CDC. A indenização, na hipótese, funcionará como elemento de intimidação, para que o potencial ofensor não persista em sua atitude contrária à lei e aos princípios na mesma insculpidos.

A prevenção está intimamente ligada aos objetivos jurídicos de ajustar o convívio social. Acima de tudo, ela se mostra como uma forma eficiente de conter abusos, pois é mais benéfico evitar que o dano aconteça do que reparar os seus efeitos. A função preventiva personifica-se com a adoção de medidas de segurança condizentes e por ações que visem impedir o cometimento de lesões. Muitas avarias poderiam ser evitadas com a tomada de medidas preventivas simples que diminuiriam a incidência de conflitos nas relações de consumo.

A função preventiva também é dotada do fator intimidador, no qual se busca desestimular futuros atos transgressores dos direitos da personalidade. Por intermédio de respostas sancionatórias nos casos concretos, o ofensor seria desencorajado a praticar condutas atentatórias semelhantes, e o Estado conseguiria propagar um ânimo preventivo dissuasório dirigido a toda a sociedade. A sanção dos atos lesivos a um direito da personalidade assumiria a função de explicitar aos indivíduos que o sistema jurídico não recepciona tais atitudes e, mais, que ele as repreende com rigor.

⁹⁴ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo*: uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117.

Clayton Reis⁹⁵ não concorda com a função preventiva, mas admite que a reparação pecuniária do dano moral influencia na conduta social das pessoas, razão pela qual a jurisprudência vem acolhendo a teoria do valor do desestímulo, como forma de conscientizar o agente causador da ofensa a não persistir na violação de direitos da personalidade.

Por ocupar papel central no sistema jurídico, a pessoa deve ser protegida integralmente. Como as lesões aos direitos da personalidade ecoam no íntimo do ser humano, muitas delas são de difícil superação; assim, a melhor forma de evitar seus efeitos nocivos é por meio de ações preventivas, seja por meio de medidas de precaução, seja por meio de sanções que atuem como desestímulo a futuras práticas ilícitas.

5 QUANTIFICAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Inicialmente, o cabimento ou não da reparação do dano moral foi tema que promoveu acirradas discussões. Com a previsão explícita da Constituição Federal de 1988, alusiva à reparação dos danos causados aos direitos da personalidade, caiu por terra qualquer posicionamento contrário a essa máxima. Por conseguinte, outra controvérsia emergiu referente à fixação do valor alcançado por esse tipo de reparação. A questão mostra-se muito complexa, visto a subjetividade de se auferir um valor proporcional entre a ofensa e os seus efeitos na esfera íntima da pessoa.

Antônio Jeová Santos⁹⁶ entende que

um dos grandes desafios do jurista, neste início do Século XXI, é encontrar pautas que mostrem a forma a que se deve chegar para quantificar o dano moral. [...] Salvo o labor dos Tribunais e de alguns poucos doutrinadores, não tem existido muito interesse em encontrar-se soluções justas para essa questão.

A legislação brasileira não prevê valores específicos para a fixação da reparação do dano moral, pois adotamos uma postura aberta, sem predefinições de parâmetros máximos ou mínimos, na qual o arbitramento deverá levar em consideração o caso concreto.

Espera-se que o valor estipulado observe as funções a que a reparação se propõe, ou seja, atenda as finalidades compensatória, punitiva e preventiva. Outra questão a ser

⁹⁵ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 160-161, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 124.

⁹⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 149, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 125.

observada é que o CDC,⁹⁷ em seu artigo 6º, VI, traz como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais. Esse direito é consagrado como princípio da restituição integral, no qual a indenização deverá abranger todos os prejuízos materiais experimentados pela vítima, ou a compensação pelos danos morais.

Diante desse princípio, fica claro que a legislação consumerista repele qualquer tentativa de tarifação da indenização, ou seja, não poderá existir um valor prefixado, pois a reparação deverá ser efetiva e, portanto, total.

Para dirimir qualquer controvérsia, a Constituição Federal,⁹⁸ em seu artigo 5º, inciso V, determina que a indenização seja proporcional ao agravo, portanto, ela não está sujeita à limitação. Permitir qualquer restrição nesse sentido seria prejudicial ao consumidor, pois a ele caberia arcar com o ônus de suportar o que superasse o patamar fixado.

Se houvesse tarifação, as situações mais alarmantes, nas quais fosse necessária uma postura mais rígida em face da conduta do ofensor, não seriam amparadas pelo CDC e deixariam o consumidor em posição de total desamparo. A limitação seria um atentado aos direitos de quem sofreu a lesão e transferiria, para a vítima, o peso de tolerar as ações danosas mais intensas.

A Constituição Federal determinou a reparação ampla, seja referente ao dano material ou ao moral. Assim, Rogério Ferraz Donnini e Oduvaldo Donnini⁹⁹ consideram que as tarifações previstas na Lei de Imprensa representam um privilégio injustificável conferido a um segmento profissional, e os valores previstos não correspondem à indenização proporcional ao agravo, conforme ditame constitucional. Nenhum fornecedor pode se valer de tarifação para diminuir a responsabilidade da reparação dos danos causados aos consumidores.

Apesar da previsão constitucional da reparação proporcional ao agravo, alguns doutrinadores, em posição minoritária, defendem que a limitação é o método mais eficiente

⁹⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

⁹⁸ CF, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁹⁹ DONNINI, Rogério Ferraz; DONNINI, Oduvaldo. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002, p. 122-125, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 129.

para atender ao desforço do dano moral. Rui Stoco¹⁰⁰ ressalta que o tarifamento deve ser previsto em margens mínimas e máximas mais abrangentes, a fim de que o juiz tenha uma maior discricionariedade e não lhe sejam impostos parâmetros estreitos, sem qualquer margem para a análise das circunstâncias atinentes ao caso concreto. Compartilhando da mesma visão, Américo Luís Martins da Silva¹⁰¹ entende que, diante da inexistência de limites legais, o valor do dano moral tende ao abuso e ao exagero.

Os defensores do sistema tarifado acreditam ser demasiado o poder conferido aos juízes na fixação do valor indenizatório, pois esta é uma tarefa que demanda ampla atividade subjetiva e podem ocorrer grandes distorções caso não existam parâmetros legais determinados.

Em posição favorável a não-limitação, Sergio Cavalieri Filho¹⁰² ensina que

não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Diante da flexibilidade legal na fixação do valor indenizatório, o juiz conduzirá seu raciocínio por meio de critérios que primam pelo bom senso, proporcionalidade e razoabilidade. A atuação do magistrado dirige-se a encontrar uma quantia que não seja ínfima, a ponto de desmerecer a relevante natureza jurídica dos direitos da personalidade. Por outro lado, o juiz não pode estabelecer um valor que represente um injustificado aumento patrimonial para a vítima, ou corresponda a um montante desproporcional à condição econômica do ofensor, fato capaz de levá-lo à ruína.¹⁰³

O legislador permitiu esse arbitramento judicial a fim de se alcançarem indenizações mais justas, condizentes com o caso concreto. A decisão deverá sempre ser amparada por critérios de racionalidade, para que seja possível a análise das motivações do convencimento do magistrado.

¹⁰⁰ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 765, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 131-132.

¹⁰¹ SILVA, Américo Luís Martins da. *O Dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 63, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 132.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 80, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 132.

¹⁰³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 134.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰⁴ discorre sobre a importância da motivação da sentença, dizendo que

não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a ‘razoabilidade das razões’ por ele apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve poder ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar as razões sobre as quais o seu juízo (racional) se formou.

Para Chaïm Perelman,¹⁰⁵ o juiz tem o papel de dizer o direito, sendo-lhe vedado a função criadora. Em algumas situações, porém, ele deve complementar a lei, reinterpretá-la ou torná-la mais flexível. No tocante à motivação da sentença o autor esclarece:

Estes exemplos, que indicam que os tribunais não hesitam em tomar uma decisão que se impõe, mesmo à custa de uma justificação fictícia, não devem fazer esquecer que tais subterfúgios criam sempre um mal-estar, que se manifesta pela continuação dos litígios pelas partes, convencidas de ter legalmente razão: a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito.

Nas relações consumeristas, não se faz necessária a comprovação do tipo de conduta adotada pelo fornecedor, em razão da responsabilidade objetiva¹⁰⁶ contemplada pelo CDC, em seus artigos doze e quatorze, que imputam a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Com isso, percebe-se que o risco da atividade pertence ao fornecedor, que não pode, em hipótese alguma, transferi-lo para o consumidor.

Diante da responsabilidade objetiva que, no caso específico deste trabalho, traduz-se como o dever de reparar o dano moral que o fornecedor tenha causado ao consumidor, percebe-se que o processo passa por dois momentos na análise da situação fática: o primeiro é verificar se houve um ato ofensivo, por meio de uma atividade de

¹⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 274, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 136.

¹⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 209-211, *apud* SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 136.

¹⁰⁶ CDC, 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. [...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[...] (grifos nossos)

formação do convencimento; o segundo é fixar o valor da reparação moral, com amparo nos fatos ocorridos e no embasamento legal.

Flávia Viveiros de Castro¹⁰⁷ esclarece que

ao juiz não é dado conhecer uma realidade acabada. Ele será, por meio do que se produzir no processo, o artífice dos contornos da própria realidade processual. O processo é o cenário no qual a verdade será construída, muito embora o desejável é que seja alcançada, senão a identidade perfeita, pelo menos a que for mais próxima à verdade factual.

Em qualquer conflito de interesses, o olhar judicial deverá considerar a igualdade entre as partes. No direito consumerista, porém, existe a premissa de que há diferença entre os agentes da relação de consumo. Nesse âmbito, o ponto inicial é admitir a desigualdade para, posteriormente, chegar-se a uma situação de equilíbrio. Alcançar uma decisão justa implica ponderar as características peculiares de cada parte e considerar a vulnerabilidade do consumidor em frente do fornecedor de bens e serviços, como assentado em várias decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

Direito civil. Processo civil. Direito do consumidor. Dano moral. Negativação indevida. Inversão do ônus da prova. Serviços defeituosos. Cancelamento de ADSL pela via telefônica. Abusividade. Incerteza do consumidor. Vulnerabilidade ao arbítrio do poder econômico que cerca a atividade empresarial lucrativa. Recursos negados. Sentença mantida. [...] 2. Busca a recorrente atribuir suas razões à inadimplência que atribui a autora recorrida, sem observar que foi a própria recorrente/ré a geradora das condições relativas à negativação irregular do nome da autora. 3. O dano moral incidiu e houve má prestação de serviços por parte da ré, pois mantém o cancelamento dos seus serviços só pela via dos serviços de telefonia, deixando o consumidor na incerteza, sem recibo, sem comprovante e vulnerável arbítrio do poder econômico que cerca a sua atividade empresarial lucrativa.¹⁰⁸

Consumidor. Dano moral. Valor da compensação. Particularidades do caso concreto. Transporte aéreo. Característica. Sujeição a imprevistos. Razoabilidade. Proibição do enriquecimento sem causa. 1. O fato capaz de ensejar dano moral reflete de maneira diferenciada em relação a cada vítima do fato danoso, razão pela qual o valor da compensação deve levar em conta as particularidades de cada caso. 2. A circunstância de o passageiro não ter conseguido acompanhar o enterro de seu genitor, em face do atraso do voo, é a circunstância singular que deve ser tomada em conta para a fixação do valor no caso concreto. 3. Mesmo

¹⁰⁷ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

¹⁰⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20070310233216ACJ; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF; Rel. Robson Barbosa de Azevedo; julgado em 4.3.2008; DJ 3.4.2008; Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

considerando que o transporte aéreo está sujeito a um grande número de variáveis, o valor fixado na sentença recorrida é razoável e não implica enriquecimento sem causa. 4. Negado provimento ao recurso para manter o valor da compensação fixada na sentença.¹⁰⁹

Quando a situação fática acarreta um dano moral, o juiz deverá desenvolver um trabalho de aplicação da lei e considerar como guia os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. As linhas traçadas na Carta Maior são o parâmetro para as condutas sociais. Diante disso, espera-se que sua aplicação ocorra na vida cotidiana, pois de nada adiantaria um amplo esteio constitucional, se não houvesse seu aproveitamento fático.

Em pesquisa¹¹⁰ realizada nas Varas Cíveis na cidade do Rio de Janeiro, Flávia Viveiros de Castro consultou vinte e cinco juízes titulares quanto à aplicação direta da

¹⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20050111268832ACJ; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF; Rel. César Loyola; julgado em: 8.8.2006; DJ 25.8.2006; p. 167. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

¹¹⁰ Na pesquisa efetuada, procurou-se investigar o tratamento dado pelos Juízes Cíveis do Foro Central do Rio de Janeiro aos temas: a) da incidência direta e plena da norma constitucional para a solução de um concreto conflito de interesses; b) da ampla reparação dos danos morais em relações de consumo; c) do caráter da reparação dos danos morais; d) dos critérios utilizados para restabelecer o valor da reparação dos danos morais. Universo amostral pesquisado: há, no Foro Central, 50 (cinquenta) Varas Cíveis. A pesquisa abrangeu a metade delas.

O instrumento utilizado: questionário com oito perguntas relativas aos temas investigados. Por meio de entrevistas pessoais com os magistrados, dedicando-se de 20 (vinte) a 40 (quarenta) minutos a cada evento. Foram permitidas observações particulares apostas nos questionários e, em alguns casos, a opção por mais de uma resposta ofertada no instrumento.

Questionário:

- 1) Na responsabilidade civil referida a um caso concreto do consumidor, o Juiz:
☐ deve usar a Constituição como fundamento;
☐ pode usar a Constituição como fundamento;
☐ deve se ater à legislação infraconstitucional.
- 2) Considerando o descumprimento de contrato de consumo, o Juiz:
☐ deve sempre indenizar tanto os danos patrimoniais quanto os morais;
☐ deve indenizar os danos patrimoniais e eventualmente os morais, sendo necessário, para que estes últimos se configurem, mais que o simples descumprimento do contrato;
☐ só deve indenizar os danos patrimoniais, na forma de danos emergentes e lucros cessantes.
- 3) O princípio da dignidade da pessoa humana que está na Constituição pode ser diretamente aplicado em processos cíveis, relativos às relações de consumo?
☐ sim, a Constituição tem aplicabilidade imediata e eficácia plena neste caso;
☐ não, a Constituição serve apenas como norma orientadora do legislador infraconstitucional;
☐ depende da exigência ou não de dispositivo infraconstitucional específico, que se existente afasta a aplicação direta do texto constitucional.
- 4) O sentimento do Juiz, no momento de avaliar a existência do dano moral, levará em consideração:
☐ as regras da experiência;
☐ a equidade;
☐ a tutela integral da pessoa;
☐ o fato de que algumas situações, embora desagradáveis, devem ser suportadas pelo cidadão;
☐ todas as hipóteses acima.
- 5) O grau de culpabilidade do ofensor, em se tratando de relação de consumo, deve ser considerado pelo Juiz no momento de fixar o valor da indenização por danos morais?
☐ sim, este é um parâmetro para fixação do valor dos danos morais (o *quantum debeatur*);
☐ não, porque nesta hipótese a responsabilidade civil é objetiva.
- 6) O valor do dano moral deve conter um caráter punitivo para que o ofensor não reitere a conduta negativa sancionada?

Constituição Federal, para solucionar casos concretos de responsabilidade civil nas relações de consumo. O resultado indicou que doze juízes aplicam a Constituição Federal como fundamento; onze podem usar a Constituição Federal e seis baseiam-se na legislação infraconstitucional.

Outra indagação feita foi quanto à utilização do princípio da dignidade humana, para dirimir litígios cíveis atinentes às relações de consumo. A esse respeito foram obtidos os seguintes resultados: dezenove utilizam o princípio da dignidade; três usam, se não houver lei a respeito, e dois não utilizam o princípio da dignidade humana. Ao serem argüidos sobre o emprego de precedentes externos para fixação do valor da indenização do dano moral, treze juízes responderam que não usam; onze usam eventualmente e um usa sempre.

Flávia Viveiros de Castro considera significativo o resultado da pesquisa, pois é o juiz de primeiro grau quem tem contato com as partes e avalia a existência, ou não, do dano moral e a sua quantificação. Ela chega às seguintes conclusões quanto ao exame realizado:

a) em primeiro lugar, verifica-se que ainda é tímida a utilização da Constituição como fonte primária para apreciação do caso concreto; b) em segundo, que a dignidade da pessoa humana, caso a Constituição seja utilizada como fonte, é identificada como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Como já dito, muitos juristas continuam com uma visão distorcida sobre a aplicação das normas consumeristas. Esse fato fica evidente ao se analisar que somente a metade dos magistrados entrevistados aplica os ditames constitucionais, na resolução das questões de responsabilidade civil atinentes às relações de consumo. A situação ideal seria que essas questões fossem resolvidas a partir de uma leitura simultânea e sistemática da

-
- () não, os danos morais são compensatórios, tão-somente;
 - () sim, devendo a indenização funcionar como um desestímulo ao ofensor;
 - () sim, mas o valor do dano moral punitivo deveria reverter para associação ou entidade à critério do Juiz.
- 7) V. Exa. usa o precedente externo (decisões dos Tribunais) para fixar o valor da indenização do dano moral?
- () sim, eventualmente;
 - () sim, sempre;
 - () não, analiso cada caso sem essa preocupação.
- 8) Na fixação do valor da indenização, qual o critério mais utilizado por V. Exa.?
- () poder aquisitivo da vítima e do ofensor;
 - () tratar-se de conduta reiterada;
 - () gravidade da ofensa e dos transtornos causados;
 - () previsibilidade da conduta;
 - () todos os itens referidos.

CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 142-143, 147, 193-196.

legislação consumerista e da Constituição Federal, a fim de se dar eficácia à proteção do consumidor.

José Osório de Azevedo Junior¹¹¹ discute a forma como os magistrados tratam o ressarcimento dos danos morais. Em sua experiência no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ele conclui que é ainda muito tímida a aplicação da reparação nesse tipo de dano, como aduzido abaixo:

por que essa timidez? Eu vejo dois motivos. O primeiro, creio, é fruto de um positivismo jurídico exacerbado [...] foram gerações de juristas formados em uma linha muito positivista, só de enxergar o texto expresso da lei. Um segundo ponto, que eu acho bem objetivo, está na dificuldade de avaliar o dano moral. Como isso é muito difícil, o juiz fica tentado a não avançar.

Uma dificuldade, na atuação individual do juiz, está no modelo legal aberto adotado para a fixação do dano moral. Nesse caso, o magistrado não realizará apenas uma atividade jurídica de aplicação da lei, mas, sim, um arbítrio interpretativo no qual serão considerados outros fatores, muitos deles envolvendo caráter ético. O juiz deixa de somente aplicar determinações previamente fixadas na lei, para tomar decisões baseadas em valoração da conduta do indivíduo. Essa atividade requer um zelo maior na tomada da decisão, pois invocará uma árdua tarefa de mensurar fatores subjetivos e sentimentos íntimos de pessoas totalmente diferentes entre si; mas que buscam, no arbítrio judicial, a resolução para seus conflitos. Diante disso, a fundamentação racional da sentença mostra-se como o único caminho capaz de dirimir qualquer controvérsia quanto ao âmbito de atuação judicial.

5.1 EQUIDADE E RAZOABILIDADE COMO MARCOS PARA A FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

5.1.1 EQUIDADE

Flávia Viveiros de Castro¹¹² pondera que a equidade abrange dois sentidos distintos: o primeiro é ligado à lei e atua na correção de injustiças advindas de sua aplicação estrita à situação fática; o segundo prescinde do Direito Positivo e busca soluções baseadas na ‘justiça do caso concreto’. Quando se buscam parâmetros para a valoração do dano moral,

¹¹¹ AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. O dano moral e sua avaliação. *Revista do Advogado*, n. 49, p. 7-14, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143.

¹¹² CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149.

a equidade é utilizada nesse segundo sentido. Em todo caso, a equidade está aliada à individualização da resolução da lide e faz existir a justiça abstratamente idealizada.

Na visão de Alípio Silveira,¹¹³ “a equidade é uma diretiva superior que serve ao magistrado, quer para a escolha da norma aplicável, quer para aplicar a lei no sentido mais justo, quer para construir a regra para o caso omissivo, quer para individualizar a norma, adaptando-se para as condições especiais do caso”.

A equidade desempenha o papel vital de suprir as conjunturas nas quais não há resposta aparente da justiça positiva, ou em que esta escolhe, deliberadamente, deixar o caso concreto ao arbítrio do juiz. Essa situação não corresponde a um distanciamento do magistrado e do ordenamento jurídico e não está aquele desincumbido de aplicá-lo. O que ocorre é que, em casos específicos, o julgador irá guiar-se por outros instrumentos, como os princípios, que se mostram firmes estruturas do sistema jurídico.

Na mensuração do dano moral, por exemplo, na qual a lei não dispõe sobre parâmetros máximos e mínimos, a equidade é um dos pilares para se alcançar um patamar coerente. José Roberto de Castro Neves¹¹⁴ ressalta a importância que a equidade desempenha no direito consumerista:

pode-se dizer que o Código do Consumidor assentou-se sobre dois princípios: a boa-fé e a equidade [...] o Código do Consumidor insere a equidade ao ordenamento de forma indissociável, de sorte que ela deve complementar e instruir a regra escrita, além de ela própria, como norma, ser aplicada diretamente.

5.1.2 RAZOABILIDADE

A natureza jurídica da razoabilidade gera bastante discussão. Muitos defendem que se trata de um princípio; outros dizem que é uma regra jurídica. Para o Ministro Eros Roberto Grau,¹¹⁵ a razoabilidade, tão citada em decisões que versam sobre dano moral, é uma nova roupagem da equidade. Ele nega a qualidade de princípio tanto a uma quanto à outra e discorre que “nada há de novo, repito, na proporcionalidade e na razoabilidade, postulados que desde há muito, e independentemente da formulação dessas duas opções, vem o Poder

¹¹³ SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo*, p. 276, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149.

¹¹⁴ NEVES, José Roberto de Castro. O artigo 924 do Código Civil: uma leitura do conceito de equidade nas relações de consumo. *Revista Forense*, ano 98, mar./abr. de 2002, p. 51-59, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade, proporcionalidade. *Revista do Advogado*, n. 78, set./2004, *apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152.

Judiciário exercitando na interpretação/aplicação do Direito. Antes os denominavam simplesmente equidade”.

No entender de Suzana de Toledo Barros,¹¹⁶ razoabilidade e proporcionalidade são sinônimas. Proporcionalidade é o termo mais utilizado na Europa, enquanto razoabilidade é o termo adotado pelos norte-americanos.

Já para Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio,¹¹⁷ razoabilidade e proporcionalidade são termos distintos. Razoabilidade tem sua origem na Constituição Federal, refere-se à transparência da decisão e representa um freio ao arbítrio. Proporcionalidade tem sua fonte no Direito Administrativo e está ligada à proibição de excesso e vinculação à adequação dos fins aos meios.

Flávia Viveiros de Castro¹¹⁸ relaciona a razoabilidade com a legalidade e defende que o dano moral arbitrado deverá ser condizente com os fatos que originaram a lesão e o alcance da dignidade da pessoa. “Haverá ilegalidade por ausência de efetiva proporção entre a decisão e seus objetivos. [...] Assim, a fixação de uma indenização que leve a empresa à bancarrota será irrazoável e desproporcional, se o fornecedor não subsistir, não haverá pagamento da indenização”.

Independentemente de discussões esparsas, o importante é verificar que a razoabilidade é o esteio em que o juiz ampara-se para fixar o valor da reparação do dano moral. A partir desse princípio, a sentença será harmônica e não se mostrará excessiva nem insuficiente, conforme as condutas lesivas e seus efeitos.

5.2 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Não há consenso definido quanto à adoção de critérios para a fixação do valor da reparação moral. É vasta a visibilidade em relação ao tema, pois os doutrinadores baseiam-se em dados que julgam mais importantes ao alcance de parâmetros essenciais. Em face dos variados pensamentos, as decisões dos tribunais desenvolvem respeitável papel na demarcação desses critérios. Aliando a contribuição da doutrina e da jurisprudência, conclui-se que fatores como o grau de culpa do ofensor e sua situação econômica; os efeitos do ato na

¹¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 72.

¹¹⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *Revista Forense*, v. 349, jan./mar. de 2000, p. 29-41.

¹¹⁸ CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

vida do ofendido e sua readaptação à vida social; a repercussão daquela situação na sociedade e a circunstância da ação danosa estão entre os fatos mais aclamados na fixação da reparação do dano moral.

A repercussão social do ato lesivo é considerada, principalmente, pelo caráter preventivo e punitivo que tem a reparação moral. Pela amplitude tomada pelas normas consumeristas, não há como suplantar a importância da preservação das relações na sociedade, pois existem circunstâncias que rompem o limite individual e interferem no cotidiano de um grande número de pessoas.

O porte econômico do ofensor é dado importante a ser observado. Em posição contrária, porém, Luis Guilherme Aidar Bondioli¹¹⁹ defende a não-consideração desse fato na fixação da reparação moral. No seu entendimento, a indenização é medida pela extensão do dano, conforme o artigo 944 do Código Civil. Assim, fatores coercitivos ou punitivos devem ser deixados de fora, pois a Constituição Federal não prevê esses aspectos.

Continuando o raciocínio, o autor acima citado diz que, na sua concepção,

a variação que o porte econômico do ofensor causar no valor da indenização não terá qualquer relação com o dano em questão nem com as medidas vinculadas à sua simples eliminação, o que deixam abertas as portas, por exemplo, para o enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico (Código Civil, art. 884).

Para ele, é conveniente a retirada desse parâmetro na fixação da reparação, visto que, “se em sede de danos materiais nunca se investigam as condições econômicas do causador do dano para o dimensionamento da indenização, não há por que fazê-lo em matéria de danos morais”.

Desconsiderar completamente a situação financeira do ofensor seria, porém, distanciar a reparação das suas funções sociais. Nesse sentido, nos casos nos quais o valor fosse muito pequeno, a condenação seria insignificante para o fornecedor e não conseguiria cumprir o seu caráter de prevenção geral.

Assim, o arbítrio de indenizações irrisórias, além de não atingir suas finalidades primordiais, ainda serviria de estímulo à reincidência do ofensor em situações semelhantes, pois este já teria a previsibilidade contábil de que arcar com valores indenizatórios ínfimos seria mais vantajoso economicamente que adotar medidas consistentes, para preservar o consumidor contra a ocorrência de situações danosas.

¹¹⁹ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.190 e 191.

É de vital importância que exista conciliação entre o valor arbitrado como reparação e o vulto econômico do ofensor. A incidência de indenizações aquém do dano causado provoca um descrédito na legislação consumerista e na sua aplicação tanto por parte do consumidor, que se sentirá desamparado perante as conjunturas que lhe são impostas, quanto por parte do fornecedor, que se sentirá à vontade para atuar livremente conforme seus interesses e apostará na falta de punição, ou no seu valor meramente simbólico, sem efetividade real.

Atualmente é comum se ouvir falar em uma pretensa “indústria do dano moral”,¹²⁰ em razão do aumento dos processos judiciais nessa seara. Em muitos casos, percebem-se pedidos de valores indenizatórios excessivos e descrição de situações cotidianas, como sendo capazes de ensejar dano à esfera íntima da pessoa.

Luis Guilherme Aidar Bondioli¹²¹ discorre que as relações consumeristas passaram por três fases relevantes. A primeira verificou-se com a ação dos fornecedores, que estabeleciam unilateral e impunemente suas condições, cabendo ao consumidor simplesmente aceitá-las. A segunda fase foi a da proteção exacerbada e desmedida do consumidor, que produziu resultados tão danosos quanto o passo anterior. A terceira etapa é a que vivenciamos atualmente, com a busca do equilíbrio entre os atores da relação de consumo. O autor acima citado menciona ainda que:

presencia-se um movimento pendular, onde o pêndulo foi num primeiro momento de um extremo caracterizado pelo descaso para com o consumidor à outra extremidade marcada pela sua tutela excessiva e desproporcional, e agora chega a uma posição mais central e equilibrada, onde se protege o consumidor, mas sem exageros e sem ultrajar outros interesses igualmente protegidos.

É claro que em todos os sistemas existem distorções; não é razoável, porém, considerá-los pela exceção. Apesar de existirem alguns casos nos quais o consumidor não atua com o comportamento devido, a conjuntura fática habitual é a de que as situações danosas são causadas pelo fornecedor, pois a ele compete decidir quais medidas adotar em

¹²⁰ A esse respeito, considerar a posição doutrinária do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, que foi incorporada pela jurisprudência: “o que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias” (TJRS, 5ª Câmara, Ap. 70010410512, rel. Des. Ana Maria Scalzilli, j. 11.08.2005, RT 845/378; citação da p. 381) *apud* BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 178.

¹²¹ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.177 e 178.

sua atividade econômica. É ele que detém o controle da produção, da comercialização e da divulgação de seus produtos ou serviços. Não é apropriado, portanto, argüir que o consumidor possa se beneficiar de sua situação de vulnerabilidade para angariar valores indenizatórios e alegar um pretense abalo moral.

O pensamento mais coerente seria o oposto, pois, se não houvesse um número tão significativo de atos abusivos, não existiriam tantas lesões aos direitos do consumidor. Desconsiderar o abalo moral ou colocar a reparação em patamares mínimos seria beneficiar o fornecedor pela sua própria torpeza. Esse comportamento permissivo, a fim de conter o crescimento do pedido de indenizações, contribuiria para o retrocesso da sociedade, o que seria contrário à nossa pretensão de desenvolvimento.

O fornecedor tem a possibilidade de adotar uma postura preventiva e eliminar ou minimizar circunstâncias que sejam propensas a causar danos. Se ele não age com a devida cautela, no desempenho de sua atividade, deverá, portanto, ser responsabilizado pelos seus atos e condenado a reparar os efeitos gerados por ele. A atitude preventiva é mais eficiente que a reparatória, pois, principalmente em sede de dano moral, somente a não ocorrência da lesão é capaz de resguardar a inteireza do estado psicológico e mental do consumidor. Após o plantio do dano, é pouco provável o reestabelecimento da vítima ao *status quo* anterior e, por mais que se busque a compensação com o arbitramento da reparação, esta servirá apenas como um paliativo, visto que o mal já fora desfraldado.

A postura preventiva, por parte do fornecedor, resulta na salvaguarda da relação de consumo e na natural desnecessidade de que o consumidor provoque o Poder Judiciário para a tutela dos seus direitos. Conseqüentemente, a prevenção atua como um óbice aos pedidos indenizatórios excessivos e destoantes, visto que, com ela, os números de lesões e de busca da intervenção judiciária diminuiriam significativamente.

O consumidor é, por vezes, alheio aos meios utilizados na produção dos bens. Assim, dificilmente ele terá condição de avaliar todas as características do produto ou serviço colocado no mercado e não pode dimensionar os riscos provenientes da sua utilização. Diante de tais entraves, só resta ao consumidor executar suas decisões de compra baseadas na confiança depositada no fornecedor. Essa confiança se refere a todos os fatores envolvidos na relação de consumo.

Segundo discorre Heloisa Carpena,¹²² “confiar significa crer que o outro vá se comportar da maneira esperada, de acordo com o modo pelo qual o próprio sujeito até então se conduziu, ou ainda, correspondendo às expectativas que ele próprio gerou com seu

¹²² CARPENA, Heloisa. *O consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 208.

comportamento em situações precedentes semelhantes”. Para a autora, a confiança abrange a idéia de certeza e de continuidade de um padrão conhecido pelas partes, que é oposto ao risco.

Ricardo Lorenzetti,¹²³ em consonância com a idéia de confiança, ilustra que, “para estar plenamente informado, o consumidor do serviço de transporte aéreo teria de entrar no avião acompanhado de um engenheiro, um piloto e um advogado. Não sendo possível, o consumidor se entrega um tanto negligentemente ao consumo, confiando”.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor impôs a boa-fé como uma norma de conduta esperada e veda ações contraditórias por parte dos agentes. O alcance de patamares sociais superiores depende do respeito ao ser humano, em toda a sua plenitude. Um fator que contribui para esse ideal é aplicar o cunho educativo da reparação e não permitir dúvida sobre o fato de que a toda ação caberá uma reação correspondente. Assim, se a postura adotada for a de não tolerar abusos, os fornecedores manter-se-iam mais atentos à sua obrigação legal de responsabilidade e eliminariam as situações propensas a acarretar danos aos consumidores, em uma postura mais digna e coerente com seu papel social.

É importante frisar que, por vários anos, o país passou pelo controle do regime militar, no qual uma grande parcela dos direitos ficaram relegados ao esquecimento. Com o processo de redemocratização, a tutela de direitos inerentes ao ser humano tomou vulto e assumiu forma com a proclamação da Constituição Federal de 1988. Os amparos constitucional e consumerista mostraram-se como instrumentos capazes de equiparar a relação de desequilíbrio vivida entre consumidor e fornecedor.

O advento da Lei 9.099/1995 e a implantação dos Juizados Especiais tiveram e ainda têm um papel fundamental na facilitação do acesso do consumidor à justiça. Assim, muitas situações que anteriormente eram fadadas ao esquecimento, pela dificuldade de se invocar o Judiciário, passaram a ser apreciadas por esse Poder e promoveram a implantação dos direitos inerentes aos consumidores e a sua disseminação. Naturalmente, os casos de pedidos de reparação dos danos morais sofreram um acréscimo, o que mostra que os direitos básicos do consumidor nunca foram tão exercidos.

Antes de ser encarada como um problema, a expansão da busca pela tutela judicial deve ser considerada um avanço, um fator positivo. Somente com a formação de consumidores conscientes, existirão cobranças aptas a impulsionar uma mudança no

¹²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 35, jul./set. 2000, p. 9-38 *apud* CARPENA, Heloisa. *O consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 209.

comportamento daqueles fornecedores que não se preocupam com seu papel na relação de consumo.

Os nossos tribunais têm procurado o equilíbrio e tentam compatibilizar o valor da indenização com a situação concreta, a fim de eliminar excessos e insuficiências. O que não se pode deixar de observar é que a boa-fé é primordial em todas as fases do trato entre os agentes do mercado e permite ao fornecedor conseguir suprir seus interesses, porém, com total observância aos ditames legais. A obtenção de lucro não pode sobrepujar a dignidade humana. O intuito principal do Direito do Consumidor é, antes de tudo, alcançar um patamar estável, proveniente de uma relação de respeito entre as partes.

Quando as normas são claras e sua aplicação é efetiva, vive-se em um ambiente mais seguro, baseado na previsibilidade de que toda atitude acarretará uma conseqüência. A rigidez na aplicação da legislação gera um saudável temor da lei e faz com que os indivíduos conduzam suas ações de acordo com os preceitos legais. Com a observância das regras, forma-se uma atmosfera de respeito ao próximo na qual as pessoas sempre levam em consideração os princípios vitais que regem a relação de convivência.

Ao se residir em um ambiente confiável, qualquer distorção que surja em seu curso será naturalmente banida, a fim de se preservar o almejado estado de garantia social. Nesse sentido, a reparação do dano moral contribui para o desenvolvimento da sociedade, à medida que o Estado imputa ao ofensor a responsabilidade de arcar com seus atos e determina a ele o dever de reformar o dano causado.

O arbitramento pontual da reparação do dano moral, com observância das suas finalidades essenciais de compensação, punição e prevenção, contribui para o respeito ao consumidor. A certeza da condenação a uma reparação eficaz obriga o fornecedor a pesar suas atitudes e adotar uma postura responsável, em conformidade com os padrões desejados. Somente com a aplicação firme da legislação consumerista, aliada aos ditames constitucionais, haverá estímulo à estabilidade das relações de consumo, com reverência à dignidade humana, o que contribui para o desenvolvimento de toda a sociedade.

6 CONCLUSÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.078/90 foi crucial para a proteção das relações de consumo em nosso país. Por muito tempo, os fornecedores detinham o total controle do mercado e indicavam, ao seu bel prazer, as circunstâncias em que a venda de um produto ou serviço efetivar-se-ia. Era uma situação de absoluto desamparo na qual o

consumidor não tinha meios eficientes para fazer prevalecer suas necessidades genuínas. Com a implantação da legislação consumerista, passou-se a uma busca incessante pelo equilíbrio entre os agentes.

A pessoa é o bem mais precioso do ordenamento jurídico. Assim, sua tutela mostra-se como uma preocupação constante. A dignidade humana é inerente a todos e não permite, por conseguinte, relativização. Ela se mostra como um princípio estruturante da sociedade e deve ser o ponto de partida e de chegada de qualquer relação existente entre os sujeitos do mercado.

Nenhuma ação, por mais rentável que seja, poderá prosperar se não respeitar os direitos personalíssimos do consumidor. Não é razoável sobrepor o lucro ao ser humano. Uma sociedade, para se desenvolver à luz de parâmetros éticos e sólidos, deve pautar seus atos pela boa-fé e dedicar a todo cidadão o devido respeito de que cada pessoa se faz merecedora.

Para se alcançar um bom resultado, em termos de responsabilidade civil, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor distanciou-se da idéia de culpa, para adotar a responsabilidade objetiva. A dificuldade encontrada na comprovação de ações dolosas do ofensor mostrava-se como uma barreira aos direitos protetivos, o que contribuía para a situação de forte desequilíbrio. Com a objetivação, a tutela torna-se mais ativa, ao passo que incute no fornecedor maior encargo pelos seus atos.

Uma das maiores lesões que as condutas abusivas podem causar está relacionada aos direitos personalíssimos, em que a ofensa agride o foro íntimo da pessoa e traz dor, sofrimento e angústia. A caracterização do dano moral gera o dever de reparar, porém sabe-se que é difícil atingir uma efetividade real nesse tipo de indenização, visto que ela não consegue levar a pessoa ao estado em que estava antes da agressão.

A reparação do dano moral tem três finalidades importantes: compensatória, punitiva e preventiva. A compensatória é a função essencial, pois visa dar à vítima um alento à sua dor, ao mesmo tempo em que representa uma resposta estatal à conduta ilícita. As funções preventiva e punitiva estão intimamente relacionadas. Elas indicam a repreensão social ao ato lesivo, a fim de dissuadir o ofensor da prática de ações semelhantes. Assim, espera-se que a reparação atue de forma educativa, com o intuito de promover o respeito aos direitos dos consumidores em ações futuras.

A forma mais eficiente de se evitar o dano moral é a atitude preventiva por parte do fornecedor e tentar eliminar as circunstâncias potencialmente lesivas. Com essa postura, muitos eventos danosos poderiam ser evitados e, conseqüentemente, o número de lesões e

indenizações cairia drasticamente. É melhor impedir que a ofensa aconteça que repará-la posteriormente.

É importante manter uma visão coerente sobre o nosso cotidiano. Consumidor e fornecedor são sujeitos que vivem em estado de interdependência, pois somente com a presença de ambos as inovações surgem.

Não se pode criar obstáculo ao progresso, pois todos os indivíduos se beneficiam dele. Porém, não é coerente permitir que o desenvolvimento suplante os direitos dos consumidores, pois nesse caso não existiriam benesses, mas, sim, retrocesso. Uma sociedade somente progride se pautar suas ações pela boa-fé e pelo respeito à dignidade humana. Sem isso, por mais que existam melhorias tecnológicas ou financeiras, não haverá ganho social, pois os valores primordiais foram ultrapassados pelo interesse de poucos. Há que se encontrar um equilíbrio, formar uma compatibilização entre o avanço científico e o respeito ao ser humano. O objetivo é permitir o desenvolvimento das forças produtivas, a partir de uma visão de responsabilidade, na qual a questão central não seja só o lucro, mas o respeito ao consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: dano moral e cláusulas abusivas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL, *Código Civil* (Lei n. 10.406/2002). *Vade Mecum Saraiva*. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia Céspedes (Colaboradores). 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/1990). *Vade Mecum Saraiva*. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia Céspedes (Colaboradores). 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em 24 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.591. Rel. Min. Carlos Velloso; Rel. para o acórdão: Min. Eros Grau; Tribunal Pleno. Julgamento: 7.6.2006; Repte.: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif; Advdos.: Ives Gandra S. Martins e outros; Reqd.: Presidente da República; Reqd.: Congresso Nacional. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 jul. 2008;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 687.239AgRg/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui; Terceira Turma; Data do julgamento: 6.4.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 6 jul. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. *Vade Mecum Saraiva*. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia Céspedes (Colaboradores). 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1703.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de Carvalho. *A lesão consumerista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20040110907902ACJ DF; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Rel. Arlindo Mares; julgado em: 28.9.2005; Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 2003.01.1.084127-5; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20040110907902 ACJ/DF; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Rel. Arlindo Mares; julgado em: 28.9.2005; Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20070310233216ACJ; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF; Rel. Robson Barbosa de Azevedo; julgado em 4.3.2008; DJ 3.4.2008; Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível no Juizado Especial 20050111268832ACJ; 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF; Rel. César Loyola; julgado em: 8.8.2006; DJ 25.8.2006; p. 167. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado e Anotado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIRES, Ellen Cristina Gonçalves. *O direito do consumidor e os juizados especiais cíveis*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*.

SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano. *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 Anos da Ação Civil Pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *Revista Forense*, v. 349, jan./mar. de 2000, p. 29-41.