

FELIPE ALVES RIBEIRO DE SOUZA

DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:

Do dúplice caráter da indenização

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de graduação em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do UNICEUB.

Orientador: Prof. Marcelo de Barros Barreto

BRASÍLIA

2010

Agradeço ao meu orientador pelo auxílio na construção da problemática discutida no presente trabalho acadêmico.

A instituição UniCeub que proporcionou um ensino de qualidade durante o curso de graduação e viabilizou o sonho de concluir o curso de Direito.

Este trabalho, assim como sua certa continuação, é e sempre será dedicado primeiramente a Deus, por ter colocado em meu caminho os anjos que me iluminam:

Alexandre e Fátima, meus pais amados, cujo amor e cooperação são irrestritos e ilimitados de forma recíproca;

Aos meus irmãos Ângela, Pâmela e Pedro, e meus sobrinhos queridos, Anna Laura e Alexandre Cezar.

RESUMO

A presente monografia tem por escopo analisar a função da indenização por danos morais nas relações de consumo. O objetivo específico da pesquisa é a verificação da pertinência da adoção do duplice caráter, compensatório e punitivo, na fixação da indenização.

Palavras-chaves: Direito do Consumidor, Dano Moral, Reparação, Funções Punitiva e Compensatória.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO DIREITO DO CONSUMIDOR	9
1.1 Da sociedade do consumo.....	9
1.2 Fundamento constitucional dos direitos do consumidor.....	10
1.3 Do código de defesa do consumidor – Aspectos gerais.....	12
1.4 Dos sujeitos da relação de consumo	14
1.4.1 <i>Consumidor</i>	14
1.4.1.1 Consumidor por equiparação	15
1.4.2 <i>Fornecedor</i>	16
1.5 Do objeto das relações de consumo	17
1.5.1 <i>Produto</i>	17
1.5.2 <i>Serviço</i>	18
1.6 Do princípio da vulnerabilidade.....	19
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	21
2.1 Da responsabilidade civil.....	21
2.2 Da responsabilidade objetiva	23
2.2.1 <i>Da responsabilidade objetiva nas relações de consumo</i>	26
2.3 Da teoria do risco	28
2.3.1 <i>Das espécies de risco</i>	31
3 DO DANO MORAL	36
3.1 Conceito	36
3.2 Do dano moral na Constituição Federal de 1988.....	38
3.3 Do dano moral nas relações de consumo.....	39
3.4 Da titularidade do direito a reparação.....	41
3.5 Do arbitramento do <i>quantum</i> indenizatório	44

3.5.1 <i>Do caráter compensatório do quantum indenizatório</i>	46
3.5.2 <i>Do caráter punitivo do quantum indenizatório</i>	49
3.5.3 <i>Do caráter dúplice da indenização</i>	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico propõe a discussão sobre a função da indenização por danos morais no direito do consumidor. A idéia central é verificar a compatibilidade do caráter da indenização com os propósitos do Direito do Consumidor.

Para enfrentar a problemática proposta o trabalho foi dividido em três capítulos: Do Direito do Consumidor, Da Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor, Do Dano Moral.

O primeiro capítulo apresentará os aspectos gerais do Direito do Consumidor, explorando suas origens, conceitos, inovações e as peculiaridades. O escopo precípua é verificar as premissas e os objetivos dessa legislação especial, tal como a vulnerabilidade e o dever de prevenção, proteção e reparação dos danos advindos das relações de consumo. Tal análise proporcionará os elementos necessários para compreender a função da reparação dos danos morais nesse ramo do direito.

No segundo capítulo, o estudo explorará a matéria de Responsabilidade Civil, partindo de conceitos gerais até a análise da modalidade de responsabilidade adotada pelo código consumerista, ou seja, objetiva. O objetivo maior do capítulo é a compreensão dos fundamentos da responsabilidade objetiva, principalmente da teoria do risco da atividade, criada para atender as peculiaridades do direito do consumidor. Essa análise elucidará os elementos a serem observados na imputação da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços.

O terceiro e último capítulo tem por escopo a análise do conceito de dano moral, a perspectiva constitucional e do Direito do Consumidor sobre o tema, bem como o

posicionamento dos principais doutrinadores sobre a amplitude da responsabilidade pelos danos extrapatrimoniais. O grande ponto do capítulo e da presente monografia é o estudo sobre o caráter compensatório e punitivo na reparação do dano moral, uma vez que a problemática proposta nesta pesquisa é a verificação da pertinência e compatibilidade do dúplice caráter da indenização com os propósitos do direito do consumidor e da modalidade de responsabilidade adotada pelo código consumerista.

1 DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Antes de adentrar nas questões específicas a respeito da responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços na reparação do dano moral, faz mister tecer breves considerações sobre as relações de consumo e suas características, elucidando assim os objetivos do Direito do Consumidor e os fundamentos que devem ser observados na fixação das indenizações aos danos advindos das relações de consumo.

1.1 Da sociedade do consumo

Ao longo da história pode-se verificar que sempre houve fornecedores de bens e de serviços, assim como os consumidores na vida do homem. As relações de consumo vão desde as relações entre seus sujeitos até o relacionamento entre o próprio consumidor e os bens e serviços consumidos.

A partir do século XX, o homem passou a viver em função de um modelo associativista, caracterizado pelo crescente número de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso a justiça.¹

A sociedade contemporânea esta intimamente ligada ao cotidiano do consumo, seja pelas necessidades biológicas ou os impulsos de nossos desejos e até mesmo às pressões sociais impostas pelo sistema econômico adotado pelo mundo ocidental.²

A evolução das relações negociais, bem como a dinamicidade das relações de consumo determinaram um modelo de impessoalidade entre consumidores e fornecedores,

¹ BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e outros. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.32.

² RADLOFF, Stephan Klaus. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.

deixando de existir as discussões sobre o conteúdo das avenças, levando assim a uma sensível redução da autonomia da vontade dos destinatários finais de produtos e serviços.

Apesar das vantagens do desenvolvimento industrial e os meios de tecnologia representarem maior comodidade e uma presumida melhoria da qualidade de vida dos consumidores, tal modelo tem acarretado um maior risco à segurança econômica e bio-psíquica das pessoas.³

A atual conjuntura social e política aliada ao desenvolvimento das forças produtivas, aos avanços científicos e os movimentos propagandistas de consumo em massa e outras práticas comerciais de indução ao consumo, fez com que o legislador nacional interviesse neste campo com intuito de regular tais relações e até mesmo intervir no campo econômico e comercial inseridos neste contexto, evitando assim imposições unilaterais e prevalência de interesses do poderio econômico dos fornecedores em detrimento dos consumidores.⁴

Por suas origens históricas e pela conotação eminentemente política o Direito do Consumidor decorre dos direitos universais do homem, tendo na igualdade e na equidade seus principais fundamentos.⁵

1.2 Fundamento constitucional dos direitos do consumidor

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil é fundamentada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e principalmente na

³ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 17.

⁴ RADLOFF, Stephan Klaus. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.

⁵ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

dignidade humana, buscando assim a liberdade, a justiça, a solidariedade social, a redução das desigualdades e o bem comum.

Dessa maneira, o Estado brasileiro viu-se forçado a intervir nas relações jurídicas estabelecidas entre os agentes econômicos no mercado de consumo, no sentido de tutelar e fazer incidir os princípios gerais da ordem econômica.

O interesse do constituinte surge também no intuito de resguardar os sujeitos das relações de consumo, não somente quanto ao *status* de consumidores e fornecedores, mas também como cidadãos, sujeito de direitos e deveres. Procurou-se resguardar a dignidade humana e os direitos fundamentais previstos no ordenamento pátrio, independente da função social que o indivíduo ocupa.⁶

Nesse contexto, a Carta Magna corrigindo um atraso na legislação pátria e seguindo o exemplo de outros países em que o consumidor é distinguido em patamar de relevância e apoiado por entidades públicas e privadas interessadas, elevou a proteção e defesa do consumidor, em seu art. 5 , inciso XXXII e art. 170, inciso V, ao *status* de garantia fundamental e Princípio Geral da Ordem Econômica, fazendo incidir os objetivos basilares do Estado brasileiro nas relações de consumo.⁷

Por desdobramento ficou estabelecido no artigo 48 das Disposições Transitórias Constitucionais a determinação para o legislador ordinário criar o Código de Defesa do Consumidor promovendo a proteção efetiva e permanente do consumidor.

⁶ RADLOFF, Stephan Klaus. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.

⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 457.

1.3 Do código de defesa do consumidor – Aspectos gerais

A Lei 8.078 de 1990 revolucionou as relações jurídicas na área do consumo, tornando-se um instrumento efetivo de defesa do consumidor. Essa legislação especial veio neutralizar as relações de consumo afastando o desequilíbrio, que o peso do poder econômico provocava naquelas relações jurídicas.

O Direito do Consumidor se consolidou como um direito especializado instituindo um subsistema jurídico englobado normas de todas as áreas do direito. Esse representou um marco substancial na ordem jurídica nacional, em especial pela adoção de institutos reconhecidamente inovadores no direito brasileiro, como a responsabilidade objetiva do fornecedor, a desconsideração da personalidade jurídica, a inversão do ônus da prova e a responsabilidade dos agentes publicitários, dentre outras inovações.⁸

Esse estatuto como uma lei sobre-estrutura jurídica, se impõe sobre as demais que com ele coabitam ou conflitam, pois cuida-se de normas de ordem pública e interesse social. Assim, a responsabilidade civil e do campo obrigacional dessa área deixaram de ser de ordem privada atendendo, assim, os preceitos constitucionais que fundamentam a criação do código consumerista. Deixou de existir, com isso, a disponibilidade de direitos dado o cunho social deste ordenamento.⁹

O código consumerista estabeleceu uma série de políticas que visam desde a harmonização no mercado de consumo até a efetiva reparação de danos e educação dos sujeitos que atuam neste campo.

⁸ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 163.

⁹ GAMA, op.cit., p. 164.

Buscou-se garantir a efetiva observância dos preceitos consumeristas por meio da instituição de ações governamentais, a coibição e repressão de todos os abusos praticados no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos particulares das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios os quais se fundem na ordem econômica, sempre com base na boa fé e equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, entre outros.¹⁰

Norteia o Direito do Consumidor os princípios da informação, da transparência, da vinculação a publicidade, da revisão contratual, da hipossuficiência, da facilitação da defesa, da aplicação subsidiária das normas de direito comum e principalmente os princípios da vulnerabilidade e da boa-fé.

Com base nesses paradigmas foram estabelecidos os direitos básicos do consumidor tal como a proteção da vida, saúde e segurança, educação, divulgação e informação, a revisão contratual, a prevenção e reparação de danos, a inversão do ônus da prova e a desconsideração da personalidade jurídica.

O escopo do Código do Consumidor é mais do que regular as relações de consumo, é atuar de forma preventiva e principalmente educativa, tanto para o consumidor quanto para o fornecedor de produtos e serviços, procurando mostrar a relevância do ambiente do consumo na sociedade contemporânea. Desta forma procurou-se definir os conceitos de consumidor e fornecedor de forma a atender os anseios, tanto dos preceitos da legislação consumerista, quanto dos fundamentos constitucionais que ensejaram sua criação.

¹⁰ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164.

1.4 Dos sujeitos da relação de consumo

1.4.1 Consumidor

O Código Consumerista define consumidor como “ toda pessoa física ou jurídica inclusive as coletividades indeterminadas de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Atualmente existem algumas teorias quanto a amplitude do conceito de consumidor, discutindo-se desde a expressão destinatário final aos fins que os produtos e serviços se prestam.

Com o intuito de proporcionar uma incidência mais ampla do Código de Defesa do Consumidor tem-se adotado a Teoria da Causa Final, também conhecida como teoria da análise econômica. Essa concepção afasta a análise da expressão – destinatário final – e verifica a condição de consumidor conforme a causa para qual foi adquirido o produto ou serviço.¹¹

Esta teoria procura verificar a finalidade para qual o produto ou serviço foi adquirido e defende a não incidência da legislação consumerista em prol do sujeito que adquire ou se utiliza do produto ou serviço e em um segundo momento procede a recolocação do bem ou atividade no mercado de consumo, ainda que mediante a especificação ou transformação. Esta concepção abarca tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas. Assim, qualquer sujeito de direito pode ser consumidor, basta que todos os elementos preconizados na definição de consumidor estejam presentes.¹²

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 149.

¹² LISBOA, op.cit., p. 162.

O interesse social nas relações de consumo, conduziu o legislador há não restringir o conceito de consumidor aos sujeitos individualmente considerados, ampliando a incidência do código consumerista à coletividade de pessoas, todas vítimas de um acidente de consumo ou expostas às práticas abusivas.

1.4.1.1 Consumidor Por Equiparação

O legislador cuidou de resguardar igualmente aos consumidores padrões aqueles que estejam expostos aos efeitos oriundos das atividades dos fornecedores no mercado, resguardando assim as pessoas que venham a ocupar uma posição de vulnerabilidade.¹³

São, elas, todas as vítimas do fato do produto ou do serviço, ou seja, o terceiro que tenha sofrido um dano decorrente da relação de consumo da qual não participou.¹⁴

Todas as pessoas, determináveis ou não, expostas as práticas comerciais e a disciplina contratual, pois em muitos casos não é suficiente a proteção dos direitos do consumidor individualmente considerados, tornado-se indispensável uma tutela ampla, que beneficie todos os consumidores.¹⁵

E por último a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Tal condição reconhece e resguarda os interesses de uma coletividade de pessoas que tenham atuado na relação de consumo. Desta forma, os interesses

¹³ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 163.

¹⁴ GAMA, op. cit., p.163.

¹⁵ Ibidem, p. 163

difusos e coletivos são defendidos preventivamente ou repressivamente pelos órgãos legitimados por lei para tanto.¹⁶

1.4.2 Fornecedor

Outro sujeito importante da relação de consumo é o fornecedor. Dada a abrangência da definição contida no art. 3º, caput do código consumerista, não há divergências relevantes a serem destacadas quanto ao seu conceito.

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira e até os entes despersonalizados que mantenham as atividades de fornecer bens ou serviço que tenha a atividade de produção, montagem, criação, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços.

Conforme lembra José Fernando Simão, fornecedor são todos aqueles que promovem a introdução do produto no mercado consumidor de forma habitual ou prestam serviço remunerado.¹⁷

A habitualidade é um caráter imprescindível para a configuração da figura do fornecedor, uma vez que a venda de um bem ou a prestação de um serviço, sem o caráter habitual do fornecedor, acarreta na não incidência do código de defesa do consumidor.¹⁸

Poderá, ainda, ser equiparado a fornecedor aqueles que prestarem serviços de natureza pública, logo a União, os Estados, os Municípios, as Autarquias, bem como aqueles que exerçam prestação de serviço público por delegação, respondendo pelo exercício dessas atividades.

¹⁶ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 163.

¹⁷ SIMÃO, José Fernando. **Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 38.

¹⁸ GAMA, op.cit., p. 29.

1.5 Do objeto das relações de consumo

O Código de Defesa do Consumidor procurou distinguir o objeto da relação de consumo, em duas grandes categorias: o produto e o serviço. Assim, a conduta desenvolvida pelo fornecedor, como objeto da relação de consumo, é o serviço, enquanto os demais bens são produtos.

1.5.1 Produto

Com o intuito de englobar as diversas categorias de bens, o Código de Defesa do Consumidor conceituou os produtos como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Em seu sentido econômico pode-se afirmar que o produto é o “fruto da produção”, ou seja, algo elaborado por alguém, com a finalidade de comércio, para satisfazer a necessidade humana.

Para que um bem seja considerado um produto basta que a coisa tenha sido colocada em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor. Portanto, é fundamental que o sujeito que insira tal bem no mercado exerça profissionalmente a atividade de fornecedor nos termos do código consumerista.¹⁹

Os produtos são classificados no código consumerista, quanto a sua natureza, segurança, nocividade, adequação, propriedade, durabilidade e essencialidade.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 168.

1.5.2 Serviço

Para o Código de Defesa do Consumidor serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive da natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

A primeira característica da definição de serviço é que os mesmos devem ser prestados mediante remuneração, portanto, de observância obrigatória os requisitos da profissionalidade e do recebimento de contraprestação em dinheiro.

A segunda característica nasce da instituição de duas categorias de serviço com objeto da relação de consumo: o serviço por natureza, onde considera-se fornecedor de serviços aquele que desempenha atividade profissional típica de prestação de serviço, e o serviço por força da lei, que é aquele onde o legislador impôs a necessidade da incidência do Código de Defesa do Consumidor.²⁰

As atividades que se encontram expressamente fixadas em lei como serviço são as bancárias, as financeiras, as creditícias e as securitárias. Importante lembrar que não é qualquer atividade bancária que se insere no conceito de relação de consumo, de modo a ensejar a aplicação do estatuto do consumidor.

Aplica-se ainda o Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a Administração Pública, direta ou indireta, fornecer um serviço público *uti singuli*, ou seja, aqueles serviços fornecidos aos indivíduos que estiverem interessados, mediante o pagamento direto do administrador, a título de prestação correspondente, para o seu próprio benefício.²¹

²⁰LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

²¹LISBOA, op.cit., p. 191.

1.6 Do princípio da vulnerabilidade

No âmbito da tutela consumerista, o consumidor é considerado a parte vulnerável na relação de consumo pelo fato do fornecedor submeter os consumidores às práticas e às condições de fornecimento de produtos e serviços.

A vulnerabilidade advém do fato dos fornecedores serem os detentores dos meios de produção e controle do mercado, sem falar na fixação dos preços e suas margens de lucro. Outros fatores que demonstram tal fragilidade são as práticas abusivas do fornecedor e o oferecimento de produtos e serviços sem a observância dos princípios gerais das relações de consumo.

Para José Geraldo Brito Filomeno “o consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.”²²

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor decorre do princípio constitucional da isonomia e da equidade. O amparo legal da situação jurídica de inferioridade do consumidor perante o fornecedor no mercado de consumo é presunção *iure et de iure*, dada a grande incidência da disparidade de forças entre os sujeitos na relação de consumo.²³

A vulnerabilidade não se submete ao critério da razoabilidade para ser identificada ou se confunde com a idéia de hipossuficiência, um vez que o legislador de forma expressa declarou que o destinatário final de produtos e serviços é a parte que necessita ser

²²FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 26-27.

²³LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85.

amparada de forma mais favorável pela legislação, sendo assim, uma qualidade indissociável do consumidor.²⁴

A concentração industrial em oligopólios é um fato comum nos mais diversos setores da atividade econômica, conferindo aos fornecedores o controle do mercado, por meio da publicidade e da intensa distribuição dos seus produtos. Este fato faz do consumidor parte vulnerável da relação, pois sucumbe ao poder sedutor da publicidade enganosa e às cláusulas contratuais e preços abusivos.²⁵

Para Roberto Senise Lisboa a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo é a razão pela qual o código consumerista adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, cabendo a este arcar com a reparação dos danos advindos desta relação em virtude de explorar uma atividade de risco no mercado de consumo.²⁶

Esta presunção fez, assim, com que o legislador previsse uma série de instrumentos que viabilizassem a proteção do consumidor, tais como a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público, criação de Juizados Especializados em litígios de consumo, criação de delegacias especializadas no atendimento de consumidores, entre outros.

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 86.

²⁵ DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor – Aspectos práticos**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999, p. 43.

²⁶ LISBOA, op.cit., p. 83.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 Da responsabilidade civil

É da natureza humana, reagir a qualquer mal perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. As sociedades primitivas reagiam com violência por reações grupais e posteriormente individuais aos danos sofridos. A evolução das relações sociais e algumas noções de reparação de danos surgiram, tal como o princípio da Lei do Talião no qual o legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições a vítima tem o direito de retaliação, fundada na idéia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual.²⁷

Conforme nos ensina Maria Helena Diniz, nessa época vigorava a responsabilidade objetiva, ou seja, sem a valoração de culpa do agente, visto que apresentava-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.²⁸

Desdobrou-se no passo seguinte a concepção da composição, visto que era mais conveniente o lesado entrar em composição com o autor da ofensa, do que cobrar a retaliação, pois esta não reparava o dano sofrido pelo lesado e causava um dano ao ofensor. Nesse período surge a idéia de reparação do dano mediante prestação pecuniária, conhecida como *poena*, no qual o ofendido, ou seja, a autoridade pública ou ao lesado, determinavam os critérios para a reparação do dano e o *quantum* a ser indenizado.²⁹

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

²⁹ DINIZ, op.cit., p.11.

A *lex Aquilia de damno* é o divisor águas da responsabilidade civil. Esta veio cristalizar e consolidar a ideia de reparação pecuniária do dano. A responsabilidade aquiliana possibilitou que determinado sujeito que tivesse sua esfera patrimonial afetada tivesse o direito de obter uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos.³⁰

Essa lei foi a base da responsabilidade civil, pois iniciou um trabalho distintivo entre as modalidades e o grau de culpa, tonando-a elemento essencial de toda responsabilidade. Inicialmente, não havia distinção entre os atos voluntários ou involuntários, dolo, culpa ou caso fortuito, pois os cidadãos visavam somente a repressão do dano independentemente da conduta do ofensor. A mensuração de culpa, da vontade ou intenção danosa aproximou a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral.³¹

O Código Napoleônico consolidou a responsabilidade civil trazendo elementos e estruturando a ideia de culpa, relação de causalidade, a efetividade do dano e a obrigação de indenizar, tornando-se um paradigma para doutrina e para as ciências jurídicas.³²

Apesar de sua importância histórica e doutrinária, a teoria subjetivista tornou-se insuficiente para solucionar diversas questões. Em muitas situações o elemento culpa tornava-se um empecilho, para caracterizar o dever de indenizar por um dano causado a outrem, afastando, assim a responsabilidade civil da seara da moral e da justiça.

Começa neste momento a ganhar força uma nova doutrina na esfera da responsabilidade civil na qual se manifestaria pela imputação material e objetiva da responsabilidade e dever de indenizar, conforme será explicado no tópico seguinte.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

³¹ SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito dos danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

³² SERRA VIEIRA, op.cit., p. 11.

2.2 Da responsabilidade objetiva

No final do século XIX, o Código Napoleônico era concebido como modelo e referência de responsabilidade civil, no qual baseava-se fundamentalmente na idéia da culpa.

Percebendo a insuficiência e adequação das normas contidas no referido código às exigências da sociedade em desenvolvimento e a própria dinâmica do contexto social da época os doutrinadores franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand proporam a teoria da responsabilidade pelo fato da coisa, tendo por ideia central a obrigação decorrente do dever de vigilância a ser aplicado em certas atividades e a desnecessidade da existência de culpa do agente para surgir o dever de reparar.

Tendo em vista as diversas críticas sobre as idéias subjetivistas e a necessidade de novas teorias e concepções no campo da responsabilidade civil alguns doutrinadores germânicos como Karl Binding e Thomasius juntamente com os precursores franceses acima citados fundaram a teoria objetiva da responsabilidade civil, afirmando a necessidade de se substituir a culpa pela causalidade, levando em consideração o fato causador do dano, e não mais o animus do agente.³³

Nesta nova teoria não há que se falar em culpa ou abordar a diferença moral entre a intenção ou não de causar prejuízo ou mensurar negligência, imprudência ou imperícia, basta que o dano fosse produto do desenrolar de uma atividade perigosa ou dever de vigilância.

³³ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65-73.

Esta teoria em ascensão foi duramente criticada por alguns doutrinadores, como os irmãos H. e L. Mazeaud que classificam fundamentalmente inexata a concepção materialista do direito, afirmando que as idéias objetivas representariam um atraso, levando a sociedade a estado anterior à Lex Aquilia, em que só era perseguida a materialidade dos fatos, pois eliminariam desta forma a pessoa, com sua alma e sua vontade. Dentre outras críticas atacam a concepção de equidade e moral propostas pelas teorias objetivistas, defendendo o subjetivismo.³⁴

Outro crítico foi Georges Ripert, que repudiava a teoria do risco, argumentando que esta afasta completamente a responsabilidade civil do elemento moral.³⁵

Para Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil objetiva surge da insuficiência de soluções satisfatórias oferecidas pela teoria da culpa, tendo a corrente objetivista desvinculado o dever de reparação do dano da idéia de culpa, visto a dificuldade de obtenção de meios para reparar os danos experimentados.³⁶

Para Silvio de Salva Venosa a responsabilidade objetiva surge, também da tendência jurisprudencial de alargar o conceito de culpa, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar, dado o dever genérico de não prejudicar, daí surge a noção de culpa presumida.³⁷

Wilson Melo da Silva, em sua obra “Responsabilidade Sem Culpa”, afirma a importância desta emergente modalidade de responsabilidade e apresenta alguns princípios

³⁴ Apud DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 85.

³⁵ Apud DIAS, op. cit., p. 85.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p.55.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 14.

que foram sendo utilizados para enfrentar problemas contemporâneos advindos da própria evolução do atual contexto social, tal como o princípio da equidade genérica, dever de segurança e garantia.³⁸

Esta concepção busca superação da antiga regra da valorização da conduta humana pela culpa, haja vista a insuficiência da responsabilidade subjetiva para justificar a reparação das situações que não se fazia mister a interferência da culpa do agente.

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver diversos casos que a civilização moderna criava ou agravava, e logo tornou-se imprescindível, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar o elemento moral, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação de perdas.³⁹

Assim adotou-se a idéia de que os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medição da culpabilidade, mas sim emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, pois ficar dentro dos estreitos limites da responsabilidade subjetiva, acarretaria um manifesto desequilíbrio.

Importante lembrar o ensinamento do grande doutrinador Caio Mário no sentido que em um mesmo sistema jurídico, é perfeitamente compatível e até necessário a

³⁸ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.27.

³⁹ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65.

existência, tanto da responsabilidade subjetiva, quanto a objetiva, pois subsiste uma série de relações jurídicas que não se referem a atividade de risco.⁴⁰

A adoção da responsabilidade objetiva mostra a preocupação da sociedade em não restringir a amplitude da responsabilidade civil. Qualquer parâmetro que limite a imputação da responsabilidade deve ser superado quando necessário. A evolução deste ramo do direito segue no sentido de superar paradigmas doutrinários quanto à abrangência da responsabilidade atendendo assim as expectativas sociais, os elementos morais e as inovações jurídicas periodicamente propostas.

2.2.1 Da responsabilidade objetiva nas relações de consumo

A responsabilidade civil no Direito Consumerista repousa na idéia do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, na vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, na boa fé, segurança, na garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, na lealdade perante os consumidores, nos bens e serviços ofertados e na viabilização dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Atualmente prevalece na sistemática de prevenção e reparação de danos advindo das relações de consumo a responsabilidade objetiva do fornecedor, ou seja, o dever de indenizar independentemente da existência de culpa, consubstanciada no princípio do “Risco do Empreendimento”, transferindo o risco que envolve as relações de consumo do consumidor para o fornecedor de produtos e serviços.

A idéia da responsabilidade civil, com base na culpa inviabilizava a devida reparação dos danos causados em virtude das relações de consumo. O fardo de provar os seus direitos em muitas oportunidades mostrou-se excessivamente oneroso para o consumidor,

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 15-25.

pelo fato do fornecedor de produtos e serviços deter os meios de prova necessários para a solução do litígio, sem falar no poder econômico e institucional do fornecedor.

O legislador estabeleceu somente duas hipóteses, em que a modalidade de responsabilidade será subjetiva, são elas os danos causados pelo profissional liberal, previsto no art. 14, § 4, e nos danos causados por quaisquer das sociedades coligadas, art. 28, § 4, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme ensina Hélio Zaghetto Gama tirando as exceções acima citadas “as responsabilidades do fornecedor serão sempre objetivas, até porque é vedado constar em qualquer contrato, aviso, regimento ou advertência, a indicação de que o ônus da prova será invertido em prejuízo do consumidor”.⁴¹

Importante lembrar que uma parte da doutrina questiona a prevalência da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor, defendendo a idéia que o legislador ordinário estabeleceu de forma expressa as hipóteses da adoção da responsabilidade objetiva no código. Pelo fato de alguns dispositivos terem sido omitidos quanto à modalidade de responsabilidade, teria o código estabelecido uma diferenciação de tratamento quanto a modalidade de responsabilidade.

Daí surge a idéia de que o código teria criado dois regimes específicos, um para tratar dos danos advindos dos acidentes de consumo e o segundo para que diz respeito a responsabilidade por danos causados ao patrimônio.

Tal corrente é minoritária dentro da seara da doutrina, prevalecendo o entendimento de que o arcabouço jurídico consumerista deve ser interpretado sempre a favor

⁴¹ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

da proteção do consumidor. Dessa forma, na omissão do legislador, o código deve ser interpretado de forma sistemática, vigorando a responsabilidade objetiva por se tratar da forma de responsabilidade mais adequada na reparação dos danos advindos das relações de consumo.

2.3 Da teoria do risco

Para o entendimento dos fundamentos da responsabilidade objetiva e a adoção pelo código consumerista dessa modalidade de responsabilidade, faz-se imperioso discorrer algumas considerações sobre a teoria social contemporânea que estuda o conceito de risco e suas implicações na sociedade moderna.⁴²

O conceito de risco aceitável foi proposto em 1969 por C. Starr, no qual este representaria o nível limite de risco que deve ser assumido como norma para atividades voluntárias, partindo da sociedade definir tal parâmetro contrapondo os riscos e os benefícios.⁴³

Os sociólogos Ulrich Beck e Anthony Giddens propuseram que as sociedades modernas são extremamente industrializadas e por este motivo, deparam-se e assumem os riscos inerentes e inevitáveis à constituição desse modelo. O processo gerado pelo desenvolvimento da ciência e tecnologia torna-se, portanto, fonte potencial de autodestruição da sociedade industrial.⁴⁴

⁴²GUIVANT, Julia. **A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social**. Revista brasileira de informações bibliográficas em ciências sociais (BIB). Rio de Janeiro: n°46, 2º semestre de 1998, pp. 3-21.

⁴³ Apud GUIVANT, op.cit., p. 4.

⁴⁴ Apud, Ibidem, p. 17.

O risco do desenvolvimento é uma das conseqüências naturais do avanço tecnológico, todavia é inconcebível transferir-se tal risco ao consumidor. A segurança do destinatário final é um bem juridicamente mais relevante que a livre iniciativa empresarial.⁴⁵

Conforme leciona Caio Mario o conceito de risco que mais se adapta as condições da vida social “é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos”.⁴⁶

O direito moderno procura restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas, partindo do pressuposto segundo qual há, em determinadas situações, inferioridade ou vulnerabilidade de uma das partes. Este motivo levou o código consumerista, sob a ótica da justiça distributiva e da solidariedade social, adotar a responsabilidade objetiva, fundada na teoria da atividade profissional.⁴⁷

Antes da adoção da responsabilidade objetiva, o ônus de prova era do consumidor, cabendo a este demonstrar o nexo causal entre o dano e a relação de consumo e a culpa exclusiva do fornecedor, com vistas às medidas ressarcitórias. Nesse sentido os antigos enunciados afirmavam que o risco, no mercado de consumo, era de quem se atrevia a consumir determinados produtos ou serviços.⁴⁸

Adotava-se a teoria da culpa concorrente, onde o consumidor concorria para o sinistro, incumbindo a este provar que a culpa era exclusiva do fornecedor, gerando assim o

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 268.

⁴⁷ LISBOA, op.cit., p. 40.

⁴⁸ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

dever de indenizar. Logo, os erros e a ignorância do consumidor isentavam o fornecedor da responsabilidade, tal idéia consubstanciava-se na Teoria do Risco do Consumo.⁴⁹

Todavia, o direito moderno observando a vulnerabilidade do consumidor, o desequilíbrio na relação processual, o oneroso encargo de provar lesões advindas das relações de consumo e principalmente a incoerência na idéia de se impor ao consumidor o ônus da prova em demonstrar a má ou inadequada informação sobre os riscos que os produtos e serviços ocasionavam reformulou a concepção de responsabilidade nas relações de consumo.

Assim, o direito consumerista evoluiu no sentido de que sendo a atividade do fornecedor uma atividade tipicamente de risco e se em virtude desta, sobressaem danos incumbe ao fornecedor a responsabilidade por assumi-los e repará-los. Passou-se, assim, a considerar o risco da aventura do empreendimento.

Dessa forma, o código consumerista abandonou o princípio do Risco do Consumo e sedimentou-se no princípio do Risco do Empreendimento. Hélio Zaghetto Gama afirma que “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responsabilidade civil sobre os fatos e vícios resultados do empreendimento”.⁵⁰

A teoria do risco decorre de critérios de justiça e de utilidade social, pois uma das funções principais da lei é anular o desequilíbrio existente entre as partes. Para

⁴⁹ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

⁵⁰ GAMA, op.cit., p.46.

Roberto Senise Lisboa “quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais conseqüências danosas a outrem, em toda sua integralidade.”⁵¹

A vulnerabilidade da parte presumivelmente mais fraca, ou seja, o consumidor fica cada vez mais evidente em decorrência do avanço tecnológico e da complexidade de informações referentes a produtos e serviços lançados no mercado de consumo.

A adoção da cláusula geral de responsabilidade civil, fundada no risco da atividade profissional do fornecedor, pela Lei 8.078/90, não é pelo simples fato da adoção da responsabilidade objetiva, mais sim em interesses socialmente relevantes. Por uma questão de justiça social, a vítima merece a reparação do dano advinda da relação de consumo, observando assim o forte elemento da moral nas relações sociais.⁵²

2.3.1 *Das espécies de risco*

No final do século XIX, surgem as primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco.

Dentre as diversas espécies ressalta-se o risco-proveito, que consiste na responsabilização daquele que tira vantagem econômica da atividade danosa, com base no princípio de que do lucro nasce o encargo.⁵³

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa esta modalidade de risco consiste na idéia de “quem, com sua atividade ou meio utilizados, cria um risco deve suportar o

⁵¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

⁵² LISBOA, op.cit., p. 41.

⁵³ SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito dos danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício”.⁵⁴

Para Caio Mário da Silva Pereira o risco-criado seria a ampliação do risco-proveito, no sentido em que basta o exercício de determinada atividade por alguém para que este seja responsabilizável pelos eventos danosos, visto que criou o perigo, sendo isento somente se provar que tomou as medidas para evitar o dano⁵⁵. Portanto, o dever de indenizar do agente nasce quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo.⁵⁶

Há, também, o risco-profissional, oriundo da atividade ou profissão exercida pelo lesado, tendo como exemplo o dever do empregador em reparar danos decorrentes de acidentes de trabalho independente de culpa deste. Aqui o dever de indenizar decorre de uma atividade laboral. É o rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho.⁵⁷

Outra espécie é a do risco excepcional, que dá-se em conseqüência de uma situação de risco, em caráter excepcional e gravosa à coletividade, por exploração de atividade de alta periculosidade.⁵⁸

Já o risco-integral fundamenta-se na idéia que basta a ocorrência do dano para surgir o dever de indenizar, independente até mesmo do rompimento do nexa causal⁵⁹.

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 268.

⁵⁶ VENOSA, op.cit., p. 21.

⁵⁷ Ibidem, p. 20.

⁵⁸ SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito dos danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

⁵⁹ SERRA VIEIRA, op.cit., p. 89.

Nesta modalidade extrema o dever de indenizar estará presente tão só perante o dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.⁶⁰

No risco-administrativo, basta, para que o Estado responda civilmente, que haja dano, nexos causal com o ato do funcionário e que o funcionário esteja em serviço no momento do evento prejudicial a terceiros. Não requer dolo ou culpa do agente público, sendo suficiente que ele tenha causado dano a direito particular.⁶¹

Todas as teorias e adjetivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma idéia. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la. O princípio do risco repousa na necessidade de segurança jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco criado, mas não da teoria do risco integral, de sorte a não afastar a possibilidade de causas excludentes de responsabilidade.⁶²

Esta característica da responsabilidade consumerista pode ser explicada pela Teoria da Qualidade adotada pela doutrina brasileira, no qual afirma que colocado um produto/serviço no mercado de consumo, o fornecedor está obrigado, a um dever de

⁶⁰ SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito dos danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62.

⁶² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

qualidade, de tal sorte que se os produtos ou serviços, por um defeito, vierem a causar danos fará surgir a obrigação de indenizar.⁶³

O dever de indenizar nas relações de consumo decorre basicamente do risco inerente a própria atividade. Se em virtude de sua atividade, no caso do direito do consumidor, o fornecedor colocar um produto ou serviço no mercado de consumo, e este vier a por em risco a saúde ou a segurança do consumidor ou qualquer indivíduo ou até mesmo a coletividade venha a suportar algum prejuízo em decorrência da relação de consumo, surge o dever de indenizar.

Pelos argumentos expostos neste capítulo conclui-se que a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor assume um papel de grande relevância na observância dos objetivos propostos por essa legislação, ou seja, prevenção, proteção e regulação das relações de consumo, bem como preceitos da Constituição Federal de 1988 que visam resguardar os direitos fundamentais da livre iniciativa e da dignidade humana.

Por meio da imputabilidade de responsabilidade, de forma objetiva consubstanciada na teoria do risco, o legislador procurou não somente reparar os danos advindos das relações de consumo, mais também impor ao fornecedor de produtos e serviços a conscientização da sua função no meio social. A responsabilidade em virtude da atividade que o sujeito exerce, demonstra a intenção de procurar a aplicação do direito e dos anseios sociais, compatíveis com a realidade das relações de consumo.

Todavia, os julgadores não vem observando os fundamentos da responsabilidade civil no âmbito do direito do consumidor. A verificação dessa afirmativa é

⁶³ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 236.

observada na intensa discussão a respeito dos critérios adotados para a reparação dos danos extra-patrimoniais dos consumidores. O ponto relevante a ser observado na imputação da responsabilidade é a função do direito do consumidor e da responsabilidade civil.

Assim, serão minorados os conflitos quanto aos critérios adotados na reparação dos danos extra-patrimoniais, fazendo com que o direito evolua no sentido de adequar-se a realidade social, servindo de instrumento para o atendimento dos ideais de justiça da sociedade.

3 DO DANO MORAL

3.1 Conceito

Para Miguel Reale “Moral é um conjunto de regras criadas pela sociedade ao longo dos tempos que inseridas no grupo valem como parâmetro para o comportamento socialmente aceitável para determinada comunidade”.⁶⁴

A moral para o direito consiste na valoração ínsita no sentimento da cada ser humano enquanto indivíduo, abrangendo critérios pessoais que fogem ao domínio exclusivo da razão.⁶⁵

A incorporação dos valores morais ao ordenamento pátrio e principalmente a consagração dos direitos da personalidade, fez com que a moderna doutrina ampliasse o conceito de dano no sentido de não se restringir a lesão, aos danos patrimoniais, mais sim a uma diminuição ou subtração de um bem jurídico, incluindo não só o dano patrimonial, mas também os bens extrapatrimoniais, tais como a honra, a saúde e a vida.⁶⁶

Sintetizando os diversos conceitos de dano, a professora Maria Helena Diniz, o definiu de forma ampla, como sendo a “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento que sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.⁶⁷

⁶⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 42.

⁶⁵ NETO, S.J. de Assis. **Dano moral, aspectos jurídicos, doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. São Paulo: BestBook. 1998, p. 29.

⁶⁶ CAHALI, Yussef Said. **Enciclopédia saraiva do direito**. V.22. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 205.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

Para Sergio Cavalieri Filho o dano é “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima.”⁶⁸

Com a instituição dos direitos da personalidade e o fim da celeuma de sua reparabilidade, surgiu na doutrina moderna a concepção do dano moral e os reflexos deste no mundo jurídico.

O dano moral constitui-se de diversas vertentes, tais como os danos que afetam a parte social do indivíduo, como a honra e a reputação, a esfera afetiva do patrimônio moral, como dor, tristeza, angustia, saudade, e até mesmo os reflexos dos danos patrimoniais experimentados pelo indivíduos.⁶⁹

Observando tais perspectivas, Yussef Said conceitua o dano moral como a “privação ou diminuição daqueles bens quem tem um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”.⁷⁰

O doutrinador civilista Sílvio de Salvo Venosa, afirma que “o dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, a dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.⁷¹

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 70.

⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. ver., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.22.

⁷⁰ CAHALI, op.cit., p. 22.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 249.

3.2 Do dano moral na Constituição Federal de 1988

O legislador constitucional de 1988, estabeleceu dentre os princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, a proteção aos direitos da personalidade, dentre eles o direito a vida, liberdade, privacidade, honra, imagem e a dignidade humana.

O grande doutrinador Rui Stoco afirma que a natureza dos direitos da personalidade “são direitos públicos subjetivos que desempenham uma função de instrumento jurídico voltado a concretização dos direitos primordiais do direito privado, pois são direitos fundamentais com origem e raízes constitucionais.”⁷²

A Carta Magna colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, transformando seus direitos no fio condutor de todos os ramos do jurídico. A lei maior criou um direito subjetivo constitucional a dignidade, fazendo do dano moral a essência de todos os direitos personalíssimos.⁷³

Ao proteger a dignidade humana, a Constituição Federal de 1988, alargou os horizontes de proteção do indivíduo, adicionando-lhe um conteúdo ético. Numa análise dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, pode-se observar diversos dispositivos que consagram o princípio da dignidade humana, tal como a proibição de tortura, a inviolabilidade do domicílio e correspondência a liberdade de locomoção, dentre outros.⁷⁴

A declaração fortaleceu o sentido de proteção dos valores morais pela Constituição Federal e elevou os direitos da personalidade a categoria de garantia

⁷² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1629.

⁷³ LIMA, Wanderson Marcelo Moreira de. **Dano moral: uma visão constitucional**, júris síntese, vol.26, nov/dez. 2000, n.26.

⁷⁴ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.64.

constitucional, valorizada e distinguida como cláusula pétrea e como tal, imutável nos estritos termos do art. 60, parágrafo 4, da Carta Magna.

A Carta Federal pôs um ponto final sobre a questão da reparabilidade dos danos morais, assim a tutela dos direitos da personalidade encontra-se definitiva e plenamente integrada no direito positivo brasileiro, com o foro de constitucionalidade.

Os dispositivos inscritos na Carta de Princípios são meramente exemplificativos, cabendo a jurisprudência e a lei ordinária aditar outros casos, quando se fizer necessário, um vez que os direitos da personalidade, tornaram-se um princípio de natureza cogente no direito brasileiro.⁷⁵

3.3 Do dano moral nas relações de consumo

O Código de Defesa do Consumidor, atento às inovações jurídicas e preocupado em proteger da forma mais ampla possível os consumidores, aderiu à nova concepção do Estado quanto a possibilidade de lesão aos bem imateriais e sua reparabilidade.

Para tanto estabeleceu como direito básico do consumidor, entre outros, o acesso aos órgãos judiciários com vistas à prevenção ou reparação de tais danos e a facilitação da defesa de seus direitos, atribuindo, assim, responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços em virtude dos danos advindos da relação de consumo.

O dano moral nas relações de consumo pode decorrer da responsabilidade contratual, ou seja, das relações de consumo propriamente dita, ou naquelas relações em que a lesão repercute, além da relação direta de consumo, como observável na responsabilidade

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 58.

extracontratual, na qual equipara-se ao consumidor da coletividade ou eventual ofendido individualmente, reparando assim qualquer lesão derivada de uma relação de consumo.⁷⁶

Na responsabilidade contratual pressupõe-se a existência de um vínculo contratual entre o fornecedor e o consumidor decorrente da aquisição de um bem ou de um serviço. O dever de indenizar surge por parte do fornecedor, se, da relação contratual, venha colocar em risco a saúde, integridade ou segurança, assim como possa inviabilizar o consumo seja pela diminuição do uso, por inadequação, defeito ou vício.⁷⁷

Já na responsabilidade extracontratual não há que se falar em vínculo contratual entre o indivíduo e o fornecedor, pois somente o fato de expor alguém aos efeitos decorrentes do fato ou vício do produto, já legitima qualquer prejudicado a reparação integral dos prejuízos, patrimoniais ou extra-patrimoniais. Com a exceção do parágrafo 3 do art. 12, no caso de produto e do parágrafo 3 do art. 14 da Lei 8.078, no caso dos serviços a responsabilidade do fornecedor é ampla e irrestrita.⁷⁸

A lesão patrimonial e extra-patrimonial no direito do consumidor nasce basicamente do fenômeno do acidente de consumo, que Roberto Senise Lisboa preleciona que este ocorre “quando o produto ou serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde ou a segurança do consumidor”, nascendo dessa forma a responsabilidade objetiva do fornecedor por “danos

⁷⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática do cabimento a fixação do quantum**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 70.

⁷⁷ MELO, op.cit., p. 70.

⁷⁸ Ibidem, p. 71.

a personalidade do consumidor ou a outra vítima (*bystander*), que é equiparada ao destinatário final de produtos e serviços para os fins de proteção legal (art.17 da Lei. n 8.078/1990)".⁷⁹

O dano moral nas relações de consumo pode derivar de inexecução contratual, vício do produto ou serviço etc. Entretanto, o mais comum é que ele se origine de fato do produto ou do serviço. De qualquer forma, independentemente do desfazimento do negócio, da devolução da mercadoria, do preço pago ou da substituição do produto, o fornecedor de produtos ou serviços deve compensar a vítima se restar comprovado a lesão moral.⁸⁰

O código consumerista adotou o princípio da reparação integral do dano, no qual prevê que o fornecedor está obrigado a reparar os danos materiais, os danos reflexos, ou seja, a eventual repercussão material decorrente de morte ou invalidez, como também o dano moral.

O interesse em reparar os danos morais é fazer prevalecer a boa-fé, lealdade e principalmente respeito pelo consumidor enquanto cidadão titular dos direitos da personalidade. A massificação do consumo e a evolução das relações negociais, geram conseqüências positivas e negativas, cabendo ao fornecedor de produtos e serviços suportar os efeitos maléficos que estes acontecimentos acarretam, dada a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

3.4 Da titularidade do direito a reparação

Por certo que é legítimo postular a reparação por eventual dano moral àquele que absorver lesão aos bens extra-patrimoniais inerentes a sua própria pessoa. Contudo

⁷⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 237.

⁸⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 472.

há situações em que a legitimidade poderá ser exercida por terceiros, como por exemplo na hipótese de morte do titular do direito, podendo ser exigida pelos herdeiros ou pelas pessoas que viviam sob sua dependência econômica.⁸¹

Conforme nos ensina Carlos Alberto Bittar “por dano direto, ou mesmo por dano indireto, é possível haver titulação jurídica para demandas reparatórias.”⁸²

Todavia, a doutrina clássica faz algumas reservas quanto a legitimidade de terceiros que se julguem reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa. Como bem assevera Humberto Theodoro Junior “torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral”.⁸³

O professor Carlos Alberto Bittar, esclarece que “titulares direitos são aqueles atingidos de frente pelos reflexos danosos, enquanto indiretos os que sofrem , por conseqüência, esses efeitos”. Afirma ainda que, considera-se o laço de parentesco até o 4º grau, tal como os limites previstos no direito sucessório.⁸⁴

Já Wilson Melo da Silva, aponta a existência de duas classes distintas de lesados indiretamente: “a dos membros da família do ofendido e a dos que fossem a ele ligados por laços de parentesco ou simplesmente afetividade”. Quanto à primeira classe assevera que não haveria a necessidade de provar o dano, pois a natureza da relação familiar faz-se presumir o dano moral. Já os sujeitos da segunda classe, demais parentes,

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 155.

⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 8-9.

⁸⁴ BITTAR, op.cit., p. 155.

companheiros, amigos, dependeriam de provas como a dependência econômica e moral para postular indenização por dano moral de forma legítima.⁸⁵

Além dos sujeitos acima legitimados, tem-se entendido hodiernamente a admissão do dano moral à pessoa jurídica. Compreende-se que a honra possui duplice caráter: um aspecto interno subjetivo, que diz respeito a conduta humana, a auto-estima, sentimentos próprios da pessoa natural e um aspecto externo objetivo que diz respeito a reputação, a imagem perante a sociedade. Afirma-se que a lesão ao nome ou tradição da pessoa jurídica, caracterizaria um dano a honra objetiva, daí a idéia de se indenizar o dano moral a essa classe.⁸⁶

A doutrina contrária defende que a personalidade é bem personalíssimo, exclusivo da pessoa natural. Para Wilson Melo da Silva: “O patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele se originem seriam danos da alma”.⁸⁷

Já o magistrado Sérgio Cavalieri Filho, refuta tal idéia e afirma que deixar o causador do dano moral sem punição, a pretexto de não ser a pessoa jurídica passível de reparação, estimularia a irresponsabilidade e a impunidade, tornando-se assim um equívoco tão grave quanto aquele que se verificava ao tempo em que não se admitia a reparação ao dano moral a pessoa física. O douto magistrado conclui que “a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus a indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito”.⁸⁸

⁸⁵ SILVIO, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 674-675.

⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 249.

⁸⁷ SILVIO, op.cit., p. 678.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83-85.

Recentemente a matéria foi consolidada com a edição da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, afirmando a possibilidade da reparação por dano moral a pessoa jurídica. Parece-nos que tal entendimento é o mais acertado pois observa a amplitude do instituto do dano moral, não restringindo-se a dor ou sofrimento do ofendido, mais sim observando a lesão como um desconforto extraordinário na conduta do ofendido, podendo assim a vítima ser tanto pessoa natural quanto jurídica.

3.5 Do arbitramento do *Quantum Indenizatório*

A Constituição Federal de 1988, afirma os direitos da personalidade entre as garantias fundamentais do indivíduo na sociedade. A fim de efetivar tal previsão o poder constituinte impôs o dever de reparar os danos na esfera extra-patrimonial, consagrando assim o instituto do dano moral.

Todavia, as peculiaridades que envolvem os direitos da personalidade inviabilizam a aplicação do princípio da reparação integral adotado pelo código consumerista. O grande problema está na mensuração da extensão do dano e conseqüentemente a fixação do *quantum indenizatório*.

O Código de Defesa do Consumidor deixou de fixar limites máximos ou mínimos ou parâmetros para delimitar o *quantum indenizatorium*, como se verificava em outros ordenamentos tal como Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei da Imprensa (Lei 5.250/67).

A lei não estabeleceu regras ou critérios para encontrar um valor que compense a ofensa moral, logo, coube ao julgador fixá-lo segundo seu entendimento e plausibilidade.⁸⁹

Hodiernamente tem-se levado em conta no arbitramento da indenização, o valor envolvido na avença entre as partes, a intensidade da dor, sofrimento ou humilhação sofridas, as condições econômicas do ofensor e do ofendido, o grau de culpa do lesante e a proporcionalidade.⁹⁰

Porém, os critérios adotados pelos juízes de forma singular, conforme sua prudência e razoabilidade, tem se mostrado ineficaz, pois não atendem as expectativas da vítima nem produz o efeito esperado quanto ao ofensor.

Especificamente no Direito do Consumidor as indenizações tem se mostrado inócuas e inadequadas, pois não atendem à função da responsabilidade civil objetiva consubstanciada na teoria do risco do empreendimento, pois as quantias estabelecidas não guardam uma relação com o dano causado pelo fornecedor.

Desta forma, faz-se mister superar as discussões sobre os critérios adotados na reparação dano moral, e analisar quais os objetivos do Direito do Consumidor na regulação das relações de consumo, para determinar o caráter que deve ser observar na reparação do dano moral. Superadas as discussões sobre o caráter da reparação não restarão mais celeumas relevantes quanto aos critérios a serem adotados.

⁸⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 472.

⁹⁰ STOCO, op.cit., p. 472.

3.5.1 Do caráter compensatório do *Quantum Indenizatório*

O princípio básico firmado no âmbito da responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*. Este estabelece que a indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo.

Desta forma há que se dar preferência ao cumprimento da prestação na “espécie ajustada”, ou seja, a composição original ou retorno ao *statu quo ante*, ou indenizando quando isso não for possível.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “Indenizar significa reparar o dano causado a vítima integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”.⁹¹

Nada obstante, não se pode observar uma aplicação plena do princípio da reparação integral, quando falamos nos danos extra-patrimoniais, dada as peculiaridades dos bens tutelados e a impropriedade da aplicação dos parâmetros de reparação usualmente utilizados no direito brasileiro.

A indenização do dano moral não se resolve pela reparação, uma vez que sentimentos negativos, mágoa, dor, tristeza, angústia são bens jurídicos incomensuráveis e inerentes ao espírito humano. Dada a impossibilidade de reparar o dano moral, a doutrina adotou a idéia da compensação. Os valores impostos ao ofensor a título de indenização seriam tão-somente um lenitivo, que facilitaria a aquisição de bens que possam concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529.

A grande crítica a este modelo de indenização é o fato que o valor pago a título de indenização não teria por objeto a reparação do bem tutelado, mais sim a satisfação pessoal em âmbito diverso do bem lesado, descaracterizando a responsabilização do indivíduo. Imputar um valor a ser pago pelo fornecedor de produtos e serviços, meramente pelo dever de indenizar, traz ao instituto do dano moral, uma insegurança jurídica e o conseqüente descrédito da sociedade quanto à proteção dos direitos da personalidade.

Os valores pagos a título compensatório, sob a perspectiva lenitiva, afastam a possibilidade do juiz atribuir uma indenização compatível com seu propósito. Procurando otimizar e explorar a responsabilidade civil da forma mais ampla possível alguns doutrinadores propõe sugestões para o caráter compensatório, mudando a ótica da função da reparação.

Partindo da premissa de que com eventual indenização por dano moral, não estaria pagando a dor, dada a impossibilidade de indenizar sentimentos e sofrimentos, mais sim oferecendo um sucedâneo, Augusto Zenum propôs a teoria dos derivativos. Este propõe que no curso do processo e após a coleta de todas as provas e perícias para auferir as mazelas que a ofensa possa ter causado ao ofendido, o magistrado aplicaria uma pena ao ofensor que, se não pudesse ser reparada pela retratação pública, este teria a incumbência de arcar com os dispêndios para custear as despesas com os derivativos alvitados e arbitrados quanto às seqüelas advindas do dano moral.⁹²

Na mesma linha, Augusto Ferraz de Araújo propõe a idéia de que a integridade psíquica do indivíduo, pela própria natureza, é insuscetível de valoração econômica. Logo, não haveria que se falar em prejuízo econômico ou eventual indenização

⁹² ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 123.

em virtude do dano moral puro. Defende a idéia de que somente surge a obrigação jurídica do agente de ressarcir a vítima se, em virtude da lesão a sua moral, este vier a experimentar prejuízos patrimoniais.⁹³

Os direitos da personalidade possuem tanto um cunho patrimonial quanto extra-patrimonial. Nos direitos da intimidade, privacidade, imagem e honra observa-se um aspecto voltado para o exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas e um aspecto interior que envolve a vida interna da pessoa bem como a de seus amigos e familiares.⁹⁴

O exemplo mais evidente dessa característica é observado nos aspectos subjetivos e objetivos da honra. A primeira concerne à pessoa física e ao psiquismo de cada um, suscetível de ofensa por atos que atinjam a dignidade, auto-estima e o próprio respeito do ser humano. Já a segunda, consiste no bom conceito, respeito ou admiração reconhecido a pessoa, física ou jurídica, no ambiente social, passível de lesão quando sobrevier ofensa a reputação de que o indivíduo goza no âmbito social.

Tendo em vista a amplitude dos atributos da personalidade e as diversas formas de apreciação dos danos percebidos, incumbe ao juiz arbitrar o dano moral e impor a devida indenização observando os efeitos, conseqüências e a repercussão econômica advindas da lesão. Responsabilizando, assim, diretamente o fornecedor de produtos e serviços pelos danos que este causou.

Somente pode-se reputar ao dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico

⁹³ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 27.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 78.

do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade de nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.⁹⁵

O caráter patrimonial ou moral do dano não deriva da natureza do direito subjetivo atingido, mas precisamente dos efeitos da lesão jurídica. Os verdadeiros danos morais, ou seja, aqueles que comprometem de forma significativa o equilíbrio psicológico do indivíduo não devem ser compensados com valores pecuniários, mais sim com tratamentos que viabilizem a recuperação deste.

Esta proposta não nega a indenização ao dano moral puro, somente propõe uma forma diversa de se indenizar os danos na esfera extra-patrimonial do indivíduo. A forma mais adequada de se imputar uma indenização pecuniária é por meio do caráter punitivo, no qual o fornecedor de produtos e serviços, se submeteria às conseqüências dos risco de sua atividade.

3.5.2 Do caráter punitivo do quantum indenizatório

O aspecto punitivo é composto basicamente por duas características: o sentido pedagógico da imposição, que busca inibir o ofensor, evitando a reincidência, no que se convencionou chamar de Teoria do Valor do Desestímulo e o sentido punitivo propriamente dito representado por uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 549-550.

seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, aproximando-se da teoria americana dos *punitive damages*.⁹⁶

Ambas teorias não encontram respaldo na legislação pátria, mais sim em uma construção jurisprudencial no sentido de desestimular condutas danosas à moral do indivíduo.

Na teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damage* o objetivo primordial da indenização não é reparar o dano nem servir de desestímulo à repetição de condutas danosas, mais sim servir de exemplo para a sociedade, prevenindo assim na sua advertência, potenciais ofensores de cometerem práticas idênticas.⁹⁷

Tal teoria ganhou espaço no direito americano notadamente na seara do direito consumerista, no que se refere a acidentes com produtos (*products liability*). Naquele país leva-se em consideração a condição econômica do ofensor, não havendo limites indenizatórios para o dano moral, o que abre espaço para a aplicação irrestrita da teoria em comento.⁹⁸

A busca de indenizações milionárias e a utilização do instituto da responsabilidade civil com fonte de enriquecimento são as maiores críticas a esta teoria e vêm sido combatidas veementemente pela jurisprudência.

Neste sentido, a doutrina afirma que o Brasil corre o risco do instituto da responsabilidade civil por dano moral, como nos Estados Unidos da America, banalizar-se e desmoralizar-se, por força do desvios de enfoque, da ganância, das pretensões exageradas ou

⁹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1731.

⁹⁷ STOCO, op.cit., p. 1731.

⁹⁸ Ibidem, p. 1731.

descabidas, do desregramento específico e do abandono aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil.

De fato a teoria dos danos punitivos não é aplicável no Brasil, em razão da principiologia do direito pátrio, pois os *punitive damages* não se coaduna com a razoabilidade e com os institutos basilares do direito brasileiro.

Todavia, Rui Stoco, faz ressalvas quando inaplicabilidade do caráter punitivo, sob o prisma da Teoria do Desestímulo e a sua abolição. “Evidentemente que o instituto da responsabilidade civil não se presta a esse desiderato e, certamente sairá desprestigiado e banalizado, caso não obedçam critérios de equilíbrio que se impõem para coibir a ofensa moral *in genere*.”⁹⁹ Todavia tal teoria não poderia ser repudiada se adequadamente aplicada, em associação com outros critérios que o caso concreto exigir.¹⁰⁰

Diante da inaplicabilidade daquela teoria e o consenso na doutrina que a simples compensação do dano é insuficiente, a estabilidade social, bem como a segurança jurídica da inviolabilidade dos direitos da personalidade, construiu-se a teoria do valor do desestímulo.

Apesar das ponderações e críticas ao caráter punitivo das indenizações, a atual doutrina brasileira vem posicionando-se favorável à aplicação da teoria do desestímulo, não no sentido de punir propriamente dito, mais sim de desestimular e conscientizar o ofensor do respeito que se deve ter pela moral e principalmente pelo direitos da personalidade, fornecendo ao instituto do dano moral mais um critério para a fixação do *quantum*

⁹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1730.

¹⁰⁰ STOCO, op. cit., p. 1731.

indenizatorium. Dentre os doutrinadores que defendem esta idéia pode-se citar Caio Mário, Sérgio Cavalieri Filho e Antonio Jeová Santos.

Sobre o aspecto pedagógico, necessariamente faz mister citar os ensinamentos do professor Carlos Alberto Bittar no sentido que o valor fixado para indenização deve desestimular o agente de persistir na prática de atos lesivos. Tal montante representa uma advertência ao lesado e a sociedade de que não aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo. Essa indenização fixada deve refletir de modo expressivo no patrimônio do lesado, sentindo assim, efetivamente a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido.¹⁰¹

Ao tratar sobre o tema Miguel Kfourí Neto acentua a tendência atual, por parte dos julgadores, a agregar uma quantia pecuniária a indenização com a finalidade punitiva, o denominado ‘preço do desestímulo’, destinado a quebrantar o ânimo do ofensor, dissuadindo-o de cometer outros atos lesivos. Afirma ainda que tal parcela de cunho punitivo não guarda nenhuma pertinência com o dano efetivamente sofrido pela vítima, quer material, tampouco extra-patrimonial.¹⁰²

Em contrapartida Humberto Theodoro Junior entende que não deve existir o caráter punitivo na fixação por danos morais, defendendo a teoria de que não compete ao direito privado, mais sim ao direito penal reprimir condutas que na ordem geral, se tornem nocivas ao interesse coletivo. Entende que se deve respeitar a esferas de atuação de cada

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 220.

¹⁰² KFOURÍ NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, set./2005, ano 94, v.839, p. 47-68.

segmento do direito, sob pena de sujeitar o ofensor a sofrer diversas sanções por uma única infração, ferindo assim o princípio do *bis in idem*.¹⁰³

O autor acima referido fundamenta sua tese, no inciso XXXIX, art. 5 da Constituição Federal de 1988, afirmando que em nossos sistemas de garantias constitucionais, as penas somente podem ser criadas por força de lei. Conclui sua idéia assim “Se não existe lei alguma que tenha previsto pena civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende a Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática.”¹⁰⁴

Essa teoria tem sofrido diversas críticas, dentre as quais, de que a quantia imposta em virtude do caráter punitivo da indenização não teria vínculo direto com o dano experimentado pela vítima, logo sua aplicação afastaria a aplicação do consagrado princípio do *restitutio in integrum*.

Quanto a esse questionamento Yussef Said afirma que “o sistema do nosso direito privado não é impermeável a idéia de que a fixação do *quantum* indenizatório não se atém estritamente ao valor do prejuízo sofrido pelo ofendido”.¹⁰⁵ Nas palavras do grande mestre Rui Stoco “compensar não significa reparar”.¹⁰⁶

Para a composição do dano moral impõe-se uma correlação entre o que se pede e aquilo que se necessita e ainda o que se pode efetivamente pagar, devendo assim o juiz valer-se da equidade na fixação da compensação. Ou seja, a causa que permite a fixação de

¹⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 55-56.

¹⁰⁴ THEODORO JUNIOR, op.cit., p. 55-56.

¹⁰⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. ver., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22.

¹⁰⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1732.

determinado valor é a necessidade e a proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, dessa forma o quantum terá por efeito a prevenção, a reparação e o desestímulo.¹⁰⁷

O caráter punitivo é sem dúvida a principal função a ser observada na imputação da responsabilidade do direito consumerista, um vez que este tem um cunho pedagógico e visa desestimular a reiteração da conduta, atendendo o princípio da modalidade de responsabilidade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, a indenização proporcionará ao consumidor a sensação de que seus direitos estão sendo resguardados e o fornecedor absorverá o fundamento pelo qual esta sendo responsabilizado.

3.5.3 *Do caráter dúplici da indenização*

Grande parte da doutrina vem adotada o binômio: punição e compensação, ou seja, o caráter punitivo com a incidência da teoria do desestímulo juntamente com a teoria da compensação proporcionado assim a vítima uma soma que compense o dano sofrido.

Um dos maiores representantes desta corrente e sem dúvida o mestre Caio Mario da Silva, ao defender a idéia de que o dever ressarcitório nasce da convergência de duas forças, o “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou e o “caráter ressarcitório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.¹⁰⁸

A reparação do dano moral cumpriria, assim, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado e a natureza penal da

¹⁰⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1732.

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 55.

reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa) e a sua conseqüente imputabilidade.¹⁰⁹

A condenação pelo dano moral tem um papel educativo, dissuasório ou pedagógico no princípio geral do *neminem laedere*. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa. Tal função é acentuada nos países do *common law*.¹¹⁰

A função pedagógica é de fundamental importância, pois esta é capaz de produzir efeitos no espírito do ofensor, uma vez que concorre para a mudança do seu comportamento ofensivo no que tange a praticar novas condutas antijurídicas. O conhecimento antecipado das conseqüências que o seu ato danoso será capaz de produzir, assim como os resultados sobre a sua pessoa e patrimônio, e levará o autor da ofensa a avaliar seu comportamento anti-social de forma a refreá-lo, evitando reiterar sua conduta.

A grande questão é que o aspecto dissuasório, na condenação por dano moral, deveria inculcar no sentimento social o caráter de ilicitude em determinada conduta, principalmente, quando esse aspecto não é conhecido no meio social. A publicação das sentenças condenatórias em veículos que atingissem determinados segmentos mais ou menos amplos da sociedade atingiriam a finalidade e a plenitude da função punitiva da indenização.¹¹¹

O duplice caráter atende às necessidades do Direito do Consumidor pois a indenização gera efeitos, tanto para o consumidor quanto para o fornecedor de produtos e

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106.

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 254.

¹¹¹ VENOSA, op.cit., p. 255.

serviços. O grande problema da aplicação do dúplice caráter é conciliar a incidência de ambos em uma única indenização pecuniária.

O problema do caráter punitivo é que os valores impostos a esse título são revertidos para a vítima, logo, o juiz se vê impedido de impor um valor compatível ao porte do fornecedor, pois poderia proporcionar ao consumidor um enriquecimento indevido. Desta forma as indenizações impostas com este título tem sido ineficazes.

Da mesma forma é o caráter compensatório, pois ao fixar a indenização a título lenitivo o magistrado irá limitar-se a um valor que não proporcione o enriquecimento da vítima, independentemente da extensão do dano e dos efeitos que este possa gerar na vítima.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho acadêmico buscou-se discutir a função da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a pertinência da adoção do caráter compensatório e punitivo na fixação da indenização por danos morais advindos das relações de consumo.

O Direito do Consumidor tem por objetivo precípua buscar o equilíbrio das relações jurídicas no mercado de consumo, propiciando aos seus agentes um ambiente seguro e harmônico, atendendo, assim os fundamentos constitucionais que ensejaram a criação desta legislação.

O interesse maior é fazer incidir os Direitos Fundamentais, concomitantemente, com os Princípios de Ordem Econômica nas relações de consumo, resguardando tanto o consumidor, ao observar a dignidade humana, quanto o fornecedor, ao preservar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O legislador ordinário, verificando a disparidade de forças entre os sujeitos das relações de consumo, reconheceu no código consumerista a vulnerabilidade do consumidor em detrimento do fornecedor e adotou a responsabilidade civil, na modalidade objetiva, ou seja, sem a verificação de culpa, consubstanciada na teoria do risco.

Assim, a função da responsabilidade civil no direito consumerista é proteger o consumidor como indivíduo e imputar os riscos que envolvem as relações de consumo ao fornecedor de produtos e serviços, responsabilizando pela aventura do empreendimento.

Daí a pertinência do dúplice caráter na indenização, fixando um montante que compense a vítima pelos danos experimentados e ao mesmo tempo puna o ofensor, desestimulando a reiteração da conduta.

O grande problema do argumento adotado pelo caráter compensatório, é o fato que os valores impostos ao ofensor a esse título, não teriam por objeto a reparação do bem tutelado, mais sim a satisfação pessoal em âmbito diverso do bem lesado, afastando a possibilidade da indenização guardar uma relação com o dano sofrido.

A melhor forma de compensar a vítima seria analisar os efeitos e conseqüências dos danos causados ao consumidor. Assim, caberia ao fornecedor de produtos e serviços cobrir as despesas que se fizerem necessárias para o restabelecimento do equilíbrio psicológico do indivíduo.

Já o caráter punitivo, tem um cunho pedagógico e visa desestimular a reiteração da conduta. A função punitiva/pedagógica seria capaz de produzir efeitos no espírito do fornecedor, concorrendo assim para a mudança do seu comportamento ofensivo no que tange a prática de novas condutas antijurídicas.

O grande problema desse caráter é o fato dos valores impostos a título punitivo ser fixado concomitantemente com o caráter compensatório, uma vez que o juiz se limita a impor um montante que não proporcione um enriquecimento indevido para consumidor. Assim, este limite inviabiliza a imposição de valores que desestimulem os grandes fornecedores.

A parcela da reparação do dano moral, de cunho punitivo, deveria ser independente do montante compensatório. O juiz deveria impor uma serie de “obrigações de

fazer” ao fornecedor de produtos e serviços no sentido de retratar os danos morais e a adoção de medidas que diminuam a possibilidade de reiterar a conduta.

Tais propostas visam compatibilizar a imputação da responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pelos danos morais aos fundamentos do Direito do Consumidor, disponibilizando uma nova perspectiva na aplicação do dúplice caráter na fixação do *quantum debeatur*.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e outros. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. ver., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Enciclopédia saraiva do direito**. v.22. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor – Aspectos práticos**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, set./2005, ano 94, v.839.

LIMA, Wanderson Marcelo Moreira de. **Dano moral: uma visão constitucional**, júris síntese, vol.26, nov/dez. 2000, n.26.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas rela es de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática do cabimento a fixa o do quantum**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

NETO. S.J. de Assis. **Dano moral, aspectos jurídicos, doutrina, legisla o, jurisprudência e prática**. São Paulo: BestBook. 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RADLOFF, Stephan Klaus, **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Li es preliminares de Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito dos danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua repara o**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 674-675.

SIMÃO, José Fernando. **Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. – São Paulo: Atlas, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.