

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

Gustavo Costa Ferreira

**A ILEGALIDADE DA MODICIDADE DAS
INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS NAS CAUSAS
DE CONSUMO**

FLORIANÓPOLIS, 2013

GUSTAVO COSTA FERREIRA

**A ILEGALIDADE DA MODICIDADE DAS
INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS NAS CAUSAS
DE CONSUMO**

Monografia submetida ao curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito obrigatório para obtenção do
grau de Bacharelado.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves
Gonçalves


FLORIANÓPOLIS, 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A ilegalidade da modicidade das indenizações por dano moral nas causas de consumo**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Gustavo Costa Ferreira**, defendida em **25/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

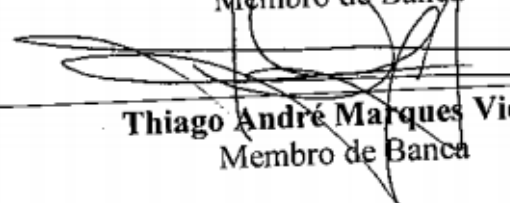
Florianópolis, 25 de Junho de 2013



Everton das Neves Gonçalves
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Thiago André Marques Vieira
Membro de Banca

Dedico a presente monografia àquelas pessoas, cuja contribuição me foi determinante para tomar gosto pelo estudo do Direito do Consumidor: Dedico-a, pois, às péssimas fornecedoras de serviços e produtos.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é a linha de chegada da do Curso de Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Urge reconhecer que sua construção não foi realizada isoladamente, ao revés, contou com a contribuição direta ou indireta de muitas pessoas. Por isso, neste momento, sinto-me na obrigação de exarar meus sinceros agradecimentos aos familiares, namorada, amigos, professores e colegas que me coadjuvaram, de alguma maneira, para a conclusão desta obra.

Sendo assim, agradeço, de forma especial, às seguintes pessoas:

Aos meus pais, Claudio Alves da Costa e Valquíria Ferreira da Silva, pelo imenso amor e apoio que me nutriram durante toda minha vida, bem como por me ensinarem que tudo está ao nosso alcance quando se tem determinação e foco.

Aos meus irmãos, Raphael e Thiago Costa Ferreira, companheiros de uma vida.

À minha namorada, Ana Luiza Coelho Silveira Mello, pelo amor, paciência e apoio neste período de conclusão do curso.

Ao caro Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, pela ideia do tema que me surgiu em uma de suas aulas, pela orientação e contribuição que me foram cruciais na construção deste trabalho.

Aos demais professores da Universidade Federal de Santa Catarina, que, de uma forma ou de outra, contribuíram para minha formação profissional e me fizeram tomar gosto pelo Direito.

À Ana Luiza Coelho Silveira Mello, Maria José Hesseine Coelho, Prudente José Silveira Mello, Valquíria Ferreira da Silva, pelas críticas que ajudaram a erigir o presente trabalho, como também pela revisão ortográfica operada.

Finalmente, aos estimados amigos – futura elite intelectual deste país – que me acompanharam nesta jornada universitária e se fizeram presentes neste processo de crescimento e amadurecimento da minha pessoa.

[...]é imperioso, na sociedade de massas, inculcar respeito máximo à pessoa humana, frequentemente negligenciada, e a indenização do dano moral, quando se verificar ilícito e dano desta natureza, constitui um instrumento valioso para alcançar tal objetivo. (ASSIS, 1997, p. 5)

Resumo

O presente trabalho tem como tema o direito à efetiva reparação e prevenção do dano sofrido pelo consumidor, assegurado pela Lei n. 8.078/90. Nesta toada, objetiva-se demonstrar a ilegalidade da modicidade das indenizações por dano moral arbitradas nas causas de consumo perante a Justiça brasileira, defendendo-se a necessidade da imposição de condenações impactantes em face dos agressores do direito consumerista, cujo fim precípua será, além da reparação do dano, a sua prevenção. Para tanto, utiliza-se da metodologia de procedimento monográfico e método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise do Direito do Consumidor no Brasil e, logo em seguida, do Dano Moral no Direito Brasileiro para, finalmente, culminar com a demonstração do objetivo proposto.

Palavras-chave: direito do consumidor; normas de ordem pública; dano moral; direitos da personalidade; modicidade das indenizações; enriquecimento ilícito; indústria do dano moral; efetiva prevenção e reparação do dano; teoria do valor do desestímulo; análise econômica do direito.

Abstract

The present essay has as its subject the right to an effective reparation and prevention of the damages suffered by consumers, as assured by the Law no. 8.078/90. In this regard, the objective is to demonstrate the illegality of the indemnifications' paucity amount for non-material damages arbitrated in consumer's cases before the Brazilian Courts, advocating the necessity of imposing severe convictions against the consumer's aggressors, whose primary purpose shall be the prevention of harm, in addition to its repairing. To do so, It was used a monographic procedure as methodology, and a deductive approach, starting from the analysis of Consumer's Protection Law in Brazil and then of the institute of non-material harm in this country, to finally culminate in the demonstration of the proposed objective.

Key- words: consumer's protection law; rules of public policy; non-material damage; personality right; low indemnification; illicit enrichment; indemnification industry; effective prevention and reparation of the damage; punitive damages; law and economics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO DO CONSUMIDOR	11
1.1 Origens.....	11
1.2 Constituição de 1988 e a Defesa dos Direitos do Consumidor	15
1.3 O Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei n. 8.078/90	20
1.3.1 Campo de incidência do CDC	20
1.3.2 Os elementos da relação jurídica de consumo.....	22
1.3.3 Princípios do Código de Defesa do Consumidor e Direitos Básicos do Consumidor	27
2 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	33
2.1 Conceito de Dano moral.....	33
2.2 Finalidades da reparação por dano moral	43
2.3 Dano moral no código de defesa do consumidor	48
3 ILEGALIDADE DA MODICIDADE DAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL NAS CAUSAS DE CONSUMO	51
3.1 A modicidade das indenizações por dano moral nas causas de consumo	51
3.2 Insubsistência dos argumentos utilizados para fixação de indenizações módicas: enriquecimento ilícito e indústria do dano moral.....	55
3.3 Análise Econômica do Direito, Teoria do Valor do Desestímulo e o Código de Defesa do Consumidor	62
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERENCIAS	72

INTRODUÇÃO

Aventurar-se no mercado de consumo brasileiro é uma tarefa que pode gerar imensos transtornos aos consumidores. Práticas abusivas e ilegais proliferam-se desavergonhadamente no país e o consumidor, apesar de se ver atacado por todos os lados, encontra-se desmotivado para defender seus direitos diante da inefetividade das respostas apresentadas pelo Estado.

À guisa de exemplos, cobranças indevidas inculcam nos consumidores a perniciosa dúvida se foram eles ou não os responsáveis pelo lançamento daquele débito; companhias aéreas condicionam a alteração de passagens de seus consumidores ao pagamento de taxas abusivas, mas garantem a si mesmas o direito de alteração arbitrária destas, sem qualquer comunicação prévia ou indenização ao consumidor, em completo desrespeito ao postulado da igualdade; supermercados ofertam produtos com preços menores nas prateleiras do que na boca do caixa; empresas de telefonia e internet disponibilizam serviços descontínuos e sem a mínima qualidade proposta; empresas de TV por assinatura fazem o consumidor esperar por horas, quando não por dias, a instalação de seus serviços; a lista de irregularidades, como se vê, não é curta.

Nesta vereda, impera no mercado de consumo a incerteza se haverá ou não cumprimento perfeito do contrato pela fornecedora. Do mesmo modo, impera a desigualdade, porquanto se o consumidor não cumprir em dia suas obrigações, até mesmo se não satisfizer obrigações que não foram por ele avençadas – cobranças por serviços não solicitados, por exemplo –, ele deverá arcar não só com a multa, como também com os honorários de cobrança, juros moratórios, correção monetária, sem contar na incontinenti negatização do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Por outro lado, se o inadimplemento é do fornecedor, não há nada a fazer, pois não há multas nos contratos de adesão e, ainda, é cediço que o inadimplemento contratual não passa de mero dissabor, incapaz, portanto, de ensejar reparação por dano moral.

Mas não é só. O elo de comunicação entre os consumidores e fornecedores – os serviços de atendimento ao consumidor (SAC) – são verdadeiros testes de

paciência e inteligência, que raras vezes solucionam os problemas enfrentados por aqueles, que percorre a *via crucis* para ao final ver seu problema sem solução.

Por fim, para agravar toda situação, a prática forense nos revela que, no Brasil, o preço da justiça é muito maior do que o da injustiça, pois no final da demanda o consumidor sai sempre perdendo e, na maioria das vezes, paga mais do que ganha para ter seu direito resguardado.

Portanto, malgrado se possua o melhor instrumento de defesa do consumidor – a Lei 8.078/90, a leniência estatal em reprimir e coibir práticas abusivas, ilegais e outras quejandas, criou um cenário completamente caótico no que tange à tutela dos direitos deste grupo de vulneráveis que, sem sombra de dúvidas, deve ser um dos mais desrespeitados do mundo.

Porém, este cenário é a fonte de inspiração deste trabalho e é com o propósito de fornecer mecanismos para se mudar indigitada conjuntura que redijo esta monografia, que tratará da *ilegalidade da modicidade das indenizações por danos morais nas causas de consumo*.

Para atingir ao objetivo almejado, dividiu-se a obra em três capítulos. O primeiro deles é responsável pela inserção do leitor no Direito do Consumidor, é onde se aborda suas raízes históricas, seu surgimento no país e, por fim, se estuda a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, abordando sua abrangência, a natureza de suas normas, seus objetivos e os direitos básicos do consumidor.

O segundo capítulo, por sua vez, é destinado ao estudo do instituto do dano moral, com foco na elucidação do seu conceito, de sua finalidade e da sua manifestação no Direito do Consumidor.

Por derradeiro, é no último capítulo que se demonstrará porque motivo se afigura ilegal a modicidade das indenizações por danos morais nas causas de consumo. Para tanto, explicitar-se-á o que se entende por modicidade das indenizações, bem como o motivo da inadequação da utilização do princípio da vedação do enriquecimento sem causa para minoração ou negação da indenização por dano moral em favor do consumidor e, ainda, demonstrar-se-á como a reparação por dano moral pode se transformar em instrumento eficiente de desestímulo aos contumazes ofensores do direito do consumidor, a partir de uma análise econômica do direito.

1 DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Origens

A relação de consumo é um fato social que sempre esteve presente na história da humanidade. Dês dos primórdios da história, identifica-se a existência de articulação do ser humano no sentido de satisfazer suas necessidades por meio de trocas de mercadorias entre si.

A relação consumerista primitiva baseava-se predominantemente no escambo de mercadorias excedentes, não havendo produção organizada e destinada tão só para o comércio. Assim, o que sobejava era trocado por outra coisa conforme os interesses das pessoas. Os negócios, portanto, não dependiam de qualquer moeda.

Com a evolução das trocas comerciais, o homem passou a encarar o comércio como meio de vida e sustento, não mais se consubstanciando a relação comercial em apenas mecanismo de troca de excedentes. Surgiu, então, a produção para a venda e, com o passar dos tempos, a intermediação do comércio por moedas.

Com efeito, sendo um fato social bastante antigo, antigos também são os primeiros registros de regulamentação deste campo. Neste cenário, é possível encontrar normas de proteção ao consumidor já no antiquíssimo Código de Hamurabi:

[...] é possível encontrar fragmentos de proteção ao consumidor no antigo Código de Hamurabi, datado de aproximadamente 1.700 anos a.C. Informa José Geraldo Brito Filomeno que havia previsão expressa no que diz respeito, por exemplo, ao arquiteto que projetasse uma casa que viesse a apresentar problemas de construção: era obrigado a reconstruí-la ou sanar os defeitos apresentados, a suas próprias expensas, e, se da empreitada resultasse desabamento com vítimas fatais, o empreiteiro, além de reparar o dano material, sofria a punição de morte, na proporção da morte causada. Por exemplo: se o chefe da família morresse, a punição para o empreiteiro era a sua própria morte. Se morresse um filho do dono da obra, a pena para o empreiteiro era a morte de um equivalente seu. (MELO, 2008, p. 1)

Da mesma forma, podem também ser encontradas na Mesopotâmia, no Egito, na Índia e em Roma, consoante brilhante lição de lavra de Flávio Barbosa Quinaud Pedron e Viviane Machado Caffarate (2000):

Os interesses dos consumidores já estavam resguardados na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do Século XVIII a.C., onde o Código de Massú

previa pena de multa e punição, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros ("lei" 967) ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes ("lei" 968). No Direito Romano Clássico, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa, a não ser que estes fossem por ele ignorados. Porém, no Período Justiniano, a responsabilidade era atribuída ao vendedor, mesmo que desconhecesse do defeito. As ações redibitórias e *quantum minoris* eram instrumentos, que amparadas à Boa-Fé do consumidor, ressarciam este em casos de vícios ocultos na coisa vendida. Se o vendedor tivesse ciência do vício, deveria, então, devolver o que recebeu em dobro.

Por outro lado, o movimento consumerista moderno começa a surgir tão somente em meados do século XIX como fruto da 2ª Revolução Industrial, que, aliás, é berço de tantos outros ramos novos do direito. Neste sentido, Nehemias Domingos de Melo (2008, p.2) explica que:

As origens do direito do consumidor remontam à segunda metade do séc. XIX, como fenômeno derivado diretamente da Revolução industrial, que significou a substituição da produção doméstica e artesanal pela produção tecnológica e de massa, o que implicou, em última análise, relações negociais impessoais e distanciamento de controle da qualidade e da produção pelos consumidores e usuários de produtos e serviços.

Com efeito, a massificação da produção acarretou uma inevitável impessoalização dos negócios, alterando substancialmente a forma com que eram travadas as relações comerciais, conforme bem assevera Norat (2011):

Na antiguidade, produtor e consumidor estabeleciam uma relação de compra e venda equilibrada, pois o comprador fazia a negociação diretamente com o artesão. Com a massificação da produção, fato que descaracterizou a produção personalizada dos produtos, os consumidores não estabelecem mais uma relação pessoal com os produtores. Na realidade, estes dois polos da relação de consumo, sequer se reconhecem.

Diante deste panorama, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 3) assevera que “os remédios contratuais clássicos não evoluíram e se revelaram ineficazes na proteção e defesa efetiva do consumidor”, alfim concluindo que “o direito privado de então, marcadamente influenciado por princípios e dogmas romanistas – autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e responsabilidade fundada na culpa –, não tardaria a sucumbir”.

Porém, o Direito do Consumidor, tal qual se conhece hoje, emerge apenas na década 1960, mais precisamente em 15 de março de 1962, a partir de uma mensagem do presidente americano John Fitzgerald Kennedy, quando, segundo

Sergio Cavalieri Filho (2011, p.5), “o consumidor, realmente, começou a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado.” Aliás, tamanho é o relevo dado a referido evento, que, hoje, se comemora o Dia Internacional do Consumidor no dia 15 de março.

Na mensagem intitulada de Mensagem Especial para o Congresso Americano em Defesa dos Interesses dos Consumidores (*Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest*), o Presidente Kennedy afirmava a importância deste grupo econômico e ainda chamava atenção para a falta de mecanismos para ouvir e proteger seus interesses.

Neste cenário, assentou, o Presidente, o seguinte:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico da economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.

O Governo Federal – por natureza o mais alto porta-voz do povo – tem especial obrigação de estar alerta às necessidades do consumidor, bem como ao avanço de seus interesses.¹

Finalmente, constatou-se a situação de vulnerabilidade e desequilíbrio em que se encontrava o consumidor, o que implicou, simultaneamente, no reconhecimento da premente necessidade de elaboração de mecanismo de proteção deste grupo com vistas ao restabelecimento de uma igualdade real entre fornecedor e consumidor. Para tanto, urgia a criação de normas protetivas deste grupo vulnerável, pois, afinal, consoante lição de Cavalieri Filho (2011, p.8), “só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais”.

Sendo assim, o Presidente Kennedy dignou-se de deixar sua maior contribuição no campo do Direito do Consumidor, enumerando aqueles que ele reputou serem os seus quatro direitos básicos:

¹Tradução livre de: “Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard. The federal Government--by nature the highest spokesman for all the people--has a special obligation to be alert to the consumer's needs and to advance the consumer's interests”. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 22 Mar 2013.

(1) Direito à segurança, que consiste na proteção contra a venda de produtos que coloquem em risco à saúde ou vida do consumidor; (2) Direito a ser informado, que se funda na proteção contra qualquer informação, publicidade, rótulo, etiqueta ou outras práticas fraudulentas, enganosas ou artificiosas, e ainda na garantia de ter toda informação necessária para que o consumidor faça uma escolha informada;² (3) Direito de escolher, que se resume em garantir, sempre que possível, acesso a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos e, ainda, de assegurar produtos e serviços de qualidade satisfatória e preços justos naquelas searas onde não for possível a competição; e por derradeiro, mas não menos importante, (4) o Direito a ser ouvido, consistente na garantia de que os interesses dos consumidores receberão completa e especial consideração na formulação de Políticas de Governo, como também um justo e célere tratamento nos tribunais administrativos.³

Estavam, pois, criadas as bases do Direito do Consumidor atual.

No que tange às raízes do Direito Consumerista no Brasil, Nehemias Domingos de Melo (2008, p.4) destaca que “mesmo antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, diversas leis foram editadas no Brasil, ainda que de maneira esparsa, com a finalidade de proteger os consumidores nas relações de consumo.”

Nesta senda, a Doutrina reconhece como precursora destas normas o Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro. A bem da verdade,

O Decreto n. 2.681 significou um instituto legal revolucionário para a época em que foi editado, pois fez prever a culpa presumida das estradas de ferro por perda, furto ou avaria de mercadorias transportadas (art. 1º), assim como por acidentes com as pessoas (art. 17). Traçou parâmetros para a culpa concorrente (arts. 2º e 18), definiu como nulas as cláusulas que diminuíssem ou exonerassem a responsabilidade do transportador (art. 12) e previu, também, a possibilidade de indenização por atrasos das composições que resultassem em prejuízo para os viajantes (arts. 24 e 25), assim como a possibilidade de indenização para os proprietários lindeiros por danos que lhes pudessem resultar da operação das estradas de ferro (art.26). (MELO, 2008, p. 5)

² Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 5) preferiu o termo “escolha esclarecida”.

³Tradução livre de: “(1) The right to safety--to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.(2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.(3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.(4) The right to be heard--to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.”, Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 22 Mar 2013.

Ainda, à guisa de exemplo, destacam-se outras legislações anteriores ao Código de Defesa do Consumidor cujo objetivo era a proteção dos consumidores, senão veja-se: Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura); Decreto-lei n. 869/38, que definiu os crimes contra a economia popular; Lei n. 1.521/51 (Lei de Economia Popular); Lei n. 4.137/62 (Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico); Lei n. 5.768/71, que abriu a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabeleceu normas de proteção à poupança popular, e deu outras providências; Lei n. 6.463/77, que tornou obrigatória a declaração de preço total nas vendas a prestação e deu outras providências; a Lei n. 7.347/85, que regulou a ação civil pública e outras mais.

Vê-se, pois, que, mesmo antes do Código do Consumo, o legislador pátrio, inspirado pelas tendências internacionais, já demonstrava preocupação para com a defesa dos interesses dos consumidores. Tal preocupação restou ainda mais clara com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 5 de outubro de 1988, consoante se demonstrará no capítulo a seguir.

1.2 Constituição de 1988 e a Defesa dos Direitos do Consumidor

Uma vez constatada a vulnerabilidade do consumidor e o desequilíbrio na relação estabelecida entre ele e o fornecedor, o Estado não podia furtar-se da obrigação de intervir na defesa dos interesses do elo mais fraco desta relação.

Neste diapasão, Cláudia Lima Marques (2009, p. 33) explica que:

[...], para realizar a igualdade, como ideal do justo, o direito privado necessitava de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e de força igualizadora dos direitos humanos. Em outras palavras, para realizar a igualdade material era necessário limitar também a liberdade de alguns, impor uma maior solidariedade no mercado (*favor debilis*) e assegurar direitos imperativos (indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública) aos mais fracos. Era necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios, como a boa-fé e a função social da propriedade e dos contratos, que ajudassem a reequilibrar com equidade as situações diferenciadas, como as de consumo.

Igualmente, preconiza Antonio Carlos Efigênia (2004, p. 26) que:

A inclusão da matéria atinente à proteção do consumidor na Constituição, conforme leciona Norbert Reich, coaduna-se com a função do Estado em intervir em situações de desigualdade e desequilíbrio social que não

poderiam ser satisfatoriamente acomodadas ou corrigidas com o uso de instrumento meramente políticos ou econômicos.

Neste panorama, em atenção ao movimento consumerista brasileiro e estrangeiro, o constituinte de 1988 dignou-se de dar um passo sem volta em direção à defesa e proteção do consumidor. Pela primeira vez, na história constitucional brasileira, fundamentalizou-se o direito à proteção estatal do consumidor, inserindo-o no rol de direito e garantias fundamentais do cidadão. É o que se extrai do artigo 5º, inciso XXXII, da Carta da República, *ad litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]XXXII - o Estado **promoverá**, na forma da lei, a defesa do consumidor; (Grifo do autor)

Como bem se nota, trata-se de uma imposição constitucional, não uma sugestão ou orientação por parte do constituinte. Este antecipou-se determinando que o Estado, a saber, poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Consubstancia-se, portanto, em desiderato constitucional que impõe uma postura proativa do Estado.

Outra não é a conclusão de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 11), veja-se:

Qual é o sentido desse dispositivo constitucional e que conclusão dele podemos tirar? Não há nele uma simples recomendação ou advertência para o Estado, mas sim uma ordem. [...] Promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever constitucional. E se é um dever do Estado, por outro lado é uma garantia fundamental do consumidor.

Na mesma senda, caminham os ensinamentos de Claudia Lima Marques (2009, p. 27) para quem a proteção do consumidor:

É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo.[...] É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores[...].

Com efeito, não se deve olvidar que, como direito fundamental que é, a defesa do consumidor “não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CRFB)”. (PELUSO, 2009)

E mais, a proteção do consumidor é, igualmente, princípio geral de toda atividade econômica, albergada no artigo 170, inciso V, da Carta Fundamental, entre os princípios da ordem econômica, assentando que esta, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da defesa do consumidor.

Nesta vereda, Fabio Konder Comparado (1990, p. 70-71) assevera que

[...]não há porque distinguir a defesa do consumidor, em termos de nível hierárquico, dos demais princípios econômicos declarados no art. 170. Quer isto dizer que o legislador, por exemplo, não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego; nem inversamente, preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor. O mesmo se diga do judiciário, na solução de litígios interindividuais, à luz do sistema constitucional.

Mas não é só. O constituinte, ainda, faz menção ao consumidor no art. 24, VIII, atribuindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor, assim como no art. 150, §5º, ao dispor que a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços. Da mesma forma, curial destacar a competência dos municípios para legislar em matéria consumerista de interesse local⁴.

Outrossim, ainda que por inferência, pode-se encontrar disposições consumerista no art. 1º, III, da Constituição quando este informa que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana; bem como no seu art. 3º, I, ao elencar como objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por último, tendo em vista que a previsão normativa contida no art. 5º, XXXII, da Lei Fundamental, possui eficácia limitada⁵, isto é, dependente de normatividade futura para que surtam seus efeitos, porquanto irroga ao Estado o dever de

⁴ Inclusive, há alguns municípios com um legislativo bem proativo no âmbito de proteção do consumidor, a exemplo disso, destaca-se o município de Passo Fundo/RS que possui um código de defesa do consumidor municipal (Lei Complementar Municipal nº 222, de 16 de janeiro de 2009).

⁵ Classificação das normas constitucionais apresentadas por José Afonso da Silva em sua obra a Aplicabilidade das Normas Constitucionais.

promover, *na forma da lei*, a defesa do consumidor; não podia o constituinte despedir-se sem dar segurança aos consumidores de que suas determinações seriam cumpridas. Para tanto, previu no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria o Código de Defesa do Consumidor.

Percebe-se, pois, que se trata de matéria deveras cara ao constituinte de 1988. Concorde com tal assertiva, Antonio Carlos Efiging (2004, p. 30) pontua que

O fato de ter sido o legislador constituinte quem ordenou a formulação de um sistema de proteção do consumidor brasileiro por si só já denota a sintonia desse sistema aos ditames e diretrizes constitucionais.

E adiciona que:

Toda esta preocupação do legislador constituinte é efetivamente espelhada na redação do Código de Defesa do Consumidor e tem norteado as ações para a instauração e manutenção de um sistema de proteção do consumo no Brasil.

A toda evidência, referido tratamento especial afetou a natureza das normas de proteção do consumidor, que não se consubstanciam em normas eminentemente de direito privado.

Isto porque,

[...] quando uma lei ordinária – o Código do Consumidor – densifica um princípio constitucional (a defesa do consumidor), ela ganha uma qualidade nova. A lei é ordinária, mas é excepcionalmente qualificada pelo fato de versar um direito fundamental, uma matéria que a Constituição encomendou a uma lei especialíssima. (CAVALIERI, 2011, p. 11)

Com efeito, a disciplina constitucional refletiu de sobremaneira no Direito do Consumidor Brasileiro, que absorveu princípios constitucionais dantes ignorados pelas normas de direito privado que regulavam a relação comercial entre particulares (direito civil e comercial).

A esse respeito, Claudia Lima Marques (2009, p. 8) consigna que:

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social (expressão de Gierke).

Como consequência direta disso, as normas consumeristas brasileiras possuem qualidades natas a todos direitos fundamentais, tais como a

irrenunciabilidade e inalienabilidade, quer dizer, não podem ser renunciadas, tampouco transferidas e negociadas, porquanto indisponíveis.

Daí resulta também o fato de serem entendidas como normas de ordem pública e de interesse social. A bem da verdade, o próprio Código de Defesa do Consumidor, já em seu art. 1º, fazendo remissão aos dispositivos constitucionais que lhe deram vida, registra que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor desta qualidade.

Neste diapasão, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 13) explica que

Normas de ordem pública, são normas cogentes, imperativas, pelo que indispensável e de observância necessária. As partes não podem alterar o conteúdo do dever nelas estabelecido e o juiz deve aplica-las ex officio, isto é, independentemente da provocação do consumidor.

Por seu turno, as normas reputadas de interesse social são aqueles que incidem sobre relações jurídicas marcadas pelo desequilíbrio e desigualdade das partes e, sendo assim, “são normas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares.” (CAVALIERI, 2011, p. 13)

Por último, mas não menos importante, cumpre reconhecer que as normas consumeristas brasileiras não se identificam unicamente com normas de direito público ou privado. Trata-se de um *tertium genus*, consistente num direito privado ciente de sua função social, consoante propugna Claudia Lima Marques (2009, p. 32), veja-se:

Em resumo, trata-se de um novo direito privado, resultado da influência dos direitos civis (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direito fundamentais positivos de prestação); um direito privado ciente de sua função social, um direito privado guiado pelos valores e pela ordem constitucional.

É, portanto, neste cenário e com estas considerações que se insere a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

1.3 O Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei n. 8.078/90

1.3.1 Campo de incidência do CDC

O estudo do Código de Defesa do Consumidor exige sempre que se tenha em mente que as normas ali dispostas são normas cogentes – isto é, de ordem pública – e de relevante interesse social, vez que irradiam princípios e regras constitucionais. De conseguinte, sua interpretação e estudo não podem ser feitos à luz do direito privado tradicional, cujas normas são predominantemente disponíveis pelas partes.

Outrossim, não se deve olvidar que o Código do Consumo deriva diretamente da imposição constitucional ao Estado de promover a defesa do consumidor (Art. 5º, XXXII, CRFB). Sendo assim, parece inevitável concluir que as normas do CDC incidir-se-ão sobre toda e qualquer relação travada entre fornecedor e consumidor, dita relação de consumo.

Nesta direção, apontam os escólios de Nehemias Domingos de Melo (2008, p. 10), *in verbis*:

Daí se poder afirmar que, sempre que houver uma relação de consumo, a lei a ser aplicada será a lei consumerista, não importando tratar-se de relação contratual ou extracontratual, isso porque as regras principiológicas do Código de Defesa do Consumidor hão de permear todo o sistema jurídico vigente, para assegurar sua prevalência diante de qualquer outra norma que com ele colida.

Diz-se, então, que as normas da Lei 8.078/90 possuem aplicabilidade horizontal, consubstanciando-se em normas de sobredireito, e não vertical, atingindo toda relação de consumo independentemente da seara do Direito em que se encontra inserida.

Neste sentido,

[...]Em matéria de consumo o CDC é lei especial, específica e exclusiva, a lei que recebeu da Constituição a incumbência de estabelecer uma disciplina única e uniforme para todas as relações de consumo, que deve prevalecer naquilo que inovou. As leis incompatíveis com o Código do Consumidor, gerais ou especiais, não prevalecem, apenas coexistem naquilo que com ele estão em harmonia. (CAVALIERI, 2011, p. 18)

Em conclusão, reputa-se indispensável para uma boa exegese das normas consumerista saber-se que elas são “aplicáveis às outras normas de forma supletiva

e complementar” (NUNES, 2009, p. 65), fazendo-se presentes sempre que houver uma relação consumerista.

À referida espécie normativa, dá-se o nome de *Lei Principiológica*, terminologia pela qual se entende aquela norma que:

[...] ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor [...], porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito. (NUNES, 2009, p. 66)

Demais disso, não se deve esquecer que o CDC se consubstancia em uma norma dirigida especialmente para a tutela de certa categoria de sujeitos presumidamente vulneráveis, os consumidores. E justo por tal motivo, entende-se ter tal norma uma abrangência especialíssima em razão da pessoa (*ratione personae*).

Deste entendimento comunga o Min. Cezar Peluso (2009), que em voto proferido no bojo do Recurso Extraordinário n. 351.750 asseverou o seguinte:

O Código do Consumidor tem por escopo, não regrar determinada matéria, mas proteger certa categoria de sujeito, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos (art. 7º). Daí, seu caráter especialíssimo. Enquanto as normas que compõem o chamado Direito Aeronáutico são especiais por força da modalidade de prestação de serviço, o Código é especial em razão do sujeito tutelado. E, como advém logo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, há de, em caso de conflito aparente de normas, preponderar o sistema direto protetivo da pessoa em dano do regime jurídico do serviço ou produto.

Ainda, para uma boa introdução ao Código de Defesa do Consumidor, insta conhecer a divisão operada na Lei 8.078/90. Com efeito, o CDC vem dividido em VI títulos, sendo eles o título I – Dos direitos do consumidor; II – Das infrações penais; III – Da defesa do consumidor em juízo, IV – Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; V – Da convenção coletiva de consumo; e VI – Disposições finais.

Como bem se nota, aludido diploma não apenas cifrou-se em dispor sobre normas de direito civil, abriga também normas de direito processual, penal e, ainda, administrativo, todas atinentes à relação de consumo.

Neste cenário, curial consignar que, consoante lição de Claudia Lima Marques (2009, p. 47), encontra-se, informalmente, no Código do Consumo uma parte geral, inserida no artigos 1º ao 7ª, onde estão presentes “definições, conceitos, princípios, objetivo, direito e normas que devem ser aplicados quando se aplica qualquer norma do CDC”.

Trata-se, portanto, de divisão operada com o fito de facilitar a compreensão e exegese do Código de Consumo pelos seus estudiosos, motivo pelo qual é deveras bem-vinda.

Pois bem. Isto dito, a fim de concluir a parte introdutória do Código de Defesa do Consumidor, urge tecer algumas considerações acerca dos elementos que compõem a relação jurídica de consumo, bem como sobre os princípios do Código do Consumo e os direitos básicos desta categoria de sujeitos.

1.3.2 Os elementos da relação jurídica de consumo

O Código de Defesa do Consumidor se prestou, de antemão, a dar a definição de cada elemento da relação jurídica de consumo, a dizer, o consumidor, fornecedor, produto e serviço. Tais conceitos encontram-se albergados nos seus arts. 2º, 3º, 17 e 29.

Ocorre que, malgrado bem-elaborada, tal previsão não foi suficiente para apaziguar doutrina e jurisprudência que, ainda hoje, se desentendem sobre alguns destes conceitos, máxime em relação à definição de *consumidor*, conforme se estudará a seguir.

O consumidor é o sujeito objeto da tutela e defesa da Lei n. 8.078. É, sob todas as luzes, a razão de ser do referido diploma. Neste sentido, é de supina importância o estudo do que vem a se enquadrar neste conceito.

A principal acepção de quem seria consumidor, no CDC, encontra-se no seu artigo 2º, que estabelece que este *é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*.

Com efeito, a grande celeuma de tal conceito reside no fato de saber-se qual é a extensão da expressão *destinatário final*. Explica-se:

Nesta definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como *destinatário final*. Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento

subjeto), com fim de lucro, também deve ser considerado como 'destinatário final'? Em que circunstâncias? A definição do art. 2º do CDC não responde a pergunta; logo, é necessário interpretar (esclarecer o sentido, iluminar) a expressão 'destinatário final'. (MARQUES, 2009, p. 70)

Neste diapasão, surgiram três correntes de interpretação da referida conceituação. A primeira delas, denominada Teoria Maximalista ou Objetiva, busca dar maior amplitude à expressão *destinatário final*, incluindo aí toda aquela pessoa que, em última análise, realiza um ato de consumo, ainda que este seja feito com vistas ao fomento de uma atividade econômica – consumo intermediário e não final.

Nesta senda, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor,

[...] ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um *ato de consumo*. A expressão *destinatário final*, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como *destinatário fático* do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 60)

Chama-se de Teoria Maximalista ou Objetiva, o primeiro porquanto pretende abranger ao máximo o campo de proteção do CDC, e o segundo porque analisa apenas o ato de consumo em si, ignorando a qualidade da pessoa daquele que o realizou.

Por outra banda, a Teoria Finalista ou Subjetiva restringe o campo de incidência do termo *destinatário final* para considerá-lo tão somente como

[...] aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou para a residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. (MARQUES, 2009, p. 71)

Em virtude disso, para os adeptos desta corrente, aquele consumidor intermediário não estaria abarcado pelas normas tutelares do Código do Consumo, mas, sim, pelo direito comercial ou civil tradicional.

Sucedo que, pouca ou nenhuma dúvida tem a doutrina de que uma pessoa física ao retirar um produto do mercado o faz na qualidade de consumidor, vez que certamente encontra-se em posição inferior em relação ao fornecedor de produtos

ou serviços – dita vulnerabilidade presumida. A grande indagação gravita em torno da possibilidade da pessoa jurídica ser enquadrada como consumidora.

Neste Sentido, José Reinaldo de Lima Lopes (*apud* FILOMENO, 2010, p. 24) propugna que

[...] é certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente citados neste particular artigo do Código (art. 2º). [...] Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Em outras palavras: o Código de Defesa do Consumidor não veio para revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito as relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico. Uma grande empresa oligopolista não pode valer-se do Código de Defesa do Consumidor da mesma forma que um microempresário. Este critério, cuja explicitação na lei é insuficiente, é, no entanto o único que dá sentido a todo o texto. Sem ele, teríamos um sem sentido jurídico.

É neste cenário que se insere a Teoria Finalista Atenuada⁶, terceira e derradeira teoria, que lança mão de uma interpretação teleológica mais elaborada para extrair a verdadeira razão de ser do art. 2º, do CDC. Sendo assim, haja vista que o Código tem como função precípua a proteção e defesa de um grupo de sujeitos reputados como vulneráveis⁷, a identificação de quem seja consumidor deve passar, peremptoriamente, pelo reconhecimento desse traço.

Assim,

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. (MARQUES, 2009, p.73)

Trata-se, em outras palavras, de aferir a vulnerabilidade *in concreto* daquele candidato a consumidor.

⁶ Sergio Cavalieri Filho, em sua obra *Programa de Direito do Consumidor*, denomina esta terceira teoria de Finalista mitigada ou atenuada. Claudio Lima Marques, por seu turno, em *seu Manual de Direito do Consumidor*, diz se tratar da corrente Finalista Aprofundada.

⁷ A vulnerabilidade do consumidor é multifacetária, de sorte que a doutrina diz ser ela uma vulnerabilidade *técnica, jurídica e econômica*, Claudia Lima Marques (2009), ainda, aponta no sentido de existir uma vulnerabilidade *informacional*.

É este o entendimento que deve prevalecer, porque, consoante lição de Cavalieri Filho (2011), é o que mais se ajusta ao real objetivo do CDC. Afinal, o direito deve ser interpretado de forma inteligente, sendo impossível desvincular a interpretação de uma norma a sua *ratio legis*.

Disto não destoa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já julgou o seguinte:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido.

(476428 SC 2002/0145624-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.05.2005 p. 390RSTJ vol. 193 p. 336)

Ainda no que tange ao conceito de *consumidor*, cumpre também chamar atenção para a figura do *consumidor por equiparação* criada pelo Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, equipara-se ao consumidor: (i) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, par. único, CDC); (ii) todas as vítimas do evento danoso (art. 17, CDC); e, ainda, todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V do Título I do CDC – Das Práticas Comerciais do Código do Consumidor (art. 27, CDC).

De outra banda, no lado oposto da relação de consumo, tem-se a pessoa do fornecedor de produtos e serviços. O Código de Consumo, por sua vez, o define

como *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* (art. 3º, CDC).

Tal conceito, ao revés do que acontece com o de *consumidor*, parece não despertar maiores dúvidas na doutrina e na jurisprudência.

Há de se notar, porém, que para o enquadramento nele, crucial que o candidato a fornecedor desenvolva algum tipo de atividade. Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 73) esclarece que:

Permeiam o conceito de fornecedor, como se vê, as ideias de atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas – o que nos leva a crer que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente.

E arremata:

Dessa forma, não caracterizam relação de consumo as relações jurídicas estabelecidas entre profissionais, casual e eventualmente, o que, nada obstante, não os desonera dos deveres de lealdade, probidade e boa-fé, visando ao equilíbrio substancial e econômico do contrato, que deve cumprir a sua função social.

Na mesma direção, apontam os escólios de Claudia Lima Marques (2009, p. 82):

A expressão 'atividades', no caput do art. 3º, parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviço no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor.

Com efeito, não obstante a exigência de *desenvolvimento de uma atividade*, o legislador consumerista erigiu um conceito de fornecedor deveras abrangente, contribuindo e muito para ampliar a área de incidência das normas de proteção e defesa do consumidor.

Diante disso, vale ressaltar que mencionado conceito,

[...] é o gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciantes são espécies. Ver-se-á que, quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo 'fornecedor'. Quando quer designar algum ente específico, utiliza-se de

termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc. (NUNES, 2009, p. 90)

À evidência, o consumidor e o fornecedor são os dois elementos subjetivos da relação jurídica de consumo. A parte objetiva desta relação, a saber, *produtos e serviços*, é conceituada pelo código de forma ainda mais clara e objetiva.

Neste diapasão, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é considerado produto *qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial* (art. 3º, §1º, CDC). Serviço, por seu turno, *é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista* (art. 3º, §2º, CDC).

No que tange à definição de *serviço*, curial destacar que sua remuneração poderá vir camuflada de gratuidade, quer dizer, quando é feita indiretamente. Isto, no entanto, não dá azo à não incidência deste conceito.

Neste sentido, Rizzato Nunes (2009, p. 100-101) ressalva que:

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos. Logo, quando a lei fala em 'remuneração' não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto 'remuneração' no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.

Visto isto, cumpre, por fim, analisar os princípios do Código do Consumo, bem como dos direitos básicos do consumidor, a última seção da chamada parte geral do código.

1.3.3 Princípios do Código de Defesa do Consumidor e Direitos Básicos do Consumidor

Para a correta aplicação e interpretação do Código de Defesa do Consumidor, deve-se sempre ter em vista seus princípios norteadores, os quais não só facilitam nesta tarefa, mas contribuem, inclusive, para a compreensão das normas consumeristas.

Neste sentido, o Código estabelece em seu art. 4º, *caput*, que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Ora, da leitura deste artigo, extrai-se ao menos os seguintes princípios: o da dignidade da pessoa do consumidor, corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB); princípio do respeito à saúde, vida e segurança do consumidor; princípio da defesa dos interesses do consumidor e, por fim, os princípios da transparência e harmonia.

Mas não termina por aí, estabelece-se ainda uma série de princípios que direcionaram a defesa do consumidor, dentre eles: o da vulnerabilidade, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, CDC); o da intervenção do Estado, que irroga a este o dever de agir no sentido de proteger efetivamente o consumidor por iniciativa direta, por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, pela sua presença no mercado de consumo ou ainda pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, buscando sempre a coibição e repressão *eficientes* de todos os abusos praticados no mercado de consumo (art. 4º, II, IV, V, VI, todos do CDC e consectário do mandamento constitucional inserto no art. 5º, XXXII, CRFB); princípio da harmonia, visando a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 4º, *caput* e III, do CDC); princípio da boa-fé (art. 4º, III, e art. 51, IV, ambos do CDC) e o princípio da equidade (art. 4º, III, *in fine*, art.7º, *caput* e art. 51, IV, todos do CDC).

Neste sentido, sobre o princípio da boa-fé, traz-se à baila doutrina de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 40), que explica ter referido princípio:

[...]três funções, uma **criadora ou integrativa** (cria deveres anexos ou acessórios), outra **interpretativa**, isto é, critério hermenêutico ou paradigma interpretativo destinado ao juiz para ser utilizado na interpretação de todo negócio jurídico que gera relação de consumo (art. 113 do CC). E ainda uma **função de controle**, ou seja, limite ao exercício dos direitos subjetivos (CDC, art. 51, IV e CC, art. 187).

Afora estes, há, ainda, o princípio da confiança que, conforme lição de Sergio Cavalieri Filho (2011, p.44), conquanto não esteja previsto no CDC, “é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência.”

Pois bem. Os direitos básicos do consumidor previsto no Capítulo III do Título I do Código, por seu turno, serão, nada mais nada menos, do que reflexo dos princípios já mencionados e da disciplina constitucional dada à matéria.

Neste espectro, o artigo 6º da Lei 8.078/90 traz rol exemplificativo dos direitos básicos do consumidor. No seu inciso I, encontra-se insculpido o direito à incolumidade física do consumidor, objetivando a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. Trata-se, a toda evidência, de irradiação do princípio *sus*o citado do respeito à saúde, vida e segurança do consumidor.

Já o art. 6º, II, do CDC, alberga o direito à educação para o consumo, à liberdade de escolha e à igualdade nas contratações, ao prever que são direitos básicos do consumidor a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

O direito à informação, por sua vez, está previsto no inciso III do aludido artigo, que dispõe ter o consumidor o direito de obter informações adequadas e claras sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Referido direito é consentâneo do princípio da transparência, confiança e boa-fé. É, ademais, muito caro aos consumidores, uma vez que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.96), “sem informação adequada e precisa o consumidor não pode fazer boas escolhas, ou, pelo menos, a mais correta.”

Ainda de acordo com referido doutrinador, só haverá autonomia de vontade quando o consumidor for bem informado e poder manifestar sua decisão de maneira refletida.

Nesta vereda, a positivação do referido direito dentre o rol de direitos básicos do consumidor teve o condão de inverter os papéis das partes da relação de

consumo, quer dizer, hoje não é este que deve buscar a informação, a informação tem de ser dada pelo fornecedor, pois é seu dever bem informar o consumidor. Assim, a questão da informação passou a cargo do fornecedor, que arcará com os custos da informação deficiente que prestar (art. 12, 14, 18, 20, 30, 31, 46 e 54, todos do CDC).

No inciso IV do multicitado artigo, abrigou-se dois direitos do consumidor: (i) o direito à proteção contra publicidade enganosa⁸ e abusiva⁹, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como (ii) contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Para Cavalieri (2011), o primeiro deles impõe que tudo o que se diga a respeito de um determinado produto ou serviço seja correspondente exatamente à expectativa gerada no público consumidor. Nota-se, pois, que tal direito está visceralmente ligado ao direito à informação adequada e precisa do consumidor.

Colimando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes na relação de consumo, o legislador consumerista previu, no inciso V do seu artigo 6º, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Acerca disso, recorre-se, mais uma vez, à doutrina de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 103):

No primeiro caso (modificação das cláusulas contratuais), a intervenção decorre da existência de lesão congênere à formação do vínculo contratual, isto é, da existência de cláusulas abusivas, desde o momento de celebração do contrato. No segundo (revisão das cláusulas contratuais), a intervenção decorre de superveniente e excessiva onerosidade, ou seja, embora não se questione a validade das cláusulas contratuais, hígidas e perfeitas, fato posterior à formação do negócio jurídico rompeu com o equilíbrio

⁸ O conceito legal de publicidade enganosa encontra-se previsto no artigo 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor que diz ser “enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” O §3º, deste artigo, por sua vez, consigna que “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

⁹ O conceito legal de publicidade abusiva encontra-se no art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor que diz ser abusiva, “dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

econômico-financeiro daquela relação jurídica, tornando imperiosa a intervenção judicial para restaurá-lo.

Por sua vez, o artigo 6º, VI, do CDC, acolhe direito muito precioso ao consumidor. Trata-se do direito à *efetiva* prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos experimentados pelos consumidores. Perceba-se que o legislador não fala em qualquer prevenção e reparação, mas sim numa *efetiva* prevenção e reparação do dano.

Igualmente caro ao consumidor, é o direito ao acesso à justiça e à Administração, insculpido no inciso VII do artigo 6º, do sobredito diploma. Aludido dispositivo lhes assegura o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

A possibilidade de assistência judiciária gratuita, por sua vez, encontra previsão na Lei 1.060/50 que estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Porém o legislador não cansou por aí, albergando, ainda no artigo 6º, mais precisamente no seu inciso VIII, o aclamado direito à facilitação da defesa do consumidor, admitindo, inclusive, a inversão do ônus da prova quando presente a verossimilhança de suas alegações *ou* estiver constatada sua hipossuficiência.

A hipossuficiência, neste caso, segundo lição de Cláudia Lima Marques (2009, p.63), é “espécie de vulnerabilidade processual, por exemplo, para fazer uma prova custosa e difícil para ele (consumidor), mas cujo teor o fornecedor detém sem o menor problema”.

Note-se, ainda,

[...]que a partícula ‘ou’ bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC – sendo assim, ao juiz é facultado inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário[...] (MARQUES, 2009, p. 42)

Alfim, mas não menos importante, o legislador encerra a lista de direitos básicos do consumidor garantindo-lhe o direito à prestação adequada e eficaz dos serviços públicos em geral (art. 6º, X, do CDC).

Neste passo,

[...] o CDC criou para a Administração Pública o dever jurídico de prestar, de maneira adequada e eficaz, os serviços públicos em geral. Cumpre-se, neste particular, o que já determina o art. 37, caput, da Constituição, que impõe à Administração Pública obediência, entre outros, ao princípio da eficiência. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 109)

Ressalte-se, todavia, que os direitos do consumidor não se esgota naqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor, pelo que não é correto dizer que este se afigura como fonte exclusiva daqueles. Assim, não se exclui outros direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, ou ainda aqueles que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade, consoante impõe o seu artigo 7º. Referido artigo, a bem da verdade, conforme magistério de Cláudia Lima Marques (2005, p. 221), assegura, em última análise, a aplicação da norma que mais favorece o consumidor.

Por derradeiro, arremata o legislador consumerista consignando que, havendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (art. 7º, parágrafo único, CDC).

Isto é o que prevê a denominada parte geral do Código de Defesa do Consumidor, que vai do art. 1º ao 7º da Lei 8.078/90. Vencida esta etapa, impende minudenciar o instituto do dano moral no direito brasileiro.

2 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Conceito de Dano moral

Na primeira metade do século XX, o Homem testemunhou sua capacidade de cometer atrocidades, tomando ciência do lado mais perverso e cruel de sua espécie. Mencionado período foi marcado por guerras devastadoras que defraudaram vidas de milhões de pessoas, à guisa de exemplo, cite-se a Primeira e Segunda Grande Guerra.

Como era de se esperar, tal testemunho desassossebou bastante o homem que, preocupado com o seu futuro, clamava por mudanças. Foi então que o paradigma eminentemente materialista, fruto do ideário liberal dominante na época, “segundo o qual o aspecto patrimonial das relações sobrepunha-se à figura da pessoa, passou a ser abandonado” (RESEDÁ, 2009, p. 86) para paulatinamente dar espaço à criação de instituições voltadas precipuamente para proteção da pessoa humana.

Com efeito, o Direito, antes voltado para o amparo e zelo do patrimônio do indivíduo, passa a dar primazia à própria pessoa deste, tornando-o o vértice de todo ordenamento jurídico.

Neste sentido, Antonio Jeová dos Santos (2003, p. 86) preleciona que

A tutela jurídica sai do campo limitado dos bens econômicos para também abranger o homem, enquanto sujeito de toda relação de direito. Merece o homem que seja respeitado, tanto em sua integridade patrimonial, como em sua integridade física, psíquica, espiritual, em sua própria condição de ser humano, com todos os atributos daí decorrentes, como a vida, a saúde, a paz, a honra, a liberdade etc.

No Brasil, coube à Constituição de 1988 tal mister que, ao elencar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, no inciso III, do seu artigo inaugural, “colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82)

Reconheceu-se, finalmente, que “o Estado existe em função da pessoa e não esta em razão daquele.” (RESEDÁ, 2009, p. 116)

E foi somente a partir deste reconhecimento que se tornou possível falar-se em indenização por dano ao aspecto imaterial da pessoa. Dano este que se denominou de *dano moral*.

Pois bem. A primeira observação a ser feita quando do início do estudo do conceito do que vem a ser *dano moral*, é a de que este em nada se relaciona com o conceito de *moral*, não estando ligado à ideia de bom procedimento, bons costumes, ética etc. O *dano moral*, portanto, não deve ser confundido com imoralidade, isto é, dano à moral.

Nesta vereda, Antonio Jeová dos Santos (2003, p. 87) explica que, no Brasil, “não é possível buscar nos dicionários a conceituação de moral para encontrar o real sentido do dano extrapatrimonial.”

Diante disso, verifica-se que

O entendimento de moral que privilegia as boas ações e o caráter da pessoa, desde o ponto de vista da bondade e dos bons costumes, não encontra fundamento no assunto ora versado. O *dano moral* reveste-se de consequências jurídicas e, nem sempre, vem acompanhado de algum conteúdo ético. A infração às normas da ética não tem similitude, nem se aproxima do *dano moral*. A conduta do ofensor pode não ser reprovável do ponto de vista da moral, mas ser lesiva ao patrimônio imaterial do ofendido. É necessária a compreensão de que o adjetivo moral aponte e defina o dano causado a alguém, nada tendo que ver com a conduta de quem praticou o mal. (SANTOS, 2003, p. 87)

Assim, um dano à moral - a nudez pública, por exemplo - não implica necessariamente em *dano moral*. A nomenclatura é infeliz e há quem diga que seria mais prudente alterá-la para a expressão *dano à pessoa*, porém reputa-se que não há motivos para reforma, uma vez que já se encontra consagrada no seio da sociedade brasileira, bem como na prática forense.

Na mesma direção, apontam os escólios de Salomão Resedá, para quem, malgrado seja defeituosa a nomenclatura, ela

[...]não apresenta grandes dificuldades para a sua aplicação nos corredores forenses. A utilização cotidiana causou a adequação do termo à intenção do legislador, apesar de a terminologia implantada mostrar-se tecnicamente inconsistente, principalmente para os leigos que passam a ter um contato inicial com a matéria. (2009, p. 126)

Feitas estas advertências, impende minudenciar as três teorias que conceituam o *dano moral*.

A primeira delas, denominada de Teoria Negativista, parte de uma definição negativa desta espécie de dano para concluir que *dano moral* é toda lesão não

material experimentada pelo indivíduo, em outros termos, é todo dano que atinge aos bens sem expressão econômica das pessoas.

Neste espectro, Rubens Limongi França (1988) define como moral aquele dano que “direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico de seus bens jurídicos.”

Na mesma trilha, Maria Helena Diniz (2005, p. 84) compreende que “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.”

Porém, a toda evidência, tal conceituação peca pela demasiada abstração. Aliás, é bem verdade que conceituar o dano moral como todo dano não patrimonial, é o mesmo que nada dizer. Por isso, referida teoria é a que menos se presta para dirimir as dúvidas dos estudiosos da temática.

Nesta toada, assiste razão a Antonio Jeová dos Santos (2003, p. 94) que, ao abordar o tema, adverte que “não se define por negação. A definição pressupõe afirmação. Por isso, não mais é aceitável a proposição de que *dano moral* é a lesão não-patrimonial. Nada de substancial é afirmado nesta frase.”

A segunda teoria, por seu turno, lança mão de uma conceituação positiva para encarar o prejuízo moral como uma modificação do estado anímico da pessoa. Isto é, para os adeptos desta corrente, o *dano moral* seria toda aquela dor, angústia, humilhação, sofrimento, desconforto, aviltamento, etc. experimentado pela vítima, em decorrência do ilícito praticado pelo seu ofensor.

Neste sentido, ao tratar sobre o tema, José de Aguiar Dias (1997, p. 729), explica que tal espécie de dano

[...] consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ridícula tomada pelas pessoas que o defrontaram.

À mesma conclusão chega Rizzatto Nunes (2009, p. 321), que, a toda evidência, coaduna-se com tal doutrina, veja-se:

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

Em conclusão, conforme bem apontado por Antonio Jeová dos Santos (2003, p. 93), para os que laboram com esta corrente, o que determina o “*dano moral indenizável*” é a consequência, o resultado que do ato dimanar. Não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca.”

Neste pensar, o dano moral é identificado na modificação do espírito, psicológico da vítima, sendo, por conseguinte, a tristeza, o desassossego, a vergonha, a angústia, a amargura, o ódio, a humilhação, e toda sorte de sentimentos negativos que vivencia o ofendido em razão do ato do seu algoz.

A propósito, esta é a posição que tem prevalecido nos tribunais pátrios. Neste sentido, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Especial de n. 489.187/RO, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, exarou o seguinte:

[...]Na linha da jurisprudência deste Tribunal, "mero receio ou dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige".

Sucedo, porém, que tal linha de raciocínio, é incapaz de justificar o arbitramento de indenizações por dano moral em favor daquelas pessoas despidas de consciência da realidade, tampouco daqueles que tem uma compreensão de mundo reduzida, nem, dos que tem o coração endurecido e nada sentem e, muito menos, em favor das pessoas jurídicas.

Isto porque tais pessoas ou não conseguem ser afetadas pelas exterioridades do mundo ou, simplesmente, não são capazes de experimentar sentimentos, como é o caso das pessoas jurídicas.

Logo, como indigitada teoria consegue explicar a possibilidade de uma empresa, de um bebê, ou de um alienado mental padecer de dano moral? Ela simplesmente não consegue. Não obstante isso, é patente que todas estas pessoas podem ser vítimas de dano moral e, por conseguinte, deverão ter esta lesão reparada¹⁰.

Demais disso, se dano moral exsurge de todos aqueles sentimentos deletérios vivenciados pela vítima, o que dizer daqueles que tem a sensibilidade

¹⁰ Esta é a orientação averbada na súmula 227 do STJ, que tem o seguinte teor: *a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.*

aflorada na epiderme e que por qualquer dissabor do cotidiano sofrem um tremendo abalo psicológico? Por uma questão de coerência teórica, deverão ser eles sempre indenizados? Obviamente que não, inclusive, os que se perfilham com tal teoria ponderam que na vida em sociedade “existe um mínimo de incômodos, inconvenientes ou desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas grandes cidades, em que os problemas fazem com que todos estejam mal-humorados, há um dever geral de suportá-los.” (SANTOS, 2003, p. 113).

Mas será, realmente, que só existe dano moral quando há modificação negativa do espírito do ofendido?

Neste passo, qual é o abalo psicológico que o cidadão sofre quando uma empresa de telefonia lhe faz uma cobrança indevida? Ou quando ele se surpreende com um cancelamento surpresa de seu voo ao chegar no aeroporto? Ainda, qual é a dor, sofrimento, humilhação experimentado por alguém que teve seu fornecimento de energia cessado, em razão de inadimplemento, sem a prévia notificação? Ora, é evidente que, nestas conjecturas, há pouco ou nenhuma alteração desvaliosa no espírito do ofendido, portanto, tratar-se-ia de sofrimento ordinário que não desborda os limites aceitáveis do mero dissabor, incapaz de ensejar reparação por prejuízo moral. Sem embargo, em todos esses casos, a jurisprudência tem se dignado de fixar indenizações por dano moral erroneamente sob o manto desta segunda teoria, ainda que, rigorosamente, não se verifique, no caso concreto, a presença de sua premissa básica, qual seja, uma modificação anímica dos indivíduos que transpassa as fronteiras do mero dissabor.

Aduz-se, então, que, nestas situações, o sofrimento, dor, vexame, é presumido – *damnu in re ipsa* – razão pela qual se faz necessário a indenização por dano moral. Isto, porém, não passa de tergiversação teórica utilizada para justificar algo que, pela teoria adotada, seria injustificável.

Diante disso, urge concluir que mencionada teoria não explica satisfatoriamente o fenômeno do dano moral. E neste cenário, insere-se a terceira e derradeira teoria, que vincula o “dano moral com a ofensa à dignidade da pessoa humana que se perfaz diante de agressões a direitos da personalidade.” (RESEDÁ, 2009, p. 143)

Neste sentido, Hector Valverde Santana (2009, p. 153) preleciona que:

Dano moral não se resume apenas na lesão sem repercussão patrimonial. Há necessidade de modificar o foco da questão, abandonando-se a concepção de que o dano moral pressupõe a dor da vítima, para localizá-la primeiramente na ideia de lesão ou privação de um direito da personalidade.

Com efeito, à luz desta teoria, prescindir-se-á de prova de prejuízo efetivo sofrido pela vítima, pois o dano moral operar-se-á pela simples violação de um direito da personalidade, presumindo sua existência nestas hipóteses (*damnu in re ipsa*), ainda que não se verifique a existência de dor, sofrimento, vexame, angústia, ou outras aflições da alma, por parte do ofendido.

Trata-se da melhor maneira de se entender tal instituto, porquanto é a única teoria que se coaduna verdadeiramente com a revolução perpetrada pela Constituição de 1988 no modo de encarar os direitos.

Deste entendimento comunga Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 82) que consigna o seguinte:

Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais do dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. [...]a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Nesta perspectiva, muda-se o foco da análise dos efeitos do ato lesivo para se analisar a espécie do direito por ele menoscabado. Doravante, o que importa é o direito agredido e não mais as consequências provocadas no âmago da vítima.

Assim, todo aquele que malferir direito personalíssimo de outrem e, em última análise, a sua dignidade, será obrigado à reparar-lhe por dano moral. De conseguinte, não seria exagero afirmar que o fim precípua do referido instituto é assegurar a integridade dos direitos inerentes à própria condição de ser humano, ditos direitos personalíssimos, que têm como origem e fundamento a dignidade da pessoa humana, pois, consoante lição de Cristiano Chaves Farias (2005, p. 107), os direitos da personalidade expressam o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade.

Concernentemente à possibilidade de uma pessoa jurídica ser vítima de dano moral, seria um disparate afirmar que esta é possuidora de dignidade humana. Destarte, o fundamento de sua pretensão ressarcitória por agravo moral encontrar-se-á no artigo 52, do Código Civil, que determina ser aplicado às pessoas jurídicas,

no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, e não no princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumprido ressaltar, todavia, que não se trata de mais uma utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como *panacéia jurídica* – argumento universal que a tudo justifica. Trata-se, ao revés, de dedução lógica do próprio sistema constitucional brasileiro atualmente vigente, que não só elegeu a dignidade humana como um dos fundamentos principais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, como também determina no seu art. 5º, inciso X, que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – todos direitos personalíssimos – são invioláveis, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Porém, deve-se atentar ao fato de que não é porque a Constituição de 1988 fez menção a estes direitos que tão somente eles merecem a proteção do dano moral. Desta conclusão, não destoa o entendimento de Antonio Jeová dos Santos (2003, p. 90-91) que assevera o seguinte:

[...] a leitura apressada do inciso X, do art. 5º, da nossa Constituição pode levar à idêntica conclusão. Ao considerar que pode ser objeto de dano moral a ofensa à honra, à intimidade, à imagem e à vida privada, pode haver a conclusão errônea de que somente esses aspectos da personalidade estão a merecer integral proteção. Não é assim, porém. A estreiteza da redação do precitado texto constitucional esbarra no multifacetado conceito de personalidade. A cada dia pode surgir uma forma de atingimento lesivo a um direito personalíssimo. O ato ilícito de natureza civil não se compadece com o âmbito fechado da tipicidade penal. Não é porque a Constituição faz referência à intimidade, vida privada, honra e imagem que somente esses direitos personalíssimos devem merecer proteção.

Feita esta advertência, impende reconhecer que o diferencial desta teoria reside no fato de se analisar o dano moral com base em critérios um pouco mais objetivos do que a segunda teoria, pois que se deixa de lado o subjetivismo dos sentimentos da vítima para se concentrar na qualidade da agressão – lesão a direitos personalíssimos.

Afora isso, mencionada teoria permite, outrossim, que se dispense às vítimas um tratamento mais isonômico, sustentando, inclusive, indenizações para aqueles que não tiveram um abalo anímico em virtude do ilícito, tais como crianças em tenra idade, pessoas sem discernimentos, e pessoas jurídicas.

Neste espectro, Antonio Jeová dos Santos acertadamente pondera (2003, p. 98-99) que, a partir desta perspectiva,

[...]existe a possibilidade de o *dano moral* existir mesmo que não haja derramamento de lágrimas ou que não haja percepção sensitiva do menoscabo. O sofrimento não é um requisito imprescindível para que o *dano moral* ocorra, embora seja uma de suas manifestações mais encontráveis no cotidiano. O sofrimento, caracterizado pela dor, angústia, vergonha, humilhação, perda do desejo de viver etc., é apenas possível manifestação do *dano moral*. Nesse quadro, mesmo sem a existência de lágrimas ou sem que a vítima perceba que está ocorrendo em seu derredor, é possível que sofra *dano moral*.

Ocorre que, a aplicação da *suso* citada teoria não é tão simples quanto possa parecer, porquanto se assenta em um conceito ainda não bem delimitado pela doutrina, a saber, a *dignidade da pessoa humana*.

Mas não é só, outra questão tormentosa que se põe na aplicação da Terceira Teoria, é a de se saber exatamente o que e quais são os direitos personalíssimos.

Pois bem. No que tange à dignidade da pessoa humana, em que pese a grande celeuma doutrinária em seu derredor e o perigo que subjaz toda tentativa de definir algo, alia-se a doutrina que defende ser a *dignidade da pessoa humana* uma condição inerente a todo ser humano, um valor moral e jurídico que veda o tratamento do homem como simples meio de consecução/satisfação dos anseios de outrem, pois o homem é um fim em si mesmo e deve ser visto, entendido e tratado desta forma.

Nesta mesma trilha, percorrem os ensinamentos de Immanuel Kant (2004, p. 77):

[...]suponho que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem - e, de uma maneira geral, todo o ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.

Em outras palavras,

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre

sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2000, p. 60)

Resumidamente, a dignidade humana é uma condição intrínseca ao próprio ser humano que impõe respeito mútuo entre seus pares e, por isso, proscreeve, peremptoriamente, a coisificação/objetização do homem pelo homem.

À guisa de exemplo, quando uma fornecedora de serviços faz, disfarçadamente, cobranças indevidas em desfavor de seus consumidores, ou nas hipóteses em que disponibiliza serviços com qualidade muito menor do que aquela contratada por eles, ela atenta contra a dignidade destes, uma vez que está a tratá-los como mero meio de consecução de lucros maiores, desconsiderando-os como fim em si mesmo.

Os direitos de personalidade, por sua vez, são consentâneos da dignidade humana, cuja titularidade adquire o homem a partir do nascimento com vida, consoante preciosa lição de Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 82):

Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os *direitos de personalidade*, que ocupam posição supra estatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.

O problema, porém, gravita em torno de se precisar quais são estes direitos considerados personalíssimos. Para tanto, há aqueles que propugnam que só podem ser considerados tais aqueles legalmente reconhecidos pelo legislador. Assim, o rol de direito da personalidade cifrar-se-ia àqueles preditos nos diplomas legais, que conteriam uma lista taxativa destes. Logo, referida espécie de direito esgotar-se-ia, basicamente, naqueles apresentados pela Constituição de 1988 e Código Civil Brasileiro (art. 11 e seguintes).

No entanto, tal orientação não merece acolhida.

Isto porquanto o legislador não tem o condão de limitar direitos que derivam da própria condição humana. Afora isso, não se deve olvidar que a evolução social é muito mais dinâmica que a atividade legiferante, o que não permite que o legislador preveja tudo que acontece e, muito menos, o que vai acontecer.

Neste passo, caminham os ensinamentos de Hector Valverde Santana (2009, p. 150):

O ser humano tem natureza complexa, diversificada no aspecto subjetivo, variável no tempo e no espaço, sujeita a constantes mutações. Desta forma, não há como elaborar rol exaustivo ou fechado de valores inerentes à dignidade da pessoa humana e limitar os casos de dano moral.

Não há, pois, que se cogitar em tipicidade fechada dos direitos personalíssimo, sob pena de se atentar contra a própria natureza destes, “cujo objeto são os diversos aspectos inerentes à própria pessoa e sua projeção em relação aos demais.” (RESEDÁ, 2009, p. 140)

Sendo assim,

[...] no que se refere aos direitos de personalidade constantes em capítulo próprio do Código Civil de 2002, é necessária a construção de uma tangente no sentido de que eles não sejam considerados como limitadores, mas sim como exemplos de direitos atualmente reconhecidos. A efetivação das defesas à personalidade humana deve manter-se à semelhança de uma porta aberta, onde não há nenhum impedimento para que direitos outros sejam reconhecidos, já que ela é, antes de tudo, um valor jurídico não suscetível de ser reduzido para uma situação jurídica específica. (RESEDÁ, 2009, p. 119)¹¹

Ora, afinal, está é a interpretação que mais fortalece a tutela da dignidade da pessoa humana, e dos direitos a ela inerentes, por meio do instituto do dano moral, razão pela qual deve ser adotada.

Vale, ainda, dizer que, no sistema constitucional atualmente vigente, o Estado Brasileiro não pode chancelar atitudes que violem os direitos mais essenciais do ser humano, tais como, os direitos à liberdade, ao decoro, ao respeito, à integridade física, intelectual e psíquica, à honra, à intimidade, à vida privada, à paz, etc., devendo reprimir toda agressão quejanda. Ademais, incumbe ao Estado-Juiz o

¹¹ Inclusive, recentemente, em março de 2013, nas VI Jornada de Direito Civil, foi reconhecido a existência de mais um direito personalíssimo, a saber, o direito ao esquecimento. É o que se extrai do seu recém aprovado ENUNCIADO 531, que tem a seguinte redação: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. “

dever de atuar sempre com vistas à consecução de uma sociedade mais justa, fraternal e pacificada, onde impera o respeito ao próximo e a paz social.

A propósito, não basta apenas viver, impõe-se que se tenha uma vida digna, pois, conforme frase atribuída a Immanuel Kant, “a vida só vale a pena se digna.”

Finalmente, é imperioso reconhecer que, das três teorias que conceituam o dano moral, aquela que o identifica na lesão a direitos de personalidade e, em última análise, à dignidade da pessoa humana, é a única que se coaduna perfeitamente com a Constituição da República. É, portanto, ela que deve dar contornos ao instituto do dano moral no Direito Brasileiro, devendo prevalecer sobre as demais.

Isto posto, passa-se a análise das finalidades da reparação por dano moral.

2.2 Finalidades da reparação por dano moral

Já se assentou os alicerces sobre os quais se erige o instituto do dano moral. Com efeito, indigitado instituto deve ser entendido como instrumento de tutela dos direitos da personalidade.

Sendo assim, é patente que a reparação moral extravasa a esfera dos interesses dos particulares envolvidos na situação daninha, repercutindo nos interesses da própria sociedade, que não mais admite situações em que direitos da personalidade do cidadão restem menoscabados, porquanto, como acertadamente observado por Resedá (2009, p. 302), “à sociedade interessa que o Direito possua a capacidade de sustentar as relações interpessoais dentro de um padrão de equilíbrio e respeito”.

Neste sentido, à luz deste entendimento, o instituto do dano moral, inexoravelmente, terá duas finalidades, sem as quais não haverá que se falar em efetividade da tutela pretendida. Trata-se da chamada Teoria do Valor do Desestímulo, fruto do reconhecimento da função social que permeia a reparação por dano moral e manifestação brasileira da doutrina norte-americana do *punitive damages*.

Assim, nesta perspectiva, a reparação por agravo moral deve atender precipuamente, a dois objetivos: (i) a compensação da vítima, (ii) a dissuasão do agressor e da sociedade na perpetração e reiteração de novos ilícitos por meio da punição exemplar do ofensor. Terá, então, uma função compensatória, e outra

punitiva com intuito de prevenir novas agressões. Pune-se, portanto, com vistas à prevenção do dano e não simplesmente por punir.

Na mesma vereda, Salomão Resedá (2009, p. 302) explica que, “para os danos morais, fundamentado na ideia da função social da responsabilidade civil, além da satisfação do ofendido, deve o magistrado procurar meios para manter hígida a paz social.”

Yussef Said Cahali (2005, p. 175), por sua vez, consigna que “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir e admoestar ou prevenir.” Trata-se, porém, da mesma teoria enxergada de outra forma.

Dito isto, cumpre analisar como se manifesta cada um destes objetivos.

O primeiro deles, o de caráter compensatório, obviamente, almeja à compensação da vítima pelo dano sofrido, oferecendo-lhe conforto ao buscar a minimização ou superação dos sentimentos desvaliosos por ela experimentados, através de certa soma em dinheiro que, por qualquer outro modo, possa lhe trazer satisfação. Serve, igualmente, para enfraquecer o desejo de vingança despertado na ânimidade do ofendido. Em outros termos, é

[...] pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança.” (PEREIRA, 1992, p. 315-316)

Ainda, deve-se atentar ao fato de ser impossível a restauração do *status quo ante* no caso de prejuízo moral, diferentemente do que acontece nos casos de agravos materiais, visto que danos quejandos têm consequências incomensuráveis e, portanto, desconhecidas. Neste sentido, a verba indenitória servirá apenas como compensação do dano, jamais proporcionará ao lesionado o retorno à situação de que gozava anteriormente à agressão experimentada.

O aspecto compensatório do dano moral é a face incontroversa do instituto. Em outra situação, entretanto, encontra-se a discussão acerca da sua segunda finalidade, que se manifesta no intento de prevenir o dano mediante a punição do ofensor, consoante se extrai de lição de Hector Valverde Santana:

É a 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. É por meio de imposição de eventual sanção pecuniária que certamente muitos integrantes da sociedade não se sentem estimulados a atingir os valores imateriais de seus semelhantes. (SANTANA, 2009, 197-198)

Ocorre que, não obstante entender-se pela irretorquível existência de um fim punitivo-pedagógico ínsito na indenização por dano moral, há aqueles que, determinantemente, refutam esta teoria. Estes defendem que a punição é característica adstrita à esfera penal, a quem competente zelar pelos interesses da sociedade, e alheia ao direito privado, que deve cingir-se aos interesses das partes da relação jurídica, se preocupando unicamente com a reparação do dano, deixando a cargo da norma penal a punição do sujeito ativo da lesão. Defende-se, ainda, que punir através do instituto do dano moral, seria desconsiderar o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CRFB), que determina não haver crime, sem prévia lei que a comine (*nulla poena, sine lege*).

Todavia, em que pese os sedutores argumentos dos prosélitos desta corrente, tais alegações não merecem guarida.

Primeiro porque o direito privado está, hoje, completamente imbuído de função social, o que o leva, cada vez mais, a transcender a esfera individual das partes em direção à coletividade. Exemplo maior disso é a constitucionalização de matéria antes afetas exclusivamente aos diplomas privatistas, como é o caso do instituto do dano moral, previstos nos incisos V e X, do artigo 5º, da Carta Magna.

Não há, pois, razões que sustentem o tratamento das relações privadas tão somente a partir dos interesses das partes envolvidas, desconsiderando totalmente o interesse da coletividade que lhe subjaz. Demais disso, a pacificação social é objetivo compartilhado por todos.

Deste entendimento comunga Maria Celina Bodin de Moraes para quem:

[...]a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação. Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. (MORAES, 1991, p. 5-6)

Segundo porquanto a ideia de criminalização de ilícitos que podem ser satisfatoriamente tratados por outros ramos do Direito caminha em direção oposta ao movimento despenalizador que se vivencia atualmente.

Aliás, dita o princípio da intervenção penal mínima que o direito penal é a *ultima ratio* do sistema, deve ser, portanto, a última resposta a ser dada pelo Estado, incidindo tão somente quando não for possível, por outras formas, gerenciar o ilícito. Neste sentido, preleciona Luiz Regis Prado (2005, p. 149):

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *última ratio*[...] O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção dos bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

Neste cenário, nota-se que a própria Justiça Penal tem buscado o direito privado para solucionar os conflitos advindos das infrações de menor potencial lesivo que batem às suas portas. Existe, por exemplo, a possibilidade de composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo – artigos 74, 76 e 89, respectivamente da Lei 9.099/05 – para os crimes desta categoria. Portanto, na atual conjuntura, à guisa de exemplos, os danos advindos dos crimes de injúria, calúnia ou difamação, crimes reputados de menor potencial ofensivo, são praticamente resolvidos na esfera civil, nem sequer chegando ao cumprimento da pena que, se fosse imposta, jamais chegaria ao encarceramento do acusado.

A fortiori, a criminalização de todas condutas que acarretam agravo imaterial se afiguraria como um grande e inaceitável retrocesso do nosso sistema jurídico, razão pela qual tais conflitos devem, sempre que possível, ser gerenciados por outros ramos do Direito – direito civil, consumerista, trabalhista, entre outros – o que reforça os argumentos favoráveis à aplicação da Teoria do Desestímulo.

Afora isso, cumpre salientar que a indenização por dano moral no seu viés dissuasório não é, rigorosamente, uma pena, pois sua função precípua não é punir o agressor, mas sim prevenir do dano, denotando ao agressor a reprovabilidade social de sua conduta. Destarte, a punição se põe como simples meio pelo qual se busca alcançar o fim almejado, qual seja, a prevenção do dano.

Afinal, tal finalidade dissuasória é ínsita a própria atividade jurisdicional do Estado, a quem incumbe promover a pacificação social. Portanto,

A ânsia em manter a integridade social não deve reter-se apenas na condição de resolver o dano sofrido. Deve-se ultrapassar essa barreira e vislumbrar horizontes mais longínquos. O objetivo central deve ser impedir a repetição da conduta similar e, além disso, desestimular a prática de outros atos – ainda que diversos – que venham a trazer danos às demais pessoas. (RESEDÁ, 2009, p. 285)

Em consequência disso, resta igualmente prejudicado o argumento da violação do princípio da legalidade penal, não havendo necessidade de expressa previsão legal para que a reparação por dano moral tenha propósito punitivo-preventivo. Porém, ainda que fosse necessária uma explícita disposição normativa neste sentido, na seara do direito do consumidor, não haveria como negar esta dupla função do dano moral, porquanto prevista cristalinamente nos art. 4º, VI, e 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.¹²

Vale ressaltar, entretanto, que

[..]a Teoria do Desestímulo deve-se revestir de caráter de excepcionalidade, na medida em que sua aplicação se faz viável apenas em situações nas quais há uma gravidade no ato praticado, ou, apesar de inexistente tal característica, ser tal conduta executada reiteradamente. Com isso, ultrapassa-se a figura do sujeito individual para atingir a sociedade. (RESEDÁ, 2009, p. 279)

É, pois, patente que a repressão de condutas malferidoras dos direitos da personalidade dos indivíduos é de interesse de toda coletividade. Todavia, se o dano moral tutela tal sorte de interesses, por que motivo deveria ser toda indenização revertida em benefício de uma só pessoa?

A resposta é simples: ela deve ser revertida em favor do ofendido simplesmente para viabilizar que tais pessoas socorram-se ao Judiciário, pois, como é cediço, a via judicial é extremamente custosa, exaustiva e morosa, não tendo todos a disposição de tomá-la. Isto porque, na maioria das vezes, não obstante

¹²Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

vencedor na demanda, o ofendido sai perdendo, uma vez que deve dividir sua módica indenização com seu advogado, que, obviamente, não labora de graça.

O que se vê no dia a dia forense é que, muitas vezes, se paga mais para obter Justiça do que se tivesse aceitado a injustiça, a não ser nas demandas em que figuram como vítimas pessoas famosas, que, conforme tem demonstrado a jurisprudência pátria¹³, possuem direitos personalíssimos mais valiosos do que os demais seres humanos.

Dito isto, prossiga-se com o estudo do dano moral no Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Dano moral no código de defesa do consumidor

A plausibilidade da indenização decorrente de agravo moral, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se albergada nos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição da República, que dispõem o seguinte:

Art. 5º [...]

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

[...]

X - 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;

O legislador consumerista, por seu turno, obsequioso ao mandamento constitucional de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CRFB), criou instrumentos com vistas à facilitação da reparação e prevenção de toda sorte de danos sofridos por este grupo de vulneráveis, inclusive o dano moral.

Neste sentido, buscando zelar pela dignidade do consumidor (art. 4º, *caput*, CDC), o legislador elegeu como um dos objetivos da Política Nacional das Relações

¹³ Por exemplo, em demanda contra uma jornalista, o Senador José Sarney sagrou-se vencedor com uma indenização de aproximadamente R\$2.000.000,00 (fonte: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/justica-bloqueia-contas-jornalista-obrigada-indenizar-jose-sarney>). Em outro caso, a Igreja Universal foi obrigada a indenizar a apresentadora Xuxa em R\$150.000,00 por danos morais (fonte: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI165947,71043-Igreja+Universal+indenizara+Xuxa+em+R+150+mil+por+danos+morais>).

de Consumo a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (art. 4º, VI, CDC). Ainda, averbou, com clareza solar, que é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos; bem como a facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VI, VII, VIII, respectivamente, do CDC).

Mas não parou por aí, o legislador consumerista, tendo isso em mente, promoveu uma revolução na sistemática de responsabilização dos fornecedores.

Antes da edição do Código do Consumo, o consumidor encontrava dificuldades quase que insuperáveis para responsabilizar o péssimo fornecedor, o que, na maioria das vezes, fazia com que o dano ficasse irreparado. Referida dificuldade residia na obrigação de ter de demonstrar que o seu agressor havia agido culposa ou dolosamente na perpetração do dano, tarefa praticamente impossível, até mesmo porque, frequentemente, o dano não derivava de culpa ou dolo do sujeito ativo. Destarte, “a culpa, atuava como uma espécie de couraça intransponível, que protegia o fornecedor, tornando-o praticamente irresponsável pelos danos causados ao consumidor.” (VICENT PIZZARO *apud* CAVALIERI FILHO, 2011, p.3)

Porém, tal cenário não mais existe, pois determina o CDC que os fornecedores agora responderão pelos danos causados aos consumidores independentemente da existência de culpa (art. 12 e 14, do CDC). Vige, portanto, a responsabilidade objetiva destes.

Afora isso, o legislador previu duas hipóteses em que poderá dar-se a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. A primeira delas, será feita pelo magistrado (*inversão ope judicis*) quando estiverem presentes os requisitos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, CDC. A segunda hipótese, *inversão ope legis*, dar-se-á na ocasião do consumidor, provando a ocorrência de um dano, alegar que o mesmo decorreu de defeito do produto ou serviço fornecido pela empresa. Neste caso, demonstrando-se o dano, o CDC presume que o mesmo decorreu de um defeito do produto ou serviço prestado pelo fornecedor, invertendo em seu desfavor o ônus da demonstração da

inexistência de nexo de causalidade entre eles, conforme predizem os artigos 12, §3º¹⁴ e 14, §3º¹⁵, do Código de Defesa do Consumidor.

Observe-se, entretanto, que ainda incumbe ao consumidor a prova da ocorrência do dano alegado, consoante alerta Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 311):

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

É, pois, no Código de Defesa do Consumidor, que o instituto do dano moral se apresenta com mais força.

Igualmente, resta evidente que, neste diploma, mais do que qualquer outro, a atividade jurisdicional deve colimar não só a reparação do dano, mas também e, principalmente, a efetiva prevenção do mesmo, sob pena de restar violentado o princípio constitucional da proteção do consumidor.

Nesta seara, por conseguinte, é descabido qualquer debate acerca da existência ou não de uma função moralizante do dano moral, não sendo lícito aos magistrados furtarem-se da obrigação de, diante de uma agressão à dignidade do consumidor, reprimir eficientemente o agressor a fim de transmitir para toda sociedade a mensagem de que não se tolerará esse tipo de comportamento.

Afinal, não se deve olvidar que os conflitos provindos da relação de consumo extravasam os interesses das partes, pois que as normas de proteção e defesa do consumidor são, todas elas, de ordem pública e interesse.

¹⁴ Art. 12, §3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

¹⁵ Art. 14, §3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

3 ILEGALIDADE DA MODICIDADE DAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL NAS CAUSAS DE CONSUMO

3.1 A modicidade das indenizações por dano moral nas causas de consumo

Antes de se adentrar na tese da ilegalidade da modicidade das indenizações por danos morais nas causas de consumo, cumpre esclarecer o que se entende por *modicidade das indenizações*.

Pois bem. A palavra *modicidade* designa a qualidade daquilo que é *módico*. *Módico*, por seu turno, de acordo com dicionários da Língua Portuguesa¹⁶, denota algo que é exíguo, pequeno, insignificante, modesto, comedido, econômico, ou parco.

Neste passo, utiliza-se a expressão *modicidade das indenizações* com o fito de exprimir a ideia de indenizações modestas, anódinas, em outras palavras, uma pequenez indenitária incapaz de servir aos escopos da indenização por dano moral, máxime no que tange ao seu carácter punitivo-preventivo, que direciona o direito do consumidor à consecução de uma *efetiva* coibição do dano e, com isso, sua prevenção.

Da mesma opinião comunga Arthur Rollo (2003), para quem as indenizações irrisórias, “além de não servirem para confortar o lesado, estimulam a continuidade do comportamento ilícito dos fornecedores.”

Porém, vale dizer que tal conceito possuiu uma definição relativa, quer dizer, uma definição variável em cada caso concreto a partir do cotejo entre a verba indenizatória fixada pelo magistrado e alguns parâmetros que serão a seguir identificados. Assim, à guisa de exemplo, uma reparação por dano moral arbitrada no montante de R\$10.000,00, ao mesmo tempo que se afigura como módica perante uma grande empresa de telefonia, se apresenta como adequada – razoável e proporcional –, ou quiçá, exagerada, diante de uma lanchonete de bairro.

¹⁶ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, disponível em: <www.priberam.pt/dlpo>; e Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

De conseguinte, não se pode afirmar de antemão a modicidade de determinada quantia indenizatória oferecida a título de reparação por danos morais ao consumidor. Não é, pois, prudente apontar como módico o montante de uma indenização sem analisar o caso específico que lhe subjaz.

Da mesma forma, não se pode predizer que determinado valor será sempre adequado e bastante à compensação da vítima, punição do agressor e prevenção do dano.

Importante, ainda, atentar-se ao fato de que os parâmetros para se aferir a modicidade ou não de uma indenização confundem-se com aqueles citados pela melhor doutrina como critérios para fixação do dano moral no direito do consumidor. Isto porque a modicidade da indenização decorre diretamente de equívoco no seu arbitramento, motivo pelo qual sua suficiência perpassa inexoravelmente pela observância de tais critérios.

Gize-se, contudo, que não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca dos melhores parâmetros para determinação do *quantum* indenizatório.¹⁷

Não obstante isso, acredita-se existirem três grandes parâmetros para se concluir acerca da modicidade de uma indenização nas relações de consumo, a saber, o patrimônio do fornecedor causador do dano, a reiteração da conduta danosa e a lucratividade que resultou ou possivelmente resultaria do ilícito perpetrado pelo mesmo.

Nesta senda, a indenização deve ser fixada na proporção do patrimônio do lesante, bem como do lucro obtido ou pretendido por este com o dano. Deve, igualmente, refletir a recalcitrância da ré no cumprimento da legislação consumerista, devendo ser majorada nas hipóteses em que há reiteração da ilegalidade por parte do fornecedor.

¹⁷ Em sua obra *Curso de Direito do Consumidor*, 4ª edição, Rizzatto Nunes indica alguns critérios para fixação do dano moral, a saber: (i) a natureza específica da ofensa sofrida; (ii) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido; (iii) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido; (iv) a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; (v) a situação econômica do ofensor; (vi) a capacidade e possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; (vii) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; (viii) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido e (ix) necessidade de punição.

Afinal, compete ao Judiciário demonstrar ao péssimo fornecedor de serviço e produto que a sociedade não se coaduna com esse tipo de comportamento e que o ilícito não compensa.

Portanto, em conclusão, a indenização será módica sempre quando for fixada em quantia que se mostra anódina diante do patrimônio do ofensor, considerando-se o seu lucro e a sua contumácia em desrespeitar a lei.

Igualmente, Cavalieri Filho (2011, p. 104) adverte que referida indenização “não pode, nem deve, ser insignificante, mormente diante da situação econômica do ofensor, eis que não pode constituir estímulo à manutenção de práticas que agridam e violem direitos do consumidor.”

Sem embargo, é de se ressaltar que na prática forense, não raras vezes, constata-se certo receio do Judiciário em arbitrar indenizações bastantes em benefício do consumidor, sempre utilizando-se do argumento de se evitar enriquecimento ilícito/sem causa deste para justificar a modicidade das indenizações.

Salomão Resedá (2009, p. 263), com o talento que lhe é peculiar, assevera que isso acontece “porque a preocupação dos julgadores está muito mais presente na manutenção da capacidade econômica do ofendido do que na censura ao ato propriamente dito.”

Assim, por vezes, Magistrados se afiguram como verdadeiros paladinos do lucro e progresso econômico das empresas, descurando-se cada vez mais do mister que o Constituinte lhes incumbiu de defender e proteger os consumidores.

Veja-se, por exemplo, caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que o consumidor, mesmo depois de cancelar os serviços contratados com determinada empresa de telefonia, em virtude de ter sido vítima de propaganda enganosa, continuou a ser cobrado pelo plano e, ainda, por serviços jamais solicitados. Diante disso, o consumidor deixou de efetuar o pagamento do débito cobrado por reputá-lo ilegal, o que levou a empresa a inscrever seu nome no cadastro de inadimplentes como forma de compeli-lo a pagar a dívida.

Neste cenário, o consumidor socorreu-se ao judiciário propondo ação que almejava a declaração de inexistência do débito, a retirada, liminarmente, do seu nome dos cadastros de proteção ao crédito e, ainda, a condenação da fornecedora de serviços ao pagamento de indenização por danos morais.

Ao final, os pedidos foram julgados totalmente procedentes, restando a empresa de telefonia condenada ao pagamento de R\$ 10.000,00 à título de indenização por dano moral, valor que foi mantido pelo Tribunal quando do julgamento da apelação por considerá-lo condizente e adequado ao caso em análise. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C CANCELAMENTO DE REGISTRO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - TELEFONIA MÓVEL - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO TITULAR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL COMPROVADO –TIM CELULAR S/A - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM INDENIZATÓRIO SUFICIENTE E ADEQUADO À REPARAÇÃO DO DANO- RECURSO DESPROVIDO.Havendo dano comprovado e causalidade deste com a conduta da concessionária de serviço público de promover indevidamente a inscrição do consumidor na lista de maus pagadores nos órgãos de proteção ao crédito, está presente o dever de indenizar, vez que estamos no âmbito da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º , da Constituição Federal, e art. 14 do Código de Defesa do Consumidor."O valor da indenização ficará a cargo do juiz, que o fixará consoante seu prudente arbítrio, sopesando as peculiaridades do caso concreto e considerando a situação financeira daquele a quem incumbe o pagamento e a da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressiva a ponto de não atender aos fins a que se propõe". (AC Cível 98.015571-1 - Rel. Des. Sérgio Paladino). Considerando as circunstâncias acima esposadas, o valor inicialmente fixado pelo juízo a quo com relação ao dano moral sofrido (R\$ 10.000,00), mostra-se condizente e adequado ao caso, razão pela qual deve ser mantido.¹⁸

Porém, levando-se em conta os critérios acima mencionados para identificação da modicidade de indenizações, impõe-se a discordância de que tal valor seja apropriado ao caso. Isto porque, além de ser referida prática recorrente entre as empresa de telefonia, trata-se de prática lucrativa, pois consumidores incautos pagam tais cobranças ilegais sem se aperceberem disto, o que acarreta verdadeiro enriquecimento indevido da empresa prestadora de serviços telefônicos. Outrossim, considerando o patrimônio da tais empresas¹⁹, forçoso concluir que tal condenação não lhes surtirá o mínimo efeito dissuasório, porquanto deveras insignificante, motivo pela qual é considerada como exemplo de indenização módica.

¹⁸ TJ-SC, apelação Cível nº 2011.082765-1, de Brusque.

¹⁹ Para se ter uma ideia, segundo o Portal de Notícia G1, o lucro líquido da empresa TIM no ano de 2012, atingiu a monta de RS1,449 bilhão. Fonte: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/tim-registra-lucro-de-r-1449-bilhao-em-2012-alta-de-134.html>>. Acesso em: 10 Abril 2013.

Acredita-se, pois, que a modicidade das indenizações é o grande problema enfrentado pelo direito do consumidor brasileiro, é aquilo que distingue um direito do consumidor ineficaz, daquele eficaz.

Impõe reconhecer, todavia, que a jurisprudência tem, paulatinamente, evoluído seu entendimento acerca do valor do dano moral. Porém, ainda remanesce grande receio dos magistrados em arbitrarem indenizações bastantes para a defesa e proteção do consumidor.

Diante disso, com o fito de fornecer uma pequena contribuição para a efetivação do direito do consumidor no Brasil, propugnar-se-á, em seguida, a ilegalidade da modicidade das indenizações nas causas de consumo a partir de duas premissas, quais sejam, a inadequação da utilização do princípio da vedação do enriquecimento ilícito ou sem causa para minorar as indenizações dos consumidores e a necessidade de desestimular o descumprimento da lei.

3.2 Insubsistência dos argumentos utilizados para fixação de indenizações módicas: enriquecimento ilícito e indústria do dano moral

Evitar enriquecimento ilícito ou sem causa do consumidor é o argumento mais utilizado pelos magistrados para justificar a fixação de indenizações módicas. Utilizam-no, igualmente, para minorar as indenizações fixadas nas instâncias inferiores ou, ainda, em certas ocasiões, para negar qualquer tipo de reparação moral aos consumidores vitimados no seu direito do consumidor, pois, afinal, *o dano não pode ser fonte de lucro*.

Veja-se, *exempli gratia*, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSURGÊNCIA NO TOCANTE AO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ARBITRADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MINORAÇÃO PARA O IMPORTE DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS) EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS DEMANDAS ANÁLOGAS ORIUNDAS DA MESMA FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO FALSÁRIO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. FINALIDADE DIVERSA DA OBTENÇÃO DE LUCRO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO ADESIVO. PLEITO DE MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O valor a ser arbitrado a título de dano moral deve ter como parâmetro a extensão do abalo sofrido pelo lesado, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito, considerada, ainda, a finalidade repressiva ao ofensor.²⁰

Trata-se, porém, de justificativa equivocada que afronta as normas de proteção e defesa do consumidor, consoante se demonstrará doravante.

Na verdade, este é de um mito que deve ser abandonado a fim de que seja observado o viés punitivo-pedagógico da indenização por danos morais e, por conseguinte, o direito do consumidor à efetiva coibição, repressão, reparação e prevenção do dano material e moral experimentado (arts, 4º, VI e 6º, VI, do CDC).

Sobre isso, são preciosos os ensinamentos de Araken de Assis, que já no ano de 1997 consignava o seguinte:

Nos últimos tempos, controverte-se a indenização pecuniária do dano moral. Averbam-se tais indenizações como uma fonte de enriquecimento sem causa e a própria constatação desta espécie de dano, em inúmeros ilícitos, como uma trava perniciosa à vida em sociedade. Com tais proposições, honestamente, não posso concordar. Em geral, elas provêm de contumazes contraventores de regras de conduta e de litigantes contumazes, interessados em minimizar os efeitos dos seus reiterados atos ilícitos. Ao contrário do que se alega, é imperioso, na sociedade de massas, inculcar respeito máximo à pessoa humana, frequentemente negligenciada, e a indenização do dano moral, quando se verificar ilícito e dano desta natureza, constitui um instrumento valioso para alcançar tal objetivo. (ASSIS, 1997, p. 5)

Pois bem. Locupletamento ilícito ou sem causa são expressões sinônimas²¹ utilizadas para designar “todo acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.” (FRANÇA, 1987).

No mesmo sentido, de acordo com o Orlando Gomes (2009, p. 301), “há *enriquecimento ilícito* quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem *causa*, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior.”

²⁰TJSC, apelação Cível n. 2012.005643-7, de Campo Belo do Sul.

²¹ Há quem diga se tratarem de expressões distintas, Marcus Cláudio Acquaviva (1998), por exemplo, define enriquecimento ilícito como o “aumento de patrimônio de alguém, pelo empobrecimento injusto de outrem. Consiste no locupletamento à custa alheia, justificando a ação de *in rem verso*”. Enriquecimento sem causa, por sua vez, seria “o proveito que, embora não necessariamente ilegal, configura o abuso de direito, ensejando uma reparação.”

No Direito brasileiro, a vedação do enriquecimento sem causa encontra-se estampada nos artigos 884 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Ora, diante disso, é forçoso concluir que para haver enriquecimento ilícito do consumidor é imprescindível que tal enriquecimento tenha se dado sem algum fundamento jurídico, ou seja, à margem da legalidade.

Este, porém, não é o caso dos consumidores vítimas das ilegalidades perpetradas pelos fornecedores de serviços e produtos. Isto porque a não modicidade das indenizações, frise-se mais uma vez, é direito garantido ao consumidor pela Lei 8.078/90 que lhes assegurou uma *efetiva* prevenção e reparação do dano sofrido (art. 6º, VI, CDC), bem como uma coibição e repressão *eficientes* de todos os abusos praticados no mercado de consumo (art. 4º, VI, CDC).

Com efeito, eventual enriquecimento que o consumidor vier a ter não será ilícito, pois que arrimado legalmente no Código de Consumo. Tampouco será sem causa, uma vez que sua causa direta e imediata será a conduta marginal da empresa violadora e sua dignidade consumeristas. A propósito, todo aquele que causar dano a outrem será obrigado a indenizar-lhe.

Destarte, as taxas ilegais cobradas pelos Bancos, as cobranças por serviços deficientes ou inexistentes pelas empresas de telefonia e de TV por assinatura, a recusa dos planos de saúde em cobrir procedimentos médicos solicitados por consumidores enfermos, o descaso com o consumidor etc. são a real causa do eventual enriquecimento que este experimentar nas causas de consumo.

Por outro lado, mister reconhecer que o verdadeiro locupletamento indevido da relação de consumo é aquele obtido pela empresa, que cobra do consumidor por serviços canhestamente prestados e, em certas ocasiões, até mesmo por serviços não prestados.

Deste entendimento comunga o Magistrado Cássio Modenesi Barbosa (2011) que em sentença paradigma, na qual condenou uma prestadora de serviços de telefonia ao pagamento de indenização por dano moral na monta de R\$31.100,00, asseverou o seguinte:

Há que se denunciar, também, o maniqueísmo desta posição relativa ao enriquecimento sem causa. O consumidor, como parte mais fraca, fica exposto a todas as truculências e arbitrariedades das grandes corporações as quais, com tal procedimento, enchem suas burras de forma oblíqua ao contrato (se e quando ele existir ou, se o caso, se ele não existir também, nada obstante nada dever a consumidora à ré), à boa-fé, à moralidade e ao

respeito que se deve ter pelo ser humano (CF-1º, III). É de se perquirir, então, se não é o caso de se por cobro ao lucro fácil alcançado por tais empresas, cuja natureza não é outra que o enriquecimento sem causa por força dos péssimos serviços prestados.

Portanto, rigorosamente, não há falar-se em enriquecimento ilícito ou sem causa do consumidor.

Não bastasse isso, ainda que se pudesse concluir pela inexistência de fundamento legal que justificasse o arbitramento de indenizações não módicas, a inadequação do multicitado argumento persistiria, pois reside também em outro fato. Com efeito, já se disse que as normas consumeristas são aprioristicamente normas de direito privado, pois incidem sobre uma relação jurídica travada entre particulares (relação privada). Porém, esta sua natureza é qualificada por sua origem constitucional, que impôs o dever estatal de proteção e tutela deste grupo vulnerável: o consumidor (Art. 5º, XXXII, art. 170, V, ambos da Constituição da República e art. 48, ADCT).

Assim, malgrado indiquem ser normas de direito privado, tais normas são, em última análise, normas de ordem pública e de relevante interesse social, consoante prediz o artigo inaugural do CDC. Tratam-se, pois, daquilo que a doutrina comumente denomina de direito privado solidário, direito privado consciente de sua função social ou, ainda, normas de direito coletivo ou difuso.

As normas de proteção e defesa do consumidor nascem, então, para regulamentar uma relação jurídica entre sujeitos desiguais, marcada pelo desequilíbrio, diferentemente das normas de direito privado tradicionais que são normas destinadas a sujeitos que se encontram em posição de igualdade – o Código Civil, por exemplo.

Por esta razão, o conceito de enriquecimento sem causa abrigado no Código Civil Brasileiro ao ser aplicado na relação de consumo, deve ser feito *cum grano salis*, levando-se em conta o interesse público imanente às normas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta senda, Cláudia Lima Marques (2009, p. 97) adverte que:

[...] quem usar o mesmo paradigma e o CC/2002 (sem o CDC!) na relação entre diferentes estará violando o valor (*Wert*) constitucional de proteger os consumidores de forma especial, mesmo que invoque a boa-fé para fazê-lo!

De conseguinte, se afigura temerária a aplicação inadvertida dos institutos do Código Civil no Direito do Consumidor sem atentar-se às peculiaridades deste ramo do Direito.

Com efeito, na reparação por dano moral experimentado pelo consumidor, não se deve preocupar se a quantia indenitária implicará ou não num enriquecimento deste, mas sim se a mesma será suficiente à efetiva prevenção e reparação do dano, bem como a coibir e reprimir eficientemente o ilícito, de forma a convencer o ofensor a não mais proceder desta maneira, mostrando-lhe que a ilegalidade não compensa.

Neste passo, recorre-se, mais uma vez, aos escólios de Cássio Modenesi Barbosa (2011), *in verbis*:

Lembre-se, por fim, que fixar indenizações pequenas sob o pálio de se evitar enriquecimento sem causa ou mesmo ilícito é argumento que apenas interessa ao poder econômico. De fato, uma condenação exemplar, em razão daquele duplo efeito almejado deve ser suficientemente severa para coibir a prática comercial abusiva, na medida em que corresponda a uma efetiva sanção econômica a gigantes financeiros como as rés.[...] Não se deve esquecer que a indenização por danos morais gerados em relações de consumo, não se quadram no plano da justiça comutativa, mas sim no plano superior da distributiva, aspecto este que esvazia a tese do enriquecimento sem causa, por força do objetivo maior que se procura resguardar: isto é, o interesse público que lhe é imanente.²²

Outra questão interessante que se põe nesta seara, é a tese da indústria do dano moral. Diz-se que a fixação de quantia indenitária “desproporcional” –leia-se, não módica – causaria enorme instabilidade e animosidade social, porquanto daria azo ao ajuizamento de incontáveis demandas pelos consumidores, que perseguiriam uma tão sonhada indenização, em outras palavras, dinheiro fácil.

Ocorre que, não obstante possam existir alguns poucos consumidores que buscam, de fato, dinheiro fácil com alegações infundadas de dano moral, a grande quantidade de demandas deste tipo no Judiciário encontra origem num dano sofrido pelo consumidor. Aliás, não se deve olvidar que o consumo hodierno é massificado e, portanto, qualquer defeito ou falha do produto ou serviço atingirá,

²² Sentença prolatada nos autos nº 2373/2011, que tramita na 3ª Vara Cível do Foro Regional da Vila Mimosas – Comarca de Campinas.

inexoravelmente, a um grande número de consumidores que, com toda razão, poderão e deverão socorrer-se ao Judiciário para ver reparado seu dano.

Neste cenário,

[...] deve-se atentar para o risco da generalização, ao se pretender atribuir aos consumidores os ônus de uma denominada “indústria do dano moral”. Não se pode esquecer a dimensão coletiva que assumem as relações de consumo na sociedade contemporânea. Somos milhões de usuários de planos de saúde, milhões de usuários de serviços de telefonia, milhões de usuários de serviços financeiros, milhões de usuários de serviços públicos e por aí vai. Práticas e cláusulas abusivas lesam, indistintamente, milhões de consumidores. E se cada um deles viesse a juízo reclamar os seus efetivos direitos? Diríamos estar diante de uma “indústria”? Em caso positivo, quem a fomentou? Por cento, não foram os consumidores. Estes são as vítimas! O que não se pode fazer é banalizar o dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 105)

A proliferação de causas de consumo decorre, igualmente, de uma maior conscientização da população acerca dos seus direitos, bem como de uma popularização da Justiça com a facilitação do acesso ao Judiciário, a partir da criação de Juizados Especiais e Defensorias Públicas e ainda de mecanismos como a Justiça Gratuita.

Nesta vereda, Nehemias Domingos de Melo (2008, p. 281) explica que:

[...] o aumento das demandas de caráter indenizatório por danos morais decorre de duas premissas básicas: uma, o despertar da cidadania da população brasileira, que, como decorrência natural, faz com que cada dia mais os cidadãos passem a ter consciência dos seus efetivos direitos e, mais do que isso, a exercê-los em toda sua plenitude; outra, a incidência, cada vez maior, de violação da intimidade das pessoas, principalmente em face da impessoalidade das relações negociais.

Por fim, como pontua Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 286), não é demais lembrar que “não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de dano injusto.”

Com efeito, de uma forma ou de outra, é manifestamente inadequado a utilização do princípio da vedação de enriquecimento ilícito como fator limitativo das indenizações por danos morais aos consumidores lesados em seu direito. Outrossim, se afigura infundada a responsabilização do consumidor por suposta indústria do dano moral, porquanto, como já se consignou, o grande fomentador de tal indústria não é outra pessoa senão os fornecedores de serviço ou produto.

Mas não é só, pois, além de inadequada, tal atividade interpretativa se mostra ilegal, uma vez que malferir o direito do consumidor à *efetiva* prevenção, reparação, coibição e repressão do dano, expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, VI e 6º, VI, ambos do CDC).

Assim, urge a fixação de indenizações bastantes para, cumprindo os escopos do Código do Consumo, desincentivar comportamentos ilícitos das empresas, velando, destarte, pela incolumidade dos direitos dos consumidores.

Afinal, a única e verdadeira forma de se evitar suposto enriquecimento do consumidor é investir-se na melhoria dos produtos e serviços prestados pelas empresas, pois sem dano, não há que se falar em indenização.

3.3 Análise Econômica do Direito, Teoria do Valor do Desestímulo e o Código de Defesa do Consumidor

Hodiernamente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência²³ encontra-se praticamente pacificada a ideia de que a reparação por dano moral deve, além de compensar a vítima, exercer uma função punitiva sobre a pessoa do ofensor com vistas à prevenção do ilícito, servindo de exemplo não só a este, como também a toda sociedade, de que não se permitirá desvios quejandos.

Neste passo, consoante bem asseverado no capítulo 2 desta obra, o dano moral no Direito Brasileiro possui duas finalidades, a saber, (i) a compensatória e (ii) punitivo-preventiva.

Ainda, insta lembrar que, no Direito do Consumidor, tal assertiva nos queda muito mais evidente, pois, o legislador consumerista dignou-se de explicitar que a coibição e repressão *eficientes* de todos os abusos praticados no mercado de consumo é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, VI, CDC), bem como que a *efetiva* prevenção e reparação do dano é direito básico inarredável do consumidor (art. 6º, VI, CDC). Deve-se, pois, atentar-se ao fato de que, no domínio do Código de Defesa do Consumidor, não basta qualquer

²³ Na jurisprudência, a dupla função do dano moral é, hoje, tema praticamente sedimentado, consoante se vê do seguinte julgado: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. EDITORA EFETUOU A RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO DE ASSINATURA DE REVISTAS. PRÁTICA ABUSIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PROVIDO. "A renovação automática de assinaturas de revistas e/ou livros, efetuada após remessa de correspondência ao consumidor, transferindo-lhe o ônus de agir para ter de cancelar o contrato, caracteriza-se como prática abusiva, nos termos do art. 39, III, do Código do Consumidor, não sendo lícita a cobrança de qualquer quantia pela ilegal renovação em decorrência do parágrafo único da mesma norma. Por conseguinte, caracteriza-se como ato ilícito o apontamento do consumidor como inadimplente pelo não pagamento de valores referentes à renovação que não anuiu expressamente. Como conseqüência, é devido dano moral puro, que independe de prova, quando o consumidor sofre restrição de crédito e/ou abalo de credibilidade, fatos que ultrapassam o mero incômodo e justificam a indenização. Tudo com base nos artigos 5º, V, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil" (AC n. 2006.004630-3, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, DJ de 24-3-2009). **QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. FIXAÇÃO EM TRINTA E CINCO MIL REAIS.** Deve o julgador, quando da fixação da condenação decorrente de danos morais com caráter reparatório, educativo e punitivo, sopesar a condição socioeconômica dos envolvidos, a intensidade da culpa despendida para o evento e a gravidade do dano acarretado. Trazendo esses critérios para o caso concreto, verificando a gravidade do dano, qual seja, a cobrança em excesso de valor; as partes envolvidas, de um lado o cliente hipossuficiente e do outro uma empresa de grande porte; e a intensidade da culpa para o evento, a indenização do dano moral deve ser fixada em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), como medida compensatória e ao mesmo tempo inibitória de novas atitudes reveladoras de total descaso e desrespeito perante os consumidores. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.009587-3, da Capital - Norte da Ilha, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 27-11-2012 – grifo nosso)

repressão, coibição, prevenção ou reparação do dano; estas devem ser impreterivelmente eficientes, efetivas, quer dizer, devem funcionar de fato, sendo aptas a compensar a vítima e punir o ofensor com o fito de evitar que violações a direitos de personalidade tornem a acontecer.

Ora, outra não poderia ser a conclusão, haja vista o relevante interesse público subjacente às normas de defesa e proteção do consumidor (art. 1º, CDC).

Entretanto, em que pese tal reconhecimento, as indenizações por danos morais na prática forense ainda traduzem valores módicos, inexpressivos a ponto de serem incapazes de influírem negativamente na tendência natural dos fornecedores de serviços e produtos em perpetrar agressões desta sorte. A propósito, isto já foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça Catarinense, que paulatinamente aumenta o *quantum* indenizatório atinente ao agravo moral nas causas de consumo, consoante se infere do excerto abaixo colacionado, *in verbis*:

[...]Esta Câmara vinha fixando o "quantum" indenizatório do dano moral em caso de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, por parte de concessionárias de serviços públicos, com débitos não tão expressivos imputados aos consumidores, em cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Observou-se, no entanto, que apesar da responsabilização das concessionárias, pela indenização de danos morais, certamente em razão dos valores módicos que vinham sendo arbitrados, elas continuam praticando os mesmos erros e os mesmos atos ilícitos.

Em razão disso, o valor da indenização do dano moral foi elevado para R\$ 8.000,00 para pessoas físicas e R\$ 10.000,00 para pessoas jurídicas, dado que estas sofrem maior e mais rápida restrição em seus créditos em face do cadastramento limitativo de crédito.

Mesmo assim as concessionárias de telefonia continuam praticando atos ilícitos que causam danos morais aos consumidores.

Seguindo em parte a orientação das demais Câmaras de Direito Público, esta Câmara elevou sem sucesso para R\$ 10.000,00 e R\$ 15.000,00 os valores da indenização de dano moral, conforme seja pessoa física ou jurídica a vítima.

Valores maiores estão sendo arbitrados pelas outras Câmaras, daí a necessidade de estabelecer em R\$ 15.000,00 a indenização do dano moral, causado a pessoa física e R\$ 20.000,00 a pessoa jurídica.

Cabe recrudescer na fixação de valor mais significativo para que tais empresas se sintam, em razão das várias condenações por motivos idênticos, motivadas a mudar seu comportamento perante seus clientes, principalmente quanto à emissão de faturas com valores indevidos e ao atendimento/apuração das reclamações efetuadas por seus consumidores, para se assegurarem de que os débitos registrados em suas faturas são legítimos e correspondem aos serviços telefônicos contratados e utilizados pelos seus usuários, antes das concessionárias procederem à inclusão de seus nomes no rol de inadimplentes.

Assim não o fazendo, sujeitam-se as companhias telefônicas às consequências dos erros e das práticas ilícitas que têm protagonizado, com evidente prejuízo às pessoas, consumidoras dos serviços ou não, passíveis de indenização. O "quantum" da indenização, contudo, não pode ser tão elevado que signifique enriquecimento sem causa ao demandante vedado pelos arts. 884 a 886, do Código Civil de 2002.²⁴

Neste espectro, passa-se à análise da Teoria brasileira do Desestímulo, conhecida como Teoria do Valor do Desestímulo.

Antes, porém, impende salientar mais uma vez que indigitada teoria, conquanto encontre inspiração no instituto do Direito Norte Americano do *punitive damage* ou *exemplary damage*, com ele não se confunde.

Isto porque, a teoria norte-americana, “através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade, como meio preventivo e profilático.”(DELGADO, p. 2011, p. 306)

Destarte, apesar de compartilhar dos mesmos propósitos da teoria norte-americana, referida teoria utiliza-se de meios sutilmente distintos para alcançá-los. Com efeito, admitindo a modicidade das indenizações consumeristas brasileiras, os prosélitos da aludida doutrina propugnam não o arbitramento de indenizações milionárias como é feito no *common law*, mas sim de indenizações que, dentro de um critério de proporcionalidade e razoabilidade, se mostrem idôneas a desestimular o comportamento marginal dos fornecedores. Assim, malgrado não se defenda indenizações na casa dos milhões, ressalvados obviamente alguns casos gravíssimos, como ilicitudes que ocasionam a morte ou grave lesão ao consumidor, a Teoria do Desestímulo busca a consecução de condenações indenizatórias impactantes, que atinjam minimamente o patrimônio do agente causador do dano, de sorte a dissuadir-lhe da recidiva da conduta daninha.

Curial destacar que

em nenhum momento se busca sustentar a ideia de que o ofendido tenha direito de incidir sobre o sujeito passivo de tal forma que este último venha a mergulhar na insolvência ou na falência. Isso não seria uma forma de desestímulo, mas sim de confisco e até mesmo de destruição. Pensar dessa maneira seria incentivar o reinado do caos e da insegurança jurídica. (RESEDÁ, 2009, p. 268)

Constatam-se, portanto, dois diferentes sistemas de proteção do consumidor, um que peca pelo exagero e descomedimento de suas indenizações, mas que, não obstante isso funciona muito bem – o americano – e outro – o brasileiro – que peca pela demasiada modicidade destas, pelo menos na sua atual exegese, não se mostrando tão eficiente na prática.

Pois bem. Ambas teorias surgem a partir do reconhecimento do Poder Judiciário como verdadeiro instrumento de evolução social, capaz de influenciar e moldar condutas dos jurisdicionados. Neste ponto, a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*, conhecida como Escola de Chicago, desempenhou papel de supina importância.

Com efeito, explica Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2011) que dita escola defende que “toda a vez que se legisla se interfere na ordem social,[...] na medida em que se criam estímulos ou rêmoras para a ação.”

Assim,

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetua-la ou não. [...]Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses. (PIMENTA, 2006, p. 29)

Neste cenário, há de se observar que os valores das verbas indenitárias influem diretamente no comportamento do agente lesivo, incentivando-o ou desestimulando-o a agir ao arrepio da lei.

Mister reconhecer, porém, que o atual panorama jurisprudencial brasileiro, com suas indenizações simbólicas, erroneamente intituladas de *proporcionais* e *razoáveis*, é promotor do desrespeito para com os consumidores. Basta atentar-se ao fato, por exemplo, do número crescente de demandas contra as empresas de telefonia que, não obstante as miríades de condenações lhes impostas, persistem na prestação de serviços defeituosos e sem a mínima qualidade exigida.

Ora, é tudo uma questão de racionalidade econômica: se o gasto com os honorários advocatícios de seus causídicos, bem como com o pagamento de indenizações irrisórias dos poucos consumidores que vão a juízo denunciar as ilegalidades perpetradas pelos fornecedores – poucos porque nem todos estão dispostos a percorrer esse caminho longo, custoso e exaustivo que é o caminho

judicial – é menor do que aquele que se despenderia com investimento em melhorias dos serviços e produtos, por que razão o empresário envidaria esforços para adequar seu agir às leis consumeristas? Por amor e carinho à pessoa do consumidor? Dificilmente.

Demais disso, não se pode olvidar que muitas vezes tais ilegalidades geram lucros às empresas. Note-se, à guisa de exemplo, as milhares de pequenas cobranças indevidas cotidianamente pagas por consumidores incautos que, de pouco em pouco e sem saber, contribuem para o crescimento patrimonial indevido destas empresas, verdadeiro enriquecimento ilícito.

Neste espectro, diz-se que os danos decorrentes de falhas do produto ou da prestação de serviço são, hoje, danos eficientes, consoante se infere de brilhante lição de lavra de César Fiuza (2008, p. 724):

Fala-se, outrossim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall* para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o *recall*, por ser mais barato.

Em outras palavras, dano eficiente “seria aquele dano sobre o qual o consumidor não pleiteia reparação, mas que é contabilizado como um ativo para a empresa, tendo-se em vista que esta não gastou para a sua restituição, repassando os custos do vício do produto”.(SCOTON, 2011, p. 11)

É, pois, despiciendo que as empresas continuem a auferir lucro dos danos perpetrados em detrimento dos consumidores. Por outra banda, não há como negar que o Judiciário se afigura como o grande viabilizador deste dano eficiente.

Isto porque a leniência judiciária provoca uma nefasta *certeza da modicidade das indenizações* na mente dos fornecedores de serviços e produtos, verdadeiro convite a agressões morais, assegurando-lhes que os custos de uma atuação dentro

da lei seriam muito maiores do que uma atuação à margem da legalidade, o que contribui e muito para a ineficácia do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, confiantes na leniência estatal, as empresas descuram-se das normas de proteção e defesa do consumidor em busca de lucros cada vez maiores. Afinal, não há maior estímulo ao ilícito do que a punição branda quando da violação das leis.

Neste passo, colaciona-se lição de lavra de Ihering (2004, p. 27) que, com o talento que lhe é peculiar, trata da imprescindibilidade da força no Direito:

o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.

Portanto, impõe reconhecer que o ser humano age sempre com vistas a melhor satisfazer seus interesses e, na sociedade consumo, não seria exagero dizer que os interesses dos fornecedores cingem-se tão somente à obtenção do lucro máximo. Com efeito, antes de tudo, para que determinada empresa escolha certo rumo a seguir – o cumprimento ou descumprimento da legislação, por exemplo –, este rumo tem que lhe compensar financeiramente. Por isso que a repressão do dano deve ser efetiva, e as indenizações não devem ser módicas, a ponto de tornar o dano eficiente em ineficiente, servindo para efetivamente preveni-lo.

Demais disso, a indenização deve servir de desestímulo aos candidatos a ofensores do CDC e não aos consumidores, que buscam proteger seus direitos. Afinal, indenizações parcas mal cobrem os gastos processuais tidos pelo consumidor – principalmente no que diz respeito ao tempo demandado, às custas processuais e aos honorários advocatícios contratuais – que no fim do processo acaba sempre perdendo!

Afiguram-se, pois, como verdadeira punição àqueles consumidores guerreiros que, não obstante todos os percalços encontrados no caminho judicial, persistem na defesa de seus direitos. Mas não é só, afiguram-se, outrossim, como verdadeiro *bill* de indenidade em favor das empresas, prêmio aos péssimos fornecedores de serviço e produto.

Diga-se, ainda, que não se pode utilizar-se de um suposto exagero das indenizações derivadas do *punitive damages* como argumento para arbitrar indenizações módicas, irrisórias, parcas, anódinas no ordenamento jurídico brasileiro, valores que não servem nem sequer para cumprir o fim compensatório do dano moral.

Nesta mesma vereda, Salomão Resedá (2009, p. 276), pondera que

A busca pela manutenção da paz social é o objetivo principal do Poder Judiciário. Assim, desestimular o cometimento de atos ilícitos futuros deve ser uma tendência constante na pauta diária dos magistrados, que, por sua vez, devem utilizar todos os meios necessários para alcançar esta meta.

Urge, portanto, que o direito do consumidor seja levado a sério, o que não passa por outra coisa senão a majoração dos valores indenitários praticados pelo Judiciário Brasileiro. Por óbvio, não se pugna por indenizações milionárias, a exemplo do que acontece no direito norte americano, que a despeito do exagero, cumpre seu papel muito bem em relação à inculcação de receio naqueles candidatos a fornecedores irresponsáveis. Porém, isto não significa que as indenizações devam ser insignificantes, afinal, não se vive num mundo dicotômico, onde se a indenização não for milionária, deverá, obrigatoriamente, ser irrisória. Há, pois, sempre a possibilidade de recorrer-se ao meio termo. Neste mesmo sentido, traz-se à baila advertência feita por Everton das Neves Gonçalves (2011):

O problema crucial, então, está em definir a *proporção da dose médica de remédio* que o legislador ou o operador jurídico vai imprimir ao mercado, segundo sua ação normativo-judicial. Se a dose for maior do que o necessário, *mata-se o paciente*, se a menor, não se o cura.

Sendo assim, imperativo se torna uma revisão dos valores das indenizações por danos morais nas causa de consumo, atentando-se ao fato de que estas devem antes desestimular o péssimo fornecedor de serviços e produtos a perpetrar e reiterar comportamentos sabidamente ilícitos, do que o consumidor a socorrer-se ao Judiciário, em busca da proteção de seus direitos. Devem, repita-se uma última vez, servir para uma efetiva coibição, repressão, reparação e prevenção do dano, consoante dita os artigos 4º, VI e 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde tempos remotos o consumidor já era foco da atuação protetiva do legislador. Porém, é só a partir de meados do século XX que tal tutela atingiu seu ponto máximo, tornando-se uma política essencial aos Estados Modernos.

No Brasil, a proteção do consumidor foi promovida a direito fundamental do cidadão, o que acarretou uma mudança substancial na sua natureza. Assim, com o fito de tutelar a parte mais vulnerável da relação de consumo, relação marcada pela desigualdade, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras coisas, estabeleceu direitos básicos deste grupo e ainda os objetivos da Política Nacional da Relação de Consumo, entre os quais se localiza a efetiva coibição, repressão, reparação e prevenção de toda sorte de danos experimentados pelo consumidor.

Em decorrência disso, viu-se que referido diploma atingirá toda e qualquer relação de consumo, independentemente da seara do Direito na qual se encontra, sendo assim uma lei especilíssima em razão da pessoa do consumidor. Ainda, vale ressaltar que, em razão de sua origem constitucional, tais normas protetivas são normas de ordem pública e relevante interesse social, o que denota que os interesses envolvidos na relação de consumo transcendem a esfera das partes em direção a toda coletividade.

O instituto do dano moral, por sua vez, mostra-se como instrumento jurídico capaz de tutelar os direitos de personalidade dos indivíduos. Nesta toada, o agravo moral deve ser entendido como violação a direitos quejandos, e não como dor, sofrimento, humilhação, e outras modificações anímicas que afligem o ser humano quando da atitude lesiva de seu ofensor, que são mais efeitos do dano moral do que ele propriamente dito.

Sendo assim, haja vista o interesse público e social que subjaz aludido instituto, é inexorável concluir pela sua dupla finalidade, a saber, uma compensatória e outra dissuasória do ilícito. Deste modo, para que a Justiça seja feita com o ofendido, não basta lhe entregar, após delongada demanda judicial, apenas aquilo que dê do início lhe pertencia, deve, igualmente, oferecer-lhe um plus indenizatório que servirá para arrefecer a tendência natural dos fornecedores de praticar e reiterar o ilícito.

Gize-se que, na relação de consumo, as agressões morais perfazem-se principalmente na violação à dignidade dos consumidores, quando estes são vistos e tratados pelos fornecedores como meros meios de consecução de lucros estratosféricos e não como fim em si mesmo, conforme demanda o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante isso, demonstrou-se com o estudo de alguns casos extraídos dos corredores forenses do Tribunal de Justiça Catarinense que, atinentemente às causas de consumo, as indenizações por danos morais pecam pela modicidade, isto é, insignificância, de sorte que tais indenizações se põem muito mais como um convite aos agressores praticarem situações daninhas do que um efetivo desestímulo, o que se afigura inegavelmente como um menoscabado aos objetivos do Código de Defesa do Consumidor.

Inclusive, trouxe-se à baila jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconhecendo que a modicidade das indenizações praticadas naquela corte tinha se mostrado ineficiente para a prevenção do dano, o que deu azo a uma pequena elevação das mesmas, sem embargo de continuarem módicas, se for considerado o patrimônio destes contumazes infratores e, ainda, a sua reiteração de comportamentos sabidamente ilícitos.

Mostrou-se, outrossim, a insubsistência dos argumentos utilizados para minorar ou negar indenizações a consumidores, demonstrando que o verdadeiro enriquecimento ilícito é das empresas, que ganham/cobram pelo que não fazem, bem como que a real causa da indústria do dano moral reside na pessoa destes, e não do consumidor, que é simplesmente vítima.

É, pois, notório que, numa sociedade capitalista, os agentes econômicos direcionam seus comportamentos de acordo com uma maior ou menor lucratividade, esta é, afinal, a grande contribuição que a Análise Econômica do Direito contempla o mundo jurídico. Neste sentido, há de se notar que a leniência estatal, e a consequente modicidade das indenizações, é a grande viabilizadora de tais práticas lesivas, pois que faz com que os danos sofridos pelos consumidores sejam fontes de lucros para as empresas, dito dano eficiente.

Portanto, é imprescindível que na fixação do *quantum* indenizatório tenha o Magistrado consciência de que dispõe em mãos de um grande instrumento de mudança social.

Logo, é patente que a modicidade da indenização por danos morais nas causas de consumo não só viola um dos objetivos do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, a coibição e repressão eficiente de todos métodos abusivos praticados no mercado de consumo (art. 4º, VI, CDC), mas também atenta contra o direito do consumidor à efetiva reparação e prevenção do dano, abrigado no art. 6º, VI, do CDC. Por este motivo, há de se reconhecer a ilegalidade de indenizações módicas.

REFERENCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro. 9ª ed., ver., atual e ampl. - São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1998.

ASSIS, Araken de. Indenização do dano moral. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 236, p. 5-14, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leornado Roscoe Bessa. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009..

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA, Cássio Modenesi. *Sentença prolatada nos autos nº 2373/2011, na 3ª Vara Cível do Foro Regional da Vila Mimosa – Comarca de Campinas*. Campinas: 2011.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 Maio 2012.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 Maio 2012.

_____. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 Fev 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. rev. Amp. E atual. São Paulo: RT, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 400 p.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988*. In: Revista de Direito Mercantil nº 80, pp. 70-71, 1990.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele – Teoria do Valor do Desestímulo*. 3. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. Ed. Vol. II. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FARIAS, Critiano Chaves de. *Direito Civil. Teoria Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988

FILOMENO, José Geral do Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 12 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enriquecimento sem Causa*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Reparação por danos morais* – Revista dos Tribunais. N. 631. São Paulo: RT, 1988.

G1. *TIM registra lucro de R\$ 1,449 bilhão em 2012, alta de 13,4%* Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/tim-registra-lucro-de-r-1449-bilhao-em-2012-alta-de-134.html>>. Acesso em: 10 Abril 2013.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. *As legislações de livre concorrência e de defesa do consumidor: a prevenção e a repressão das práticas infrativas e dos crimes contra a Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988*. In: Encontro Preparatório do XX Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2011, Belo Horizonte, MG. – Anais do XX Encontro Preparatório do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Belo Horizonte, MG: Fundação Boiteux, v. 1. 2011. pp. . (Apresentação de Trabalho/Congresso)

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª. ed. Forense. São Paulo, 1998.

HOUAISS, Antônio & VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001
LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Tutela específica no Código de Defesa do Consumidor diante das garantias constitucionais do devido processo legal*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004

KENNEDY, John Fitzgerald. *Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest*. Discurso datado de 15 de março de 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 28 Jan 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003 . Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em: 15 Mar 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela específica do consumidor*. Disponível no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Nehemias Domingos de. *Dano moral nas relações de consumo - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2013.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Evolução histórica do Direito do Consumidor*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9474&revista_caderno=10>. Acesso em: 28 Jan 2013.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PELUSO, Antônio Cezar. *Voto no Recurso Extraordinário n. 351.750* Brasília: STF, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reponsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, vol 1 – parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

PRIBERAM. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. Versão virtual. Disponível em: <www.priberam.pt/dlpo>. Acesso em: 20 Fev 2013.

RESEDÁ, Salomão. *A função Social do Dano Moral*. 1.ed. Florianópolis: Conceito, 2009.

ROLLO, Arthur. *Dano punitivo e as indenizações irrisórias nas relações de consumo*. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/dano-punitivo-e-as-indenizacoes-irrisorias-nas-relacoes-de-consumo/8367>. Acesso em 22 Fev 2013.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no Direito do Consumidor*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos constitucionais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCOTON, Luis Eduardo Brito. *Análise Econômica do Direito do Consumidor: O Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro*. Texto apresentado no IV Congresso Anual da Associação Mineira de Direito e Economia. Disponível em: <www.revista.amde.org.br>. Acesso em 06 Mar 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Voto no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 489.187/RO*, Brasília: STJ, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.