

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ANDRÉ LUÍS DE SOUSA ARAÚJO**

**DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A “INDENIZAÇÃO” COMO
FORMA DE EFETIVA SANÇÃO-EXEMPLO**

**NATAL-RN
2013**

ANDRÉ LUÍS DE SOUSA ARAÚJO

DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A “INDENIZAÇÃO” COMO FORMA
DE EFETIVA SANÇÃO-EXEMPLO

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Esp. Flavianne Fagundes da Costa Pontes.

NATAL-RN
2013

ANDRÉ LUÍS DE SOUSA ARAÚJO

DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A “INDENIZAÇÃO” COMO FORMA
DE EFETIVA SANÇÃO-EXEMPLO

Monografia apresentada à Universidade
do Estado do Rio Grande do Norte como
um dos pré-requisitos para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Data de aprovação ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof^a. Esp. Flavianne Fagundes da Costa Pontes.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof^a. Ms. Patrícia Moreira de Menezes
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof^a. Esp. Déborah Leite da Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Dedico o presente trabalho a todos os meus familiares, especialmente aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sua permanente e generosa presença em todas as empreitadas da minha vida.

Aos meus pais, pelo apoio e incentivo nos estudos.

À Professora Flavianne Fagundes da Costa Pontes, pela orientação segura e comprometida.

A todos os profissionais que tive a oportunidade de ter como professores, ao longo do curso.

Aos demais funcionários da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, pela presteza com que desempenham suas tarefas, tornando mais fácil a jornada dos graduandos, e especialmente ao Professor Francisco Péricles de Amorim, Diretor da Faculdade de Direito durante todo o período em que estive vinculado à instituição, pela dedicação, competência e solicitude na direção do Curso.

A todos os colegas de classe com os quais tive a oportunidade de estar, ao longo da graduação.

À minha amada companheira Iara, pela compreensão e apoio em tudo.

O respeito ao Ordenamento Jurídico requer uma atuação firme e segura na defesa dos valores, em especial daqueles que gravitam em torno da dignidade humana.

Fátima Zanetti.

RESUMO

A responsabilização civil por danos morais desempenha papel central na regulação de todas as relações sociais. Com a massificação das relações de consumo, essa disciplina necessita de assumir novos contornos para bem desempenhar seu papel, no âmbito de tais relações, tendo em vista, não somente, mas sobretudo, a vulnerabilidade dos consumidores, em seu conceito mais amplo, e a especial proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou aqueles, posto que são inúmeros os conflitos entre consumidores e fornecedores. Primeiramente, cumpre ressaltar que a dignidade da pessoa humana foi alçada, pela atual Constituição Federal, a verdadeiro supraprincípio, que deve nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, os magistrados devem sempre levar em conta, quando da fixação do valor das condenações por danos morais, tanto à necessidade de compensar a vítima pela ofensa sofrida como de prevenir a ocorrência de novas lesões. Considerando a dificuldade encontrada para valoração do dano moral, e ainda as finalidades compensatória e punitiva que devem ser atingidas com a indenização, é imperioso analisar se os critérios utilizados são adequados e suficientes para que a condenação efetivamente cumpra essas funções. Neste ponto, cumpre verificar se o instituto dos *punitive damages*, oriundo dos países com tradição jurídica no *common law*, e desenvolvido sobretudo nos Estados Unidos da América, pode ser aplicado pelo Judiciário pátrio, independentemente de previsão legislativa e, ainda, se eventual previsão legislativa neste sentido se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, é necessário identificar a função conferida aos *punitive damages*, as circunstâncias que autorizam sua aplicação, e ainda quais os critérios considerados na fixação de seu valor. Por fim, mister se faz apontar uma solução, de aplicabilidade imediata, para que a condenação por danos morais efetivamente cumpra com seu papel de sanção-exemplo, tendo em vista que, frente a todas as objeções que se possa fazer, a proteção da dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer.

PALAVRAS-CHAVES: dignidade da pessoa humana, responsabilidade civil do fornecedor, condenação por danos morais, função punitiva-preventiva da condenação, *punitive damages*.

ABSTRACT

The civil liability for damages plays a central role in the regulation of all social relations. With the popularization of consumer relations, the discipline needs to take new shape to play their role well, within such relationships, with a view, not only, but especially, the vulnerability of consumers in its broadest sense, and especially protection that the Constitution of the Federative Republic of Brazil dedicated ones, since there are numerous conflicts between consumers and suppliers. First, one must note that the dignity of the human person was raised, the Federal Constitution, the true *supraprincípio* that should guide all Brazilian legal system. Therefore, judges must always take into account when setting the value of convictions for moral damages, so the need to compensate the victim for the harm suffered as to prevent the occurrence of new lesions. Considering the difficulty of valuation for moral damages, plus compensatory and punitive purposes that we seek to achieve with the compensation, it is imperative to examine the criteria used are appropriate and sufficient for the conviction effectively fulfill these functions. At this point, we must check whether the institute of punitive damages, arising from countries with legal tradition in common law, and developed mainly in the United States, may be applied by the judiciary parental rights, regardless of legislative forecast and also whether any legislative forecast this effect is consistent with the Brazilian legal system. Therefore, it is necessary to identify the function conferred on punitive damages, the circumstances that allow its application, and even the criteria considered in setting its value. Finally, mister point becomes a solution of immediate applicability to the conviction for moral damages effectively fulfills its role of sanction-example, taking into account that, against all the objections that can be done to protect the dignity the human person must always prevail.

KEYWORDS: human dignity, civil liability of the supplier, conviction for moral damages, punitive function, preventive condemnation, punitive damages.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR..... | 13 |
| 1.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 13 |
| 1.2. DIREITOS DA PERSONALIDADE..... | 17 |
| 1.3. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO..... | 18 |
| 1.3.1. Consumidor | 20 |
| 1.3.2. Fornecedor..... | 26 |
| 1.3.3. Produto e serviço..... | 28 |
| 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR | 30 |
| 2.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 30 |
| 2.2. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO | 34 |
| 2.3. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO..... | 38 |
| 2.4. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR..... | 40 |
| 2.5. A CONDENAÇÃO POR DANO MORAL..... | 42 |
| 2.5.1. Conceito e configuração do dano moral..... | 42 |
| 2.5.2. A prova do dano moral..... | 48 |
| 2.5.3. Questão terminológica: indenização, reparação, punição?..... | 51 |
| 2.5.4. As funções da condenação por danos morais..... | 53 |
| 2.5.4.1 <i>Considerações gerais</i> | 53 |
| 2.5.4.2 <i>A função compensatória ou satisfativa</i> | 55 |
| 2.5.4.3 <i>As funções punitiva e preventiva</i> | 57 |
| 3. A FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO..... | 61 |
| 3.1. O PROBLEMA DA VALORAÇÃO DO DANO MORAL..... | 61 |
| 3.2. CRITÉRIOS PARA FIXAR O VALOR DA CONDENAÇÃO..... | 66 |
| 3.3. A DOUTRINA DOS PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL..... | 75 |
| 3.4. A “INDENIZAÇÃO” COMO FORMA DE EFETIVA SANÇÃO-EXEMPLO..... | 87 |
| REFERÊNCIAS..... | 96 |

INTRODUÇÃO

Atualmente, inúmeras ações de indenização por danos morais, decorrentes de relações de consumo, abarrotam o Judiciário brasileiro. Com efeito, proporcionalmente ao aumento das relações de consumo, cresce o número de demandas judiciais envolvendo as partes que integram essas relações, quais sejam, consumidores e fornecedores.

É cediço que, por toda parte do território nacional, fornecedores de produtos e serviços, sobretudo os que têm maior capacidade econômica, adotam práticas consideradas ilícitas segundo a legislação consumerista pátria, a despeito de figurarem como réus em várias ações de indenização por danos morais. Isso ocorre porque, infelizmente, o posicionamento jurisprudencial dominante pátrio, que aplica, na imensa maioria dos casos, condenações por danos morais em valores pífios, acaba por incentivar o causador do dano a persistir na conduta danosa, por considerar vantajoso o proveito advindo da conduta ilícita, frente à possibilidade de eventual condenação judicial.

De fato, se por um lado os magistrados brasileiros evitam a fixação de indenizações por danos morais consideradas excessivamente altas, tendo em vista combater o que se chama atualmente de “indústria do dano moral”, deixam de combater um mal tão indesejável quanto ou maior, que é o enriquecimento dos fornecedores, que ocupam o polo mais forte da relação de consumo, alicerçado em inaceitáveis e reiteradas condutas lesivas aos consumidores, em flagrante agressão à dignidade dos mesmos.

É sabido que, quando do desenvolvimento teórico do instituto da responsabilidade civil por danos morais, as relações de consumo ainda não estavam no estágio ora presenciado. Igualmente, sabe-se que o instituto da responsabilidade civil desenvolveu-se originariamente no âmbito do direito civil, onde as relações negociais são menos frequentes do que nas relações consumeristas.

Ocorre que as teorias acerca da responsabilização por danos morais, nos moldes em que foram desenvolvidas tradicionalmente, não se prestam a dar uma resposta satisfatória e efetiva aos danos morais decorrentes das relações de consumo de massa atualmente presenciadas.

De fato, é imperioso reconhecer que deve ser dado tratamento diverso quando da fixação de uma indenização imposta a um particular que, eventualmente, causa um dano moral a outrem, e na fixação da indenização imposta a uma empresa multinacional que causa danos a

milhares ou milhões de consumidores, muitas vezes em decorrência da mesma conduta.

É nesse ponto que reside a inexorável necessidade de conferir tratamento diferenciado ao instituto da indenização por danos morais decorrentes de relações de consumo, e o diferencial será, especificamente, na maior relevância que deve ser dada à função de sanção-exemplo da indenização. Não se trata de punir o responsável pelo dano para satisfazer sentimentos egoístas de vingança da pessoa indenizada; também não se tem em mira o estabelecimento de indenizações que tornem a vítima do dano milionária, mas sim a efetiva proteção, do ponto de vista preventivo, da dignidade e de todos os bens imateriais inerentes à pessoa humana.

A possibilidade de tal distinção mostra-se sobremaneira plausível quando se tem em vista a especial preocupação que o legislador constituinte dispensou aos consumidores, elevando à categoria de direito fundamental a proteção dos mesmos, por parte do Estado. Dessa forma, a Lei Maior consignou em seu artigo 5º, inciso XXXII, o dever do Estado de promover a proteção dos consumidores, na forma da lei.

Com efeito, salta aos olhos que as indenizações fixadas em razão de danos morais, no âmbito das relações de consumo, não atendem efetivamente ao caráter punitivo-educativo-preventivo que devem cumprir. Como já dito supra, o Judiciário pátrio tem aplicado indenizações, em regra, muito ínfimas, devido ao receio de evitar o suposto enriquecimento sem causa da parte que pleiteia a indenização, no caso concreto, e ainda visando desincentivar, de forma reflexa, a referida indústria do dano moral.

Para resolver essa dicotomia, necessário é fazer uma ponderação de valores e princípios (dando prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana), assim como analisar, de forma diferenciada e particularizada, cada caso concreto, a fim de identificar em que hipóteses seria possível conferir maior peso ao caráter punitivo-educativo da indenização, utilizando-a como sanção-exemplo, semelhante aos “*punitive damages*” norte-americanos, tendo em vista tornar efetiva a proteção aos direitos imateriais dos consumidores.

A relevância do tema, pelo exposto, reside no fato de que, nos moldes em que são fixadas atualmente as condenações por danos morais, estas não atendem, a contento, à função preventiva que devem exercer, mostrando-se necessária a adoção de novos parâmetros quando da fixação do valor das indenizações.

Para se alcançar a finalidade do presente trabalho, utilizar-se-á essencialmente a metodologia de pesquisa bibliográfica, a fim de se obter uma base teórica razoável sobre o

tema objeto da pesquisa, subsidiada pela pesquisa na *internet*, sobretudo em sítios especializados em publicações jurídicas. Será igualmente realizada consulta às diversas normas jurídicas pertinentes ao tema, aqui englobadas a Constituição Federal, Códigos e Leis Federais.

O trabalho será dividido em três capítulos: no primeiro, abordar-se-á a proteção jurídica da dignidade do consumidor, no segundo, debruçar-se-á sobre a condenação por dano moral, analisando a questão relativa à configuração e à prova dessa modalidade de dano e as funções da condenação; e no ultimo, examinar-se-á a questão da fixação do valor da condenação por danos morais.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR

No presente capítulo, analisar-se-á o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, insculpido no art. 1º, III da Carta Constitucional, e considerado por alguns doutrinadores como princípio de hierarquia supraconstitucional, é dizer, um verdadeiro super princípio, norteador de todo o ordenamento jurídico. Far-se-á ainda um breve estudo acerca dos direitos da personalidade, que são aqueles direitos inerentes à qualidade de ser humano, e que têm, como algumas características, dentre outras, o fato de serem inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Após, explorar-se-á a questão dos elementos da relação jurídica de consumo, tendo em vista identificar o âmbito de incidência do nosso objeto de estudo.

1.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 (CRFB) consagrou, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, nos termos seguintes:¹

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

...

III – a dignidade da pessoa humana;

Esse princípio é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, não é concebível, sob a atual ordem constitucional, a adoção de posicionamento jurídico contrário à dignidade da pessoa humana, sob pena de incorrer em inaceitável inconstitucionalidade. Para Paulo Otero, citado por Nehemias Domingos de Melo, a dignidade da pessoa humana é um valor que²

[...] dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cumeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: O Homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito.

¹ BRASIL, República Federativa. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 de abr. 2013.

² OTERO., apud, MELO, Nehemias Domingos de. **O Princípio da Dignidade Humana e a interpretação dos Direitos Humanos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2972>. Acesso em: 03 de abr. 2013.

As palavras são bastante louváveis e retratam com imensa felicidade o que a dignidade da pessoa humana deve representar para o Estado de Direito. Dizer que esse valor deve servir de fundamento do próprio sistema jurídico (e de fato a CRFB o consagrou como fundamento da República) significa muito mais do que simples retórica, significa proclamar que a elaboração das normas, constitucionais e infraconstitucionais, assim como a aplicação das mesmas no caso concreto, deve sempre e inexoravelmente se pautar por este valor, considerando, antes de tudo, a sua proteção.

A respeito da precedência da dignidade da pessoa humana sobre todo o ordenamento jurídico, Inocêncio Mártires Coelho assevera que é sob a perspectiva metafísica da pessoa humana que ele considera apropriado analisar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, considerado como valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional.³

Nessa esteira, não custa consignar que nem mesmo o legislador constituinte derivado, utilizando-se das prerrogativas que o poder constituinte originário lhe conferiu, pode ousar qualquer tentativa de reforma da Lei Maior que afronte a dignidade da pessoa humana. Dito isto, importa verificar se há possibilidade, e em qual, de o Poder Judiciário, ao analisar os casos concretos que se lhes apresentam, sacrificar, ainda que em gravidade ínfima, a dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, se encontra assentado na doutrina e jurisprudência, tanto aqui quanto alhures, que os princípios, ainda que consagrados constitucionalmente, não são absolutos, posto que, quando contrapostos numa situação concreta, terá de ser feita uma ponderação entre os mesmos, sendo que determinado princípio poderá prevalecer sobre o outro, conforme as circunstâncias do caso concreto.⁴

Considerando-se, contudo, a dignidade da pessoa humana um princípio de hierarquia supraconstitucional, poderia este princípio ser afastado quando colidente com outro princípio constitucional, ou trata-se de princípio absoluto? Uma solução encontrada pela doutrina foi

³ COELHO, Inocêncio Mártires. **FUNDAMENTOS DO ESTADO DE DIREITO**. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M. ; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que “O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto que, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.” (MENDES, G. F.; COELHO, I. M. ; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364).

no sentido de que, somente havendo um conflito entre as dignidades de pessoas diversas, posto que todas possuem dignidade de igual valor, poder-se-ia fazer uma ponderação entre os bens conflitantes.⁵ Para Héctor Valverde Santana⁶

A dignidade é um valor interno e absoluto que não admite substituição por outro valor equivalente. Não há preço para a dignidade. Trata-se de um atributo inerente ao ser humano, superior a todos os outros e que se confunde com a natureza do ser racional, que existe como um *fim* e não apenas como um *meio*. (grifo do autor)

Nessa esteira, infere-se que a dignidade da pessoa humana assume duas facetas dentro do ordenamento jurídico-constitucional pátrio: é um valor, caracterizado por ser inerente a todos os seres humanos, pela simples condição biológica humana, é dizer, não confere-se dignidade a alguém, pois trata-se de característica imanente à sua qualidade de ser humano, devendo apenas ser respeitada (pelo Estado e pelos particulares) e protegida (pelo Estado, face à agressões por parte de terceiros); de outra banda, a dignidade da pessoa humana assume a posição de princípio fundamental do Estado brasileiro, informando e embasando todos os demais direitos fundamentais, ou pelo menos a maior parte deles.

Tratando-se a “dignidade da pessoa humana” de conceito vago, carente de determinação, cabe à doutrina e jurisprudência identificar os bens da vida compreendidos na dignidade da pessoa humana, e que serão merecedores, portanto, da proteção especial que deve ser conferida àquela.⁷

Nesse ínterim, importa especialmente para o presente trabalho atentar para o fato de que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor e princípio norteador dos direitos fundamentais, confere, inequivocamente, especial proteção aos direitos da personalidade, englobando todos os desdobramentos da mesma. Com efeito, ao discorrer sobre o tema, Ingo Sarlet assevera:⁸

Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se,

⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **FUNDAMENTOS DO ESTADO DE DIREITO**. In. MENDES, G. F.; COELHO, I. M. ; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 216.

⁶ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 33.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 109-131.

⁸ SARLET. op. cit. p. 122.

dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade [...].

Conforme exposto nas linhas acima, a dignidade da pessoa humana, nos termos consagrados pela Carta de 1988, desempenha papel central no ordenamento jurídico pátrio, pois a proclamação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República reconhece a precedência do ser humano sobre o Estado, enxergando o homem como um fim, e não como um meio.

Ademais, ao passo que a dignidade da pessoa humana, considerada como um valor em si mesma, demanda a proteção e o respeito do Estado, conforme dito acima, essa mesma dignidade, enquanto princípio, constitui um guia, não só dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, e, conseqüentemente, de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Impende ainda ressaltar, por oportuno, que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida considerando o ser humano individualmente, e não enquanto membro de uma coletividade, conforme ensinamento de Héctor Valverde Santana, *literis*:⁹

O valor dignidade não está vinculado a noção do ser humano como integrante de uma determinada coletividade, mas visa realçar a importância da pessoa humana enquanto ente individualmente considerado. Desta forma, o sistema jurídico não pode preferir o ser humano considerado na sua concepção particular em favor do grupo ao qual pertence. Não há justificativa para privilegiar o interesse coletivo quando a dignidade da pessoa humana (individual) estiver comprometida.

A observação é pertinente para esclarecer que, diante de uma situação de agressão à dignidade (referindo-se aqui ao valor “dignidade da pessoa humana”) de determinada pessoa, não pode esta ser sacrificada sob o pretexto de salvaguardar determinado princípio ou valor de interesse da coletividade.

Para o presente trabalho, este esclarecimento nos parece da maior relevância, pois voltará a ser abordado quando estivermos analisando a dicotomia entre a necessidade de serem aplicadas condenações por danos morais que efetivamente tenham caráter exemplar, visando proteger a dignidade dos consumidores e o receio dos magistrados de incentivar a chamada “indústria do dano moral”.

⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 38.

1.2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Há uma certa categoria de direitos, considerada inerente à pessoa humana, que aos poucos foram ganhando reconhecimento pela doutrina e pelos legisladores, e igualmente recebendo proteção jurisprudencial, denominados direitos da personalidade. Dentre estes, destacam-se o direito à vida, à honra, à imagem, ao próprio corpo, à liberdade, ao nome, entre outros. Héctor Valverde Santana ensina que o vocábulo personalidade é “[...] indicativo da noção de atributos exclusivos da pessoa, que distingue um indivíduo do outro no aspecto morfológico, fisiológico e psicológico.”¹⁰

Os direitos da personalidade caracterizam-se fundamentalmente por serem tidos como inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, indisponíveis, é dizer, “[...] ligados à pessoa de maneira perpétua e permanente.”¹¹ Outra característica essencial desses direitos é o fato de serem insuscetíveis de valoração econômica, pelo menos de forma direta e imediata. Tratam-se, portanto, de direitos não patrimoniais.

Em solo brasileiro, sem dúvida o grande passo para a consagração da proteção jurídica dos direitos da personalidade foi dado pelo legislador constituinte¹², que, primeiro, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, conforme se discorreu no item anterior, e ainda referiu-se expressamente a alguns desses direitos no inciso X do Art. 5º da CRFB, assentando que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”¹³

Atento à previsão constitucional, o legislador ordinário dedicou o Capítulo II do Livro I do Código Civil de 2002 (CC/2002) aos direitos da personalidade, dispondo, exemplificativamente, sobre a proteção de alguns desses direitos. O art. 12 do CC/2002 prevê, genericamente, a proteção dos direitos da personalidade contra lesão ou ameaça, estabelecendo que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

¹⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 42.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro; parte geral**. v. I. – 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 183.

¹² GONÇALVES. op. cit., p. 184.

¹³ BRASIL, República Federativa. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 03 de abr. 2013.

Em que pese a referência expressa a alguns direitos da personalidade, tanto no texto constitucional quanto no diploma civil, é pacífico o entendimento de que trata-se de rol meramente exemplificativo. Maria Helena Diniz nos dá pormenorizada definição que evidencia o amplo leque de proteção desses direitos, *in verbis*:¹⁴

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Em se falando de reparação do dano moral sofrido por consumidor, a proteção constitucional conferida aos direitos da personalidade é fundamental, posto que, se pode até afirmar que sempre que se falar em dano moral, estar-se-á diante de uma lesão a direito da personalidade. Para Héctor Valverde Santana¹⁵

O Código de Defesa do Consumidor não destina regramento específico aos direitos da personalidade do consumidor, mas a interpretação sistemática conduz à conclusão de que os direitos imateriais da parte vulnerável têm guarida legal. Destaque-se que a lei consumerista prevê a tutela da vida, saúde, segurança, honra, intimidade, imagem, dentre outros direitos da personalidade do consumidor. A lesão a tais direitos enseja a reparação de danos morais, conforme disciplina do art. 6º., VI e VII, do CDC.

Pelo exposto, verifica-se que não há uma regulamentação sistemática e detalhada, tanto quanto merecida, da proteção dos direitos da personalidade do consumidor. No entanto, isso não obsta que seja garantida a proteção jurídica desses direitos, haja vista que, conforme visto, uma interpretação sistemática do CDC, aliada à proteção que a própria Constituição Federal conferiu a esses direitos, pode e deve garantir que os mesmos sejam protegidos e, quando lesados, que seja garantida a compensação do dano.

1.3. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Pretendendo-se estudar determinado assunto delimitado ao âmbito do direito consumerista, mister se faz, preliminarmente, definir o que se entende, juridicamente, como

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Parte Geral. v. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 135

¹⁵ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 45.

relação jurídica de consumo, para se poder visualizar com razoável precisão em quais situações o objeto de estudo incide.

Sem se pretender aprofundar no assunto, veja-se, primeiramente, o que se entende por relação jurídica. Sérgio Cavalieri Filho conceitua a relação jurídica “como toda relação social disciplinada pelo Direito”.¹⁶ Complementa o raciocínio afirmando que “[...] toda relação jurídica é social, mas nem toda relação social é jurídica, somente aquela que, por sua relevância, é disciplinada pelo Direito.”¹⁷

Considerando a definição acima, haverá uma relação jurídica de consumo toda vez que houver uma relação social juridicamente relevante e exatamente por isso disciplinada pelo Direito; neste caso, a relação jurídica será disciplinada, particularmente pela Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, a qual institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e legislação consumerista esparsa, e apenas subsidiariamente pela legislação civil.

Em que pese não ter definido a relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor definiu os sujeitos desta relação, quais sejam, o consumidor¹⁸ e o fornecedor¹⁹. *Prima facie*, pode-se depreender, portanto, que toda vez que figurarem como sujeitos de uma relação jurídica em um polo um consumidor e no outro um fornecedor, nos termos definidos pelo próprio legislador, constituir-se-á, entre os dois, uma relação (jurídica) de consumo. Neste sentido, veja-se a lição de Héctor Valverde Santana:²⁰

As definições de relação jurídica de consumo fornecidas pela doutrina têm como pontos comuns a existência de um vínculo jurídico entre o sujeito-fornecedor e o sujeito-consumidor, considerando objeto somente um produto ou serviço. Refuta-se a possibilidade de uma relação jurídica entre o sujeito de direito (fornecedor ou consumidor) e o bem da vida (produto ou serviço). Vale dizer que a relação jurídica de consumo, na mesma estrutura das demais relações jurídicas, é eminentemente intersubjetiva, e o bem da vida (produto ou serviço) será necessariamente o seu objeto.

Integrará a relação jurídica de consumo, portanto, e necessariamente, na qualidade de objeto da relação, um produto ou serviço, que será de alguma forma objeto de atividade empresarial do fornecedor (importação, exportação, produção etc.) e terá o consumidor como destinatário final. Aqui vale lembrar ainda, pela simplicidade e clareza com que foi exposta,

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 47.

¹⁷ CAVALIERI FILHO. *Idem, ibidem*.

¹⁸ Art. 2º, *caput* e parágrafo único.

¹⁹ Art. 3º, *caput*.

²⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 53.

a lição de Arthur Luís Mendonça Rollo, *in verbis*:²¹

Necessariamente, a relação de consumo deve ter em um dos polos o consumidor, e no outro, o fornecedor. Entre esses sujeitos deve haver a entrega de um produto ou a prestação de um serviço, pelo menos. Diante da complexidade do mercado, usualmente são comercializados, simultaneamente, produtos e serviços.

Ressalte-se que, pelo disposto até aqui, subentende-se apenas a existência de relações jurídicas de consumo decorrentes de manifestação de vontade das partes, basicamente de negócios jurídicos; no entanto, algumas relações jurídicas de consumo constituem-se a partir de fatos naturais, alheios à vontade humana; ou, ainda, de determinado ato ilícito passível de gerar responsabilidade extracontratual.

1.3.1. Consumidor

Estando estabelecido que a relação jurídica de consumo se dá, conforme dito anteriormente, entre o consumidor, de um lado, e o fornecedor, de outro, necessário se mostra definir melhor quem são essas figuras.

Embora a ciência jurídica tenha elaborado sua própria definição de consumidor, o conceito extraído da ciência econômica não nos parece irrelevante para um estudo jurídico do mesmo, pois um dos traços intrínsecos do consumidor, para esta última ciência, é o fato de o consumidor retirar o bem (mercadoria) do mercado para consumi-lo, é dizer, para destruí-lo ou gastá-lo. Trata-se, em outros termos, da retirada do bem de seu ciclo de produção e comercialização.²²

Efetivamente, ver-se-á que a destinação final do produto é exatamente o fator finalístico levado em conta pela ciência jurídica para estabelecer a delimitação da figura do consumidor. Assim o foi também pelo legislador pátrio ao estabelecer o conceito de consumidor, nos termos do artigo 2º, *caput*, do CDC, o qual dispõe que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquirir ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”²³.

²¹ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 01.

²² SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 56-57.

²³ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em:

A partir do dispositivo legal, tem-se que poderá ser considerada consumidora qualquer pessoa física ou jurídica, não tendo o legislador estabelecido qualquer distinção ou ressalva. Quanto à pessoa física, esta é considerada consumidora por excelência²⁴, não havendo maiores controvérsias doutrinárias a respeito, desde que adquira o bem para satisfazer interesse pessoal ou familiar, ou ainda de terceiro, mas sem interesse profissional, conforme acentua Héctor Valverde Santana:²⁵

A natureza não profissional da aquisição ou utilização de bens e serviços caracteriza o terceiro elemento da definição de consumidor. O ato de consumo deve visar a satisfação de um interesse pessoal ou familiar, excluindo-se da definição a atividade voltada para suprir uma necessidade profissional.

Quando se fala em pessoa jurídica, por outro lado, existe parcela da doutrina que não lhe reconhece a possibilidade de figurar como consumidora, talvez por considerarem o fato de que, direta ou indiretamente, tudo que a pessoa jurídica adquire é voltado ou para o incremento, ou para a manutenção de sua atividade empresarial, ou ainda por considerar que a pessoa jurídica, invariavelmente (o que não é verdade), não estará em situação de vulnerabilidade quando efetuar seus negócios.

Acerca da interpretação da locução “destinatário final” presente no art. 2º do CDC, a doutrina aponta duas teorias. Segundo a teoria finalista ou minimalista, a destinação final do produto ou serviço deve ser tanto fática quanto econômica. Para os adeptos dessa teoria, a pessoa física²⁶ ou jurídica, para caracterizar-se como consumidora deve, ao retirar o produto ou serviço do mercado de consumo, empregar-lhe destinação que não seja econômica.²⁷ Conforme essa teoria, portanto, se uma rede de supermercados adquire computadores para uso de seus funcionários, na consecução de suas atividades, não tratar-se-á de relação de consumo.

Segundo a teoria finalista, a caracterização do adquirente de produtos ou serviços como

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 15 abr. 2013.

²⁴ Neste sentido, “Pode-se afirmar, com segurança, que toda pessoa física é consumidora. Ninguém pode estar vivo e não consumir. Ainda que umas pessoas consumam mais do que as outras, mesmo aquela pessoa socialmente inferiorizada consume.” (ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo**: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 04.)

²⁵ ROLLO. op. cit., p. 57

²⁶ Embora a relevância da discussão seja muito mais acentuada quando da definição de consumidor pessoa jurídica, também aplica-se, ao menos em tese, à definição de consumidor pessoa física quando este exercer atividade profissional.

²⁷ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 65.

consumidor está aliada, fundamentalmente, à verificação da vulnerabilidade do mesmo. Assim, entende-se que, quando determinada pessoa jurídica adquire um produto como destinatária final fática, mas o utiliza em sua atividade empresária, repassará o custo daquele produto aos consumidores finais, não devendo, portanto, ser considerada como consumidora.²⁸

Em oposição à teoria finalista, encontra-se a maximalista, que defende interpretação ampla do conceito de consumidor. Segundo Héctor Valverde Santana:²⁹

[...] os adeptos desta corrente doutrinária entendem que o Código de Defesa do Consumidor é o novo regulamento do mercado brasileiro, um código geral para o consumo, que deve abranger o maior número de casos possíveis. Rejeitam a posição de que a destinação final dos produtos e serviços deve ser fática e econômica.

Conforme se depreende das linhas acima, a teoria finalista leva em conta a destinação final fática e econômica dos produtos e serviços adquiridos, ao passo que para a teoria maximalista, basta que o adquirente seja o destinatário fático do produto ou serviço, para que seja considerado consumidor. O ponto fundamental, para o autor, (e que também é de suma importância para a teoria finalista) é a situação de vulnerabilidade ou não do adquirente de produtos e serviços, não deixando-se de levar em consideração, ao menos, a destinação fática do produto ou serviço.

Assim, poderá ser considerada consumidora a pessoa jurídica que adquire determinado produto para apenas subsidiar e tornar possível ou melhorar sua atividade profissional (conforme o exemplo do supermercado mencionado anteriormente), desde que presente a situação de vulnerabilidade; entretanto, considera-se que, mesmo que se possa enxergar uma situação de vulnerabilidade, não há como se falar em relação de consumo se, considerando o exemplo mais extremo, o produto é adquirido tão somente para revenda.

Rizzatto Nunes, amparando-se na expressa previsão legal, não enxerga ressalvas quanto à caracterização da pessoa jurídica como consumidora. Com efeito, registra o autor:³⁰

Diga-se, de início, o que decorre da obviedade da leitura. Consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. Quanto a esta última, como a norma não faz distinção, trata-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma microempresa, quer seja uma multinacional, pessoa

²⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 65-66.

²⁹ SANTANA. op. cit., p. 68.

³⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 72.

jurídica civil ou comercial, associação, fundação etc.

De fato, a controvérsia atual gira mais em torno da destinação que é dada ao bem adquirido, assim como da existência ou não de vulnerabilidade da pessoa jurídica que figura como adquirente do produto ou serviço.

Enxerga-se que, a menos que o bem adquirido passe a integrar substancialmente o produto ou serviço objeto da atividade fim da pessoa (física ou jurídica) que o adquiriu, haverá relação de consumo.

Assim, não pode-se negar a existência de relação de consumo entre um advogado (pessoa física) que compra um livro para aperfeiçoar seus conhecimentos jurídicos e a empresa vendedora do livro sob o argumento de que o livro é destinado à incrementar a atividade profissional daquele, haja vista que o referido profissional não comercializará o livro, pois em sua atividade o que ele “vende” são seus serviços advocatícios.

O mesmo raciocínio aplica-se caso seja não um advogado, mas uma renomada e bem-sucedida sociedade de advogados (pessoa jurídica) e ainda que sejam vários os livros adquiridos. Poderá até acontecer de, na prática, não ser conferido judicialmente o mesmo tratamento protetivo a um e a outro, mas em ambos os casos, *data venia* as opiniões contrárias, estar-se-á diante de inegável relação de consumo.

Analisando o tema, Rizzatto Nunes aponta solução bastante perspicaz. O autor observa que “[...] a Lei n. 8.078 regula o polo de consumo, isto é, pretende controlar os produtos e serviços oferecidos, postos à disposição, distribuídos e vendidos no mercado de consumo e que foram produzidos para ser vendidos, independentemente do uso que se vá deles fazer.”³¹

A partir desse raciocínio, conclui-se que, se o fornecedor coloca determinado bem no mercado de consumo, sem preocupar-se com a finalidade que lhe dará o comprador (haja vista tratar-se de um bem que tanto pode ser utilizado para consumo próprio quanto para produção), deve-se tratar a relação jurídica por meio da qual o mesmo for adquirido como uma relação de consumo. Desta feita, toda vez que um típico bem de consumo for adquirido, tratar-se-á de relação de consumo; por outro lado, estará igualmente regulada pelo CDC a aquisição de um bem típico de produção se o mesmo for adquirido com a finalidade de

³¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79.

consumo próprio.³²

A despeito de se considerar bastante interessante o raciocínio desenvolvido pelo mencionado autor, não se pode deixar de concordar com a observação feita por Arthur Luís Mendonça Rollo, que obtempera: “A frequência da aquisição e a quantidade adquirida descaracterizam a relação de consumo, tipificando uma relação comercial na aquisição de insumos.”³³ A partir desta observação, conclui-se, portanto, que mesmo sendo tipicamente de consumo, se determinado bem é adquirido efetivamente com a finalidade de servir de insumo, tal como uma doceria que adquire açúcar em vultosa quantidade, com determinada frequência, estaremos diante de uma relação comercial, regulada pelo direito civil, e não pelo CDC.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem firmando entendimento no sentido de que o consumidor intermediário, que adquire determinado bem para empreender e instrumentalizar atividade econômica não está inserido na definição legal de consumidor, constante no art. 2º do CDC, porém, excepcionalmente, restando demonstrado, no caso concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do mesmo, poderão ser aplicadas as normas do referido diploma legal.³⁴

Parece mesmo que a discussão quanto à ocorrência ou não da relação de consumo, sobretudo quanto ao reconhecimento de pessoa jurídica consumidora, mas também no caso da pessoa física, tende a girar em torno da destinação final do bem adquirido e da situação de vulnerabilidade do adquirente, superando as teses extremistas e partindo-se para uma análise caso a caso, assim como vem fazendo ultimamente o STJ.

Após a breve análise acerca da definição do consumidor padrão ou *standard*, é imperioso que se faça algumas considerações, ainda que sucintas, sobre a proteção que o CDC confere aos denominados consumidores por equiparação, quais sejam: a) a “coletividade de pessoas”³⁵ que haja intervindo na relação de consumo; b) as “vítimas do evento”³⁶; e c) “todas as

³² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 72-80.

³³ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo**: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 07.

³⁴ STJ – **Superior Tribunal de Justiça**. Resp. Nº 715.877 – SP (2005/0004852-3) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500048523&dt_publicacao=23/04/2007> Acesso em: 16.04.2013

³⁵ O parágrafo único do art. 2º do CDC dispõe que “Equiparam-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

³⁶ Nos termos do art. 17 do CDC “Para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas

pessoas³⁷ expostas às práticas comerciais reguladas pelo CDC.

Tratam-se de terceiros, que não estão abrangidos pela definição jurídica de consumidor, mas aos quais o legislador conferiu a tutela legal do subsistema consumerista, expressamente, no parágrafo único do art. 2º e nos arts. 17 e 29 do CDC. Sobre essa previsão legal, Cavalieri Filho leciona:³⁸

Tais dispositivos funcionam como verdadeiras **normas de extensão** do campo de incidência originário do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que colocaram sob o manto protetivo deste os sujeitos nelas descritos. Assim, estão igualmente amparados todos aqueles que, muito embora não se amoldem ao conceito jurídico de consumidor padrão, estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados. (grifo do autor)

A norma do parágrafo único do art. 2º do CDC visa proteger a coletividade de pessoas que de alguma forma participam de relação de consumo de origem comum. Esta regra tem por objetivo a proteção dos direitos difusos e coletivos, e a defesa dos consumidores, nesses casos, será por meio das ações coletivas, tendo legitimidade para propô-las os entes elencados no art. 82 do CDC.³⁹

Quanto à previsão do art. 17 do CDC, tem o condão de proteger o direito daquele que, não tendo sido partícipe da relação de consumo, acaba por sofrer um dano decorrente de um acidente de consumo. Com efeito, o consumidor que, enquadrado na definição do *caput* do art. 2º do CDC, vier a sofrer um dano em virtude de um acidente de consumo, poderá valer-se, naturalmente, da disciplina legal do CDC para ver reparado o dano que sofreu.

Não seria justo, portanto, submeter um terceiro, vítima do mesmo evento, a regramento jurídico menos benéfico, posto que, não fosse a equiparação prevista pelo legislador, o terceiro, vítima do acidente de consumo, teria que socorrer-se da legislação civil para pleitear a reparação do dano que lhe fora imposto (ou seja, teria que provar a culpa do fornecedor). Desta feita, a intenção do legislador foi exatamente a de conferir igual proteção a pessoas sujeitas à situação fática semelhante.⁴⁰

do evento.”

³⁷ Dispõe o CDC em ser art. 29 que “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas..”

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

³⁹ NUNES, L. A. R.. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 84; SANTANA, H. V. Dano Moral no Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 71.

⁴⁰ SANTANA, H. V. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Por fim, antes de se passar à definição de fornecedor, analisar-se-á a previsão legal do art. 29 do CDC. O dispositivo legal tem o fito de proteger todas as pessoas, determináveis ou não, que estejam expostas às práticas comerciais reguladas pelo diploma legal, vale dizer, não apenas as práticas previstas expressamente no Capítulo V do CDC, mas, além destas, outras que devam ser reguladas pelo subsistema consumerista, por estarem inseridas em relações jurídicas de consumo. Rizzatto Nunes assevera que:⁴¹

O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.

Trata-se de proteção legal que não exige a concretização da relação jurídica nem a ocorrência do dano, ressaltando caráter preventivo do Direito do Consumidor. Assim, por exemplo, se determinada empresa veicula uma propaganda enganosa por meio televisivo, toda e qualquer pessoa passível de ser alcançada pelo referido anúncio já encontra-se, mesmo que não seja prejudicado e nem ao menos chegue a ter conhecimento da propaganda já está, de antemão, protegido pela norma legal insculpida no art. 29 do CDC.

1.3.2. Fornecedor

O art. 3º, *caput* do CDC traz a definição legal de fornecedor, nos termos seguintes:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A definição legal é bastante ampla, e não por acaso. Foi intenção do legislador definir como fornecedor, e dessa forma, pôr sob a regulação da legislação consumerista todo aquele (pessoa física, pessoa jurídica ou ente despersonalizado) que ofereça, de alguma forma, produtos ou serviços no mercado. Segundo Arthur Luís Mendonça Rollo, “Para ser fornecedor, basta servir produtos e serviços no mercado com habitualidade e visando ao lucro

(Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p.. 72-73; ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo**: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20-21.

⁴¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85.

ou a outro resultado econômico.”⁴²

Desta feita, poderão ser fornecedores as pessoas físicas (profissional liberal, autônomo, vendedores de produtos), quaisquer pessoas jurídicas (de direito público ou privado, civis ou empresárias, nacionais ou estrangeiras) e ainda os entes despersonalizados⁴³ (massa falida, espólio, etc), desde que explore atividade econômica.⁴⁴

Destaque-se ainda que a atividade, além de visar ao lucro, deverá ter certa habitualidade. No caso das pessoas jurídicas que tenham determinada prática como atividade fim (por exemplo uma loja de calçados), via de regra, quando, eventualmente, realizar algum outro negócio, este não será regulado pelo CDC, mas sim pelo Código Civil, por não tratar-se de atividade de fornecimento. Observe-se ainda que pode ocorrer de a atividade profissional prescindir da habitualidade, posto que, se a “[...]compra e venda for apenas em determinada e específica época, por exemplo, no período de festas natalinas, ainda assim ela (a pessoa que pratica tal atividade) é fornecedora, porque, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial.”⁴⁵

Para caracterizar-se a relação de consumo, regulada pelo CDC, o fornecimento do produto ou serviço deverá ser remunerado.⁴⁶ Destaque-se, contudo, que a remuneração poderá ser direta ou indireta, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias. A doutrina aponta como exemplos de serviços remunerados indiretamente os estacionamento destinados aos clientes dos estabelecimentos (que tem o preço embutido nos produtos ou serviços fornecidos), e ainda a gratuidade do transporte coletivo para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos (remunerado indiretamente por toda a coletividade usuária do serviço).⁴⁷ Dessa forma,

⁴² ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 22.

⁴³ Para Héctor Valverde Santana “ A massa falida, o espólio, a família, as heranças vacante e jacente e o condomínio são exemplos de entes despersonalizados. Em caso de exploração de atividade econômica por algumas destas universalidades, o Código de Defesa do Consumidor será aplicado, considerando-a como fornecedora.” (SANTANA, H. V. **Dano Moral no Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p.79)

⁴⁴ NUNES. L. A. R **Curso de direito do consumidor:** com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 86-90.; ROLLO. op. cit., p. 22-24.; SANTANA. op. cit., p. 77-79.

⁴⁵ NUNES. op. cit., p. 86.

⁴⁶ Entenda-se como remuneração pelo produto o valor pago para aquisição do mesmo, é dizer, seu preço. A doutrina pátria aborda mais a questão da remuneração do serviço, provavelmente porque, quando da definição de serviço, o legislador fez expressa menção ao caráter remunerado, não tendo feito o mesmo na definição de produto; todavia, a aquisição do produto também deverá ser remunerada, haja vista que, em um negócio gratuito (doação), não será aplicável o CDC.

⁴⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor:** código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto nº 2.181/97. 6. ed. rev., ampl. e atual. pelas Leis nºs 11.989/2009 e 12.039/2009. Niterói: Impetus, 2010. p. 28.

restando caracterizada a remuneração indireta do produto ou serviço objeto da relação jurídica, configurada estará a relação jurídica de consumo, o que importará na consequente responsabilidade do fornecedor.

1.3.3. Produto e serviço

A relação jurídica de consumo deve necessariamente ter um elemento objetivo, o qual será o objeto da prestação devida pelo fornecedor ao consumidor, podendo ser um produto, um serviço, ou ainda, podendo compreender os dois. Opta-se por estudá-los juntos exatamente pelo fato de constituírem, individual ou conjuntamente, o(s) objeto(s) da prestação a qual se obriga o fornecedor, para com o consumidor, a constituírem a relação de consumo. Ademais, não é o objetivo do presente trabalho esgotar o assunto.

O conceito de produto está posto no § 1º do art. 3º do CDC, nos seguintes termos “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”⁴⁸ Pela amplitude da definição legal, observa-se que o legislador quis qualificar como produto qualquer bem suscetível de ser objeto de uma relação jurídica de consumo, é dizer, de ser posto no mercado.⁴⁹

Já no § 2º do art. 3º do CDC, o legislador trouxe a definição legal de serviço, para efeitos da relação consumerista. Reza o referido dispositivo legal que “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive às de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” De imediato, nota-se que o legislador teve maior preocupação em sentar para conceituar o serviço do que para conceituar o produto, posto que fez questão de incluir determinadas atividades⁵⁰, e de excluir àquelas de natureza trabalhista.

A preocupação do legislador em fazer expressa menção aos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária foi exatamente pelo fato de que já se sabia, antes da edição

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 06 de abr. de 2013.

⁴⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 81.

⁵⁰ Rizzato Nunes observa que “Apesar da clareza do texto legal, que coloca, com todas as letras, que os bancos prestam serviços aos consumidores, houve tentativa judicial de se obter declaração em sentido oposto. Chegou-se, então, ao inusitado: o Poder Judiciário teve que declarar exatamente aquilo que a lei já dizia: que os bancos prestam serviços. (NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95)

do CDC, da relutância desses setores de terem suas atividades reguladas pela legislação protetiva do consumidor.⁵¹ O fato de tê-los mencionado, portanto, não exclui qualquer outro serviço prestado ao consumidor da aplicação do CDC.

Ressalte-se, ainda, que é pacífico o entendimento de que a oferta no mercado de produtos e serviços por pessoa jurídica de direito público, assim como por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, é regulada pelo Código do Consumidor. Ora, essa constatação decorre da própria inclusão dessas pessoas no conceito de fornecedor, não havendo espaço para controvérsias.

⁵¹ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo**; distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

Neste item, analisa-se o conceito e os fundamentos da responsabilidade civil dos fornecedores, pelo fato e pelo vício de produtos e serviços, tendo em vista investigar-se quais os fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva dos fornecedores estabelecida pelo legislador.

2.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme doutrina de Rui Stoco “A expressão 'responsabilidade' tem sentido polissêmico, e leva a mais de um significado.”⁵², Prossegue o autor afirmando que “Tanto pode ser sinônimo de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico.”⁵³

Desse conceito, depreende-se que “responsabilidade” tem, primeiro, um sentido amplo e abstrato, dirigido à conduta de todos, no sentido de que todos devem agir com cuidado, cautela e diligência, observando as normas de conduta gerais e específicas dirigidas a todas as condutas humanas. É justamente a partir da não observância estrita e eficaz dessas normas que nasce a responsabilidade, no sentido de que o agente deverá responder pelo seus atos, é dizer, arcar com as consequências danosas de sua conduta.

Nesse sentido, é interessante a distinção feita por Sérgio Cavalieri Filho entre dever jurídico originário e sucessivo:⁵⁴

A violação de um dever jurídico configura um *ilícito*, que, quase sempre, acarreta um dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (grifos do autor)

Prossegue o insigne jurista enfatizando que:⁵⁵

É aqui que entra a noção de *responsabilidade civil*. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo,

⁵² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 111.

⁵³ STOCO. op. cit., p. 111.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 02.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO. *Idem, ibidem*.

contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (grifos do autor)

A doutrina faz a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Salienta-se, desde já, que entende-se que as duas modalidades de responsabilidade têm fundamento comum, qual seja, o descumprimento de um dever jurídico originário, conforme demonstrado supra. Desta feita, haverá responsabilidade contratual quando o agente descumprir norma de conduta prevista em contrato, *v. g.*, o vendedor que deixa de entregar o produto vendido no prazo ajustado; por outro lado, haverá responsabilidade extracontratual quando a regra de conduta descumprida for uma norma legal (entendendo-se o termo legal aqui em seu sentido mais amplo), prescindindo, portanto, da existência de negócio jurídico entre o agente responsável e o sujeito lesado.

Ainda sobre a noção de responsabilidade civil, considera-se valiosa a lição de Humberto Theodoro Júnior:⁵⁶

A responsabilidade civil não é diferente do sentido comum de qualquer responsabilidade, qual seja, o da ideia de *obrigação, encargo* ou *contraprestação*. Designa a obrigação de repor a vítima do dano injusto na situação em que se encontrava antes do ato ilícito. O descumprimento do dever de não lesar a ninguém gera um desequilíbrio (uma desordem) na situação jurídico-patrimonial do ofendido. A responsabilidade civil vem a ser justamente a obrigação do agente motivador desse desequilíbrio de reparar o prejuízo causado a outrem por um ato contrário à ordem jurídica.

A noção de responsabilidade civil decorrente da prática de um ato ilícito, conforme conceitos trazidos supra, amolda-se ao conceito tradicional de responsabilidade civil, o qual traz como um dos requisitos da responsabilidade a culpa do agente. Cumpre fazer a distinção, entretanto, entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.

Na chamada teoria clássica, também conhecida como teoria da culpa, a configuração da responsabilidade civil do agente depende da existência de três elementos, a saber: o dano imposto à vítima do ilícito, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, e a culpa do autor do dano. Essa modalidade de responsabilidade civil é dita subjetiva, por ser

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil: Noções Gerais. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.** In: MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19.

fundada na culpa do agente.⁵⁷

Sobre o conceito de culpa, Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, assim leciona:⁵⁸

A culpa, em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de açodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.

O autor esclarece, contudo, que “Evidentemente que a ação intencional e voltada para uma finalidade que o Direito repudia traduz o dolo [...]”⁵⁹ Desta feita, haverá responsabilidade civil subjetiva tanto quando a conduta do agente for culposa, em sentido estrito, como quando for danosa (conduta culposa em sentido amplo).

Conforme informa a doutrina pátria, a partir de meados do século XIX, com as transformações nas relações de trabalho, produção e consumo **decorrentes** da revolução industrial, tomou corpo a chamada teoria do risco, a qual defende uma responsabilidade civil sem culpa, é dizer, a responsabilidade civil objetiva. Neste sentido, veja-se a lição de Arthur Luis Mendonça Rollo:⁶⁰

Essa nova teoria da responsabilidade objetiva parte da premissa fática de que os problemas na concepção e na fabricação dos produtos são inerentes a toda produção em série. Quanto maior o ritmo de produção, maior o risco de vícios e defeitos. Eliminar ou reduzir esses riscos ao mínimo implicaria realizar o caminho de volta da Revolução Industrial, isto é, retornar da produção em série à manufatura, o que significaria o incremento dos preços dos produtos, tornando-os inacessíveis à população.

O argumento principal dos partidários da teoria do risco é que o novo ritmo da sociedade industrializada e massificada trouxe uma constante ameaça de danos para as pessoas, configurando verdadeiro risco social, sendo inviável que a reparação de tantos danos, inerentes a uma sociedade industrializada e massificada, dependesse da demonstração da

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil**: Noções Gerais. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. In: MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21.

⁵⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 133.

⁵⁹ STOCO. op. cit., p. 133.

⁶⁰ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo**: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48.

culpa do agente.⁶¹

No Brasil, a teoria da responsabilidade civil objetiva também foi ganhando adeptos entre doutrina e jurisprudência. Lemos e Scaff⁶² salientam que a jurisprudência pátria realizou uma interpretação extensiva do art. 1.384, I do Código Civil de 1916, entendendo pela possibilidade de responsabilização civil de quem cause um dano a outrem, mesmo sem culpa, em algumas situações. Ainda segundo os autores, ao longo do século XX a responsabilidade civil objetiva foi sendo positivada em algumas leis esparsas, “tais como a legislação sobre acidentes do trabalho, o Código Brasileiro do Ar, o Código Brasileiro da Aeronáutica, entre outras.”⁶³

O atual Código Civil brasileiro prevê expressamente a responsabilidade civil objetiva, figurando como exceção, ao lado da responsabilidade subjetiva, que continua sendo a regra geral. Esta última está estampada, precipuamente, no art. 186, c/c o *caput* do art. 927 do CC, enquanto o parágrafo único deste último dispositivo consagra a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco.

Já antes da edição do Código Civil de 2002, o legislador estabeleceu a responsabilidade civil objetiva, como regra geral, no âmbito das relações de consumo. Aqui, foi adotada a teoria do risco da atividade, com base na qual, aquele que pratica determinada atividade, beneficiando-se dos lucros e proveitos da mesma, também deve arcar com os prejuízos que porventura vierem a ocorrer. É neste sentido que opina, com razão, Arthur Luis Mendonça Rollo, ao afirmar que:⁶⁴

A fim de garantir que o consumidor lesado, por ter adquirido produto defeituoso ou viciado, não fosse visto como um azarado, foi adotada a teoria do risco da atividade, segundo a qual o prejuízo da produção deve ser suportado por aquele que auferiu lucro com ela. Antes disso, os lucros da atividade ficavam com o fornecedor e os prejuízos com o consumidor, acentuando o desequilíbrio já existente na relação de consumo.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil: Noções Gerais. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.** In: MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35.

⁶² SACAFF, F. C e LEMOS, P. F. I. **Da Culpa ao Risco na Responsabilidade Civil.** In. MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80.

⁶³ SACAFF, F. C e LEMOS, P. F. I. *Idem, ibidem.*

⁶⁴ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 51.

Para Cavalieri Filho, a responsabilidade civil objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é fundada no dever de segurança imposto aos fornecedores, relativo aos produtos e serviços colocados no mercado⁶⁵, posto que:⁶⁶

Trata-se, em última instância, de uma *garantia de idoneidade*, um dever especial de segurança do produto legitimamente esperado. Para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, a lei impõe o *dever de segurança*; dever de fornecer produtos seguros, sob pena de responder independentemente de culpa (objetivamente) pelos danos que causar ao consumidor. Tudo quanto é necessário para a existência da responsabilidade é ter o produto causado um dano. (grifos do autor)

Com efeito, o CDC traz em seus arts. 8º ao 10º mandamentos dirigidos aos fornecedores de produtos e serviços, prescrevendo-lhes condutas omissivas ou comissivas que têm a finalidade de garantir a segurança dos consumidores, sendo fato que, caso descumpridas tais regras e havendo a ocorrência de dano ao consumidor, haverá a responsabilização civil dos fornecedores, salvo se houver excludente da responsabilidade, baseada na inexistência de nexos causal entre a conduta e o dano.

Nas linhas acima, foi trazida uma noção do instituto da responsabilidade civil, abordando seus fundamentos básicos e a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva. Nos itens seguintes, será analisada a responsabilidade civil especificamente no âmbito do direito consumerista, abordando a responsabilidade dos fornecedores pelo fato e pelo vício dos produtos e serviços.

2.2. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO

A responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço está prevista nos arts. 12 a 17 do CDC. Esta responsabilidade está ligada à garantia da segurança (saúde, vida, incolumidade física e psíquica, integridade física, etc) dos consumidores. Conforme ensina a doutrina, a ideia de fato do produto ou serviço está ligada à ocorrência de um acidente de consumo, e pressupõe a ocorrência de um vício no produto ou serviço. Assim, para que ocorra um fato do produto ou serviço, deve haver antes um vício, mas não necessariamente haverá um acidente de consumo sempre que houver vício no produto ou serviço.⁶⁷

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 244.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO. *Idem, ibidem*.

⁶⁷ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 103-104.

Tanto o fato do produto quanto do serviço são acontecimentos externos, que causam dano material ou moral ao consumidor, e que são decorrentes de vícios dos produtos ou serviços.⁶⁸ Sendo decorrentes de acidentes externos, “[...] o fato do produto e do serviço, em alguns casos, poderá caracterizar-se fora do âmbito contratual, violando direitos de terceiros, como é o caso da vítima de acidente de consumo, que nenhuma relação precedente tem com o fornecedor, equiparada a consumidor padrão ou *standard*, nos termos do art. 17 do CDC.”⁶⁹

Conforme doutrina de Cavalieri Filho, essa responsabilidade decorre do dever de segurança que os fornecedores devem observar, ao colocarem produtos e serviços no mercado. Com efeito, o insigne jurista enfatiza que, embora se fale que a responsabilidade é decorrente do risco da atividade, o risco, por si só, não gera dever de reparar, pois representa apenas a probabilidade de dano. O dever de reparar o dano decorre, isto sim, da violação de um dever jurídico, que, neste caso, é o dever de segurança imposto aos fornecedores de produtos e serviços.⁷⁰

Como já mencionado anteriormente, a responsabilidade civil adotada pelo CDC é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa por parte do fornecedor. Assim sendo, para ver reparado o dano que sofreu em virtude de fato do produto ou serviço, o consumidor terá de provar, tão somente, a ocorrência do acidente de consumo. Restará ao fornecedor, caso pretenda eximir-se de reparar o dano, provar a inexistência do defeito.⁷¹

Ressalte-se que, no que diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto, o legislador excluiu o comerciante, pelo menos em princípio. Ocorre que, no *caput* do art. 12 do CDC, existe a menção expressa dos responsáveis (fabricante, produtor, construtor e importador) originários e solidários pelo fato do produto, sendo que o comerciante foi responsabilizado, “apenas”, subsidiariamente, nos termos do art. 13 e incisos do Código.

Para Sérgio Cavalieri Filho:⁷²

O *comerciante* foi excluído em via principal porque ele, nas relações de consumo em massa, não tem nenhum controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias. Recebe os produtos fechados, embalados, enlatados, como ocorre, por exemplo, nos super e hipermercados, nas grandes lojas de departamentos e drogarias, e assim os transfere aos consumidores. (grifo do

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 241 e 250.

⁶⁹ SANTANA. op. cit., p. 104.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO. op. cit., p. 243.

⁷¹ CAVALIERI FILHO. op. cit., p. 245-246.

⁷² CAVALIERI FILHO. op. cit., p. 274-278.

autor)

As excludentes de responsabilidade dos fornecedores, pelos fatos de produtos e serviços, são as previstas, respectivamente, nos arts. 12, § 3º e 14, § 3º do CDC. Trata-se de rol taxativo. Héctor Valverde Santana registra que “[...] o ônus da prova é atribuído ao fornecedor, porquanto a anomalia motivadora do acidente de consumo é presumida, razão pela qual o fornecedor deve atuar positivamente na fase processual destinada à atividade probatória.”⁷³

Nota-se que as excludentes de responsabilidade são todas relacionadas à inexistência do nexo causal. De fato, tendo o consumidor sofrido um dano, e sendo este certo e inegável, resta aos fornecedores, para verem-se livres da responsabilidade, provar: a) a inexistência do defeito; b) a culpa exclusiva do consumidor; e c) no caso do fato do produto, que não colocou o produto no mercado.

A doutrina brasileira divide-se quanto à possibilidade, ou não, do fornecedor eximir-se da responsabilidade pelo dano, decorrente de fato do produto ou serviço, alegando caso fortuito ou força maior. Isso ocorre porque, apesar de tratarem-se de tradicionais causas excludentes da responsabilidade civil, por romperem o nexo de causalidade, o CDC traz, nos §§3ºs dos arts. 12 e 14, rol taxativo de excludentes da responsabilidade do fornecedor. Para Sílvio de Salvo Venosa:⁷⁴

O fato de o caso fortuito ou a força maior não terem sido expressamente colocados como excludentes da responsabilidade, no rol do § 3º aqui transcrito, pode levar à apressada conclusão de que não exoneram a indenização. A questão não pode, porém, ser levada a este extremo sob pena de admitirmos o risco integral do fornecedor, que não foi intenção do legislador. Os fatos imprevisíveis obstam que se conclua pela existência do nexo causal. Essa matéria não apenas é de Lógica, mas decorre do sistema de responsabilidade civil. Impõe-se, pois, que o juiz avalie no caso concreto se os danos ocorreram, ainda que parcialmente, em razão de defeito ou vício do produto ou serviço.

Em posição contrária, Rizzato Nunes⁷⁵ sustenta que a responsabilidade civil objetiva adotada pelo CDC é a do risco integral. Argumenta o autor que a intenção do legislador, ao empregar o advérbio “só”, quando da previsão das excludentes da responsabilidade do

⁷³ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 106.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 273.

⁷⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 284.

fornecedor, foi exatamente excluir toda e qualquer outra possibilidade de exclusão dessa responsabilidade, demonstrando, assim, que adotou a teoria do risco integral, para fundamentar a responsabilidade civil dos fornecedores. Em seu raciocínio, conclui que o legislador assim procedeu norteado pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Há ainda autores que buscam uma solução intermediária para o impasse, como da doutrina de Sílvio Ferreira da Rocha, *apud*, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que entende que o caso fortuito e a força maior podem ser considerados como excludentes da responsabilidade do fornecedor, desde que combinadas com as hipóteses expressamente previstas pelo legislador. Desta feita, o caso fortuito equivaleria à inexistência do defeito, ao passo que a força maior, ao fato de terceiro.⁷⁶

Ao nosso ver, a responsabilidade civil com base na teoria do risco integral deve ser reservada para aquelas atividades que, por sua natureza, apresentam elevado risco para a sociedade, *v.g.*, atividade nuclear, sendo desproporcional sua aplicação para regular toda e qualquer atividade de fornecimento de produtos ou serviços no mercado. Sendo assim, consideramos que a exclusão da responsabilidade civil do fornecedor com base no caso fortuito e na força maior não deve, ao menos em princípio, ser afastada, cabendo ao julgador apreciar o caso concreto.

O Código do Consumidor silenciou sobre a possibilidade de haver culpa concorrente do fornecedor e do consumidor, sendo que doutrina e jurisprudência entendem aplicável, subsidiariamente, a regra do art. 945 do CC/2002, o qual prevê que “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano.”⁷⁷

Cumprе ressaltar, ainda, que a responsabilidade dos profissionais liberais é, via de regra, subjetiva, dependendo, portanto, da existência de culpa. Esta a lição de Arthur Luis Mendonça Rollo, *in verbis*:⁷⁸

A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a

⁷⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 304-305.

⁷⁷ BRASIL, República Federativa. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 03 de abr. 2013.

⁷⁸ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 101.

verificação de culpa. Isso porque eles, invariavelmente, exercem obrigações de meio e não de fim. Quando o profissional liberal não assume obrigação de resultado, só poderá ser responsabilizado se agir com negligência, imprudência, imperícia, ou quando tiver provocado aquele resultado danoso de forma deliberada.

De fato, é cediço que, via de regra, os profissionais liberais não assumem obrigações de resultado, posto que, na maioria esmagadora de serviços prestados por esses profissionais, é difícil ou até impossível garantir, com plena certeza, o alcance de determinado resultado. Por outro lado, nos casos em que o profissional assumir a obrigação de resultado, responderá objetivamente, só podendo eximir-se segundo a regra geral do CDC.

2.3. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO

Ao passo que a proteção jurídica dos consumidores na esfera da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço tem em vista tutelar sua incolumidade física e psíquica, a responsabilidade pelo vício dos produtos e serviços visa proteger a esfera econômica do consumidor.⁷⁹

Sobre a distinção entre a responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto ou serviço, bem observa João Batista de Almeida:⁸⁰

Com efeito, não se confunde a responsabilidade pelo fato (arts. 12 e 14) com a responsabilidade por vício do produto e do serviço. Enquanto na primeira há a potencialidade danosa, na segunda esta inexistente, verificando-se apenas anomalias que afetam a funcionalidade do produto e do serviço. Estes, na primeira, são afetados por defeitos que trazem riscos à saúde e segurança do consumidor; na segunda, são observados apenas vícios de qualidade e quantidade, afetando o funcionamento ou o valor da coisa.

Os vícios do produto podem ser de quantidade ou qualidade.⁸¹ O § 6º, incisos I e II do art. 18 do CDC traz um rol exemplificativo de produtos impróprios para o consumo. Com efeito, são considerados impróprios: “I - Os produtos cujo prazo de validade estejam vencidos;” e “II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as

⁷⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 108.

⁸⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 94.

⁸¹ Os vícios de qualidade e quantidade são tratados nos arts. 18 e 19 do CDC, respectivamente.

normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.”⁸²

A doutrina pátria ressalta o avanço que a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, positivada no CDC, representou, frente à responsabilidade por vícios redibitórios, prevista no então Código Civil de 1916, vigente quando da entrada em vigor do Código do Consumidor. Com efeito, a diferença restou minorada após a entrada em vigor do CC/2002, mas ainda assim, a disciplina do CDC é bem mais protetiva, v.g. quando da fixação dos prazos decadenciais mais elásticos; a possibilidade de reclamar até mesmo pelos vícios aparentes e de fácil constatação; e a responsabilidade solidária de todos os fornecedores.⁸³

Registre-se que, diferentemente da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o legislador estabeleceu a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, inclusive do comerciante, pelos vícios do produto ou serviço, conforme depreende-se dos arts. 18 a 25 do CDC.

O Código de Defesa do Consumidor não trouxe expressamente as causas excludentes da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço. Para Héctor Valverde Santana, aplicam-se, por analogia, as excludentes da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, previstas nos arts. 12, § 3º e 14, § 3º do CDC.⁸⁴ Arthur Luis Mendonça Rollo, por sua vez, considera que “Como a responsabilidade dos fornecedores pelo vício do produto é objetiva, não existem excludentes de responsabilidade. O fornecedor só se eximirá da sua responsabilização se comprovar a inexistência do vício.”⁸⁵

Parece mais apropriado aplicar-se analogicamente, quanto à exclusão da responsabilidade dos fornecedores pelos vícios dos produtos ou serviços, as excludentes previstas para a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, conforme a lição de Héctor Valverde Santana.

De fato, em que pese o legislador não ter feito essa previsão, nenhuma injustiça será feita aos consumidores, caso seja aplicada a analogia. Por outro lado, cometer-se-ia ato contrário ao Direito caso se pretendesse responsabilizar determinado fornecedor pelo vício de um

⁸² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 06 de abr. de 2013.

⁸³ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 266.

⁸⁴ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 111.

⁸⁵ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

produto ou serviço que o mesmo provou não ter colocado no mercado, ou ainda, se restar provado que não há propriamente um vício, mas que o funcionamento inadequado do produto foi causado, exclusivamente, por culpa da vítima ou de terceiro.

2.4. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

O inciso I do art. 4º do CDC reconhece a condição de vulnerabilidade do consumidor. Com efeito, não há dúvidas acerca da condição de fragilidade dos consumidores, frente aos fornecedores. João Batista de Almeida afirma, com precisão, que “A primeira justificativa para a tutela do consumidor, segundo entendemos, está no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo.”⁸⁶

Verdadeiramente, considerando-se a situação de fragilidade do consumidor na relação de consumo, ou seja, reconhecendo-se sua situação desigual frente ao fornecedor, mister se faz estabelecer mecanismos para reduzir essa desigualdade, para alcançar-se, antes de tudo, o cumprimento do princípio constitucional da isonomia, estampado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual, deve-se tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

A doutrina reconhece três diferentes espécies de vulnerabilidade do consumidor: vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica. A primeira espécie está ligada, fundamentalmente, à falta de conhecimento técnico do consumidor com relação aos produtos e serviços que adquiri, como na lição de Arthur Luis Mendonça Rollo:⁸⁷

Os consumidores, em geral, não detêm informações sobre os produtos e serviços que estão adquirindo e acabam tendo que confiar nas informações prestadas pelos fornecedores. Quando a vulnerabilidade do consumidor, presumida *jure et de jure* pela Constituição Federal, vem agravada no caso concreto pela ausência de conhecimento técnico por parte do consumidor, diz-se que ele é hipossuficiente.

Realmente, o consumidor não participa do processo produtivo, não tendo qualquer controle sobre os métodos, qualidade do material, tecnologia e às vezes, falta-lhe até mesmo informações suficientes para utilizar determinado produto.⁸⁸

⁸⁶ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

⁸⁷ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

⁸⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

A vulnerabilidade econômica do consumidor, segundo informa a doutrina, decorre da maior capacidade econômica que, em regra, o fornecedor detém, em comparação ao consumidor. Rizzatto Nunes adverte que “É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.”⁸⁹ Na hipótese oposta da exceção à regra, está o exemplo mais evidente, que é quando participam da relação jurídica de consumo um fornecedor pessoa física, de baixa capacidade econômica, e uma empresa multinacional. Neste caso, “[..]a constatação dessa desigualdade prescinde de análise mais apurada pelo intérprete, devendo ser presumida.”⁹⁰

A terceira espécie de desigualdade existente entre consumidor e fornecedor apontada pela doutrina é a desigualdade jurídica. Para Cavalieri Filho:⁹¹

A **desigualdade jurídica** ou **científica** resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a dificuldade de um processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente os chamados litigantes habituais. (grifo do autor)

Considerando, portanto, a vulnerabilidade do consumidor enquanto partícipe da relação de consumo, vulnerabilidade que se manifesta em vários aspectos⁹², conforme apresentado supra, é que se justifica, perfeitamente, que lhe seja conferido tratamento diferenciado e protetivo, igualmente, em vários aspectos da relação consumerista, v.g. as diversas possibilidades (trocar o produto, reaver o preço e devolver o produto, abatimento do preço etc) postas à disposição do consumidor, pelo CDC⁹³, quando adquire um produto com defeito. A fundamental importância deste princípio, portanto, é por demais evidente.

2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 117.

⁸⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 130.

⁹⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 117.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41.

⁹² Como se pode facilmente visualizar, a vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica do consumidor desdobra-se em um sem número de situações desfavoráveis, tanto antes e durante quanto depois de consumada a relação de consumo. Apenas a título de exemplo, encontra-se o consumidor em situação de vulnerabilidade, antes de consumir a relação de consumo (quando é bombardeado pela publicidade, sendo muitas vezes vítima de propaganda enganosa), durante a relação (quando recebe informações sobre o produto e quando é obrigado a aceitar um contrato de adesão, muitas vezes repleto de cláusulas abusivas) e após a aquisição do produto ou serviço (quando verifica v.g. um defeito no produto, e o fornecedor recusa-se a resolver o problema).

⁹³ Vide art. 18, § 1º e incisos I, II e III do CDC.

2.5. A CONDENAÇÃO POR DANO MORAL

A responsabilização civil dos fornecedores decorrente do fato ou do vício de produtos e serviços é concretizada por meio de condenação judicial que estabelece o *quantum* a ser pago, pelo fornecedor ofensor, à vítima do dano moral. Dessa forma, analisar-se-á no presente Capítulo a problemática relativa ao conceito e configuração do dano moral, à necessidade ou não de prova do dano e, ainda, as funções que devem ser desempenhadas pela condenação.

2.5.1. Conceito e configuração do dano moral

Tradicionalmente, a doutrina tem conceituado o dano moral de forma negativa, contrapondo-o ao dano patrimonial.⁹⁴ Segundo esse conceito, portanto, dano moral seria aquele que não resultasse de uma perda pecuniária, é dizer, que não afetasse o patrimônio da vítima.⁹⁵

Tentando superar o conceito negativo, por considerá-lo vago e insatisfatório para a definição do dano moral, vários doutrinadores passaram a buscar um conceito positivo de dano moral, tentando identificar em que consiste o mesmo. Nessa esteira, é precisa a definição de Yussef Said Cahali, para quem o dano moral⁹⁶

[...] é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.) dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Sérgio Cavalieri Filho considera que, à luz da atual Constituição Federal, pode-se encontrar um conceito de dano moral por dois aspectos:⁹⁷

⁹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 33.

⁹⁵ Dentre os autores que definiam o dano moral de forma negativa, André Gustavo Corrêa de Andrade cita, na doutrina estrangeira, René Savatier, Henri e Leon Mazeaud e Adriano De Cupis; dentre os doutrinadores pátrios, o autor aponta José de Aguiar Dias, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e Agostinho Alvim. (op. cit., p. 33-34.)

⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 20.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 80.

Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral [...].

O autor observa que existem outros direitos da personalidade, igualmente passíveis de lesão, que não são diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, tais como a imagem e a reputação, dentre outros. Desta feita, haverá dano moral, em sentido amplo, quando qualquer dos direitos da personalidade, em suas dimensões social ou individual, forem violados, ainda que não haja lesão à dignidade da pessoa humana.⁹⁸

Sobre a conceituação positiva do dano moral, André Gustavo Corrêa de Andrade observa:⁹⁹

Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

O mesmo autor registra, no entanto, que “[...] o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou no espírito da vítima (fato logicamente subsequente).”¹⁰⁰ Nesta linha de raciocínio, conclui que:¹⁰¹

A associação do dano moral à dor, à angústia, à tristeza deriva da circunstância de que as formas mais frequentes de expressão dessa espécie de dano estão relacionadas com essas sensações ou esses sentimentos negativos. Mas o dano moral não se reduz ao sofrimento, podendo, mesmo, dele prescindir.

Maria Celina Bodin de Moraes, entendendo o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana, assim leciona:¹⁰²

Dano moral será, em consequência, a lesão a algum desses aspectos ou

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 81.

⁹⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 35.

¹⁰⁰ ANDRADE. op. cit., p. 36.

¹⁰¹ ANDRADE. op. cit., p. 37.

¹⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em 01.04.2013.

substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana. Quando, contudo, estes princípios, entrarem em colisão entre si, será preciso ponderar, através do exame dos interesses em conflito, tais princípios em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana.

Há corrente doutrinária, entretanto, que entende o dano moral não pela natureza do bem da vida lesado (direito da personalidade), mas exatamente pela sensação que a lesão, a qualquer categoria de direito, causa no espírito da vítima.¹⁰³ Neste sentido, José de Aguiar Dias, citado por André Gustavo Corrêa de Andrade, entende que:¹⁰⁴

A distinção [entre o dano patrimonial e o dano moral], ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.

Arthur Luís Mendonça Rollo, alinhando-se à corrente doutrinária que entende o dano moral como uma ofensa a direito da personalidade, salienta que “Tudo aquilo que fere **gravemente** valores fundamentais inerentes à personalidade configura dano moral, ou melhor, tudo o que atenta contra a vida, a integridade física, psíquica, imagem, honra etc.”¹⁰⁵ (grifo intencional)

Da definição trazida acima, percebe-se a preocupação do autor em consignar que a lesão ao direito da personalidade tem de ser grave, para que se configure o dano moral. Com efeito, a delimitação do dano moral, é dizer, a exata definição do que se configura como dano moral e o que não chega a sê-lo é uma das dificuldades que se impõem à doutrina e jurisprudência. Efetivamente, há casos semelhantes em que alguns órgãos julgadores entendem configurado o dano moral, enquanto outros consideram que houve mero dissabor ou aborrecimento.

Segundo Héctor Valverde Santana:¹⁰⁶

[...] nem toda alteração anímica do sujeito de direito pode ser considerada

¹⁰³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 39.

¹⁰⁴ DIAS. apud, ANDRADE. op. cit. p. 40.

¹⁰⁵ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56.

¹⁰⁶ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 151.

um dano moral. A definição de dano moral exclui o mero aborrecimento, desconforto ou vicissitude corriqueira. Existem pessoas mais suscetíveis aos fatos da vida, que sofrem anormalmente em razão de eventos costumeiros e previsíveis da sociedade ou as mazelas do tempo em que vivem. Nesses casos, não há o dever de reparar, porquanto não ocorre qualquer lesão a direito da personalidade, apesar de constatar a alteração da tranquilidade, ânimo, afeições legítimas, ou qualquer outro valor imaterial do sujeito de direito.

No mesmo sentido, Arthur Luís Mendonça Rollo enfatiza que “A lesão deve ser grave e imputável a outrem, porquanto não se indenizam meros aborrecimentos e tampouco situações que acarretam transtornos inerentes à vida humana, que não podem ser atribuídos a terceiros.”

107

O autor ressalta, contudo, que há de se distinguir o dano moral considerado de pequena monta do mero aborrecimento, pois o primeiro deve ser indenizado, na proporção do mal causado à vítima.¹⁰⁸ Assim, a lesão a direito da personalidade, ainda que cause pouca repercussão, configura dano moral, passível, portanto, de indenização.

Assim, por exemplo, se certa pessoa encontra-se inadimplente perante um credor, com o nome corretamente inscrito no SERASA e no SPC, mas ocorre uma outra inscrição, desta vez, indevida, caracteriza-se dano moral (isso ocorre porque, o fato de alguém estar “com o nome sujo” não dá o direito de outrem, indevidamente, “sujá-lo” mais ainda). Uma outra pessoa, em dia com todas as suas obrigações, tem o nome indevidamente inscrito, vindo a ser prejudicada com a não aprovação de um financiamento, o qual precisava urgentemente realizar. Em ambos os casos, é forçoso reconhecer a ocorrência do dano¹⁰⁹, mas, certamente, no primeiro exemplo ocorreu um dano de menor gravidade e a indenização deverá ser proporcional ao mesmo.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sua Súmula de nº 385, nos seguintes termos: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.”¹¹⁰ Com a devida *vênia*, não se pode concordar, pois consiste em um retrocesso que um Estado de Direito albergue condutas ilícitas. À conduta reprovável deve

¹⁰⁷ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.

¹⁰⁸ ROLLO. *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ Considerando-se o dano moral como um ataque a um dos direitos da personalidade.

¹¹⁰ STJ - **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 385, SEGUNDA SEÇÃO, jul. Em 27.05.2009, Dje 08.06.2009.

corresponder uma resposta do ordenamento jurídico. Infelizmente, o STJ parece mais preocupado em evitar o suposto enriquecimento indevido de quem busca danos morais, e desestimular a famigerada “indústria do dano moral”, do que desincentivar a prática de atos ilícitos.

Ocorre que, é preciso distinguir o dano moral em si das consequências do mesmo, é dizer, de sua repercussão, conforme o entendimento adotado por André Gustavo Corrêa de Andrade, que aduz:¹¹¹

Na verdade, a associação de dano a algum acontecimento natural (físico ou psicológico) é apropriada para a identificação do *dano material* ou *patrimonial*, que, em sentido estrito, corresponde a um *estrage* ou *avaria*, a uma *diminuição* ou *perda*. Essa associação mostra-se inadequada, porém, para explicar o dano moral, que, frequentemente, não opera no mundo sensível, nem pode ser medido, constituindo, assim, um *dano normativo*, expresso na própria atividade lesiva.

Adotando-se esse entendimento, para verificar a configuração do dano moral deve-se focar na conduta do agente, a fim de verificar se houve um atentado contra direito da personalidade de outrem. As consequências devem ser averiguadas em momento posterior, estando relacionadas à extensão do dano, e repercutirão, portanto, no valor da condenação. Desta feita, poderá haver um dano de pequena monta, é dizer, de pouca repercussão, o qual deve ser proporcionalmente indenizado.

Já os meros aborrecimentos, por sua vez, “[...] são acontecimentos do cotidiano, que aconteceriam independentemente da ação do ofensor, ou ainda, são comportamentos do fornecedor que devem ser suportados pelo consumidor e que, por isso mesmo, não geram indenização.”¹¹²

Maria Celina Bodin de Moraes, discorrendo sobre o tema, considera que “Ocorre que meras atividades cotidianas, devidas à normal ação humana, com frequência causam prejuízos a terceiros.”¹¹³ Para a autora:¹¹⁴

¹¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 41.

¹¹² ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em 01.04.2013.

¹¹⁴ MORAES. loc. cit.

Tais situações, ainda que causadoras de danos, são autorizadas pelo ordenamento jurídico; os danos que aí se produzem são, portanto, lícitos, não acarretando a responsabilização daquele que, embora tenha dado causa a prejuízos, **não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico** ao pautar sua atuação. (grifo intencional)

É interessante notar que a supramencionada autora omitiu-se acerca dos já referidos “danos de pequena monta”, causados por condutas **ilícitas**, limitando-se a tratar como meros aborrecimentos os dissabores causados por atos praticados nos limites do ordenamento jurídico. Interpretando sua colocação a contrário senso, pode-se concluir que ela alinha-se à corrente doutrinária que considera ressarcíveis todas as lesões a direitos da personalidade, por leves que sejam, quando causadas por atos ilícitos, dispensando o requisito da gravidade, que é apontado por muitos autores em suas definições do dano moral.¹¹⁵

Dessa forma, haverá mero dissabor ou aborrecimento, e portanto, não passível de gerar dever de indenizar, quando, apesar do infortúnio suportado por alguém, ter sido o mesmo decorrente de conduta normal do agente, dentro dos limites do ordenamento jurídico, é dizer, decorrente de condutas lícitas.

Assim ocorre, por exemplo, quando a porta giratória de um banco trava, impedindo a passagem de cliente, mas os seguranças e demais funcionários do estabelecimento conduzem e resolvem a situação sem usar de qualquer abuso, não impondo situação vexatória ao consumidor, conforme já manifestou-se o STJ, no julgamento do REsp 983016/SP, de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, no qual ficou consignado que¹¹⁶

Conforme reconhecido em reiterados precedentes das duas Turmas da Segunda Seção do STJ, em regra, o simples travamento de porta giratória de banco constitui mero aborrecimento, de modo que, em sendo a situação adequadamente conduzida pelos vigilantes e prepostos do banco, é inidônea, por si só, para ocasionar efetivo abalo moral, não exurgindo, por isso, o dever de indenizar.

Ante o exposto, consideramos que conceituar e estabelecer as hipóteses de configuração do dano moral é uma tarefa que deve ser feita, sim, considerando determinadas balizas e critérios, mas deixando certa margem para análise caso a caso. Como se viu, a matéria está longe de ser pacífica, estando ainda sujeita a inúmeras controvérsias.

A dificuldade se apresenta maior quando se tenta, em poucas linhas, esgotar o assunto,

¹¹⁵ Na própria definição de dano moral estabelecida pela autora, e que trouxemos linhas acima, ela absteve-se de exigir a gravidade da lesão para que configure-se o dano moral.

¹¹⁶ STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 983.016/SP, 4ª T., j. 11.10.2011, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Dje 22.11.2011.

pretendendo-se estabelecer um conceito que seja suficiente para abarcar todas as situações de configuração do dano moral. Neste sentido, já pontuou Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que “A dificuldade situa-se na fixação de um conceito substantivo de dano extrapatrimonial, que aponte todos os seus elementos e abarque as situações principais.”¹¹⁷

Sobre a divergência entre a conceituação negativa e a dita positiva do dano moral, entende-se que a primeira é flagrantemente insuficiente, pois limitar-se a conceituar o dano moral como um dano não patrimonial não diz nada, ou quase nada, sobre o dano moral em si. Ademais, pode haver dano moral decorrente de lesão a bem suscetível de valoração econômica, desde que também haja a lesão a algum dos direitos da personalidade.

Com relação à última observação trazida acima, concorda-se com aqueles doutrinadores que entendem caracterizado o dano moral sempre que ocorrer lesão a direito da personalidade¹¹⁸, em posição contrária aos que identificam o dano moral como a sensação imprimida no espírito da vítima, independentemente da categoria do bem lesado. Com efeito, se determinada conduta provoca lesão a determinado bem material, e, em decorrência da mesma conduta, configura-se dano moral, é porque a conduta atingiu, também, algum bem imaterial. Assim sendo, haverá dano moral devido à lesão causada ao bem imaterial, ou seja, a um dos direitos da personalidade.

2.5.2. A prova do dano moral

A doutrina não é uníssona quando o assunto é a prova do dano moral. Alguns autores consideram que há uma previsão absoluta (*iuris et de iuri*) do dano moral, e outros afirmam que a presunção é relativa (*iuris tantum*). Héctor Valverde Santana assevera que:¹¹⁹

[...] em sede de dano moral, não há o que se falar em qualquer espécie de presunção legal (absoluta ou relativa). A matéria demanda solução por via da presunção judicial ou simples, quando o juiz, a partir do fato conhecido, realiza um processo mental lógico para descobrir a verdade do fato que efetivamente interessa (*thema probandum*).

Nesse sentido, a presunção justifica-se por tratar-se o dano moral de uma consequência,

¹¹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

¹¹⁸ Maria Celina Bodin de Moraes considera que “Esta concepção de “dano moral objetivo” já contribui para oferecer maior rigor técnico no exame dos casos, evitando a praxe recorrente de avaliar a ofensa com base no senso comum.” (loc. cit.)

¹¹⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 249-250.

uma decorrência natural da ofensa ao direito da personalidade ou da prática de ato ilícito. Assim, não seria razoável exigir da vítima do dano moral que provasse em juízo a alteração anímica a qual foi submetida.¹²⁰

Em posicionamento semelhante, Cavalieri Filho considera que:¹²¹

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Adotando entendimento diverso, Corrêa de Andrade observa que a ideia de que o dano moral não necessita ser provado, por haver presunção quanto ao mesmo (seja ela relativa ou absoluta), decorre do equívoco de se confundir o dano em si com a alteração ocorrida no estado anímico da vítima (dor, tristeza etc), haja vista que, partindo-se de tal premissa, há de se reconhecer a presunção do dano, posto que não seria razoável exigir a prova de algo tão subjetivo.¹²²

Dessa forma, corrigindo-se o equívoco inicial (confundir o dano moral com a alteração anímica decorrente do mesmo, e que pode até não existir), não seria necessário estabelecer a presunção do dano moral, pois “[..] uma vez violado algum direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, *independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito.*”¹²³ (grifo do autor)

Concorda-se com o ensinamento do autor referido supra, posto que, a confusão entre o dano moral em si e as consequências anímicas que são, na maioria das vezes, provocadas pelo mesmo, apenas dificultam o entendimento doutrinário e jurisprudencial dessa complexa modalidade de dano, sendo preferível considerar o dano moral como a agressão a direito da personalidade. Aliás, a possibilidade de, adotando-se este entendimento, provar-se a

¹²⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 251.

¹²¹ CAVALIERI FILHO. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86.

¹²² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 103.

¹²³ ANDRADE. op. cit., p. 103.

ocorrência do dano moral, nos parece ser mais um indício de que é o entendimento mais acertado.

Não existe um entendimento uníssono na jurisprudência quanto à necessidade ou não da prova do dano moral. A Sexta Turma Especializada do TRF2^a, no julgado da Apelação Cível 543047, de relatoria da Desembargadora Nilzete Lobato Carmo, já entendeu pela necessidade de ser provado o dano moral, nos seguintes termos:¹²⁴

O **dano moral** existe quando há uma agressão à dignidade humana. No entanto, é preciso demonstrar que a dor, vexame, sofrimento ou humilhação fugiu à normalidade e interferiu "intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando -lhe aflições, angustia e desequilíbrio em seu bem estar". Na hipótese, não há qualquer dado que demonstre a ofensa à personalidade **moral** dos autores-apelantes a ponto de ensejar reparação indenizatória. (grifos no original)

Nesse julgado, entendeu-se pela necessidade de prova não apenas da agressão à dignidade (conduta danosa), mas também considerou-se imprescindível a prova do sofrimento causado no ânimo da vítima, pela conduta do ofensor.

A Terceira Turma do TRF da 4^a Região, por sua vez, quando do julgamento da AC 5000037-20.2011.404.7206, entendeu desnecessária a produção de prova do sofrimento moral, sendo imprescindível apenas a prova do fato, é dizer, da conduta lesiva, ao assentar que “Quanto ao dano moral, doutrina e jurisprudência são uníssonos em inferir que é suficiente a prova do fato, não havendo necessidade de demonstração do sofrimento moral específico.”¹²⁵

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, entende normalmente que, para haver o dano moral, devem-se verificar as consequências negativas da conduta do ofensor, é dizer, a conduta ofensiva deve efetivamente repercutir, *v.g.*, na reputação ou tranquilidade da vítima. Ocorre que, na verdade, aquela Corte entende necessária a prova do fato (o que de fato é regra), e apenas em alguns casos, por entender que ocorre dano *in re ipsa* (inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por exemplo), dispensa a prova da repercussão da conduta lesiva. Essa presunção é relativa, sendo possível que o suporte probatório carreado aos autos

¹²⁴ TRF2^a. **Tribunal Regional Federal da 2^a Região**. AC 543047 6^a Turma Especializada. j. 29.04.2013. rel. Des. Izete Lobato Carmo. E-DJF2R: 07/05/2013 Disponível em <<http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:YXfqz5H-5aoJ:www.trf2.com.br/idx/trf2>> Acesso em: 6/6/2013

¹²⁵ TRF4, **Tribunal Regional Federal da 4^a Região**. AC 5000037-20.2011.404.7206, 3^a Turma, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, D.E. 31/05/2013.

indique a não configuração do dano moral.¹²⁶

É certo que o dano material configura-se não com a simples conduta do agressor (não haverá dano patrimonial se alguém atira uma pedra contra a janela de alguém, mas nada acontece com a mesma, devido à sua excepcional qualidade e resistência), mas o dano moral não deve, pelo menos em regra, ser visto sob o mesmo prisma, dada a difícil ou até mesmo impossível possibilidade de ser provada e medida a extensão da alteração anímica sofrida pela vítima.

2.5.3. Questão terminológica: indenização, reparação, punição?

Questão que apresenta certa relevância, para um estudo das funções da condenação por dano moral, é de saber-se qual a exata natureza do objeto da condenação, se trata-se de indenização, reparação, punição, de um misto das três, ou, ainda, se tem natureza diversa que não as apontadas.

Para os léxicos, indenizar significa “Dar indenização ou reparação; compensar, ressarcir”¹²⁷; Reparar, por sua vez, significa “Fazer reparo ou conserto em; consertar, restaurar, refazer”¹²⁸ encontrando-se ainda, mais a frente, o sentido de “Indenizar, compensar, ressarcir.”¹²⁹ Dando a entender, ao nosso ver, a obrigação de restabelecer a situação anterior, tal qual se encontrava, ou efetuar uma compensação. Já o vocábulo punição tem o significado de “Ato ou efeito de punir, pena, castigo.”¹³⁰; ao passo que punir significa “Infligir pena ou castigo, castigar, corrigir, reprimir.”¹³¹

Diante da impossibilidade, em se tratando de dano moral, de ser restabelecida a situação anterior ao dano, não se pode, ao nosso ver, entender que a condenação possui natureza reparatória. Quanto à natureza indenizatória da condenação, ocorre que, ao menos em princípio, a indenizabilidade de determinado bem pressupõe a valoração econômica do mesmo, para que possa ser fixada a indenização, no exato valor do prejuízo material sofrido pela vítima.¹³²

¹²⁶ Veja-se, por exemplo, o entendimento consignado no julgamento do AgRg no AREsp 222185 / SP, j. 09.10.2012. rel. Min. Sidnei Beneti, publicado no Dje de 30.10.2012.

¹²⁷ De acordo com o Dicionário Aurélio – Século XXI.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Idem.

¹³² Santana observa que “Não há possibilidade de estabelecer uma exata equivalência entre o dano moral e sua

Atualmente, doutrina e jurisprudência majoritárias reconhecem a função punitiva da condenação por danos morais, conforme se verá adiante. Desta feita, mostra-se adequado considerar que a condenação por danos morais tem natureza punitiva, mas não só, posto que, talvez até mais importante que a função punitiva da condenação, reconhecem-lhe a função compensatória, que visa servir como um conforto à vítima, para fazer contrapeso ao dano moral sofrido pela mesma. Neste ponto, é pertinente a observação de Maria Celina Bodin de Moraes:¹³³

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.

Com todo respeito, ousa-se discordar, ao menos parcialmente, da observação da autora. De fato, é inegável que, com a consagração do princípio da proteção humana pela Constituição Federal, os operadores do Direito, assim como os legisladores, precisam olhar, com primazia, para a vítima do dano moral, tendo em vista conferir-lhe uma compensação pelo mal sofrido.

Todavia, não crer-se que a isso deva corresponder uma perda de importância da função punitiva da condenação, pois esta tem, ou ao menos deve ter, como fim último principal, senão único, finalidade preventiva, no sentido de dissuadir a prática da conduta danosa, assim pelo agente como pelos demais membros da sociedade. Ninguém há de discordar, portanto, utilizando-nos de ditado popular, que prevenir é melhor do que remediar.¹³⁴

respectiva reparação, fato que não justifica a negação da indenização devida. Somente na reparação dos danos materiais é possível o restabelecimento da situação anterior ou o pagamento de equivalente quantia em dinheiro.” (SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 188).

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em 01.04.2013.

¹³⁴ Andrade leciona que “Diz-se secundária a norma sancionadora porque a sua aplicação não constitui o objetivo principal do ordenamento jurídico, que é estabelecido com vistas ao atendimento das normas primárias, estatuidoras das regras de conduta ou de convivência entre as pessoas. Estas últimas regulam a vida em sociedade e buscam, em maior ou menor medida, a realização dos valores do ser humano. Para tanto, estabelecem deveres primários (ou originários), tais como o de não lesar a outrem. O descumprimento de algum desses deveres originários leva como consequência a criação de um dever sucessivo ou a imposição de uma situação desfavorável ao infrator. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 137).

Isso posto, acredita-se que é incorreto falar-se em indenização ou reparação de danos morais, parecendo mais apropriado usar o termo condenação por danos morais, a qual tem uma natureza tanto punitiva-educativa, para o autor do dano, quanto satisfativa, para a vítima, além da função preventiva-dissuasiva voltada para toda a sociedade,¹³⁵ além de outras finalidades apontadas pela doutrina e que, no mais das vezes, são desdobramentos dessas três.

2.5.4. As funções da condenação por danos morais

Neste item, verificaremos as funções ou finalidades que doutrina e jurisprudência pátrias consideram que devem ser alcançadas por meio da condenação por danos morais. Após breves considerações gerais, analisaremos mais detidamente as principais dentre essas funções, quais sejam, a função compensatória ou satisfativa e a função punitiva-preventiva.

2.5.4.1 Considerações gerais

A doutrina identifica diferentes funções ou finalidades da condenação por danos morais, muitas vezes confundindo algumas ou identificando duas funções como uma só. Dentre essas funções, destacam-se a função compensatória ou satisfativa e a função punitiva da condenação. Somam-se àquelas a função preventiva, que se desdobra em específica (voltada para o agente causador do dano) e geral (que visa refletir-se sobre toda a sociedade), havendo autores que utilizam outras expressões para referirem-se a essas funções.

Yussef Said Cahali, por exemplo, identifica três funções da responsabilização civil por dano moral. Para o autor: “A indenizabilidade da responsabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir.”¹³⁶

André Gustavo Corrêa de Andrade, por seu turno, adverte que, ao lado da tradicional função de reparação, “Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenha a função de prevenção de danos. Do mesmo modo, cresce a ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil.”¹³⁷

¹³⁵ Em entendimento semelhante, já manifestaram-se João Ghislene Filho e outros, em “**Valor Adequado nas Ações de Indenização por Dano Moral**” Disponível em: <<http://www.lavargas.com.br/valor.html>> Acesso em 01 de mar. de 2013.

¹³⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 175.

¹³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na**

No mesmo sentido, Eugênio Facchini Neto leciona que:¹³⁸

A função originária e primordial da responsabilidade civil, portanto, é a reparatória (de danos materiais) ou compensatória (de danos extrapatrimoniais). Mas outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória.

Já Flávia Portella Püschel, elenca, como duas das principais funções da responsabilidade civil na atualidade, a “distribuição dos danos entre os membros da sociedade¹³⁹ e a prevenção de comportamentos anti-sociais”,¹⁴⁰ ao lado da função indenizatória.

Caroline Vaz enxerga como sendo as principais funções da responsabilidade civil a reparatória (em caso de dano material) e a compensatória¹⁴¹ (em sede de dano moral), mas adverte que “No entanto, busca-se incitar a reflexão acerca da possibilidade de, em casos excepcionais, serem vislumbradas outras funções para este ramo do Direito, como as funções dissuasória e punitiva, para atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social.”¹⁴²

Considerando as diversas funções ou finalidades da condenação por danos morais apontadas pelos doutrinadores, Héctor Valverde Santana assenta que “Não obstante as divergências doutrinárias, as variadas funções ou finalidades da reparação do dano moral formam, na verdade, uma unidade.”¹⁴³

Verdadeiramente, as diversas funções da condenação por danos morais devem ser alcançadas por meio da mesma sentença, de forma indivisível, e têm por finalidade última o mesmo objetivo, qual seja, a concretização da justiça e a conseqüente pacificação social.

Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 223.

¹³⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 2013.

¹³⁹ A autora considera que “A responsabilidade civil pode ser um instrumento direto ou indireto de distribuição de danos. É meio direto quando o responsável pode repartir o valor da indenização diretamente entre um grupo de pessoas, como o fornecedor que incorpora ao preço de seu produto o valor correspondente às indenizações por danos causados por bens defeituosos. É meio indireto quando o responsável realiza um seguro de responsabilidade civil, hipótese em que os danos são distribuídos entre todos os segurados.” (op. cit., p. 02.)

¹⁴⁰ PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil**. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em:** <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1408>. Acesso em: 16 mai. 2013.

¹⁴¹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

¹⁴² VAZ. op. cit., p. 40.

¹⁴³ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 188.

Concorda-se, portanto, com a colocação acima referida. Passar-se-á agora a uma análise das principais (para muitos doutrinadores, as únicas) funções da condenação por danos morais apontadas pela doutrina, quais sejam, a compensatória ou satisfativa, a punitiva e a preventiva.

2.5.4.2. A função compensatória ou satisfativa

A função compensatória ou satisfativa da condenação por danos morais é a que encontra, ao menos atualmente, menos controvérsias entre os estudiosos do Direito. É fato que, outrora, predominava a ideia da irreparabilidade do dano moral, com base, dentre outros argumentos, na afirmação da impossibilidade de mensurar pecuniariamente esta modalidade de dano.¹⁴⁴

Hodiernamente, está pacificamente superada a tese da irreparabilidade do dano moral, sendo que é apontada pela doutrina e jurisprudência, como uma das principais funções da condenação, a de compensar a vítima, proporcionando-lhe uma satisfação. André Gustavo Corrêa de Andrade registra que:¹⁴⁵

Superadas as teorias negativistas e restritivas e vencida a tese penalista, a doutrina teve de reconhecer que a indenização, nessa espécie de dano, exerce função diversa da desempenhada em relação ao dano material. Considerou-se, então, que a finalidade da indenização não é alcançar uma equivalência de índole patrimonial em relação ao dano, mas proporcionar uma forma de *satisfação* ou *compensação* ao ofendido, ainda que imperfeita. (grifo do autor)

Com efeito, não se pode falar, a rigor, em reparação¹⁴⁶ do dano moral, e para admitir-se que há compensação, precisa-se abstrair do conceito eminentemente patrimonial de compensação, extraído do direito das obrigações, onde uma prestação pode ser compensada por outra.¹⁴⁷ Neste sentido, o autor acima referido, concordando com outros doutrinadores, assenta que:¹⁴⁸

É certo que o dano moral não se apaga, nem desaparece pela soma de

¹⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 145-146.

¹⁴⁵ ANDRADE. op. cit., p. 149.

¹⁴⁶ Considerando-se o significado atribuído ao termo pelos léxicos, o qual trouxemos no item 2.3.

¹⁴⁷ Dispõe o Art. 369 do CC/2002 que “A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.”

¹⁴⁸ ANDRADE. op. cit., p. 150.

dinheiro que se venha a conceder a vítima. A indenização pecuniária atuaria, no entanto, como forma de evitar o sofrimento do ofendido. O dinheiro seria, assim, um lenitivo, para que a vítima pudesse obter alívio para a dor injustamente padecida, permitindo-lhe procurar satisfações substitutivas.

A observação é pertinente porque, como é cediço, a utilização de termos inapropriados, pelos operadores do Direito, somente atrapalha o desenvolvimento desta ciência e dificulta o entendimento dos institutos jurídicos.¹⁴⁹ Assim, em que pese o termo compensação ser amplamente utilizado por doutrina e jurisprudência, tanto aqui quanto alhures, talvez seja melhor falar em uma função satisfativa da condenação por danos morais.

Héctor Valverde Santana, atento ao fato de que, tratando-se de dano patrimonial, é possível haver a exata reparação do dano (posto que é possível repor a perda patrimonial da vítima), ao passo que, em sede de dano moral, a volta ao *status quo ante* é impossível, coloca que “A finalidade compensatória é a marca característica, exclusiva da reparação do dano moral.”¹⁵⁰ O autor adverte que “A finalidade compensatória do dano moral não significa o pagamento da dor, sofrimento, aflição, preocupação, desgosto experimentado pela vítima do ato ilícito. O dinheiro [...] serve como meio de compensar ou proporcionar uma satisfação à vítima.”¹⁵¹

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em consenso com o pacífico entendimento doutrinário, já reconheceu, em diversas oportunidades, a função compensatória como sendo a essencial razão da indenização do dano moral, como no voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial 318.379/MG¹⁵², no qual a Eminente Min. argumentou que “[...] a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar de sua *ratio essendi* compensatória [...]” (grifo intencional)

Conforme exposto nas linhas acima, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da função compensatória ou satisfativa da condenação por danos

¹⁴⁹ Santana lembra que “A dor foi considerada por muito tempo como objeto da relação jurídica que envolvia a reparação do dano moral. Afirmava-se que o montante em dinheiro devido pelo ofensor à vítima era o pagamento do preço da dor (*pretium doloris*). Os adeptos da teoria negativista utilizavam este argumento para classificar de imoral o pleito de reparação de danos morais, uma vez que era inconcebível estabelecer determinada quantia em dinheiro para pagar uma variação da alma ou do espírito humano.” (SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 190.

¹⁵⁰ SANTANA. op. cit., p. 189.

¹⁵¹ SANTANA. op. cit., p. 191.

¹⁵² STJ, **Superior Tribunal de Justiça** Resp 318.379/MG, j. 20.09.2001, m. v., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 04.02.2002, p. 352.

morais, sendo considerada, inclusive, a razão essencial do instituto.

2.5.4.3. As funções punitiva e preventiva

André Gustavo Corrêa de Andrade já bem observou que:¹⁵³

Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza.

Concorda-se plenamente com a colocação do autor, motivo pelo qual optamos por analisar, conjuntamente, as funções punitiva e preventiva da condenação. Com efeito, não se consegue enxergar que a função punitiva da condenação por danos morais tenha a finalidade de servir como vingança, como que se quisesse pagar o mal com o mal. A punição do agente causador do dano tem finalidade, portanto, preventiva, no caráter especial de educar o ofensor e desincentivá-lo de reincidir na conduta danosa, e no caráter preventivo geral, voltado para toda a sociedade que, vendo a punição exemplar de um, é dissuadida a não agir da mesma forma.

Eugênio Facchini Neto considera que, ao menos no imaginário popular, a condenação por danos morais exerce função, também, estritamente punitiva, é dizer, funcionando como uma retribuição do mal com o mal, ou seja, uma vingança. Essa a doutrina do autor:¹⁵⁴

Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização. (grifo do autor)

Obviamente, não se pode confundir a função dada a certo instituto jurídico pelo imaginário popular com a função que os estudiosos da ciência do Direito reconhecem como inerente ao mesmo instituto. No caso da função punitiva da condenação por danos morais,

¹⁵³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 228.

¹⁵⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 2013.

esta tem, na verdade, dupla (especial e geral) finalidade preventiva.

A propósito, o C. STJ já deu a entender que coaduna com tal entendimento, ao menos quanto à função preventiva especial, como depreende-se do julgado parcialmente transcrito abaixo:¹⁵⁵

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e **punição do ofensor, para que não volte a reincidir.** (grifo intencional)

A função punitiva da condenação por danos morais tem sido aceita pela ampla maioria dos doutrinadores pátrios, assim como pela jurisprudência, conforme já exposto no item anterior. Cabe registrar que não há nenhum dispositivo legal que preveja essa finalidade punitiva da condenação, tratando-se, portanto, de entendimento construído pelos esforços doutrinário e jurisprudencial.¹⁵⁶ O mesmo pode-se dizer quanto à função preventiva, pois a legislação pátria só se preocupa, expressamente, com a reparação ou compensação do dano.

André Gustavo Corrêa de Andrade afirma que:¹⁵⁷

A consolidação da ideia de que a responsabilidade civil desempenha um papel profilático, de prevenção ou evitação do dano, tem aberto espaço, principalmente no campo da proteção aos direitos da personalidade, para o estabelecimento da **sanção pecuniária** não relacionada diretamente com a extensão do dano, **com a finalidade de prevenir** a prática de novos comportamentos ilícitos, violadores daqueles direitos especialmente caros ao homem. (grifos nossos)

O autor ressalta que, atualmente, houve uma ampliação dos limites da responsabilidade civil, a qual passou a dar realce à proteção do bem jurídico, procurando, antes de tudo, a prevenção do dano, para que não seja necessário buscar a reparação.¹⁵⁸ “Trata-se de uma renovada responsabilidade civil, que talvez por isso não esteja mais confortável em sua

¹⁵⁵ STJ, **Superior Tribunal de Justiça**. 2 T. REsp 487749/MG, rel. Min. Eliana Calmon. DJU de 12.05.2003

¹⁵⁶ Santana registra que “A introdução da finalidade punitiva da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço foi afastada de nosso subsistema consumerista por veto do Presidente da República. O projeto legislativo relativo ao Código de Defesa do Consumidor disciplinava, por intermédio do art. 16, o instituto da multa civil, verdadeira sanção judicial, a ser fixada pelo prudente arbítrio do juiz.” (SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 192.

¹⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 228.

¹⁵⁸ ANDRADE. op. cit., p. 226.

denominação tradicional.”¹⁵⁹

Héctor Valverde Santana, por seu turno, destaca:¹⁶⁰

[...] que o enfoque da finalidade punitiva da reparação do dano moral é quanto à pessoa do ofensor, ou seja, é o mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a específica preocupação com a pessoa da vítima, que, por seu lado, tem a atenção devida na finalidade compensatória.

Algumas páginas adiante, abordando o caráter preventivo da condenação, o autor alerta que:¹⁶¹

É finalidade que se dirige a todos os integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos da personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade.

Conforme se depreende da colocação do autor, poder-se-ia imaginar que ele entende que a finalidade preventiva da condenação é dirigida somente à sociedade como um todo, excluindo do âmbito de incidência dessa função o próprio agente causador do dano (a finalidade preventiva especial). No entanto, o próprio autor adverte, logo em seguida, que “A vertente difusa da finalidade preventiva da reparação do dano moral não exclui a intimidação do próprio agressor em praticar semelhantes condutas censuráveis.”¹⁶²

Facchini Neto faz distinção entre as funções punitiva e preventiva, considerando que a primeira tem em vista uma conduta passada, ao passo que a segunda, propõe-se a dissuadir condutas futuras, advertindo os cidadãos das condutas que, por serem contrárias ao ordenamento jurídico, devem ser evitadas.¹⁶³

Contudo, o autor adverte que, em que pese ter-se em vista, na função dissuasiva, especificamente um escopo preventivo, “O meio para alcançá-lo, porém, consiste na

¹⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 228.

¹⁶⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 193.

¹⁶¹ SANTANA. op. cit., p. 197-198.

¹⁶² SANTANA. op. cit., p. 198.

¹⁶³ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 2013.

condenação do responsável à reparação/compensação de danos individuais.”¹⁶⁴

Flávia Portela Püschel, versando sobre as funções da responsabilidade civil, considera que:¹⁶⁵

O efeito preventivo específico da responsabilidade civil não é o mesmo em relação a todos os comportamentos anti -sociais. A experiência comprova, por exemplo, que a ameaça de imposição de uma obrigação de indenizar não previne a prática de ilícitos violentos. Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser uma forma de dissuasão bastante útil em outras situações, como no caso de violações ao direito à privacidade praticadas pelos meios de comunicação.

Com efeito, nem mesmo as sanções penais impedem em absoluto a prática de condutas antissociais de alta gravidade. Nesses casos, infelizmente, a função punitiva-preventiva da responsabilidade civil é pouco ou nada eficaz.

De toda forma, considera-se que as funções punitiva e preventiva da condenação por danos morais, não tendo maior importância se forem utilizadas as expressões “educativa” “dissuasiva” ou de “prevenção de condutas anti-sociais”, estão presentes, senão em todas¹⁶⁶, mas em boa parte das condenações por danos morais, e exercem importante função, tanto prevenindo a prática de condutas lesivas quanto imprimindo, na consciência da vítima e de toda a sociedade, um sentimento de justiça.

¹⁶⁴ ACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 2013.

¹⁶⁵ PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1408>. Acesso em 16 mai. 2013.

¹⁶⁶ Consideramos que em muitas, provavelmente na maioria, das condenações por danos morais, em sede de responsabilidade objetiva, não há necessidade/razão para imprimir-se função punitiva na condenação. Há outras circunstâncias, porém, que, mesmo tratando-se de responsabilidade objetiva, autorizam o julgador a enfatizar o caráter punitivo da condenação, v. g., a reincidência da conduta e/ou o lucro aferido pelo fornecedor, com a prática da conduta (omissiva ou comissiva) danosa.

3. A FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO

Tarefa das mais árduas que o magistrado se depara é, sem dúvida, a de fixar o valor do dano moral. Tal dificuldade se dá pelo fato de que trata-se de valorar aquilo que, em princípio, não é passível de valoração econômica. Com efeito, o dano moral configura-se, como vimos no item 2.1, quando ocorre uma lesão a um dos direitos da personalidade, que são direitos que não possuem um valor pecuniário determinado. Apesar da dificuldade, a tarefa não é impossível, devendo o magistrado lançar mão de determinados critérios, como ver-se-á mais adiante, para estabelecer o *quantum* da indenização.

3.1. O PROBLEMA DA VALORAÇÃO DO DANO MORAL

O inciso VI do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor garante, como um dos direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”¹⁶⁷ Sobre o dispositivo, Héctor Valverde Santana leciona que “interpreta-se a aludida regra legal como a plena, completa e incondicional indenização dos prejuízos experimentados pela atividade do fornecedor, seja no plano contratual ou extracontratual.”¹⁶⁸

Ocorre que, em sede de dano moral, depara-se o operador do Direito com a difícil tarefa de estabelecer com precisão o *quantum debeatur*, haja vista a dificuldade de identificar a extensão do dano, aliada ao próprio caráter extrapatrimonial desta modalidade de dano. Com razão, Rui Stoco já observou que:¹⁶⁹

Questão verdadeiramente angustiante é o estabelecimento do *quantum* do dano moral, considerando que, ao contrário do dano material – que se afere em função do dano emergente (aquilo que efetivamente se perdeu) e do lucro cessante (aquilo que se deixou de ganhar) e, portanto, mostra-se matematicamente aferível -, não traduz um desfalque no patrimônio, nem diminuição alguma.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 15 abr. 2013.

¹⁶⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 200.

¹⁶⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1730.

Para Héctor Valverde Santana:¹⁷⁰

A questão apresenta-se complexa em virtude da impossibilidade de encontrar uma quantia que corresponda com exatidão ao dano moral sofrido pela vítima. Não há um critério de equivalência absoluta, uma medida certa que represente a restituição integral do prejuízo imaterial, fator que agrava a dificuldade na análise da matéria.

Semelhante é a colocação de Arthur Luís Mendonça Rollo:¹⁷¹

A quantificação do dano moral é tarefa das mais difíceis porque implica quantificar tudo aquilo que, por essência, não tem preço. O objetivo do aplicador da lei, como já dito, não é estabelecer um preço para a dor, mas sim trazer certo conforto patrimonial e, sobretudo, a sensação de justiça para o ofendido, que viu seu ofensor ser alcançado pela aplicação da lei.

Com efeito, a condenação por danos morais não visa restabelecer a situação anterior, posto que impossível; não visa, nem ao menos, compensar o dano em uma exata quantia equivalente, mas sim cumprir determinadas funções, *v. g.*, conferir uma certa satisfação à vítima, em contrapeso ao mal sofrido; e punir o agente causador do dano, para que não reincida na conduta danosa, dentre outras. Mesmo assim, há, exatamente para cumprir essas funções, a inarredável necessidade de fixar o valor da condenação, considerando as peculiaridades de cada caso.

É firme na convicção de que o dano moral não deve ficar sem recomposição (função satisfativa), assim como não pode o agente causador do dano ficar impune, que Arthur Luis Mendonça Rollo assenta:¹⁷²

A tarefa do interprete não é fácil, mas também está longe de ser impossível. Se fosse assim, estaria franqueada a possibilidade de ofensa à pessoa, uma vez que ofensas aos direitos da personalidade essencialmente não possuem conteúdo patrimonial. De alguma forma, o prejuízo deve ser recomposto. De alguma forma, o ofensor deve ser punido, sob pena de verificar-se o caos social. [...] Alguns parâmetros objetivos devem ser levados em consideração para estimular um montante adequado, que compense os danos experimentados e desestimule novas infrações.

Sobre a garantia de “reparação” integral do dano moral, é de todo relevante a observação

¹⁷⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 200.

¹⁷¹ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67.

¹⁷² ROLLO. *op. cit.*, p. 68.

de Flávio Tartuce, que, à luz do texto constitucional, lembra:¹⁷³

Partindo-se para uma análise constitucional, é plausível fundamentar o princípio da reparação integral no art. 5º, particularmente no inciso V – que assegura o direito à indenização por dano material, moral e à imagem -, e também no inciso X – que tutela o direito à reparação integral por violação do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Em reforço, é pertinente o amparo na cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos princípios estruturantes da República Federativa do Brasil.

Considerando-se certo que o ordenamento jurídico pátrio garante a efetiva “reparação” dos danos morais sofridos pelos consumidores pelo fato e pelo vício (no mais das vezes, quando há apenas o vício, ocorre apenas danos materiais) de produtos e serviços, há de se verificar qual a forma de valoração do dano moral.

Segundo informam os doutrinadores pátrios, não é admissível, no ordenamento jurídico brasileiro, o estabelecimento de tarifação ou tabelas e nem ao menos de tetos máximos e mínimos para a fixação das indenizações por danos morais,¹⁷⁴ em que pese existirem inúmeras propostas legislativas neste sentido. Com razão, Fátima Zanetti aduz:¹⁷⁵

O desejo de tarifação é oriundo da ideologia da inexorabilidade da submissão ao sistema econômico, tão bem orquestrada. Ideologia que também contribui para conduzir o aplicador do Direito a encontrar no instituto novo do dano moral, que deveria traduzir, na sua reparação, a força vital da dignidade dos cidadãos, a normalidade e a legalidade, nos seus piores sentidos, isto é, aqueles que excluem tudo aquilo que possa comprometer a ordem e a estabilidade econômica, ainda que em detrimento de valores morais superiores, dando lugar assim a um nihilismo sem precedentes.

Efetivamente, a tarifação do dano moral, ou mesmo a previsão legal de limites máximos, por mais largos que sejam, atenta contra a dignidade da pessoa humana, valor supremo e norteador de todo o ordenamento jurídico. Não sendo a dignidade humana passível de valoração patrimonial, como poder-se-ia, abstratamente, fixar um valor para compensar qualquer afronta à mesma? Não havendo outra solução melhor, cabe aos julgadores o

¹⁷³ TARTUCE, Flávio. **Indenização e Extensão do Dano. Redução Equitativa da Indenização**. In: Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). São Paulo: Atlas, 2011. p. 574.

¹⁷⁴ TARTUCE. op. cit., p. 203.

¹⁷⁵ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto. São Paulo: LTr, 2009. p. 92.

prudente arbítrio¹⁷⁶ do valor da condenação, observando determinados critérios e considerando as circunstâncias do caso concreto.¹⁷⁷

Conforme dito supra, compete aos membros do Poder Judiciário a difícil tarefa de fixar o valor dos danos morais caso a caso. O problema reside em que, por mais que sejam considerados determinados critérios ou fatores, a subjetividade inerente a esta tarefa tem provocado discrepâncias quanto aos valores fixados a título de condenação por danos morais.

Ciente do alto grau de subjetividade presente no arbitramento de danos morais, Héctor Valverde Santana já pontuou:¹⁷⁸

O prudente arbítrio do juiz significa que a quantificação do dano moral fica exposta a um critério essencialmente subjetivo, regido conforme as concepções pessoais e personalidade do magistrado, que certamente revela as variantes intrínsecas de cada ser humano. Não é uma tarefa cuja solução justa tenha fonte exclusivamente no aprimoramento do tecnicismo jurídico. O Tema está vinculado à formação do juiz no que tange aos seus valores dominantes, sua base filosófica, o seu posicionamento sociológico, seu ponto de vista humanístico, dentre outros fatores.

Pela lição do autor, tem-se uma boa noção do alto grau de subjetividade presente nas condenações por dano moral. De toda forma, consideramos preferível esse sistema dito aberto ou ilimitado do que o modelo fechado, com tarifas previamente estabelecidas para o valor das condenações por danos morais.¹⁷⁹

É certo que o C. Superior Tribunal de Justiça vem realizando um certo controle das decisões onde há fixação de danos morais, analisando, em grau de recurso especial, as condenações fixadas em valores considerados ínfimos ou exorbitantes, mas ainda falta muito para chegar-se a uma solução satisfatória para a tormentosa tarefa de fixar o valor dos danos morais.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Segundo Ricardo Fiuza, citado por Fátima Zanetti “muito mais grave do que o risco do arbítrio judicial é a certeza de que a norma logo estará defesa, que logo precisará de reforma. Além do mais, contra essa possibilidade de arbítrio judicial o ordenamento jurídico prevê o duplo grau de jurisdição, com a garantia da pluralidade de instâncias e a composição coletiva dos tribunais.” (op. cit. p.101)

¹⁷⁷ Vale lembrar que, outrora, alguns dispositivos legais fixavam tarifas ou limites máximos para indenizações por dano moral, v. g., os arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa (Lei n° 5.250/1967) e o art. 257 da Lei n° 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Entretanto, os referidos dispositivos legais não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 213-214.

¹⁷⁹ Registre-se que, em que pese a doutrina pátria considerar inconstitucional qualquer tentativa de tabelamento dos danos morais, existem projetos de lei prevendo tabelas para quantificação de danos morais, a exemplo do Projeto de Lei n° 334/2008, de autoria do Senador Valter Pereira.

¹⁸⁰ Dentre outros, vide o Acórdão proferido no Recurso Especial n° 487.749/RS, DJU de 12.05.2003, 2ª Turma,

Tendo em vista a já referida elevada carga de subjetividade presente na fixação das condenações por danos morais, ganha ainda mais importância a motivação das decisões, que devem ser expressa e claramente expostas pelos julgadores, conforme destaca Héctor Valverde Santana:¹⁸¹

Inexistindo um valor pré-fixado, a sentença deve ser proferida com uma argumentação lógica que possibilite a qualquer interessado, seja o autor, o réu, os advogados, os membros do Ministério Público ou a sociedade em geral conhecer o caminho percorrido, identificar o acerto ou erro na fundamentação.

Realmente, tem total razão o supracitado jurista em sua observação. Na fixação do valor da condenação por danos morais, é de fundamental importância uma decisão cuja motivação esteja o mais clara possível, até mesmo para facilitar, no âmbito recursal, que as instâncias superiores possam visualizar com a máxima exatidão o que foi levado em consideração para o arbitramento do valor.

A doutrina aponta ainda que, quando da valoração dos danos morais, os julgadores devem observar a proporcionalidade entre a extensão do dano e o valor da condenação, fixando valor razoável, que seja suficiente para atender às funções da condenação (compensatória, punitiva e preventiva) e que, por outro lado, não importe em enriquecimento indevido da vítima. É nesse sentido a doutrina de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:¹⁸²

Apesar das dificuldades, deve-se ter o cuidado de fixar o montante indenizatório de tal modo que, a par de não representar causa de enriquecimento indevido, não signifique também um valor insignificante para a vítima. Em suma, o valor da indenização deve guardar razoável proporcionalidade com o dano moral efetivamente sofrido pelo lesado.

Em entendimento semelhante, Héctor Valverde Santana preleciona:¹⁸³

[...] ao sentenciar um processo que exija a fixação do valor do dano moral, o juiz deve se valer do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade na formulação da norma jurídica individual e concreta, a fim de evitar qualquer restrição aos direitos fundamentais e o comprometimento do Estado de Direito.

Rel. Min Eliana Calmon.

¹⁸¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 217.

¹⁸² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

¹⁸³ SANTANA. op. cit., p. 215.

Concorda-se que não seria justo, a título de indenização por danos morais, arruinar o ofensor e tornar milionária a vítima. No entanto, sob o argumento de evitar o enriquecimento sem causa da vítima, muitos julgadores têm fixado valores muito baixos nas condenações por danos morais, deixando, efetivamente, de concretizar a justiça, conforme será analisado de forma mais minuciosa em momento posterior.

Pelo exposto, pode-se ter uma noção da difícil tarefa que é fixar o *quantum* da condenação por danos morais, tarefa esta que, no Brasil, é de responsabilidade dos julgadores, posto que adota-se o sistema dito aberto ou ilimitado, haja vista que não existe tabelamento ou limites previstos, abstratamente, para valorar os danos morais, cabendo aos magistrados a análise dos casos concretos. Passa-se agora, a tecer algumas considerações acerca dos critérios usualmente apontados pela doutrina e jurisprudência como norteadores da valoração dos danos morais.

3.2. CRITÉRIOS PARA FIXAR O VALOR DA CONDENAÇÃO

Além da razoabilidade, proporcionalidade, bom senso e equidade, doutrina e jurisprudência pátrias apontam determinados critérios específicos que devem nortear a atuação dos julgadores, quando da fixação do valor da condenação por danos morais. Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho considera que, para valoração do dano moral, os julgadores devem observar [...] a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.”¹⁸⁴

Antônio Jeová dos Santos, citado por Héctor Valverde Santana, aponta “[..] o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido [...]”¹⁸⁵ como critérios para valoração do dano moral.

Eugênio Facchini Neto, por sua vez, considera que devem ser levados em conta “[...] dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima etc.), também a condição

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 93.

¹⁸⁵ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 225.

socioeconômica tanto da vítima quanto do agente.”¹⁸⁶

O STJ já se manifestou inúmeras vezes sobre o assunto e também tem contribuído para estabelecer critérios para valoração dos danos morais. Em certa oportunidade, a Min. Nancy Andrighy já expressou o seguinte entendimento acerca da valoração do dano moral:¹⁸⁷

[...] Alguns critérios norteiam esta avaliação, tais como: o grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das sequelas, permanência do sofrimento e, sobretudo, seus reflexos na readaptação do acidentado na vida social.

É certo que, em seu posicionamento, a Eminente Ministra apontou alguns critérios, digamos, mais específicos ainda (localização das sequelas), relacionados, na verdade, à análise do caso concreto, e que, no mais das vezes, estão inseridos na análise ampla da extensão (considerando-se, inserida nesta, a gravidade) do dano.

Dessa forma, em se tratando de dano estético, é pertinente considerar-se a localização das lesões, para valorar a extensão do dano; igualmente, a idade da vítima e o sexo podem importar, por exemplo, maior ou menor sensibilidade da vítima e, conseqüentemente, interferir também na extensão do dano. Em suma, além dos critérios específicos a serem observados como regra geral, existem as circunstâncias a serem consideradas em cada caso concreto.

Nesse sentido, Héctor Valverde Santana, leciona que:¹⁸⁸

[...] além de outros critérios específicos que devem ser considerados em determinados casos concretos, em regra o juiz deve avaliar o grau de culpa do ofensor; a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; a repercussão do ato ilícito no meio social; a situação econômico-financeira do ofensor; as condições pessoais da vítima.

Em que pese alguns autores retro mencionados utilizarem-se de expressões diversas, acredita-se que pode-se resumir todos os critérios (gerais) para fixar o valor dos danos morais, acima elencados, nos seguintes: a extensão do dano, o grau de culpa do ofensor, a situação

¹⁸⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 1013.

¹⁸⁷ STJ, **Superior Tribunal de Justiça**. Resp 318.379/MG, j. 20.09.2001, DJU de 04.02.2002. p. 352.

¹⁸⁸ SANTANA. Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 227.

econômica do ofensor e a situação pessoal do ofendido.

O primeiro critério a ser considerado pelo juiz para estabelecer o valor da condenação, é a extensão do dano moral¹⁸⁹, haja vista que, conforme entendimento uníssono de doutrina e jurisprudência, a função primeira da condenação por danos morais é compensatória ou satisfativa, que corresponde à função reparatória, em sede de dano patrimonial.

Se para reparar o dano patrimonial é necessário, primeiro, aferir a extensão do mesmo, para compensar o dano moral deve-se, antes de tudo, considerar a sua extensão. Assim, entende-se que o valor “indenizatório” correspondente à extensão do dano deve servir como valor base para o magistrado, posto que, considerando-se que a Constituição Federal adotou a teoria da reparação integral dos danos morais, nenhuma condenação deve ter valor aquém do necessário para compensar o dano.

Analisando os critérios de valoração da indenização, Guilherme Calmon Nogueira da Gama obtempera que:¹⁹⁰

O ponto central, no que tange à valoração da indenização, é a mensuração da extensão do dano (CC, arts. 403 e 944), *caput*). O valor do ressarcimento está na razão direta da extensão do dano, inclusive no campo da responsabilidade contratual [...]. A noção da extensão do dano, que pontua a indispensabilidade de se reparar a totalidade do dano causado como regra, põe em relevo a função eminentemente compensatória da responsabilidade civil [...].

Segundo ensina Héctor Valverde Santana:

O ato ilícito violador dos direitos da personalidade atinge diretamente a vítima em sua esfera extrapatrimonial, provocando-lhe alterações anímicas. É possível, mediante a avaliação da prova produzida, o juiz aferir a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima.

Arthur Luís Mendonça Rollo considera, como alguns dos fatores mais importantes para estabelecimento do *quantum* da condenação, a intensidade do sofrimento da vítima, a natureza e gravidade da ofensa e sua repercussão no meio social.¹⁹¹

¹⁸⁹ O *caput* do art. 944 do CC/2002, adotando a teoria da reparação integral, dispõe que “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

¹⁹⁰ GAMA, Guilherme Nogueira Calmon da. **Crítérios de Valoração da Indenização, Obrigação Indeterminada e Substituição do Valor da Indenização**. In. Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). São Paulo: Atlas, 2011. p. 601.

¹⁹¹ Entendemos que esses fatores estão todos relacionados à extensão do dano.

É certo que é muito difícil e, em muitos casos, até mesmo impossível aferir com precisão a extensão do dano moral, haja vista que apenas a vítima tem a exata noção do dano que lhe foi imposto (quando se tem em mira a extensão anímica, subjetiva, do mesmo).¹⁹² Entretanto, a tarefa é inarredável e tem de ser feita, com base nos elementos de prova disponíveis ao julgador, que deve ter a maior sensibilidade possível para apreciá-los. Menos difícil será medir a repercussão social do dano, assim como considerar a natureza e gravidade do mesmo.

Desta feita, todos os fatores pertinentes à extensão do dano devem ser considerados, antes de tudo, para a fixação do valor da condenação, tarefa que, após superada, deve ser seguida pela consideração dos demais critérios.

Após a análise da extensão do dano, o juiz deve atentar para a conduta do ofensor, tendo em vista verificar o seu grau de culpa (entendendo-se culpa em sentido amplo). Segundo a doutrina de Arthur Luís Mendonça Rollo:¹⁹³

A extensão da culpa mede-se não só pela natureza do direito violado, como também pela própria extensão da conduta do ofensor, seu grau de consciência acerca do ilícito, reiteração da conduta ofensiva etc. O grau de culpa em virtude do cometimento de um crime é mais elevado do que aquele referente ao descumprimento de uma obrigação.

Com muita lucidez, o autor indica alguns fatores que devem ser avaliados para verificar o grau de culpa do agente ofensor. De fato, tem mais culpa aquele que dirige sua conduta danosa consciente e reiteradamente do que outro que, desavisadamente, causa dano a outrem. É bem observado que a natureza do direito violado também pode ser considerada como fator relevante neste critério, pois é mais reprovável a conduta danosa que atenta, *v. g.*, contra a vida de alguém, do que aquela que lesiona direito autoral.

Héctor Valverde Santana considera que a avaliação do grau de culpa:¹⁹⁴

[...] está vinculada à reprovabilidade ou censurabilidade de sua conduta em

¹⁹² Fátima Zanetti, referindo-se ao *caput* do art. 944 do CC/2002, já observou que “A aplicação desse dispositivo aos casos de dano moral é quase nula, posto que nem sempre é possível medir com precisão a extensão do dano, uma vez que o prejuízo é, via de regra, subjetivo.” (ZANETTI, F. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto. São Paulo: LTr, 2009. p 88)

¹⁹³ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo**: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67.

¹⁹⁴ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 227.

face dos princípios e regras jurídicas vigentes. Nesse ponto, [...] o juiz atenta para a finalidade punitiva da indenização do dano moral. É critério destinado à individualização da sanção, cujo objetivo é a realização da justiça do caso concreto.

Com efeito, a uma conduta mais reprovável, deve corresponder uma resposta mais forte do ordenamento jurídico. Ao considerar o grau de culpa para fixar o *quantum* da condenação por danos morais o julgador concretiza a devida individualização da sanção, contemplando o princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da CRFB. Assim, tendo em vista o caráter punitivo da condenação, o ofensor que provoca determinado dano moral, agindo com dolo intenso, deve ser condenado a pagar uma quantia maior do que pagaria se o houvesse causado com culpa leve.

Neste ponto, é interessante registrar que alguns doutrinadores, apesar de reconhecerem o caráter punitivo da condenação por danos morais, entendem que o valor da mesma não deve, em nenhuma hipótese, ser superior ao valor considerado suficiente para “reparar” o dano.¹⁹⁵ Adotando-se este entendimento, e considerando o grau de culpa como critério para fixar o *quantum* “indenizatório”, chegar-se-ia ao seguinte paradoxo: havendo culpa média, por exemplo, na conduta do agente causador do dano, não se deveria fixar a condenação em valor suficiente para compensar o dano, pois aquele, considerado teto máximo, teria de ser “reservado” para o caso de o agente ter agido, *v. g.*, com dolo intenso; ou então, dever-se-ia deixar de lado o ora analisado critério e fixar a condenação, em qualquer caso, em valor suficiente para compensar o dano suportado pela vítima.

Cumprido registrar que o parágrafo único do art. 944 do CC/2002 estabelece que o juiz deve reduzir equitativamente o valor da indenização, caso verifique que há desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano. O dispositivo legal estabelece uma valoração às avessas do grau de culpa do ofensor. Desta forma, ao invés do elevado grau de culpa servir como majorante do valor da condenação, há uma minoração do mesmo, em virtude da menor reprovabilidade da conduta do ofensor, frente a um dano de elevada extensão.

De acordo com Flávio Tartuce, “A norma deve ser aplicada a qualquer categoria de dano, uma vez que se refere ao abrandamento do nexo de causalidade, atenuando-o de acordo com o

¹⁹⁵ A título de exemplo, Sérgio Cavalieri Filho manifesta-se: “Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.” (CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 227.)

caso concreto e a causalidade que envolve a lide – ideia de *causalidade adequada*.¹⁹⁶ O autor registra, contudo, que a questão não é pacífica no que diz respeito à possibilidade de redução equitativa do valor da condenação em sede de danos morais, havendo quem entenda pela inaplicabilidade do dispositivo.¹⁹⁷

Efetivamente, há autores que entendem ser inaplicável o dispositivo retro mencionado, no que diz respeito aos danos morais, sendo este o posicionamento de Eugênio Facchini Neto.¹⁹⁸ Entende-se que a aplicabilidade ou não da regra legal requer prévia análise do caso concreto. Com efeito, até mesmo a redução da indenização, em sede de dano material, requer esta análise, não se mostrando razoável querer estabelecer que, sempre que a culpa for leve e o dano for grande, por exemplo, o juiz deverá reduzir o valor da indenização.

A questão é complexa porque, ao reduzir o valor da condenação, o julgador alivia a situação do ofensor (que agiu com culpa leve), mas o faz às custas da vítima (que não teve culpa nenhuma), que suportará a parcela do prejuízo não reparado. Consideramos, portanto, que o dispositivo legal deve ser de excepcionalíssima aplicação, não afastando, em absoluto, a possibilidade de redução equitativa da condenação por danos morais.

Outro fator/critério que deve ser utilizado para fixar o valor da condenação por danos morais é a situação econômica do ofensor. Estando assentado que a condenação deve ter, também, finalidades punitiva e preventiva, conforme foi analisado no Capítulo II, item 2.4.3, não há dúvidas de que deve ser levada em conta a situação econômica do ofensor, para que seja fixada a condenação em valor suficiente para cumprir aquelas finalidades.

Essa última observação ganha ainda mais força quando se tem em mira a condenação por danos morais decorrentes de relação de consumo, haja vista que os fornecedores, na direção de suas atividades empresárias (obviamente lucrativas), têm a possibilidade de, muitas vezes, realizar um cálculo do risco de possíveis valores a serem pagos a título de danos morais, podendo optar entre prosseguir ou não na conduta danosa. Com razão, Héctor Valverde Santana leciona:¹⁹⁹

¹⁹⁶ TARTUCE, Flávio. **Indenização e Extensão do Dano. Redução Equitativa da Indenização**. In: Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). São Paulo: Atlas, 2011. p. 590.

¹⁹⁷ TARTUCE. op. cit., p. 590.

¹⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 2013.

¹⁹⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

A situação econômico-financeira do fornecedor-ofensor é critério importante a ser valorado na quantificação do dano moral experimentado pelo consumidor. No contexto do mercado brasileiro, alguns detentores do poder econômico resistem tenazmente aos novos direitos dos consumidores, apesar de cientes de que são direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal (art. 5º, XXXII).

É exatamente considerando que a Constituição Federal assegura a proteção aos direitos dos consumidores, que se justifica, em determinados casos, a exação do valor da condenação, para cumprir as funções punitiva e preventiva da mesma. Se a condenação for fixada em valor relativamente baixo, considerando a capacidade econômica do fornecedor e os lucros auferidos por meio da conduta ilícita, tanto o fornecedor condenado como outros, seguindo o mau exemplo, continuarão praticando condutas danosas.

Não é diferente o entendimento de Arthur Luís Mendonça Rollo, que assim pontua “[...] também é objetivo da indenização do dano extrapatrimonial punir o ofensor. Essa punição só acontecerá se o valor fixado doer no bolso daquele que praticou o ato, pois, do contrário, será absorvida pelo risco de sua atividade.”²⁰⁰

Parece tranquilo o raciocínio de que, caso queira-se conferir função punitiva e, por via de consequência, preventiva, às condenações por danos morais decorrentes de relações consumeristas, deverá o juiz, necessariamente, considerar a situação econômica do ofensor, pois, do contrário, se o fornecedor considerar mais vantajoso continuar praticando a conduta danosa, por lhe proporcionar lucro, do que livrar-se do risco de uma condenação judicial por danos morais, muito dificilmente, pra não dizer nunca, abandonará a conduta reprovável.

Registre-se que, tradicionalmente, entende-se que a situação econômica do ofendido deve ser considerada para valorar o dano moral, mas atualmente há quem discorde da adoção desse critério. Héctor Valverde Santana, lucidamente, assim se posiciona: “Apesar das respeitáveis opiniões contrárias, tem-se que a quantificação do dano moral pela diferença de porte econômico da vítima seria conduzir a questão a ponto de torná-la insustentável.”²⁰¹ O autor esclarece que:²⁰²

2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 228.

²⁰⁰ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

²⁰¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 229.

²⁰² SANTANA. *Idem, ibidem.*

Partindo-se de uma situação hipotética em que consumidores com marcantes distinções econômico-financeiras sofressem dano moral de idêntica natureza, como no caso do atraso de um mesmo voo, a considerar o padrão econômico das vítimas como critério específico para a fixação do dano moral, chegar-se-ia à conclusão de que o direito da personalidade de um passageiro dotado de elevada condição econômico-financeira teria mais valor do que a de um passageiro desprovido de status social e condição econômico-financeira, fato que atenta contra o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, caput, da CF/1998.

No mesmo sentido, João Gislene Filho e outros prelecionam²⁰³

Em nome da igualdade, não se aceita a consideração da situação econômica da vítima, mas admite-se que se pondere sobre sua situação social, conceito mais amplo, que inclui o ambiente em que inserida, com todo o cuidado para que não ocorra discriminação ou análise preconceituosa.”

Com entendimento diverso, Arthur Luís Mendonça Rollo argumenta que “As situações econômicas do ofensor e do ofendido devem ser consideradas sempre. Ora, se o objetivo da indenização é proporcionar conforto ao ofendido, deve ser compatível com sua situação econômica, posto que o padrão de conforto varia de acordo com o patamar social.”²⁰⁴ Para o autor, “A análise exclusiva da situação econômica do ofensor pode levar ao desmedido arbitramento da indenização e, conseqüentemente, ao enriquecimento em demasia do ofendido.”²⁰⁵

Não se pode concordar com os que advogam que a capacidade econômica do ofendido deve ser considerada para fixar o *quantum* da condenação por danos morais. É fato que, muitas vezes, o valor suficiente para causar uma certa satisfação no espírito de uma pessoa de pouca condição econômico-financeira não causará igual sentimento em uma pessoa abastada, mas entendemos preferível suportar esta situação a valorar, desigualmente, bens iguais (a honra de duas pessoas, por exemplo) atingidos por igual dano, conforme alertado pelo professor Héctor Valverde Santana e transcrito linhas acima.

Ademais, o argumento de que, caso não se leve em conta a situação econômico-financeira do ofendido, pode conduzir ao enriquecimento sem causa do mesmo, nos parece de

²⁰³ GISLENE FILHO, João. et al. Valor **Adequado nas Ações de Indenização por Dano Moral**. Disponível em: <<http://www.lavargas.com.br/valor.html>> Acesso em 01 de mar. de 2013.

²⁰⁴ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

²⁰⁵ ROLLO. *Idem, ibidem*.

todo insustentável.²⁰⁶ Então, se duas pessoas sofrem igual dano, decorrente da mesma conduta, aquela que possui vasto patrimônio poderá ser compensada em valor três vezes superior a vítima desfavorecida economicamente, sem que haja enriquecimento sem causa, mas se ambas forem igualmente compensadas, haverá um enriquecimento indevido da vítima pobre?

Trata-se de flagrante afronta não só ao princípio da igualdade, mas também e principalmente à dignidade da pessoa humana. Aliás, alguns poderiam alegar que não haveria afronta ao princípio da igualdade, sob o argumento de que se estaria tratando desigualmente aos desiguais. Mas ocorre que o valor em jogo não é o patrimônio das vítimas, e sim suas dignidades, e neste quesito, todos somos iguais. Considerando a atual Constituição Federal, não se entende como tal entendimento ainda encontra tantos respeitáveis defensores.

Quanto à situação do ofendido, devem ser considerados, isto sim, certos aspectos inerentes à sua condição pessoal, e que sejam passíveis de interferir na extensão do dano, tanto subjetiva (intensidade do abalo sofrido pela vítima) quanto objetivamente (repercussão no meio social etc).

Segundo a lição de Héctor Valverde Santana:²⁰⁷

São apreciados diversos fatores pessoais da vítima, dentre eles o nível cultural, a inserção social e as características vinculadas à sua esfera espiritual. Portanto, mister buscar considerar dados objetivos da vítima e motivar a sentença quanto à idade, sexo, escolaridade, profissão, dentre outros.

Assiste inteira razão ao autor, pois os fatores pessoais por ele elencados são, com efeito, inegavelmente passíveis de influir na extensão do dano, que é o principal critério norteador do juiz para fixar o valor da condenação por danos morais. Ademais, aqui não há o que se falar em qualquer tipo de afronta à Constituição Federal, desde que a análise e ponderação desses fatores seja feita livre de preconceitos ou discriminações.

Isto posto, considera-se que a verificação da extensão do dano, do grau de culpa do ofensor, as condições econômicas deste e as condições pessoais da vítima, como critérios gerais, ao lado de todos os fatores presentes em cada caso concreto, e ainda da observância

²⁰⁶ Sobre a alegação de que haveria enriquecimento sem causa caso a condenação fosse fixada em valor superior ao necessário para exercer sua função compensatória, analisaremos mais detidamente no próximo capítulo.

²⁰⁷ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 229.

dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dão um bom norte para que o julgador fixe o valor da condenação por danos morais com lógica e justiça. Considera-se também que, em sede de dano moral decorrente de fato ou vício do produto ou serviço, o fato de o fornecedor lucrar com a conduta danosa poderá ser motivo para majorar o valor da condenação, tendo em vista efetivar o caráter punitivo-preventivo da condenação. Voltaremos a nos reportar ao tema em momento oportuno.

3.3. A DOCTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

Segundo informa André Gustavo Corrêa de Andrade, a origem da articulação da doutrina dos *punitive damages*, no *common law*, data de 1763, na Inglaterra, no julgamento do famoso caso *Wilkes v. Wood*. John Wilkes, autor de artigo publicado no jornal semanal *The North Briton*, considerado ofensivo ao então rei, George III, foi vítima de mandado genérico de prisão, além de ter tido sua casa invadida e revirada, e alguns bens apreendidos. Pelo ocorrido, Wilkes ajuizou ação contra Mr. Wood, subsecretário de Estado, na qual demandou *exemplary damages*, sob o argumento de que uma indenização em valor reduzido não impediria o demandado de praticar novas condutas semelhantes. O júri fixou a indenização no valor de mil libras, considerado excessivo na época.²⁰⁸

Poucos anos depois, já ocorreram os primeiros julgados estabelecendo *punitive damages* nos Estados Unidos da América. Na metade do século seguinte, em 1851, “a Suprema Corte do Estados Unidos deliberou que constituiria princípio bem estabelecido do *common law* a imposição pelo júri, em ações de indenização e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary*, *punitive* ou *vindictive damages*, tendo em consideração o grau da ofensa praticada pelo réu.”²⁰⁹

Conforme ensina Corrêa de Andrade “Embora os *punitive damages*, em sua feição moderna, tenham se originado na Inglaterra, foi na jurisprudência americana que o instituto ganhou impulso. Assim sendo, é principalmente a experiência americana que fornece os mais valiosos elementos para a análise do instituto.”²¹⁰

²⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 179.

²⁰⁹ ANDRADE. op. cit., p. 180.

²¹⁰ ANDRADE. op. cit., p. 184.

Corrêa de Andrade, citando Black's, ensina que se definem os *punitive damages* como a “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo.”²¹¹ Os *punitive damages*, que também recebem a denominação de *exemplary damages*.²¹²

Constituem uma soma de valor variável estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.

Héctor Valverde Santana leciona que²¹³

Os *punitive damages* são utilizados no sistema da *common law* como um acréscimo ao dano moral experimentado pela vítima, constituindo-se em uma verba autônoma daquela destinada à função compensatória. 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.

O mesmo autor, citando Maria Celina Bodin de Moraes, elenca alguns dos fatores preponderantes, considerados pela jurisprudência norte-americana, para aplicação e fixação dos *punitive damages*, tais como:²¹⁴

[...] a existência de um nexo de causalidade entre o dano punitivo e o prejuízo experimentado pela vítima, 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 violador dos direitos, valor das custas processuais e existência de sanção penal em razão do mesmo fato.

Para Caroline Vaz, ao impor os *punitive damages*²¹⁵

[...] o Estado norte-americano visa também a demonstrar que determinadas condutas são mais censuráveis e, portanto, não aceitas no país. Por isso, com a concessão dos *punitives*, está igualmente pretendendo-se evitar que

²¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 186.

²¹² ANDRADE. *Idem, ibidem*.

²¹³ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38) p. 196.

²¹⁴ SANTANA. *op. cit.*, p. 196.

²¹⁵ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50.

semelhantes condutas sejam praticadas e, conseqüentemente, outras vítimas (determinadas ou indeterminadas) lesadas.

Como se vê, diferentemente do que ocorre aqui no Brasil, onde uma única verba “indenizatória” é destinada a desempenhar tanto a função compensatória e satisfativa quanto às funções punitiva e preventiva, nos países que aplicam os *punitive damages* são fixadas duas parcelas autônomas da condenação, uma de caráter compensatório (*compensatory damages*) e outra com função eminentemente punitiva, a qual é fixada única ou preponderantemente, analisando circunstâncias e fatores relacionados à conduta do ofensor.

As prestações punitivas têm sido impostas com certa frequência, nos Estados Unidos da América, ressalvadas as peculiaridades de cada Estado, nos casos de “negligência grosseira (*gross negligence*), responsabilidade objetiva (*strict liability*), responsabilidade civil pela quebra de alguns pactos contratuais”.²¹⁶

Sobre a aplicação dos *punitive damages* à responsabilidade civil objetiva, Caroline Vaz aduz:²¹⁷

[...] apesar da divergência existente até hoje acerca da aplicação dos *punitive damages* à responsabilidade civil objetiva, com a contínua ocorrência de danos causados às pessoas, passou-se a entender a possibilidade de serem eles invocados em alguns casos, com a finalidade de punir os agentes provocadores dos danos e, principalmente, evitar que novos viessem a ser praticados pelo mesmo motivo, sendo exemplificativa a responsabilidade civil do produtor.

Em sentido semelhante é a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade:²¹⁸

Área em que os *punitive damages* desempenham um papel de destaque é a da responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*). Diversos produtos defeituosos ou nocivos a consumidores ou trabalhadores têm gerado a fixação de *punitive damages*. É o caso dos dispositivos contraceptivos intrauterinos, dos implantes de silicone, do asbesto, do tabaco.

É pertinente fazer referência ao caso *Ruger & Co. v. Day*, quando “foram reforçados os fundamentos da aplicação dos *punitive damages* em casos envolvendo a responsabilidade civil

²¹⁶ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

²¹⁷ VAZ. op. cit., p. 53.

²¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 189-190.

decorrente de defeito de produto.”²¹⁹ Segundo Andrade, na ocasião:²²⁰

Reconheceu-se, então, expressamente, que os *punitive damages* não eram incompatíveis com a responsabilidade objetiva, quando caracterizado que o fabricante, antes da colocação do produto no mercado, sabia da existência do defeito e, ainda mais, tinha ciência dos riscos envolvendo o uso desse produto. Observou-se que os *punitive damages* desempenhariam papel de dissuasão principalmente em casos nos quais é economicamente mais vantajoso para o fabricante pagar indenizações compensatórias às vítimas que postulem indenização do que corrigir o defeito do produto.

No mesmo sentido, Caroline Vaz obtempera que:²²¹

Percebe-se que as situações nas quais a responsabilidade civil objetiva podem ser acrescidas as funções punitivas e dissuasórias são, tão somente, aqueles casos em que, apesar de ser conhecedor do risco que o produto oferece à sociedade, o produtor mostra-se indiferente ao resultado, não tomando qualquer atitude no sentido de evitar um dano que seria evitável.

Com efeito, não é difícil ocorrer de determinado fornecedor, mesmo ciente do defeito de determinado produto, e igualmente ciente dos riscos existentes aos consumidores, em decorrência do defeito, optar por colocar o produto no mercado, por não querer arcar com os custos necessários para eliminar o defeito, e este é um dos principais fatores que podem justificar a imposição de indenização punitiva, aqui no Brasil, em sede de direito do consumidor.²²²

Considerando as diversas críticas endereçadas ao sistema jurídico norte-americano, especialmente no campo da responsabilidade civil, Corrêa de Andrade esclarece alguns pontos importantes, para melhor visualizar-se a aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos

²¹⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 191.

²²⁰ ANDRADE. *Idem, ibidem*.

²²¹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 55.

²²² Cita-se como exemplo o caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* Vítima de acidente automobilístico, o jovem Richard Grimshaw, de 13 anos, depois de intenso tratamento, conseguiu sobreviver, restando-lhe muitas sequelas. Devido à colisão, o Ford Pinto, carro em que o jovem estava, pegou fogo, inclusive na área interna, onde acomodam-se motorista e passageiros, pois houve ruptura no tanque de combustível, vazando líquido para o interior do veículo. Grimshaw e os herdeiros de sua avó, que morreu por conta do acidente, processaram a Ford Motor Company. “No julgamento, considerou-se a circunstância de que os engenheiros da Ford teriam descoberto em testes de colisão (crash tests) realizados anteriormente à produção comercial do veículo que um acidente envolvendo a traseira deste poderia causar facilmente a ruptura do sistema de combustível. Como a linha de produção já encontrava-se pronta quando os engenheiros encontraram o defeito, altos executivos da Ford decidiram produzir o automóvel como projetado originalmente, embora modificações de baixo custo pudessem ter corrigido o problema.” (ANDRADE. op. cit., p. 192.)

da América:²²³

Primeiro, a imposição de *punitive damages* é bem menos frequente do que se supõe[...]. Segundo, os *punitive damages*, em média, são estabelecidos em valores muito abaixo das cifras exorbitantes que são divulgadas na mídia [...]. Terceiro, as decisões que estabelecem indenizações em valores fora do comum são, em sua grande maioria, decisões não definitivas proferidas pelo júri. Tais decisões com frequência são revistas em grau de recurso [...]. Quarto, como se percebe claramente, o sistema de julgamento pelo júri favorece a fixação de indenizações desmensuradas ou desproporcionais. [...] Assim sendo, essas decisões não podem ser tomadas como exemplo de como funcionariam os *punitive damages* em países em que as causas civis são julgadas por um juiz togado.

Manifestando-se favorável à aplicação da indenização punitiva dos danos morais, Fátima Zanetti aduz:²²⁴

Os que sustentam a não aplicação da ideia de punição ao dano moral, restringindo-lhe o valor indenizatório à mera compensação da vítima, temem a fixação de valores excessivos e, mesmo reconhecendo o caráter de sanção desse tipo de reparação, justificam essa posição ao fundamento de que: 1. não se trata de pena; 2. em se tratando de direito privado a aplicação de pena só pode ser por meio legal, já que é monopólio do Estado a punição dos delitos.

Pelo visto, parece que o temor que muitos têm de que a exasperação do caráter punitivo da condenação por danos morais (imposição de *punitive damages*) resulte na fixação de valores excessivos explica-se pelas seguintes preocupações: a) uma indenização superior ao dano efetivo importaria em enriquecimento sem causa para a vítima do dano; b) a fixação de indenizações em valores muito altos poderia incentivar a chamada “indústria do dano moral”; e c) haveria o risco de produzir resultados social e economicamente danosos como, *v. g.*, o prejuízo à saúde financeira de uma empresa.

Com efeito, em que pese reconhecer-se que a fixação da condenação por danos morais, em valor acentuado, melhor concretizaria uma missão didática, a doutrina amplamente majoritária acaba, ao final, dando prevalência ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, em prejuízo da função pedagógica da condenação.²²⁵

²²³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 217-218.

²²⁴ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto.** São Paulo: LTr, 2009. p. 98.

²²⁵ ZANETTI. *op. cit.*, p. 99.

O Superior Tribunal de Justiça também invoca, frequentemente, o argumento de que a indenização não deve servir de enriquecimento sem causa, como no julgamento do AgRg no REsp 1287403/PR, de relatoria do Min. Herman Benjamim, no qual se consignou que “Os danos morais devem assegurar a reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa. [...]”²²⁶

Corrêa de Andrade lembra que “Sustenta-se, com frequência, que a indenização punitiva, à medida que constitui uma soma não relacionada com seu dano, mas com a reprovabilidade da conduta do seu causador, determinaria um enriquecimento sem causa ou indevido para a vítima.”²²⁷ O autor aduz que:²²⁸

O princípio do enriquecimento sem causa não se aplica sem grandes dificuldades à indenização por dano moral, já que compara bens de natureza distinta. A dignidade humana e os atributos da personalidade não são redutíveis à pecúnia. Relembre-se a distinção kantiana entre preço e dignidade. Somente tem preço aquilo que pode ser substituído por um equivalente; o que não tem equivalência e está acima de todo preço compreende uma dignidade.

Fátima Zanetti entende que o erro de se considerar, quando da reparação de danos morais, o princípio que veda o enriquecimento sem causa, decorre da errônea transformação de cláusula geral específica do direito restitutivo, positivada nos arts. 884 a 886 do CC/2002, em princípio geral de Direito.²²⁹ Para a autora:²³⁰

[...] o estudo da “causa” em todos os dispositivos do Código que tratam do enriquecimento sem causa e direito restitutivo está relacionado com recebimento indevido, acréscimo patrimonial injusto ou até mesmo uma ausência de causa associada ao enriquecimento de um em detrimento de outrem, o que efetivamente não se dá na reparação do dano moral.

E ainda ressalta:²³¹

²²⁶ STJ, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Resp 1287403/PR. Rel. Min. Herman Benjamim. Julgado em 12/12/2012. Dje de 15/02/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=dano+moral+enriquecimento+sem+causa&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 04.07.2013.

²²⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 275.

²²⁸ ANDRADE. *Idem, ibidem*.

²²⁹ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto**. São Paulo: LTr, 2009. p. 116.

²³⁰ ZANETTI. *op. cit.*, p. 117.

²³¹ ZANETTI. *Idem, ibidem*.

O enriquecimento sem causa pressupõe, portanto, mesmo quando visto como princípio geral de Direito, a possibilidade de mensuração e equivalência entre o patrimônio atribuído a um e a causa justificadora dessa atribuição.

Não há, no dano moral, nem possibilidade de mensuração e, em consequência, nem de equivalência.

Interessante é a lição de Bodin de Moraes, citada por Corrêa de Andrade, que sustenta “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado.”²³²

Verdadeiramente, falar-se em enriquecimento sem causa por conta de um acréscimo patrimonial decorrente de uma condenação judicial, em sede de danos morais, é argumento que não resiste a uma reflexão mais profunda. Isso, é claro, considerando que, mesmo aplicando-se os danos punitivos, haja razoabilidade e proporcionalidade na decisão, além dos já anteriormente mencionados bom senso, prudente arbítrio do juiz etc.

Não se deve esquecer que a decisão judicial, embora legitimada pela própria Constituição Federal, nem sempre é livre de erros, é dizer, nem sempre é a que melhor se presta à concretização da justiça. Dessa forma, se uma decisão judicial, equivocadamente, fixa o *quantum* de uma condenação por danos morais em valor excessivamente alto, o montante recebido pela vítima estará legitimado pela referida decisão, mas nem por isso será justo.

É pertinente registrar também que a equivalência entre o dano e o valor fixado a título de indenização deve ocorrer, rigorosamente, quando se falar em dano patrimonial, mas não no caso de danos morais. Estes, a par de frequentemente não poderem ser medidos com precisão, não possuem um valor pecuniário equivalente, devendo a condenação, dessa forma, servir tanto como uma satisfação à vítima, quanto como uma punição ao ofensor, conforme se salientou anteriormente. Em determinados casos, para que a condenação cumpra sua função punitiva, faz-se necessária e/ou merecida a fixação da mesma em valor elevado.

É bastante interessante, e até mesmo preferível, a solução apontada por Caroline Vaz, que, rebatendo as críticas à aplicação dos *punitive damages* no Brasil, consigna que o valor a mais, imposto a título de dano punitivo, poderia ser destinado à pessoa jurídica, oficial ou não, que tivesse interesse público destinado ao bem jurídico lesado.²³³

²³² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 275.

²³³ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84.

Efetivamente, se é imposta a obrigação de certa prestação pecuniária à determinada empresa, sob o fundamento não de compensar o dano moral que um determinado consumidor sofreu, mas sim o de puni-la pela sua conduta reprovável (interesse público do Estado de punir quem desobedece ao ordenamento jurídico) e dissuadir a prática de novas condutas, tendo em vista evitar que outros consumidores sejam vítimas (interesse coletivo de todos os consumidores), parece mais lógico e razoável que tal prestação pecuniária seja revertida para entidade que represente a categoria de sujeitos que se pretende proteger (neste caso, os consumidores), do que seja destinada integralmente à vítima do caso concreto, para que gaste como bem entender.²³⁴

Outro argumento contrário à fixação de elevadas condenações por danos morais, é o de que isso importaria em incentivo à “indústria do dano moral”. Para Corrêa de Andrade²³⁵:

A expressão “indústria do dano moral” é constantemente empregada quando se pretende, de algum modo, sustentar alguma posição restrigente em relação ao dano moral. É, por exemplo, utilizada por muitos que sustentam não ser admissível a formulação de pedido genérico nas ações em que se postula indenização por essa espécie de dano. [...] É, por fim, e principalmente, lançada para justificar a fixação de indenizações em valores mais reduzidos.

Com efeito, muitos doutrinadores e magistrados lançam mão do argumento de que a fixação de condenações por danos morais em valores elevados estimularia a denominada “indústria do dano moral”, pois mais pessoas bateriam as portas do judiciário, em busca de indenizações milionárias, alegando-se vítimas de danos morais. Essa tese é ainda mais frágil do que a que advoga pela vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

Ocorre que, a correta aplicação da indenização punitiva, pelo judiciário, nos casos em que a mesma se justificar, não significa que será aplicada sempre e sem nenhum critério, o que praticamente exclui sua aplicação indevida e de forma desordenada. Neste sentido é a doutrina de Corrêa de Andrade, para quem²³⁶:

²³⁴ Outra situação totalmente diferente, na qual não se aplica este raciocínio, é quando, a pretexto de evitar o enriquecimento sem causa da vítima, ou mesmo de evitar a ruína do ofensor, fixa-se o valor da condenação em montante insuficiente, até mesmo, para cumprir a função satisfativa da condenação. Registre-se ainda que essa distinção só é possível nos moldes em que os *punitive damages* são aplicados, por exemplo, nos estados Unidos da América, onde são fixados, separadamente, dois montantes (*compensatory damages* e *punitive damages*) a serem pagos pelo ofensor.

²³⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 277.

²³⁶ ANDRADE. *Idem, ibidem*.

O remédio contra ações infundadas e abusivas que busquem especular com o instituto do dano moral deve vir, primeiro, de uma jurisprudência firme, que rejeite as pretensões desarrazoadas. O sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimularia os aventureiros e acarretaria a paulatina diminuição de tais demandas.

De fato, não se pode confundir a leviana busca pelo enriquecimento, na qual alguns podem lançar-se, pleiteando vultosas indenizações por danos morais, com a efetiva procedência de tais ações, que, se seguidos os critérios justificadores da indenização punitiva, no mais das vezes serão julgadas total ou parcialmente improcedentes, podendo ainda o autor que litigar de má-fé ter de arcar com as consequências previstas para quem age assim. Com razão, Corrêa de Andrade assevera:²³⁷

O que não é razoável é que se pretenda criar dificuldades de acesso ao Judiciário ou excluir importante instrumento de defesa da cidadania, como a indenização punitiva, a pretexto de desestimular as demandas temerárias. Se o preço a pagar pela efetividade ou concretização dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, é possibilitar a propositura de ações temerárias, então será um preço baixo a ser pago.

Ainda ligado estreitamente à resistência apresentada por muitos à fixação de condenações por danos morais consideradas elevadas, é o argumento de que poderia resultar em consequências danosas, social e economicamente. Argumenta-se que “a condenação de empresas a valores exacerbados colocaria em risco a sua saúde econômica, trazendo a necessidade de demissões de empregados e, em casos extremos, levando ao encerramento de suas atividades.”²³⁸

Para Corrêa de Andrade:²³⁹

[...] não há evidências que justifiquem uma previsão econômica catastrófica das consequências da indenização punitiva. Previsões dessa natureza frequentemente vêm baseadas em decisões isoladas, em sua maioria não definitivas, que configuram uma eventual aplicação deturpada do instituto.

O autor conclui que:²⁴⁰

O emprego adequado da indenização punitiva afasta os riscos econômicos e

²³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 278.

²³⁸ ANDRADE. op. cit., p. 279.

²³⁹ ANDRADE. op. cit., p. 280.

²⁴⁰ ANDRADE. *Idem, ibidem*.

sociais, produzindo, ao contrário, o efeito positivo de prevenir danos aos consumidores e usuários de produtos e serviços, que, no final das contas, são aqueles em proveito de quem as atividades econômicas devem desenvolver-se.

Nesse ponto, vale igualmente a observação já feita anteriormente, no sentido de que a correta aplicação do instituto, considerando todos os critérios e fatores preponderantes para a fixação do valor da condenação, afasta em muito a possibilidade de causar as alegadas consequências danosas de ordem social e econômica. Com efeito, um dos critérios considerados, quando da fixação do valor dos *punitive damages*, é a situação financeira do ofensor. Assim sendo, muito dificilmente será aplicada indenização punitiva em valor que cause a ruína do agente causador do dano.

Por fim, outra objeção fortemente oposta à aplicação de indenização punitiva é a de que tal instituto, com caráter de pena privada, afrontaria o princípio da legalidade penal, segundo o qual, não há crime sem lei anterior que o defina, e nem pena, sem prévia culminação legal. Neste sentido, já manifestou-se Giovanni Ettore Nanni, citado por Fátima Zanetti:²⁴¹

[...] a pena privada não seria um critério coerente para subsidiar a fixação dos danos extrapatrimoniais. É sempre importante recordar que o tema da fixação dos danos extrapatrimoniais apresenta uma ampla controvérsia na doutrina e jurisprudência, pelo que não se vislumbra praticidade no uso de um instituto que, por si só, é bastante indefinido e com contornos amplos, dando margem certamente a confusões e a comparações insolúveis. Sob outro foco de visualização, não se pode olvidar das contundentes e firmes críticas que se direcionam à imputação da pena privada, tachando-a como ilegal, uma vez que violaria, dentre outros elementos, o princípio da legalidade.

Ao debruçar-se sobre o assunto, Corrêa de Andrade considera que:²⁴²

O exame das razões que conduziram ao estabelecimento do princípio da legalidade, assim como a análise da natureza da pena de multa em confronto com as demais penas levam à conclusão de que a indenização punitiva não entra em colisão com o princípio. O princípio da legalidade penal, como se pretende demonstrar, não é aplicável às sanções pecuniárias estabelecidas fora da esfera tipicamente penal. E, no que toca especificamente à

²⁴¹ NANNI, apud, ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto.** São Paulo: LTr, 2009. p. 99.

²⁴² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 284-285.

indenização punitiva, colidiria com princípio mais elevado: o da dignidade humana.

Ocorre que, enquanto a qualidade da pena a ser imposta (privação de liberdade, multa etc) é tarefa exclusiva do legislador, a quantidade da mesma é sempre, inevitavelmente, tarefa atribuída ao juiz. Assim, não poderia o julgador, surpreendentemente, aplicar pena privativa de liberdade, não prevista em lei, a alguém que lesionou a honra de outrem, mas poderia certamente, desde que presente a previsão legal, determinar o valor da sanção pecuniária aplicável.

Ademais, na fixação da condenação por danos morais, mesmo que se busque tão somente a compensação do dano, não terá o agente ofensor como saber, de ante mão, qual o montante da condenação que lhe será imposta, posto a dificuldade em valorar essa espécie de dano (ou seja, de toda forma, não há como o agente lesionar a dignidade de outrem já ciente de quanto poderá desembolsar a título de indenização).²⁴³

Importa registrar ainda que se pode argumentar a necessidade de se prever legislativamente, pelo menos, limites mínimo e máximo para as indenizações punitivas, assim como ocorre com a pena de multa, prevista na Parte Geral do Código Penal.

Corrêa de Andrade manifesta-se contrário a tal argumento, por considerar que, na aplicação da pena de multa, diferentemente do que ocorre com as outras modalidades de pena, deve-se considerar, ainda, a condição econômica do réu, o que só pode ser feito caso a caso. O autor pontua que “[...] a pena de multa somente exerce as funções de prevenção geral e especial se for levada em conta a fortuna do ofensor.”²⁴⁴

Em que pese a lógica do raciocínio do autor, pede-se licença para discordar. Efetivamente, é certo que qualquer tipo de tarifação dos danos morais, no que diz respeito à sua função compensatória-satisfativa, atenta contra a dignidade da pessoa humana e contra o princípio da “reparação” integral dessa modalidade de dano. Entretanto, se fosse adotado pelo ordenamento jurídico pátrio a indenização punitiva autônoma, como ocorre nos Estados Unidos da América, entende-se que seria possível sim, e talvez preferível, a previsão de limites mínimo e máximo, necessariamente bastante dilargados, para essa parcela da condenação.

²⁴³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 287-288.

²⁴⁴ ANDRADE. op. cit., p. 289-290.

Pelo exposto, acredita-se que a imposição de uma indenização punitiva, semelhante aos *punitive damages* do sistema norte-americano, porém feitas as indispensáveis adaptações ao ordenamento jurídico brasileiro, é não só possível, como conveniente e necessária, para melhor proteger os direitos personalíssimos dos consumidores brasileiros, assim como dos demais cidadãos. Não convence o argumento daqueles que estão mais preocupados com as origens da tradição jurídica brasileira, apontando as diferenças entre este e o sistema jurídico da *common law*, e fecham os olhos para os anseios da sociedade e para os mandamentos constitucionais.

Efetivamente, a tradição jurídica romano-germânica, baseada no direito escrito, impede que, deliberadamente, os magistrados imponham aqui os *punitive damages*, tal como são aplicados alhures, sem que haja previsão legal neste sentido. Entretanto, os mandamentos constitucionais são normas positivas e autoaplicáveis, devendo os operadores do Direito perseguirem a concretização dos direitos fundamentais, mesmo frente à lacunas infraconstitucionais, conforme analisaremos no item seguinte.

Ademais, não se vê nenhuma dificuldade intransponível para que, a partir de uma iniciativa legislativa, instituto semelhante aos *punitive damages* seja adotado no Brasil, com a ressalva já feita anteriormente, de que tal parcela da condenação seja destinada a um órgão de proteção ao consumidor, e não para o enriquecimento da vítima.

Registre-se ainda que o possível argumento de que não cabe ao particular perseguir o interesse público, com o fito de sancionar aquele que infringe o ordenamento jurídico, pode-se rebater com o argumento de que o legislador já conferiu, ao cidadão, a prerrogativa de o fazer, *v. g.*, por meio da Ação Popular, e que nada impede que o faça novamente. Ademais, poder-se-ia prever a possibilidade de o autor da ação, ou o próprio juiz, *ex officio*, promover a intimação do representante do *Parquet*²⁴⁵, para possibilitar-lhe intervir no feito.

3.4. A “INDENIZAÇÃO” COMO FORMA DE EFETIVA SANÇÃO-EXEMPLO

Consoante lição do grande mestre Rizzatto Nunes, “A dignidade da pessoa humana – e do consumidor – é garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas e que, então, a ela devem respeito, dentro do sistema constitucional soberano brasileiro.”²⁴⁶

²⁴⁵ Endentemos que, inclusive, isso poderia ser feito com base no inciso III do art. 82 do CPC.

²⁴⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São

No atual sistema constitucional, todos os direitos fundamentais, e por conseguinte, todos os direitos da personalidade, ainda que não inseridos no campo de proteção da dignidade da pessoa humana, conforme já referido anteriormente neste trabalho, merecem especial proteção do ordenamento jurídico. Aqui, refere-se especialmente aos direitos personalíssimos dos consumidores, amparados pelo mandamento constitucional insculpido no inciso XXXII do art. 5º da CRFB.

Nessa esteira, o Código de Defesa do Consumidor proclama que são direitos básicos do consumidor, dentre outros, “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;”²⁴⁷ e “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”²⁴⁸.

Considerando esses mandamentos, é pertinente perguntar: será que os consumidores brasileiros estão sendo efetivamente protegidos, especificamente do ponto de vista preventivo, de todas as possíveis condutas abusivas e danosas praticadas por fornecedores ineficientes e/ou gananciosos, que decidem as diretrizes de seus negócios baseando-se apenas nos lucros imediatos?

Tendo por consideração que, à falta de previsão legal, não seja possível os magistrados aplicarem aqui, tal qual se aplica nos Estados Unidos da América (onde vultosas quantias, em casos excepcionais, registre-se, são destinadas à vítima do dano), o dano moral punitivo, é dizer, parcela autônoma da condenação direcionada a punir o ofensor e dissuadir a prática de novas condutas lesivas, há de se buscar solução outra, que seja compatível com o ordenamento jurídico pátrio, para prevenir, efetivamente, reiteradas condutas lesivas aos direitos personalíssimos dos consumidores.

A solução deve passar pela questão da reparação e prevenção dos danos morais coletivos²⁴⁹. Com efeito, o interesse do presente trabalho não é defender indenizações milionárias para consumidores considerados individualmente, mas sim, proteger contra agressão os bens personalíssimos de todos os consumidores, enquanto coletividade. Nessa esteira, é valiosa a lição de Carline Vaz:²⁵⁰

Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

²⁴⁷ Art. 6º, inciso I do CDC.

²⁴⁸ Art. 6º, inciso VI do CDC.

²⁴⁹ Ocorre que a prova da configuração e da extensão do dano moral coletivo mostra-se ainda mais difícil do que a do dano individual.

²⁵⁰ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive*

Num Estado Democrático de Direito, no qual há milhares de normas a serem observadas e direitos a serem preservados, não se está a defender que o simples fato de alguém ter transgredido uma regra de conduta a todos imposta, ainda que em caso de responsabilidade objetiva causado um dano transindividual, ensejará a função punitiva e, menos ainda, a preventiva. Mas, sim, quando essa transgressão for praticada por dolo ou culpa gravíssima, a fim de causar prejuízo a outrem, de modo a evidenciar a insuficiência, nesses casos, de somente restituir ou compensar a vítima afetada por tal comportamento, pois, toda a sociedade foi lesada, desrespeitada, atingida, concreta ou potencialmente.

A dificuldade em efetivar o caráter punitivo da condenação por danos morais ocorre porque: a um, a jurisprudência ainda admite o caráter punitivo do dano moral apenas de forma reflexa, é dizer, a condenação do ofensor a compensar o dano serviria também como uma punição, e, por via de consequência, preveniria a prática de iguais condutas; a dois, nas ações individuais (por levar-se em conta a condição econômica da vítima), muitas vezes é fixado o valor da condenação muito aquém do necessário para efetivar o caráter punitivo-preventivo da condenação.

Com razão, já se manifestou Corrêa de Andrade, registrando que:

[...] o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação de quantias arbitradas quando elas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes.

Verdadeiramente, em inúmeros julgados o STJ considera excessivo o valor da condenação por danos morais. Nessas decisões, quase indistintamente, utiliza-se, dentre outros, do fundamento de que a indenização por dano moral não pode constituir-se em fonte de enriquecimento sem causa. Nessa esteira, o retro mencionado princípio acaba por prevalecer sobre a proteção da dignidade da pessoa humana e dos demais valores inerentes à personalidade.

No julgado do REsp 87.719/RJ, de relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, prevaleceu seguinte entendimento “[...] Possível, em tese, rever o valor da indenização em recurso especial. Assim, quando se mostra evidentemente exagerada, **distanciando-se das**

finalidades da lei que não deseja o enriquecimento de quem sofreu a ofensa.²⁵¹ (grifo intencional) Aqui, abstraindo-se das condições fáticas do caso em questão, cabe indagar se a Constituição Federal deseja que ocorram lesões aos direitos personalíssimos, ou se almeja e manda que os mesmos sejam prevenidos.

Embora não sejam vastos, há casos em que o STJ já encontrou a oportunidade de majorar o valor da condenação por danos morais, como no julgamento, pela Terceira Turma, do REsp nº 1.171.826-RS, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, tendo prosperado o entendimento de que o *quantum* indenizatório fixado no tribunal a quo mostrou-se desproporcional, *in verbis*:²⁵²

[...] Diante desse precedente – somado à reiteração da conduta omissiva da empresa (fls. 766/768) –, o valor inicialmente arbitrado em R\$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais) para cada familiar supérstite se mostrou insuficiente para evitar novas ocorrências e desproporcional ao sofrimento experimentado, devendo ser majorado para **R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais)** para cada recorrente.

Infelizmente, em muitos outros casos que mereciam uma majoração do valor da condenação, aquela Corte não o faz, por considerar que o valor fixado nas instâncias anteriores atendeu ao duplo propósito da condenação (compensação da vítima e punição do ofensor) e sobretudo, sob o argumento de evitar o enriquecimento sem causa.

Criticando firmemente tal postura, Fátima Zanetti aduz:²⁵³

[...] no momento atual, a voz dos jurisdicionados, que ressoa nos quatro cantos do país, traduzindo-se no grande número de ações, que denuncia e clama do judiciário uma resposta ao dano moral, diante de uma situação gritante de desrespeito, tem sido respondida com certa ceticidade ao fundamento de que há uma indústria do dano moral e que, por isso, há de prevalecer a moderação nos valores da respectiva reparação, para que não se favoreça o enriquecimento sem causa.

Dessa forma, em nome de um princípio que, conforme o entendimento de Fátima Zanetti, nem ao menos trata-se de princípio geral de Direito²⁵⁴, acaba-se por menosprezar a

²⁵¹ STJ, **Superior Tribunal de Justiça** Resp 87.719/RJ, 3ª T., j. 24.03.1998. rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJU 25.05.1998, p. 98.

²⁵² STJ, **Superior Tribunal de Justiça** Resp 1.171.826 – RS, 3 T. j. 17.05.2011. rel. Min. Nancy Andrighi. Dje: 27.05.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902302592&dt_publicacao=27/05/2011> Acesso em 04.07.2013.

²⁵³ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto. São Paulo: LTr, 2009. p. 36.

²⁵⁴ Conforme já trouxemos o entendimento da autora, no item anterior.

dignidade da pessoa humana, verdadeiro supraprincípio, “arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”.²⁵⁵

Fátima Zanetti assevera que:²⁵⁶

O que se quer dizer é que a proteção do Direito não pode privilegiar o desonesto ou violador da dignidade humana. Logo, nada obsta a adoção de fundamento jurídico novo e mais consentâneo com a ideia de justiça que, de resto, é a que exprime para o cidadão em geral, mercê do norte constitucional, a finalidade do direito.

A prática de valores simbólicos na reparação do dano moral pode funcionar, numa sociedade sem modelos de conduta reta e ética, como reforço psicológico da aceitação da violação.

Pelo que se nota, a aplicação de dano punitivo como parcela autônoma da condenação, sem que haja previsão legal neste sentido, mostra-se inviável. Com efeito, por mais que a Constituição Federal proclame a dignidade humana como valor máximo, ao nosso ver cabe ao Poder Legislativo estabelecer tal tipo de sanção civil, para que o Judiciário possa aplicá-la. Entretanto, os magistrados podem sim, dispensando-se qualquer inovação legislativa, fixar o valor da condenação em valor suficiente para, o mais possível (e não se está falando de indenizações milionárias), efetivar o caráter de sanção-exemplo da indenização por danos morais.

Observe-se que, embora as vozes que se levantam contra a fixação de elevados valores a título de danos morais usem o argumento de que não se pode conceder indenizações milionárias e transformar o Judiciário em casa lotérica, no mais das vezes as indenizações são fixadas em valores pífios, abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Alguém vai enriquecer por receber uma indenização de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)? A questão repousa na escolha feita pelos julgadores: qual princípio privilegiar, o do enriquecimento sem causa (se é que haveria enriquecimento na maioria das indenizações reduzidas pelo STJ), ou o da dignidade da pessoa humana?

O fato é que, conforme observa Corrêa de Andrade:²⁵⁷

²⁵⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

²⁵⁶ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto. São Paulo: LTr, 2009. p. 37.

²⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 292-293.

[...] há situações nas quais os direitos da personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e de terceiros. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o ofensor obtém lucro com a atividade lesiva ou em que o responsável deixa de investir mecanismos de controle e prevenção, em razão dos custos destes.

Importante registrar, por fim, que a majoração do valor das condenações por danos morais mostra-se necessária sobretudo quando o dano resultar de condutas reiteradas dos fornecedores, tendo em vista efetivar o caráter pedagógico da condenação, evitando, pois, novas lesões. É o caso, por exemplo, dos grandes empreendimentos econômicos, tais como bancos, administradoras de cartões de crédito, financeiras e empresas de telefonia celular, dentre outras, posto que, no mais da vezes, os danos morais causados por esses poderosos fornecedores decorrem de condutas-padrão adotadas (dolosa ou culposamente) pelos mesmos, as quais poderão lesar inúmeros consumidores.

Nesses casos, a conduta dessas empresas é norteada por cálculos, sempre visando ao lucro e, portanto, se for mais vantajoso arcar com determinado número de indenizações de X valor do que mudar de postura, dificilmente essa mudança ocorrerá. Na teoria, portanto, está sendo invocada a função punitiva da condenação, mas na prática, a mesma não estará sendo efetivada. Com razão, observa Arthur Luís Mendonça Rollo:²⁵⁸

Uma das formas de atenuar o problema é fazer doer no bolso dos fornecedores o valor das condenações judiciais, o que ainda não está ocorrendo. Devem os julgadores sopesar, quando da fixação do montante indenizatório, o procedimento que aquele fornecedor adota no mercado de consumo. Se ele traz ou não prejuízos à sociedade, dando causa a inúmeras demandas e deixando de atender às reivindicações legítimas dos consumidores nas esferas administrativas. Se ele de maneira contumaz nega atendimento a pretensões legítimas de consumidores, desrespeita normas das agências nacionais e contratos assinados com os consumidores.

Pelo exposto, entende-se que, considerando o grau de culpa do ofensor, sua condição econômica, reincidência na conduta lesiva e se auferir lucro com a mesma, e desconsiderando-se a situação econômica da vítima, é possível a majoração das condenações por danos morais, de forma a tornar o máximo possível efetiva sua função de sanção-exemplar.

²⁵⁸ ROLLO, Arthur Luís Mendonça. Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011. p. 72.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo investigar a necessidade, considerando o atual estágio das relações de consumo, assim como a possibilidade jurídica, à luz do atual ordenamento jurídico brasileiro, de se adotar critérios diversos dos adotados atualmente, na fixação das indenizações por danos morais decorrentes de relações consumeristas, a fim de tornar efetiva a finalidade de sanção exemplar que se pretende alcançar por meio da condenação.

Para tanto, explanou-se a questão da inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, alçado ao patamar de super princípio e dotado de hierarquia supraconstitucional, devendo, portanto, nortear a criação, interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, ressaltamos a especial proteção que o legislador constituinte conferiu aos consumidores, e a necessidade de garantir-se não só a reparação, mas também, e preferencialmente, a prevenção da dignidade dos consumidores e de todos os direitos personalíssimos dos mesmos.

Observou-se também que, quando em conflito com outros valores, deve-se dar sempre prevalência à dignidade da pessoa humana, só se mostrando lícito deixar de privilegiar a proteção da dignidade de determinada pessoa quando em conflito com a dignidade de outra. Dessa forma, não se afigura lícito, à luz da atual Constituição Federal, impor determinada lesão à dignidade de alguém sob o argumento de privilegiar outros interesses, sejam individuais ou coletivos.

Analisou-se ainda o conceito e os fundamentos da responsabilidade civil, identificando os fundamentos da responsabilidade dos fornecedores pelo fato e pelo vício de produtos e serviços, assim como as hipóteses de exclusão da responsabilidade. Neste ponto, verificou-se que a responsabilidade dos fornecedores decorre da garantia de segurança e idoneidade que legitimamente se espera dos produtos e serviços colocados no mercado. A lei impõe aos fornecedores, portanto, o dever de oferecer produtos e serviços idôneos e seguros, e é desse dever que decorre a responsabilidade objetiva dos fornecedores, em caso de haver vício no produto ou serviço oferecido, ou ainda acidente de consumo.

Para se atingir o objetivo do trabalho, abordou-se também as questões relativas ao conceito, configuração e prova do dano moral, e posteriormente, investigou-se as funções da condenação por danos morais, apontadas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Considerou-se que a legislação infraconstitucional que atualmente se presta a proteger os consumidores não cumpre a contento a função de preveni-los da ocorrência de danos morais, pois, apesar de toda a proteção que o CDC confere aos consumidores em diversos dispositivos, a ausência de previsão legislativa que autorize o Judiciário a majorar o valor da condenação por dano moral, naquelas situações em que mostre-se justificável a indenização punitiva, acaba por dificultar e mesmo por impedir que a condenação por danos morais efetivamente cumpra sua função preventiva.

Igualmente, concluiu-se que o entendimento jurisprudencial dominante também não atende satisfatoriamente ao mandamento constitucional que garante a efetiva proteção dos consumidores; em parte, em decorrência da referida ausência de previsão legislativa, que impede a aplicação de parcela autônoma da condenação, na forma de multa civil, mas também, devido ao fato de o Judiciário privilegiar, nas condenações por danos morais, a observância do princípio que veda o enriquecimento sem causa (considerando a condição econômica da vítima), em detrimento da efetiva dissuasão de condutas danosas (lesivas à dignidade da pessoa humana), que exige, às vezes, a aplicação de condenações mais severas (considerando a condição econômica do ofensor).

Sobre a aplicabilidade do instituto dos *punitive damages*, pelo Judiciário brasileiro, chegou-se à conclusão de que a aplicação do instituto, na forma como é aplicado nos Estados Unidos da América, prescinde de previsão legislativa, não sendo possível aos juízes brasileiros aplicar verdadeira sanção civil aos agentes causadores de danos morais sem que haja autorização legislativa nesse sentido. Por outro lado, concluiu-se que é perfeitamente possível iniciativa legislativa que estabeleça a aplicação de uma parcela autônoma da condenação por danos morais, semelhante aos *punitive damages* norte-americanos, nos casos em que se mostrar necessária e merecida a condenação do agente ofensor em uma quantia mais elevada, tendo em vista efetivar o caráter punitivo-pedagógico da condenação.

Finalmente, concluiu-se que, independente de qualquer inovação legislativa, é não só possível como necessário, em consonância com o atual ordenamento jurídico pátrio, a majoração do valor das condenações por danos morais, decorrentes de relações consumeristas, pelo Judiciário brasileiro, considerando os critérios geralmente utilizados na fixação do valor da condenação, exceptuando-se a situação econômica da vítima, e levando em conta, especificamente, o grau de culpa do fornecedor ofensor (intensidade do dolo ou culpa e a

reincidência na conduta danosa), o fato de o fornecedor lucrar com a atividade danosa ou não, além dos demais fatores relevantes, presentes em cada caso concreto.

Portanto, entende-se que a efetiva dissuasão de condutas causadoras de danos morais, por meio da punição exemplar dos reincidentes causadores de danos, garantiria a prevenção de lesões à dignidade e aos demais direitos personalíssimos dos consumidores, desafogando o judiciário e garantindo um maior grau de pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

BRASIL, República Federativa. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm> Acesso em: 03 de abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 15 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 15 abr. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. In. MENDES, G. F.; COELHO, I. M. ; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **FUNDAMENTOS DO ESTADO DE DIREITO**. In. MENDES, G. F.; COELHO, I. M. ; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Parte Geral. v. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13478/001_eugeniofacchinineto.pdf?sequence=1> Acesso em 16 de mai. de 2013.

GAMA, Guilherme Nogueira Calmon da. **Crériterios de Valoração da Indenização, Obrigação Indeterminada e Substituição do Valor da Indenização**. In. Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto n° 2.181/97. 6. ed. rev., ampl. e atual. pelas Leis n°s 11.989/2009 e 12.039/2009.** Niterói: Ímpetus, 2010.

GISLENE FILHO, João. et al. **Valor Adequado nas Ações de Indenização por Dano Moral.** Disponível em: <<http://www.lavargas.com.br/valor.html>> Acesso em 01 de mar. de 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro; parte geral. v. I. – 8. ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **O Princípio da Dignidade Humana e a interpretação dos Direitos Humanos.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2972>. Acesso em: 03 de abr. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em 01.04.2013.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios.** 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

PüSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1408>. Acesso em 16 mai. 2013.

ROLLO, Arthur Luís Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 38).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SACAFF, F. C e LEMOS, P. F. I. **Da Culpa ao Risco na Responsabilidade Civil.** In: MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa.* São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Indenização e Extensão do Dano. Redução Equitativa da Indenização.** In: *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa.* MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). São

Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil:** Noções Gerais. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. In: MAMEDE, G.; ROCHA, M. V. da; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coord). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvo de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil:** da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010.

ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral:** um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e função pedagógico-punitiva do instituto. São Paulo: LTr, 2009.