

FLÁVIO AUGUSTO PALMA SETTI

DANOS MORAIS EM RELAÇÕES DE CONSUMO

CURITIBA, 2003

FLÁVIO AUGUSTO PALMA SETTI

DANOS MORAIS EM RELAÇÕES DE CONSUMO

Monografia de conclusão de curso apresentada pelo acadêmico Flávio Augusto Palma Setti, matriculado sob o N° 993.771-4, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Professor Antônio Alves de Prado Filho

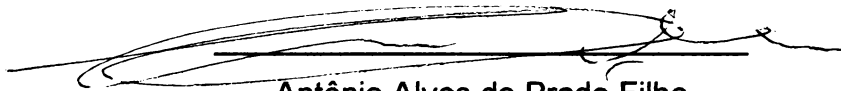
CURITIBA, 2003

RESUMO

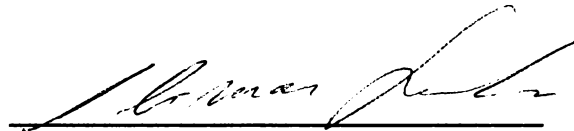
Os consumidores encontram-se em uma evidente situação de vulnerabilidade no mercado de consumo, estando expostos a inúmeros abusos e desrespeitos por parte dos fornecedores de produtos e serviços. O meio mais eficiente para que tais abusos sejam coibidos parece ser uma efetiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sendo de grande valia, para este fim, a utilização de um conceito mais amplo da figura dos danos morais, o qual deve ser utilizado como uma ferramenta para punir os abusos praticados pelos fornecedores, bem como para evitar que tais práticas abusivas voltem a ser por estes praticadas, passando, assim, a indenização por danos morais, a possuir um caráter preventivo-pedagógico em relação aos maus comerciantes.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nós, membros da banca examinadora, consideramos aprovada a monografia de conclusão de curso apresentada por FLÁVIO AUGUSTO PALMA SETTI, intitulada "DANOS MORAIS E RELAÇÕES DE CONSUMO", defendida oralmente em sessão pública realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.



Antônio Alves de Prado Filho



Elimar Szaniawski



Manoel Caetano Ferreira Filho

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
2. Dano – definição e espécies.....	3
3. Danos extrapatrimoniais e suas características.....	6
4. O código de defesa do consumidor e a natureza protetiva de suas normas	10
5. A dimensão coletiva das relações de consumo	27
6. A função preventivo-pedagógica das indenizações pelos danos extrapatrimoniais advindos de relações de consumo	32
7. Evolução jurisprudencial	43
8. Conclusões	48
9. Referências bibliográficas.....	51

1. INTRODUÇÃO

Numa sociedade em que o dinheiro é um dos principais objetos de desejo de todos, e que as relações de consumo fazem circular fortunas diariamente, torna-se evidente a necessidade do desenvolvimento de mecanismos eficientes que venham a controlar esta busca desenfreada de lucros, que faz com que os indivíduos deixem de ser considerados como pessoas, transformando-se em estatísticas, e em que é colocada de lado a dignidade da pessoa humana, em troca de uma solução mais vantajosa financeiramente.

As relações de consumo passaram a ser relações de massa, nas quais figuram de um lado os fornecedores, com suas estruturas elaboradas e elevado poderio financeiro, e de outro os consumidores, muitas vezes dependentes dos produtos ou serviços prestados por aqueles, encontrando-se os consumidores em evidente situação de inferioridade em relação aos fornecedores.

Os contratos de adesão passaram a ser regra no mercado, sendo os consumidores obrigados, caso desejem ou necessitem de determinado produto ou serviço, a se sujeitarem aos termos neles constantes, impostos unilateralmente pelos fornecedores.

Diante deste quadro, fica evidente que determinada forma de conduta adotada por um fornecedor de produtos ou serviços em relação a um consumidor, não se trata de um ato isolado, pois se em relação a um indivíduo foi adotada tal forma de agir, é muito grande a probabilidade de que isto esteja sendo repetido para todos os outros consumidores que possuem relações com este fornecedor. As relações não são individuais, pessoais, mas sim coletivas.

Por este motivo não podemos tolerar abusos e desrespeitos praticados por fornecedores inescrupulosos, guiados pela busca do lucro a qualquer custo. Não se pode deixar de punir o fornecedor adepto de tal postura, mesmo quando não seja evidente o prejuízo acarretado a um determinado consumidor, pois devemos ter sempre em mente a dimensão coletiva das relações de consumo. Assim sendo, se um indivíduo se sentiu lesado por determinado ato e foi à justiça buscar seus direitos, é muito provável que um grande número de pessoas também

tenha se sentido lesadas por ato semelhante, mas deixou de buscar seus direitos para evitar todos os transtornos decorrentes de uma ação judicial.

Aos corajosos que foram à justiça guerrear pela garantia de seus direitos, costuma restar a decepção, após anos de processo, consubstanciada em uma sentença que determina uma indenização irrisória pelos transtornos sofridos, a qual acaba sendo duplamente ineficiente, pois além de não compensar os transtornos causados ao consumidor, não reparando de forma alguma o dano sofrido, acaba por incentivar a manutenção do agir inescrupuloso do fornecedor, ficando este muito satisfeito ao perceber que está ganhando um volume cada vez maior de dinheiro agindo de tal forma, e que ao diminuto número de clientes que vão à justiça buscar seus direitos, acaba ele tendo que pagar uma indenização insignificante, que não lhe causa nenhum impacto financeiro ou psicológico.

Realizando então um maquiavélico cálculo matemático, no qual é descontado o risível valor pago em indenizações do vultoso montante de dinheiro derivado de seus atos abusivos, chega o fornecedor, de imediato, à conclusão de que continuar desrespeitando os consumidores é a forma mais lucrativa de atuação, deixando ele em segundo plano, valores essenciais como o respeito e a consideração para com os seus clientes.

Este é o principal objeto tratado no presente trabalho monográfico, no qual se busca evidenciar que a melhor maneira de evitar abusos, em se tratando de relações de consumo, é punir de forma severa os fornecedores que praticam atos abusivos, não sendo coerente, no meu entendimento, a postura adotada por inúmeros juizes, que arbitram indenizações insignificantes no tocante aos danos morais e transtornos sofridos pelos consumidores, sob a singela justificativa de se evitar a proliferação da chamada “indústria do dano moral”, não sendo levado em conta, entretanto, que com tal forma de agir, eles estão incentivando o desenvolvimento de uma outra “indústria”, muito mais parasitária e prejudicial ao desenvolvimento da sociedade: a “indústria da irresponsabilidade”¹ dos fornecedores, passando estes a praticarem abusos cada vez mais freqüentes, com a finalidade de obterem lucros cada vez maiores.

¹ Expressão esta utilizada com grande propriedade por Alexandre Rezende da Silva, em seu artigo intitulado “Dano moral e irresponsabilidade empresarial”.

2. DANO – DEFINIÇÃO E ESPÉCIES

Preliminarmente, antes que se passe a desenvolver de maneira mais aprofundada o tema aqui tratado, parece-me fundamental que se defina, de forma clara, o significado do vocábulo “dano”, por ser este largamente utilizado e fundamental para compreensão do presente trabalho monográfico.

O vocábulo “dano”, derivado do latim “damnum”, genericamente, significa todo o mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, que possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio material ou imaterial.² Definição semelhante pode ser extraída do Dicionário Aurélio, que define “dano” como sendo um mal ou ofensa pessoal, bem como prejuízo moral.

A partir da lição de Agostinho Alvim³, pode-se dizer que “dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, aí incluso o dano moral”.

Em termos jurídicos, o dano é pressuposto indispensável à responsabilidade civil, quer em sede subjetiva, quer em sede objetiva. A responsabilidade civil subjetiva ou clássica fundamenta-se na teoria da culpa, sendo esta considerada em sentido amplo, ou seja, é constituída tanto pelo dolo como pela culpa em sentido estrito. Não havendo o elemento culpa, não há obrigação de indenizar. A responsabilidade objetiva, por outro lado, fundamenta-se na teoria do risco, tendo como característica a desnecessidade da presença do elemento culpa para que exista o dever de indenizar.

Os demais pressupostos são as ações ou omissões, expressas pelas condutas humanas; o nexos de causalidade, entre tais condutas e o dano causado; e a culpa ou dolo do agente, sendo este último elemento dispensável em se adotando a teoria da responsabilização objetiva, na qual o elemento culpa não é fundamental para que surja o dever de indenizar.

Depreende-se daí, que havendo dano, há que se impor a alguém a obrigação de indenizar, ainda que não tenha este praticado qualquer ato ilícito, do

² Definição extraída do “Vocabulário Jurídico”, de Plácido e Silva.

³ ALVIM Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. Ed. Jurídica e Universitária, 3ª ed., p. 171. Apud Rui Stoco. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 4ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 653.

mesmo modo que se conclui que não há responsabilidade ou dever de indenização sem a existência de um prejuízo.

Para que fique devidamente demonstrado a relevância do dano, devemos sempre levar em conta, conforme afirmou Sérgio Cavalieri Filho, que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

Há alguns anos, em especial anteriormente a entrada em vigor da Constituição de 1988, entendia a doutrina predominante serem indenizáveis apenas os prejuízos materiais sofridos por um indivíduo, sendo os danos imateriais considerados apenas de forma secundária, quando resultarem estes em prejuízos materiais ao lesado. As indenizações por danos puramente morais eram pouco freqüentes, sendo bastante restrito o rol de situações previstas em lei nas quais tais indenizações seriam aplicáveis. Note-se que algumas leis especiais anteriores à Constituição de 1988 já afirmavam a indenizabilidade do dano moral, como a Lei de Imprensa (lei n.º 5.250/67) e o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei n.º 4.117/62). Também no próprio Código Civil de 1916 verifica-se limpidamente o dano moral nos artigos 1.547 (indenização por injúria ou calúnia) e 1.548 (indenização à mulher agravada em sua honra), dentre outros. Deve-se entretanto ressaltar que, como já mencionado anteriormente, condenações a indenizações em decorrência de danos puramente morais eram bastante raras, podendo serem estas consideradas como exceções à regra.

Tem-se por dano material ou patrimonial, todo aquele que atinge os bens inerentes ao patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. É subdividido em dano emergente e lucros cessantes.

Os danos emergentes são aqueles que, de forma imediata, em razão direta do próprio ato ilícito, atinge o patrimônio presente da vítima, podendo-se dizer, em outras palavras, que o dano emergente é tudo aquilo que de fato foi perdido.

O lucro cessante, por sua vez, caracteriza-se pelos reflexos futuros que surgirão em decorrência do ato ilícito cometido, tratando-se, portanto, da

quantidade de recursos que deixou a vítima de lucrar em decorrência do ato ilícito sofrido.

Para melhor compreensão desta distinção entre danos emergentes e lucros cessantes pode-se dar como exemplo um taxista, que possui um veículo no valor de R\$ 10.000,00 e lucra um montante de R\$ 100,00 diários, no exercício de sua profissão. Caso ele tenha seu veículo destruído por ato de outrem, tem ele direito a uma indenização no valor de R\$ 10.000,00, referente ao valor do veículo em si, a título de danos emergentes, e mais R\$ 100,00 por dia em que esteve impedido de trabalhar em decorrência da ruína de seu instrumento de trabalho, a título de lucros cessantes.

Face ao exposto, dentro desse sistema que entendia indenizáveis apenas os prejuízos materiais sofridos, caso alguém sofresse grave lesão a sua honra, sendo esta um elemento extremamente relevante, inerente aos direitos da personalidade, não teria ele direito a indenização alguma, a não ser que comprovasse que, de algum modo, esta ofensa lhe acarretou prejuízos materiais, deixando desprotegidos valores fundamentais inerentes a personalidade do indivíduo, direitos estes que, em caso de indenização por sua violação, seriam considerados apenas em segundo plano, ou seja, como geradores de prejuízos materiais, não sendo levado em conta os danos imateriais que acarretaram.

A doutrina passou a atacar tal posicionamento, por entender ser este no mínimo incoerente, e logo em seguida passou a jurisprudência, de forma mais contida, a perceber a incoerência de tal posicionamento. Surgiram então inúmeras discussões acerca do tema, buscando-se evidenciar o caráter indenizável dos danos puramente imateriais.

Com o advento da Constituição de 1988, que estabeleceu expressamente em seu artigo 5º, inciso X, serem 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 dano moral ganhou foros de constitucionalidade, dirimindo a polêmica sobre a sua existência. Logo após, também veio o dano moral expresso no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078/90), que prescreveu ter o consumidor direito à

"efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

Assim sendo, fica claro que a existência do dano, sendo este um prejuízo material ou imaterial sofrido por determinado indivíduo, é pressuposto fundamental para que passe a existir o dever de indenizar. Parece-me evidente, também, que todos os danos sofridos podem e efetivamente devem ser devidamente indenizados, não sendo plausível que aceitemos a existência de comprovados danos aos quais não se possa atribuir uma indenização respectiva e proporcional.

Por serem os danos extrapatrimoniais o objeto principal de estudo do presente trabalho monográfico, passarei a analisá-los de forma detalhada no item a seguir.

3. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUAS CARACTERÍSTICAS

Podemos afirmar que as pessoas em sociedade desenvolvem suas relações em um ambiente regulado, normatizado, sendo suas ações regidas por regras jurídicas ou legais de caráter obrigatório.

Aos direitos outorgados pelo ordenamento jurídico à determinada pessoa que se encontra em certa situação fática correspondem correlatos deveres. Assim sendo, o descumprimento de um dever jurídico provoca um abalo na ordem jurídica, pouco importando se desse fato decorrem perdas materiais ou morais em face de determinado sujeito.

Pode-se dizer, portanto, que o descumprimento de um dever jurídico significa a lesão a um direito, direito esse outorgado pelo ordenamento jurídico a uma pessoa ou grupo de pessoas, os quais poderemos denominar de titulares.

Nesses casos, a ocorrência de qualquer fato ilícito provoca uma lesão ou violação a um interesse juridicamente protegido, o qual poderemos denominar de bem jurídico imaterial, haja vista não possuir existência concreta.

É justamente esse o conceito de dano extrapatrimonial adotado no presente trabalho: a lesão ou violação a um interesse juridicamente protegido, independentemente de qualquer repercussão na esfera pessoal do lesado.

Para a ocorrência do dano extrapatrimonial basta a violação de um direito ou lesão de um interesse juridicamente protegido.

Assim sendo, é coerente afirmar que o dano é na realidade a lesão a um interesse juridicamente protegido. O dano extrapatrimonial passa a ter somente um caráter normativo. A lei tutela interesses que quando violados ou frustrados representam uma das mais graves infrações à ordem jurídica.

Neste sentido é o entendimento do professor João Casillo. Segundo ele, “na legislação brasileira, ao contrário de outras, apesar de encontrarem-se inúmeras referências ao dano em diversos textos legais, nenhum deles o conceitua, aliás, seguindo orientação predominante de que as definições devem ficar para a doutrina”.

Entretanto, existem textos no Código Civil brasileiro que permitem deduzir qual o âmbito abrangido por tal vocábulo.

Assim determina o artigo 186 do Novo Código Civil Brasileiro:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O Código indica como dano reparável, isto é, indenizável, aquele decorrente de prejuízo causado ou direito violado. Pretendesse o legislador vincular a noção de dano apenas às hipóteses onde houvesse prejuízo no sentido de diminuição patrimonial, não teria incluído a expressão violar direito. Bastaria dizer que aquele que causasse prejuízo ficaria obrigado a repará-lo.

Fosse ainda intenção do legislador dizer que dano indenizável seria somente aquele através do qual a violação do direito acarretasse prejuízo, outra seria a redação, substituindo-se a conjunção alternativa ou pelo conectivo com,

como, por exemplo, violar direito com prejuízo ou ainda, violar direito causando prejuízo.

Ao invés, o texto é muito claro, ao afirmar que é indenizável o dano ainda que exclusivamente moral. Saliente-se, entretanto, que tal norma tem como única finalidade reafirmar determinação constante na Constituição Federal de 1988, que põe um ponto final na discussão até então existente, acerca da indenizabilidade ou não dos danos exclusivamente morais, afirmando serem estes de fato indenizáveis.

O direito à indenização nasce quando seja causado o prejuízo ou simplesmente violado o direito. Basta a violação, a ofensa ao direito, para que a proteção jurídica referente à reparação imediatamente nasça, independentemente de outra cogitação. Assim sendo, todas as vezes que ocorrer a violação de um direito ou interesse juridicamente protegido ficará o lesante obrigado a indenizar o lesado. Esta indenização possuirá apenas caráter punitivo, e terá como primordial função inibir ou coibir a prática ou a ocorrência de quaisquer ilícitos futuros.

Observe-se que tal afirmação possui sólido embasamento constitucional, encontrando suporte no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assim determina:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O dispositivo em tela possui nítido caráter preventivo, dado estabelecer que a intervenção judicial se dará nos casos em que ocorrer lesão ou ameaça a direito, não fazendo ele sequer menção à necessidade de ter tal “lesão ou ameaça a direito” causado qualquer espécie de dano.

Logo, conclui-se que o sistema constitucional pátrio não outorga proteção às vítimas apenas nos casos em que ocorrer prejuízo. Ao revés, o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal procura justamente inibir a ocorrência do dano.

Um simples exemplo demonstrará a utilidade da teoria do dano extrapatrimonial como fator de inibição e punição de condutas antijurídicas: um

determinado consumidor recebe em casa a cobrança de um produto ou serviço que não solicitou. Como nada tem a ver com aquilo, não se importa com a cobrança por entender que houve um equívoco. Passadas algumas semanas, é surpreendido com o recebimento de um Aviso de Protesto, referente à indevida cobrança: deverá pagar a quantia nele descrita em tantas horas sob pena de vir a ser protestado. A ocorrência de tal situação é bastante comum.

Em face da doutrina tradicional, que vincula a idéia de indenização à ocorrência de dano, se o consumidor que foi indevidamente cobrado conseguir obter a sustação judicial do protesto indicado no exemplo, comprovando depois que o mesmo era indevido, apenas conseguirá desconstituir o título ou obter a declaração de inexigibilidade da cobrança. Nenhuma punição sofrerá o fornecedor que enviou ao consumidor cobrança que sabia ou deveria saber ser indevida.

Ora, tal situação se apresenta completamente injusta, pois transfere à vítima o ônus de impugnar a cobrança indevida, sem que o fornecedor sofra qualquer punição. Mesmo não sofrendo o consumidor qualquer prejuízo evidente, de ordem material ou mesmo moral, foi ele evidentemente prejudicado, haja vista os transtornos que tal fato lhe acarretou.

Todavia, ao adotarmos de maneira mais ampla a idéia de dano extrapatrimonial, todas as vezes que o fornecedor enviar ao consumidor cobrança indevida deverá indenizá-lo em razão da simples prática de um fato ilícito, no caso, a violação ao princípio da boa-fé objetivamente considerada.

Destarte, ante o exemplo indicado, violado o princípio da boa-fé surge ao ofensor a obrigação de indenizar o lesado, indenização essa que possuirá apenas caráter punitivo, intimidatório, inibitório, pois buscará evitar que casos análogos ocorram.

Assim sendo, pode-se claramente afirmar que o eixo da responsabilidade civil se transfere do dano para a conduta ofensiva ou lesiva, o que, nos termos acima expostos, pode-se transformar numa das mais importantes formas de controle social: ocorrida uma conduta ofensiva ou lesiva a ordem jurídica, surgirá ao ofensor a obrigação de indenizar a vítima de tal postura, possuindo tal indenização caráter punitivo, com o condão de inibir que condutas semelhantes voltem a serem adotadas.

Deve o magistrado, portanto, calibrar a indenização no caso concreto, permitindo sejam visualizados os aspectos punitivos e compensatórios das verbas indenizatórias, evitando-se, assim, que sejam fixadas ínfimas indenizações, que não atingem os seus reais objetivos: punir o ofensor e compensar a dor ou transtorno sofrido pelo ofendido.

No tocante à comprovação do prejuízo, é esta desnecessária em se tratando de danos extrapatrimoniais, haja vista a própria natureza destes, qual seja, danos causados pela simples prática de um ato violador de direito ou de interesse jurídico protegido. Assim sendo, os danos extrapatrimoniais independem de prova da ocorrência de efetivo prejuízo, bastando seja comprovada a conduta violadora de interesse juridicamente protegido para que reste comprovada a existência do dano.

Isto posto, verificado o evento danoso, que atinge o lesado provocando-lhe reações negativas, surge a necessidade de reparação, independentemente da análise da subjetividade do agente ou da prova de prejuízo concreto do ofendido.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A NATUREZA PROTETIVA DE SUAS NORMAS

Ao observarmos a estrutura do Código de Defesa do Consumidor, a primeira coisa que nos fica evidente é que este é um dispositivo legal multidisciplinar, por conter em seu contexto as regras básicas da defesa das relações de consumo tanto na esfera civil, como na processual, administrativa e penal. Com isto, buscou o legislador conferir um caráter mais efetivo à defesa do consumidor, bem como uma maior coerência na aplicação da lei, com vistas à garantia dos interesses deste.

Deve-se ressaltar que não deixam as demais leis, como as contidas no Código Civil ou Penal, de serem aplicáveis às relações de consumo. Tal aplicação, entretanto, passa a ocorrer de forma subsidiária, devendo-se primeiramente analisar o disposto no Código de Defesa do Consumidor, para posteriormente partirmos a análise dos demais dispositivos legais aplicáveis a

matéria em questão, devendo tais dispositivos serem utilizados em casos de lacuna na legislação do consumidor, desde que não sejam conflitantes com os princípios estabelecidos pelas leis específicas regentes das relações de consumo.

É, neste sentido, fundamental seja destacado o caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor, aplicável a toda relação de consumo, pouco importando a sua natureza - contratual ou extracontratual - ou espécie, como demonstrou Nelson Nery Júnior: “É preciso aliar-se ao fato de o CDC ser lei especial que regula as relações de consumo, a circunstância de que o Código é um microssistema que contém regramentos e princípios gerais sobre relações de consumo, que não podem ser modificados por leis posteriores setorializadas, isto é, por leis que tratem de algum tema específico de relações de consumo”.

Assim, sobrevindo lei que regule os transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, por exemplo, essa lei específica, setorializada, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema principiológico do CDC, que prevê o regime da responsabilidade objetiva para os acidentes de consumo (CDC, artigos 6º, VI, e 12).

Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas”⁴.

A modificação no sistema introduzida por estas novas leis é substancial, sendo seu campo de atuação muitas vezes coincidente com o campo de aplicação de outras leis especiais, de forma a combater privilégios não mais condizentes com os novos valores que pretende introduzir.

A entrada em vigor de uma nova lei de função social traz como consequência natural uma modificação profunda no ordenamento jurídico vigente, daí a dificuldade dos operadores do direito em interpretá-la tomando por base o pensamento e a filosofia que impregnavam o direito codificado do século XIX.

4 NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 345;

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é uma dessas leis de função social, as quais têm o mérito de positivarem as novas noções valorativas orientadoras da sociedade, procurando, assim, assegurar a realização dos modernos direitos fundamentais, econômicos e sociais, previstos nas Constituições. Leis típicas do intervencionismo do Estado Social, elas nascem com a difícil e a específica função de servir de parâmetro de nova orientação, de efetivo instrumento para alcançar o equilíbrio social que o legislador moderno pretende realizar.

São leis declaradas de ordem pública, a reconhecer a superioridade da lei em relação à autonomia da vontade do indivíduo. São normas, portanto, inderrogáveis pela ação da vontade do indivíduo, a regular de maneira imperativa e imediata as questões jurídicas que tratam.

Trata-se, pois, de conjunto ordenado de princípios e de normas editado para a proteção de direitos reconhecidos universalmente às pessoas, buscando garantir os direitos à vida, à segurança, à integridade física e psíquica, à intimidade, à honra e outros que se incluem no elenco dos denominados direitos da personalidade. Volta-se ao amparo das pessoas nas relações de consumo, ou seja, enquanto participantes de operações em que se apresentam como destinatárias finais dos produtos ou dos serviços oferecidos ao mercado⁵.

Cabe-nos, agora, destacar o caráter protetivo das normas do Código de Defesa do Consumidor, que acabam por buscar, em sua essência, a manutenção da Ordem Pública.

Somente a partir da 1ª Guerra Mundial, com as profundas modificações que acarretou no meio sócio-econômico e político, é que ocorreu um fenômeno no Direito, forçado pela necessidade de se restabelecer a paz social, que possibilitou abalar a autonomia da vontade nas relações contratuais, que deixaria de ser um princípio sem limites para admitir limitações. Passou-se, então, a considerar que a autonomia da vontade das partes, em um determinado ajuste privado, deve ceder às exigências do bem comum, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fator limitativo da liberdade contratual.

5 BITTAR, Carlos Alberto. O Advento do Código de Defesa do Consumidor e seu Regime Básico - Revista de Direito do Consumidor nº 2. São Paulo: RT, 1992, p. 138;

No Brasil tal visão é acentuada pelo caráter social da Constituição Federal de 1988, a qual impõe claramente freios à livre atuação dos agentes econômicos.

Com isso, o Direito Privado passa a sofrer uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um conseqüente controle estatal. A defesa do consumidor inclui-se, assim, na chamada ordem pública econômica, cada vez mais importante na atualidade, por legitimar e instrumentalizar a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares.

Passa-se então a falar em ordem pública de proteção dos consumidores. Com efeito, as regras ortodoxas do direito privado não mais atendem à ordem pública de proteção do consumidor, notadamente quanto aos vícios do consentimento, à noção de causa no contrato, ao regramento da cláusula penal, à teoria das nulidades e à proteção contra as cláusulas abusivas. Daí a necessidade de criar-se um microsistema informado por modernas técnicas de implementação de regras de ordem pública modificadoras da então ordem jurídica privada vigente no Brasil, em atendimento aos preceitos universais que reclamam seja feita defesa mais efetiva dos direitos dos consumidores.

Seguindo a linha adotada pelo legislador constitucional, o Código de Defesa do Consumidor veio cumprir o expresso mandamento previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal: "Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e Artigo 48 de suas Disposições Transitórias".

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, pois salvaguarda relevantes interesses sociais. Em sendo de ordem pública⁶, incide mesmo contra a vontade dos interessados, devendo o juiz conhecer todas as

6 Nos casos em que ocorre o intervencionismo estatal, os contratos passaram a ser regidos por normas de ordem pública ou cogentes. Em razão disso, às partes é dado unicamente o querer contratar ou não. A partir da efetiva vinculação contratual, pode-se dizer que os efeitos emanam da lei. De tal sorte que, mesmo com a expressa presença no contrato de cláusulas previamente ajustadas, não terão elas aplicação coercitiva, se contrariarem ao que foi imposto ou proibido por lei.

questões de ofício, bastando que delas tenha tido conhecimento no decorrer do processo. Assim sendo, fica claro que as normas de ordem pública representam uma das formas de intervenção do Estado Social no domínio econômico.

O ordenamento impõe situações que obrigatoriamente devem constar da contratação, não podendo as partes, por sua própria vontade, derrogar ou mesmo alterar as disposições, uma adaptação dos contratos às circunstâncias econômicas, procurando manter situação de paridade entre prestação e contraprestação.

Ressalte-se, porém, que o fenômeno do intervencionismo do Estado nas relações particulares não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejável equilíbrio entre as partes contratantes.

As leis reguladoras têm por escopo o restabelecimento do equilíbrio contratual, criando barreiras ao abuso do poder econômico e mecanismos preventivos - controle administrativo do conteúdo das condições gerais de negociação ou estabelecimento de regras legais para não se admitir a imposição de determinadas situações - limites legislativos e, por fim, tornar mais fácil o acesso da parte contratante mais frágil ao Judiciário.

Assim, o contrato, anteriormente concebido como o intangível acordo de vontades formalizado entre duas pessoas capazes encontra limites no próprio ordenamento jurídico que lhe dá sustento, em virtude da nova visão social do contrato, com especial ênfase nos deveres anexos de conduta, em especial no princípio da boa-fé objetiva, bem como nas normas jurídicas de ordem pública, como bem diz sobre estas últimas o professor Orlando Gomes, em seu livro intitulado Contratos: “A liberdade de obrigar-se tem limites. Se bem que o regime dos contratos se constitua basicamente de preceitos de caráter supletivo, há princípios gerais e normas imperativas que devem ser respeitados pelos que querem contratar, certo sendo que a vontade dos contratantes, conquanto autônoma, sempre encontrou limitações na lei. A ordem jurídica descansa em princípios gerais que dominam toda a área do direito contratual. Para se resguardar nos seus fundamentos e preservar sua política, institui a ordem pública e os bons costumes como fronteiras da liberdade de contratar e atribui caráter imperativo a preceitos cuja

observância impõe irresistivelmente, negando validade e eficácia aos negócios jurídicos discrepantes desses princípios ou infringentes dessas normas”.

Segundo Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, “Direito cogente (impositivo, proibitivo) é o direito que a vontade dos interessados não pode mudar. Uma vez composto o suporte fático, a regra jurídica incide, ainda que o interessado ou todos os interessados não o queiram.”

Por fim, cumpre sublinharmos, neste sentido, que os fins visados pelas normas de ordem pública são, ao buscar a proteção dos interesses da parte mais fraca de uma relação jurídica, restringindo a liberdade contratual, a realização do pacto materialmente justo.

Cumpre-nos agora fazer uma delimitação mais específica do âmbito de atuação das normas de defesa do consumidor.

Os artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90 delimitam, num primeiro momento, o âmbito de incidência da tutela legal apenas e tão-somente às denominadas relações de consumo, podendo-se definir estas como o vínculo jurídico, consubstanciado em um produto ou serviço, existente entre um fornecedor e um consumidor.

Nos termos da lei, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pública ou privada, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços. Consumidor, por seu turno, é toda pessoa física ou jurídica que adquira ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.

Aparentemente, os conceitos de fornecedor e de consumidor não trariam qualquer problema, dada a clareza com que se encontram presentes no texto legal.

No entanto, a situação é bastante debatida na doutrina, especialmente no que diz respeito à extensão do termo destinatário final, presente na conceituação legal de consumidor, e, também, no que concerne na possibilidade das pessoas jurídicas receberem a proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Ao lado da definição legal dos conceitos de fornecedor e consumidor, o Código de Defesa do Consumidor veicula o denominado “consumidor por equiparação”.

Isso quer dizer que muito embora determinadas pessoas não se enquadrem, a princípio, na definição legal básica do artigo 3º, da Lei, serão consideradas consumidoras, e receberão a proteção especial do Código, desde que presentes os pressupostos previstos no parágrafo único, do artigo 2º, no artigo 17 e no artigo 29.

No que tange a equiparação existente no parágrafo único do artigo 2º do Código, passará este a incidir desde que uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, haja intervindo nas relações de consumo.

Para Arruda Alvim, “O que caracteriza os entes despersonalizados é, basicamente, a inexistência formalizada da chamada “*affectio societatis*” (intenção manifesta de manter vínculo associativo) dentro de um grupo que contenha um liame organizacional, tendo em vista sociedades de fato, lucrativas ou não”⁷.

O segundo conceito de consumidor por equiparação legal encontra-se estampado no artigo 17, do Código de Defesa do Consumidor, e diz respeito a todas as pessoas que foram vitimadas por um acidente de consumo.

Acidente de consumo é o evento que causa dano aos consumidores em virtude de um defeito no produto ou no serviço. É também denominado de fato do produto ou do serviço.

O terceiro e último conceito de consumidor por equiparação diz respeito diretamente as práticas comerciais e contratuais abusivas, assim como a publicidade. Diz o artigo 29, do Código de Defesa do Consumidor:

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

7 ALVIM, Arruda et alii. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995, p. 21;

O artigo em questão tem gerado inúmeras controvérsias, dado o seu amplo espectro de incidência: todas as pessoas expostas a uma das práticas nele previstas estariam sob o manto protetor do Código.

Em primeiro lugar, quando o artigo em comento veicula a equiparação legal de consumidor, ele apenas restringe a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos capítulos nele indicados. Com efeito, essa é a única restrição existente.

Em segundo lugar, o artigo 29, do Código de Defesa do Consumidor, procura aparentemente inserir no direito privado a moderna noção do direito obrigacional, o qual tem por objeto manter o equilíbrio e a proporcionalidade dos pactos privados. Desde os anos 50, com juristas como Karl Larenz, vêm-se trazendo novas noções acerca do direito das obrigações. Larenz dizia que "o direito dos contratos não surge exclusivamente dos princípios da autodeterminação e da autovinculação, como posto no liberalismo; agregam-se a estes, os transformando, os princípios da equivalência objetiva e da proporcionalidade medida, os quais funcionam, no aspecto positivo, para conformar o 'direito legal' que integra o contrato, aí incidindo os princípios básicos da tutela à boa-fé a rejeição ao abuso, e no aspecto negativo, para impor limites ao próprio conteúdo contratual, incidindo nas hipóteses extremas, mas não excepcionais, da "laesio enormis" e do desequilíbrio provocado pelas 'condições gerais dos negócios', tornando possível a revisão judicial do contrato para o restabelecimento da comutatividade, ou relação de equivalência originariamente fixada."⁸

Como já se disse anteriormente, tendo em vista os valores maiores buscados pelo texto constitucional - justiça, dignidade, igualdade - é prudente entender que o princípio da autonomia da vontade somente poderá ser exercido desde que respeitados tais valores, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

Pode-se concluir, então, que o artigo 29 buscou humanizar e flexibilizar os princípios seculares do direito privado clássico, tendo em vista princípios vigorantes no direito contratual moderno: autonomia privada, boa-fé objetiva e justiça contratual.

8 MARTINS COSTA, Judith H. apud CASADO, Márcio Mello. O Leasing e a Variação Cambial - Revista dos Tribunais nº 763. São Paulo: RT, 1999, p. 87

Assim sendo, tem-se que “o consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’ (artigo 2º), mas igualmente as pessoas expostas às práticas previstas no Código (artigo 29). Vale dizer: pode ser visto concretamente (artigo 2º) ou abstratamente (artigo 29). No primeiro caso, impõe-se que haja ou esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em via de adquirir ou utilizar o produto ou o serviço. Em outros termos, estende-se a rede protetiva àquele que se encontra em situação de vulnerabilidade - de modo restrito, pois limitada ao conjunto de regras que compreendem os capítulos V e VI -, pouco relevando que não haja relação estritamente de consumo”⁹.

Como se vê, a técnica de equiparação de determinadas pessoas a consumidores adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 17 e 29 permite a sua aplicação até mesmo às hipóteses em que não haja uma relação de consumo propriamente dita - aquisição ou utilização de produtos ou serviços na condição de destinatário final - o que representa grande avanço no direito pátrio, eis que visa inibir a utilização do instrumento contratual, em especial dos contratos de adesão, como forma de prepotência, de pressão, de abuso da parte econômica e tecnicamente mais forte contra aquela que não se encontra no mesmo pé de igualdade.

Dentre os vários direitos básicos que o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º e incisos) positivou, vale destacar aquele que interessa mais de perto à presente monografia: o direito à efetiva reparação de danos patrimoniais e morais.

Lê-se no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

9 Direito do Consumidor e Serviços Bancários e Fianceiros - Aplicação do CDC nas Atividades Bancárias - Revista de Direito do Consumidor nº 17. São Paulo: RT, 1998, p. 12;

Constitui direito básico dos consumidores a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais causados pelos fornecedores de produtos e serviços em geral. E efetiva, na sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, significando mais ampla possível, tendo em mira o restabelecimento do status quo ante.

Todo o aparato legal visa prevenir a ocorrência de danos ao consumidor, quer estipulando obrigações ao fornecedor, quer responsabilizando-o por danos e defeitos, quer restringindo a autonomia da vontade nos contratos, quer criminalizando condutas, mas isso não impede que tais danos venham a ocorrer. Daí ser assegurado como direito do consumidor o ressarcimento do prejuízo sofrido, seja patrimonial, individual, coletivo ou difuso, pois, do contrário, não haverá efetividade na tutela (artigo 6º, VI).

Com efeito, é o princípio da reparação integral, reflexo da garantia estampada no artigo 5º, incisos X e XXXII, e artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, de modo que o paradigma constitucional deverá estar sempre presente na análise dos casos emanados duma relação de consumo.

Os produtos e serviços ofertados no mercado destinam-se a satisfazer as necessidades dos consumidores, nos aspectos de indispensabilidade, utilidade e comodidade, sendo intrínseca a expectativa de que funcione conveniente e adequadamente, ou se prestem à finalidade que deles legitimamente se espera. Não fosse assim, não estaria justificada a razão de sua existência¹⁰.

Para a consecução do seu objetivo, o Código de Defesa do Consumidor instituiu a responsabilização objetiva dos fornecedores de produtos ou serviços, vale dizer, independente da existência de culpa.

O direito brasileiro adotava, tradicionalmente com regra, a responsabilidade civil dos particulares, em face da cláusula geral positivada no artigo 159, do Código Civil, prevendo a responsabilização do causador de determinado dano apenas quando o mesmo obrasse com negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, caberia ao lesado, a fim de obter o ressarcimento que entendia pertinente,

10 Batista de Almeida, João. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 38;

comprovar, além do dano e do nexu causal, ter agido o autor do fato com culpa, o que na maioria das vezes tornava impossível a reparação.

Todavia, esse critério entrou em crise, com a dificuldade de individualizar-se o culpado por ações perdidas no anonimato das cadeias de distribuição dos bens, estabelecidas nas fases intermediárias entre produção e consumo. A responsabilidade civil não se assenta mais na conduta culposa de uma pessoa determinada, porque terminou a era do individualismo e do voluntarismo jurídico. Ela agora encontra seu fundamento num dever de solidariedade social, base de uma responsabilidade sem culpa¹¹.

A descoberta do verdadeiro autor de um dano deu lugar à atribuição do dever do ressarcimento a um sujeito predeterminado, escolha que não é feita aleatoriamente, mas, na expressão de Eliseu Figueira, “segundo um critério de valoração de interesses, pelo qual a responsabilidade é um conceito de relação entre uma atividade e um sujeito”¹².

O centro de interesse do sistema de reparação desloca-se do autor do dano para a vítima. Entre ambos há um conflito de interesses, envolvendo a liberdade de um e a segurança do outro. O dano constitui aí um atentado aos direitos da vítima, que devem ser reparados como os outros direitos subjetivos, devendo-se sempre buscar a garantia dos direitos do demandante.

Como forma de garantir que tais direito sejam resguardados, desenvolve o Código de Defesa do Consumidor vários mecanismos de “facilitação de defesa” dos direitos do consumidor, a serem utilizados em juízo ou fora dele. No processo civil o consumidor conta, entre outros mecanismos de proteção, com a regra que permite ao juiz a inversão do ônus da prova a seu favor, quando for “verossímil a alegação” ou quando se tratar de consumidor “hipossuficiente”, conforme disposto no art. 6º, inciso VIII do CDC. Ressalte-se que o referido dispositivo mereceu destaque pelo legislador, que o inseriu no elenco dos “direitos básicos do consumidor” e não no Título III do Código, o qual foi dedicado inteiramente às normas de natureza processual.

11 PASQUALOTTO, Adalberto de Souza et alii. Estudos sobre A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul - "A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 18 e ss.;

12 PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. obra citada. p. 18 e ss.;

O art. 333 do Código de Processo Civil estabelece as normas de distribuição do ônus da prova para o processo civil comum. Todavia, tratando-se de litígio onde se apresente uma relação de consumo, objetivando facilitar a defesa do direito do consumidor, a lei permite que seja atribuída à parte fraca da relação, o consumidor, a vantagem processual consistente em retirar-lhe o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, transferindo-o ao fornecedor ou prestador de serviços, acarretando, portanto, na isenção de um ônus para o consumidor e na criação de novo ônus probatório ao fornecedor, além daqueles que lhes são atribuídos pelo art. 333 do Código de Processo Civil.

Por se tratar de norma de ordem pública e de um dos direitos básicos do consumidor, poderá o juiz decretar a inversão de ofício, independentemente de provocação do interessado. A liberdade do juiz restringe-se à apreciação da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor, de sorte que, presentes um dos requisitos, impõe-se a inversão, mediante decisão que expressamente mencione a respectiva hipótese legal, que, no sentir do julgador, se configurou no caso concreto, e as razões específicas de seu convencimento.

A presença da conjunção alternativa “ou”, e não da aditiva “e” indica que para o deferimento da inversão do ônus da prova basta que ocorra uma das duas situações previstas na lei, a saber: a) a alegação do consumidor é verossímil; ou b) o consumidor é hipossuficiente. A exigência de verossimilhança das alegações do consumidor consiste num juízo de probabilidade da veracidade das alegações, que se formará pela análise dos indícios, fatos alegados e provados, dos quais possa o julgador deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato verossímil, este, todavia, não provado. A hipossuficiência deve ser entendida não só como debilidade econômica para realização da prova, mas pela dificuldade em si de produção da prova, de modo que a inversão será possível independentemente da capacidade financeira do consumidor.

É certo que os dois pólos da relação de consumo são compostos por partes desiguais em ordem técnica e econômica, visto que o fornecedor possui, via de regra, a técnica da produção que vai de acordo com seus interesses e o poder econômico superior ao consumidor. A vulnerabilidade do consumidor é

patente, e a sua proteção como uma garantia é uma consequência da evolução jurídica pela qual passamos.

O fornecedor, por sua vez, não fica refém de um sistema protecionista, pois tem sua ampla defesa assegurada, fazendo uso dos instrumentos processuais necessários para sua defesa como os dos artigos 301 e incisos, 265, IV, a, e 267, IV, todos do CPC, entre outros.

A inversão do ônus da prova, como um direito básico do consumidor, assim como as demais normas que o protege, não ofendem, de maneira alguma, a isonomia entre partes. Ao contrário, é um instrumento processual com vistas a impedir o desequilíbrio da relação jurídica, buscando garantir a existência de uma igualdade material, e não meramente formal em seu interior.

Vale salientar que o CDC só admite a inversão a favor do consumidor, não cabendo facilitação da prova para o fornecedor, dada a vulnerabilidade reconhecida do consumidor.

Se o magistrado constatar que está presente um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, após verificar segundo as regras de experiência que as alegações do autor são verossímeis ou que o consumidor é hipossuficiente, inverterá o ônus da prova em favor do consumidor.

Uma vez constatado um desses requisitos, o juiz deve inverter o ônus, pois não é esta uma faculdade sua, e sim um direito do consumidor para facilitar a defesa de seus interesses. Isto não significa que sempre se terá a inversão do ônus, pois o fornecedor vai ter oportunidade de contrariar a presunção de verossimilhança e a constatação da hipossuficiência. As regras para a inversão do ônus da prova só serão aplicadas, portanto, quando seus requisitos se fizerem presentes, caso contrário é a regra geral do ônus da prova que é aplicada no julgamento do processo.

Finalmente, cumpre observar que a inversão deve ter por objeto apenas os fatos que não puderem ser provados de maneira adequada pelo consumidor, os outros, que sejam de seu interesse, mas facilmente demonstráveis, continuam a constituir a carga probatória do consumidor, devendo por ele ser provados.

Fica evidente, ante ao exposto, que o Código de Defesa do Consumidor adotou expressamente a teoria da responsabilização civil objetiva do fornecedor, e o código fez esta adoção de forma bastante incisiva e clara, afirmando em seus artigos 12 e 14 que:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeito decorrente de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

(...)

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

Para concluir este capítulo, julgo de grande valia transcrever a intocável doutrina de Nelson Nery Junior. Segundo ele, o Código adotou a teoria do risco da atividade como postulado fundamental da responsabilidade civil ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor. A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade. A responsabilidade é, portanto, objetiva. Não é necessário que tenha agido com culpa, tampouco que a sua atividade esteja autorizada pelo órgão competente do poder público, ou, ainda,

que tenha havido caso fortuito ou força maior. Apenas e tão-somente as circunstâncias mencionadas no CDC em numerus clausus como cláusulas excludentes do dever de indenizar é que efetivamente podem ser invocadas pelo fornecedor a fim de eximi-lo desse dever. Esse sistema é semelhante ao já existente no Brasil para o dano causado ao meio ambiente (artigo 14 da Lei 6.938/81), que não admite o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil.

Como o sistema do Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à responsabilidade civil, adota a teoria da responsabilização objetiva, deve ser esta aplicada a toda e qualquer pretensão indenizatória derivada de relação de consumo. Dizemos isso porque ao intérprete apressado poderia parecer que o CDC teria apenas regulado a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (fato do produto ou serviço), colocando-a sob o regime da responsabilidade objetiva, ao lado de regular, também, a responsabilidade pelos vícios do produto ou serviço, cuja norma reguladora parece tratar-se de responsabilidade subjetiva, porque não repetiu a locução “independentemente de culpa” constante do artigo 12.

Assim conclui o supracitado autor: “Conforme já salientamos alhures, tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a pelos vícios dos produtos e serviços são de natureza objetiva, prescindindo da culpa para que se dê o dever de indenizar. (...) Portanto, não teria sentido falar-se em responsabilidade subjetiva, com culpa, pelos vícios dos produtos e serviços no sistema do CDC, pois isto representaria retrocesso jurídico a um tempo anterior à edição de nosso Código Comercial de 1850! O CDC, por certo, veio para modernizar as relações de consumo. (...) Como as relações de consumo como um todo se encontram reguladas pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor, a elas são aplicáveis as regras e os princípios existentes no CDC. Somente devem incidir sobre elas as normas do Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil etc., quando houver lacuna no CDC e, mesmo assim, se as normas desses outros diplomas não forem incompatíveis com os princípios reguladores das relações de consumo que se encontram expressamente tratados no Código de Defesa do Consumidor”¹³.

13 NERY JÚNIOR, Nelson. Revista do Direito do Consumidor nº 3 - setembro/dezembro 1992, p. 57 e ss.;

Diante de todo o exposto neste capítulo, podemos perceber que o microssistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor possui características marcantes e extremamente relevantes.

Trata-se ele de um sistema onde prevalece o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, estando aí a base de tudo, a verdadeira razão de ser do Código de Defesa do Consumidor. O código existe porque o consumidor é vulnerável, especialmente sob o aspecto técnico (a vulnerabilidade econômica geralmente acompanha a vulnerabilidade técnica, mas isto não é essencial).

Busca o código aplicar fielmente o princípio da isonomia, mas tomando-se este em seu aspecto material, e não meramente formal, tratando de maneira isonômica os iguais, mas de maneira diferenciada os desiguais. Não se insiste, assim, na busca por uma utópica neutralidade estatal, assumindo o código, como o próprio nome indica, o dever de defender o consumidor. É evocado, portanto, o tema do intervencionismo estatal, pois já é fato notório que a mítica “mão invisível” do mercado não costuma acariciar com maior ternura aqueles que são vulneráveis, muito pelo contrário, costuma esta trazer um volume cada vez maior de forças para aqueles já detentores de poder. Caracterizando-se as relações de consumo exatamente pela vulnerabilidade de um de seus protagonistas, resta claro que o regime de tais relações não pode abrir mão de uma boa e compensatória dose de intervenção estatal.

Saliente-se que não é correto afirmar que o código é “paternalista” para com os consumidores. O que existe é uma realidade na qual costuma prevalecer a lei do mais forte, a qual deve ser combatida. Não há qualquer dúvida quanto à disparidade de forças entre fornecedor e consumidor. Nada mais isonômico, portanto, do que oferecer ao último instrumento que possam conter o poderio do primeiro, sendo esta uma das principais funções do Direito: conter o poder do mais forte, possibilitando assim a vida em sociedade. Neste quadro, passou a ser objetiva a responsabilidade do fornecedor, operando-se uma inversão de ônus e riscos, sendo o microssistema balizado pelo princípio da boa-fé objetiva.

Tomando-se por base este princípio, desenvolve-se uma transformadora visão de contrato, passando este a ser pensado como um fenômeno

dinâmico, a envolver, além da obrigação principal típica de cada contratante, uma série de deveres anexos, que afirmam a vocação maior do contrato em nossos dias: um instrumento de cooperação entre os contratantes, visando o adimplemento comum, com a conseqüente realização dos interesses das partes.

A este respeito, parece-me de grande valia transcrever as palavras da professora Cláudia de Lima Marques, afirmando que "efetivamente, o Princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui uma dupla função na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos. (...) Esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta à crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (de pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal. Em outras palavras o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta! (...) O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais" ¹⁴.

Isto representou o salto de um individualismo puro e extremado, a um regime aberto à idéia de coletivização, pois ao passo que a boa-fé subjetiva diz respeito única e exclusivamente ao indivíduo, ao seu estado e conduta em uma situação concreta, a boa-fé objetiva traduz uma regra de conduta necessariamente geral, a incidir sobre a coletividade. Daí a íntima ligação entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, o qual será analisado a seguir, em tópico específico, por tratar-se de ponto fundamental do trabalho aqui desenvolvido.

14 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.79 e ss.

5. A DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla, coletiva. Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis às implicações coletivas mencionadas.

Referido caráter coletivo não se trata, obviamente, de fenômeno exclusivo do Direito do Consumidor. Há quase 20 anos, o Professor Barbosa Moreira já anunciava a emergência da coletivização do Direito em geral: “Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só”¹⁵. As páginas de Barbosa Moreira tornaram-se clássicas, e acabaram em gerar inúmeros frutos. Hoje em dia, já se concebe até a figura do dano moral coletivo, que consistiria, segundo Carlos Alberto Bittar Filho, na “injústa lesão da esfera moral de uma dada comunidade”¹⁶.

Sem prejuízo de se tratar de tendência geral, no Direito do Consumidor a ótica coletiva impõe-se de maneira ainda mais evidente. Afinal, o próprio consumo diz respeito a uma função de índole coletiva, como leciona Thierry Bourgoignie, um dos maiores especialistas europeus na matéria: “O fenômeno do consumo alude mais a uma função do que a um simples ato técnico; ele se reveste em consequência de uma dimensão coletiva, ele é constituído de um conjunto de atos individualmente praticados e repetido por um número de indivíduos. O

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173.

16 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Revista do Direito do Consumidor nº12, São Paulo, pp. 44-62, out./dez. 1994

consumidor não pode, em consequência, ser considerado como parceiro de trocas individualizadas; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e ele partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos dos indivíduos que compõem o grupo econômico 'consumidor'" ¹⁷.

Não estivéssemos hoje em uma sociedade de massa, incompatível com abordagens de cunho individualista, não teria maior sentido erigir um sistema específico para a tutela dos direitos dos consumidores. A propósito do tema, salienta José Antônio Almeida que "O direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade de defesa do consumidor, nasce, portanto, dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa (...)" ¹⁸.

Portanto, a dimensão coletiva encontra-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o Código de Defesa do Consumidor em desenvolver institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização, fato que já pode ser percebido na própria demarcação da figura do consumidor. Diz o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 8.078/90:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Aos mais literais, careceria o dispositivo de um sentido prático mais palpável. No entanto, precisamente aí está a força da norma. De uma forma genérica, geral, e logo na sua fachada, o Código de Defesa do Consumidor já apregoa a relevância do fator coletivo. E nas outras equiparações que faz relativas à figura do consumidor, o Código sublinha e engrossa esse traço fundamental. No

¹⁷ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 6, p. 13, abr./jun. 1993.

¹⁸ ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 21, p. 106, jan./mar. 1997.

campo da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento" (artigo 17). No terreno das práticas comerciais e da proteção contratual, com mais ênfase ainda, "equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (art. 29).

Em se tratando de práticas comerciais e proteção contratual, mais evidente ainda fica a relevância do princípio da dimensão coletiva. Repare-se, desde logo, que os problemas encontrados nestes setores jamais atingirão somente um ou alguns consumidores, mas sim um universo bastante amplo, muitas vezes difuso. A título exemplificativo, pode-se examinar o caso mais óbvio, a publicidade. Tratam-se de fenômenos eminentemente coletivos, com reflexos sociológicos os mais agudos, que extrapolam em muito o círculo jurídico. A civilização atual seria completamente outra se publicidade não houvesse. Também inserta entre as práticas comerciais está a oferta *stricto sensu* (artigos 30 a 35), cujo tratamento dado pelo Código torna clara a relevância dada à dimensão coletiva no corpo do Código do Consumidor. Observe-se, por exemplo, o artigo 30, que determina que "toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". Esta é a nova medida da oferta no sistema pátrio, aperfeiçoando em muito a figura da proposta assentada pelo artigo 1.080 do Código Civil de 1916 e mantida em sua totalidade pelo artigo 427 do Novo Código Civil vigente, de matiz nitidamente individualista. Segundo a formulação civilista da proposta, frutificou o entendimento de que os fornecedores não se vinculavam em razão das mensagens publicitárias por eles promovidas, já que tais mensagens caracterizariam um mero convite para a oferta, tocando ao consumidor a iniciativa e os ônus da proposta. Esta caracterização como um "mero convite" era-lhe atribuída simplesmente por se tratar de oferta genérica, coletiva, que não conteria aquela vontade específica de contratar exigida pelo regime individualista do Código Civil. Tal teoria evidentemente não condiz com a realidade, faltando-lhe uma fundamentação mais sólida, motivo pelo qual, mesmo antes de entrar em vigor o Código de Defesa do Consumidor, passou a doutrina e jurisprudência a entenderem que este posicionamento não poderia

prosperar, passando a ser reconhecido, portanto, o caráter vinculante das propostas apresentadas ao público. De qualquer forma, o Código de Defesa do Consumidor, pensando também em outros efeitos, fez questão de não deixar dúvida a respeito do poder de vinculação atribuído, na sociedade de massa, às manifestações negociais dos fornecedores. É trazida uma profunda modificação, portanto, ao ideário individualista até então vigente, pois se no sistema do Código Civil o consumidor era “convidado” a ofertar, cabendo única e exclusivamente a doutrina e jurisprudência interpretação em contrário, na sociedade de massa o fornecedor é sempre o presumido ofertante, e o consumidor é aquele que aceita a oferta colocada no mercado. Como se vê, forte é a ascendência do princípio da dimensão coletiva sobre a nova concepção de oferta, adotada formalmente pelo CDC, a qual trouxe importantes conseqüências práticas.

Não fica atrás o capítulo da proteção contratual, especialmente quando o assunto é contrato de adesão, modalidade de contratação que responde pela grande maioria dos contratos firmados nos tempos atuais. Os contratos de adesão são produto direto da sociedade de massa. Entre as suas características estão a generalidade, a uniformidade e a abstração. Tão extensa é a órbita dos contratos de adesão que a proliferação desse instrumento gerou preocupante desvio, pois os empresários, notadamente no que se refere aos grandes grupos, passaram a ostentar a condição de virtuais legisladores, legitimados por algum tipo de outorga popular, o que é certamente um grande absurdo. Como os abusos revelaram-se intoleráveis, exatamente em virtude da vocação coletiva desses contratos, sentiu-se a necessidade da reação do Estado, para recuperar o domínio que lhe fora paulatinamente subtraído. No Brasil, a reação tardou e só se fez presente com o Código de Defesa do Consumidor, primeiro diploma nacional a abordar diretamente os contratos de adesão.

A responsabilidade do fornecedor, na sistemática do CDC, também se acha vivamente marcada pelo fator coletivo. Exemplo disto é a teoria do risco profissional, adotada pelo Código, que busca evitar sejam os enormes riscos inerentes à atividade comercial suportados pelo consumidor individual. O combate

ao “obsoletismo planejado”¹⁹ testemunha igualmente a certeza da abordagem coletiva.

Mais evidente ainda é a influência da coletivização quando deixamos de focar o lado repressivo, e passamos a analisar o lado preventivo inerente a tais normas. Nessa matéria o Código de Defesa do Consumidor impõe aos fornecedores uma série de cautelas e providências (artigos 8º ao 10.), que terão obrigatoriamente alcance geral, coletivo, sendo prevista, inclusive, a veiculação de anúncios publicitários, às expensas dos fornecedores, para alerta dos consumidores acerca da periculosidade de um produto ou serviço descoberto após a respectiva introdução no mercado (artigo 10, §§ 1º e 2º).

Até no plano penal o caráter coletivo faz-se presente, sendo completamente impossível serem os tipos penais do CDC estudados ou compreendidos sob a ótica dos bens jurídicos tradicionais, moldados para cuidar de relações fragmentadas e individuais e não de relações globais e coletivas, característica primeira da sociedade de consumo. Daí que se trata de “crimes contra as relações de consumo” (artigo 61 do CDC), tendo por sujeito passivo a coletividade de consumidores, ressaltando-se com isto o vasto raio de lesividade acarretado pelas ações lá previstas.

Enfatizando a sistemática coletivizante, tem-se a avançada disciplina das ações coletivas, que contempla a defesa judicial não só dos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, mas também daqueles individuais homogêneos, categoria praticamente inédita no ordenamento pátrio²⁰. Foi muito grande, portanto, o avanço trazido à tutela coletiva dos direitos. Não bastasse, trouxe o Código a possibilidade de realização de convenções coletivas de consumo, previstas em seu artigo 107, em outra iniciativa inovadora.

Torna-se evidente, portanto, que buscou o Código do Consumidor fomentar o associativismo, pela fundamental razão de que os conflitos gerados por uma sociedade de massa devem inexoravelmente ser enfrentado coletivamente.

¹⁹ Comentando o art. 26 do CDC, afirma Zelmo Denari: “O obsoletismo planejado é um dos males mais insidiosos do capitalismo no estágio atual das nossas relações de consumo. Para auferir maiores rendimentos e utilizar seus lucros, os empresários lançam mão de tecnicismo perverso para reduzir o tempo de vida útil dos produtos e, por via de consequência, aumentar a demanda”.

²⁰ Antes do CDC, apenas a Lei 7.913/89 (dispondo sobre a proteção de investidores no mercado de valores mobiliários) previu, não explicitamente, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

6. A FUNÇÃO PREVENTIVO-PEDAGÓGICA DAS INDENIZAÇÕES PELOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS ADVINDOS DE RELAÇÕES DE CONSUMO

Apesar da importância do princípio da dimensão coletiva, muitas vezes, sobretudo na prática judiciária, ele se vê solenemente ignorado, não lhe sendo concedido qualquer efeito mais sério. A reação não causa grande espanto, haja vista as profundas raízes individualistas do nosso Direito. Pouco a pouco, porém, a resistência cede e o individualismo perde terreno no mundo jurídico, parecendo ser cada vez maior a aceitação e efetiva aplicação do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo.

Dentro da tendência apontada, muito interessante é a conotação que se vem dando, em doutrina e jurisprudência, à indenização por danos extrapatrimoniais. Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem mais resoluta, passou-se a admitir uma função punitiva para as condenações relativas a danos morais, sendo este adotado em um sentido mais amplo, conforme tratado no capítulo 3 do presente trabalho monográfico.

Neste sentido, entretanto, talvez não seja a expressão “punitiva” a mais apropriada para descrever o verdadeiro caráter da indenização destes casos. Na verdade, pode-se falar, mais apropriadamente, em uma função preventivo-pedagógica para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica.

De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função preventivo-pedagógica pouco tem a brilhar, principalmente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva, o que abarca, logicamente, aquelas disputas que, apesar de aparentemente individuais, são recobertas por uma infalível sombra coletiva. E são exatamente essas as pendências, inerentes à sociedade de massa, que povoam o reino das relações de consumo.

Observe-se que ao afirmar que a função preventivo-pedagógica pouco tem a brilhar em se tratando de relações intersubjetivas (tomando-se estas como relações nas quais figuram como partes sujeitos que possuem um nível

semelhante de forças, não estando presente, portanto, a idéia de hipossuficiência de uma parte em relação a outra), não se pretende que esta função seja deixada de lado quando da análise deste tipo de relação, pois neste caso deve ela também ser levada em conta, nas devidas proporções. Pretende-se, na realidade, ressaltar a importância da observância de tal função preventivo-pedagógica quando diante de relações de massa, pois enquanto no primeiro caso participa o indivíduo de relações esporádicas, com um número reduzido de pessoas, no segundo caso figura ele como uma espécie de agente centralizador, ao redor do qual trava-se um vultoso número de relações semelhantes e habituais, o que faz com que qualquer abuso por ele cometido acarrete prejuízos a um número muito grande de pessoas.

Óbvio, então, que a função preventivo-pedagógica das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao Direito do Consumidor, onde os conflitos, sob a ótica do fornecedor, não são eventuais, mas sim habituais, profissionais, o que aumenta ainda mais a vulnerabilidade do consumidor no campo judiciário. Neste sentido, a distinção entre os litigantes “eventuais” e os litigantes “habituais”, por reproduzir no processo a desigualdade existente no campo material, revela-se de grande importância para o desenvolvimento do presente trabalho. Quem se debruça sobre a questão é o jurista Mauro Cappelletti, na sua obra sobre o acesso à justiça, in verbis: “O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na freqüência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas (...)”²¹.

As “numerosas” vantagens dos litigantes habituais reiteradamente estimulam, entre nós, práticas empresariais extremamente desleais e nocivas ao consumidor. Sabem perfeitamente os fornecedores menos atentos aos ditames do princípio da boa-fé que a grande maioria dos consumidores lesados por determinada prática abusiva ou se conformará com a lesão, por uma série de motivos, ou mesmo sequer se aperceberá dela. Quanto aos inconformados conscientes, também não

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Colaboração de Bryant Garth. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 13

infundem maior temor, pois igualmente é do conhecimento do fornecedor pouco ético que essa minoria terá de se ver com os percalços referentes ao sistema judicial, incluídos aí não só as dificuldades quanto à prova dos fatos alegados, mas também as inevitáveis crises nervosas que serão ofertadas ao patriota litigante eventual pelo nosso calamitoso processo de execução. Dessa forma, muitas vezes o crime compensará, e muito!

Hão de se considerar, outrossim, aquelas lesões, ocorrentes no mercado de consumo, que são imensuráveis ou insignificantes individualmente, mas geram um fabuloso enriquecimento ilícito para o fornecedor. Um bom exemplo a se dar, neste sentido, é a instituição bancária que faz investimentos e movimenta o capital do cliente sem a devida autorização deste. Os danos individuais certamente terão sido diminutos, não compensando muitas vezes a propositura de uma ação judicial nem mesmo em um Juizado Especial. O lucro gerado aos bancos, ao contrário, pode ter sido extremamente confortante, fazendo com que, ainda que descoberto o abuso, revele-se mais uma vez extremamente compensador o ato criminoso. Apesar de a conduta da instituição denotar deslealdade, pouco tem o consumidor a reclamar se adotada a mentalidade tradicional, que exige prova exaustiva para todos os prejuízos sofridos.

Ao analisarmos estes fatos, e raciocinarmos acerca das possíveis soluções para este grande problema, percebemos logo de cara que as ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem – e nunca poderão – preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Assim sendo, é fundamental que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Valendo-se da função preventivo-pedagógica dos provimentos judiciais, pode-se alcançar um desses efeitos concretos. Como a reparação dos danos extrapatrimoniais, ao contrário do ressarcimento por prejuízos materiais, não tem balizas fixas, presta-se sobremaneira a essa transcendência maior reclamada para o “processo do consumidor”.

É claro que ausência de balizas fixas, como foi mencionado acima, não quer dizer ausência de quaisquer paradigmas. Não. Paradigmas que guardem flexibilidade mostram-se bem-vindos, para propiciar maior segurança aos

jurisdicionados. Mas é fundamental que tais paradigmas, a serem desenvolvidos pelos tribunais, observem a dimensão coletiva das relações de consumo. Nesse labor, a análise da conduta do réu terá importância crucial, mais até do que a própria repercussão da ofensa no campo subjetivo do consumidor. É preciso então salientar o fato de que, ao apreciar pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em raio muito maior de abrangência, que compreende todas as relações de consumo travadas no seio da sociedade. Resultaria isto, sem dúvida, na efetiva aplicação do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. Em suma, podemos dizer que mesmo que o dano moral propriamente dito, não tenha sido tão saliente sob o aspecto subjetivo, o fornecedor muitas vezes merecerá condenação a rigorosa indenização, para que restem desestimuladas lesões idênticas contra um número indeterminado de vítimas.

A função preventiva da indenização por danos morais e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico. Mas ainda falta assentar solidamente, a necessidade de aplicar tais diretivas com a maior contundência possível às relações de consumo, dada a dimensão coletiva desse tipo de relação, não havendo território mais propício à afirmação da transcendência social da indenização por danos extrapatrimoniais. Essa transcendência, aliás, é prevista implicitamente pelo CDC, quando trata das ações coletivas. Com efeito, ao prever a condenação genérica nas ações para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, no art. 95, e ainda a reparação fluida, no art. 100, operou o CDC mais uma façanha, assim comentada por Ada Pellegrini Grinover: “Nos termos do artigos 95, porém, a condenação será genérica: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados por amostragem e perícia, e o dever de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos. Trata-se de um novo enfoque da responsabilidade civil, que foi apontado como revolucionário e que pode levar a uma considerável ampliação dos poderes do

juiz, não mais limitado à reparação do dano sofrido pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do prejuízo provocado”²².

As lições acima consolidam de uma vez por todas a certeza de que, nas lides de consumo, as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados, não podendo o aspecto preventivo do Direito do Consumidor ser minimizado em nenhum momento. Dessa forma, reforça-se sobremaneira a função preventivo-pedagógica das indenizações por danos morais. Mesmo que o conflito de consumo se apresente nominalmente individual, a mesma sistemática das ações coletivas deve prevalecer, visto que pertencerá o conflito, sempre, a uma dimensão coletiva, como já repetido diversas vezes.

Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam à ordem pública do consumidor, desestimulando o infrator da maneira a mais persuasiva possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando o fornecedor, estimule ainda mais o proceder ilícito. Imagine-se, por exemplo, uma empresa que recebe o preço do consumidor e não entrega o produto alienado valendo-se de diversos artifícios procrastinatórios. Em um caso assim, a condenação simples ao desfazimento do contrato e a devolução do que foi pago pelo consumidor, sem danos morais, representará maravilhoso prêmio para o mau fornecedor, que embolsou o dinheiro do consumidor, belo capital de giro, e só será realmente obrigado a devolvê-lo, em hipótese otimista, muito tempo depois, quando o exausto e desiludido consumidor conseguir enfim superar os terríveis obstáculos do processo de execução. Em suma, pode-se dizer que o mau fornecedor acabou por descobrir um amplo caminho de lucros fáceis, sendo estimulado a repetir inúmeras vezes conduta semelhante, tendo sido tal experiência realmente desestimulante para o consumidor reclamante, devido ao grande incômodo a que teve ele que se expor para ver os seus direitos precariamente restaurados, passando a lhe soar como uma espécie de insulto a expressão “vá procurar seus direitos”.

O processo, insista-se, não deve mais ser visto como mero instrumento técnico de resolução de conflitos individuais. Quer-se mais do processo, uma função muito mais transcendente. Quer-se que ele atue positivamente na busca

²² Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, ob. cit., p. 549.

da elevação dos padrões éticos de uma sociedade. A decisão judicial assume, assim um peso muito maior, servindo não só para resolver com justiça o caso concreto, mas também para prevenir semelhantes lesões. É dessa função preventivo-pedagógica dos provimentos judiciais que o Direito do Consumidor, em especial, não pode abrir mão, tendo-se em vista a sua dimensão eminentemente coletiva.

Mas não tem por base esta teoria o princípio da dimensão coletiva apenas. Outros princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor também servem para clarear a discussão, indissolúvel que é o conjunto dos grandes princípios do Código. Deve-se partir da premissa que o consumidor tem uma grande desvantagem, inclusive psicológica, em relação ao fornecedor. Este, além disso, encarna a figura do litigante habitual, ao passo que o consumidor assume as vestes do litigante eventual, outro fator que traz enorme vantagem ao primeiro. Vale frisar novamente o lado psicológico: enquanto um processo não costuma trazer qualquer abalo à normalidade das atividades do fornecedor, para o consumidor a empreitada judicial pode redundar em transtornos sérios. Tudo isso evoca, logicamente, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, já focalizado. Portanto, também deve ser irrestrita a aplicação, aos casos de danos extrapatrimoniais nas relações de consumo, dos corolários do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade. É dizer: os riscos do negócio de consumo, deixando de recair sobre os ombros do consumidor, passam a onerar o fornecedor, o que inclui, evidentemente, o risco de indenizações mais substanciais. Além disso, quaisquer dúvidas, inclusive quanto ao valor da indenização, devem favorecer o consumidor. A parte mais fraca, a vítima, não pode ser duplamente prejudicada.

Outro princípio básico que comparece com entusiasmo ao debate é o princípio da boa-fé objetiva, também já abordado. Cuida-se de mais uma fonte de inspiração essencial para a função preventivo-pedagógica das indenizações por danos extrapatrimoniais. Essencial e decisiva, principalmente no que toca aos chamados danos “derivados”, que são, neste contexto, aqueles danos que acompanham, escoltam, uma lesão primária conexa de conteúdo patrimonial. Não se confundem com os chamados danos morais “reflexos”. Enquanto estes tomam a

forma de um dano extrapatrimonial que depois se converte em patrimonial²³, os danos extrapatrimoniais “derivados” ostentam estrutura rigorosamente inversa: é uma lesão inicialmente patrimonial que tem o condão de arrastar, provocar, danos de natureza extrapatrimonial. Consubstanciam-se tais danos morais “derivados”, por exemplo, na frustração, no desgaste, na chateação, na revolta de um consumidor que pagou e não recebeu o produto contratado.

Deve-se primeiramente destacar que os danos extrapatrimoniais “derivados” de fato existem, não podendo haver dúvida nenhuma a este respeito. Todos somos consumidores e sabemos quão torturantes, do ponto de vista emocional, pode ser o comportamento de um fornecedor impontual e pouco zeloso de suas responsabilidades. Além do mais, lesões aparentemente pequenas podem provocar verdadeiras tempestades no lar do consumidor. Não bastasse, qualquer questão judicial, como já frisado logo acima, acende a perspectiva de aborrecimentos e percalços bastante penosos para quem teve seu direito lesado, com direito a filas nos órgãos de defesa do consumidor e perda de dias de trabalho. Tudo isso, indiscutivelmente, é danoso ao consumidor. É claro que esses danos “derivados” não se comparam, por exemplo, à dor provocada pela morte de um ente querido, mas são igualmente danos extrapatrimoniais. Assim sendo, pode-se alterar o grau ou a espécie, mas a essência é a mesma.

Passando agora ao cerne da discussão sobre a possibilidade ou não de ressarcimento desses danos “derivados”, que inegavelmente existem, cumpre destacar o princípio da boa-fé objetiva, cabendo a ele, como se verá, a tarefa de ordenar e decidir a polêmica.

Em qualquer setor da vida social, não se pode e nem seria conveniente tornar jurídico todo padecimento de ordem moral. O Direito do Consumidor não é exceção. Nem toda vicissitude experimentada pelo consumidor acarretará uma correspondente indenização por danos morais. Portanto, no campo dos danos extrapatrimoniais “derivados”, há aqueles que justificam indenização e há também outros que não induzem a mesma consequência, sendo providencial o princípio da boa-fé objetiva para que possamos distinguir quando estamos diante de uma ou de outra possibilidade. O princípio da boa-fé objetiva deve consistir-se no

²³ No exemplo clássico de Carlos Alberto Bittar, é o atentado à imagem que acarreta a perda da clientela

guia da ressarcibilidade dos danos morais “derivados”. De fato, caso o comportamento do fornecedor revele ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, que como já examinado expressa verdadeira regra de conduta, a indenização se fará oportuna. Ao contrário, se inexistente a ofensa faltará a indispensável relevância jurídica, descabendo, em regra, a indenização. A necessidade de proteger o fundamental princípio da boa-fé objetiva surge assim como critério fundamental comprovando de maneira categórica a tese de que a conduta do fornecedor é elemento essencial na equação da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo consumidor.

Um exemplo prático se faz bem-vindo, para perfeito esclarecimento sobre a influência do princípio da boa-fé objetiva. É exemplo prático e trivial, dizendo respeito a um dos raros terrenos em que a Lei 8.078/90 não protegeu suficientemente o consumidor: o terreno da responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços (artigos 18 e seguintes). Como é notório, não bastassem as limitações que o § 1º do artigo 18 do Código inflige aos consumidores, grandes lojas, ainda por cima, resistem sobremodo à troca de produtos viciados (ou devolução do preço), mesmo naquelas situações em que não subsiste dúvida, fática ou jurídica, quanto à obrigatoriedade da troca. Por sinal, outro exemplo prático que logo vem à mente diz respeito a certos planos de saúde, que adotam comportamento semelhante: criam enormes dificuldades para a obtenção de coberturas claramente devidas (máxime em casos de exames e intervenções), na esperança de que o consumidor, desesperado pelo problema de saúde, acabe pagando por aquilo que o plano deveria assegurar. Têm-se, nos exemplos dados, ofensa manifesta ao princípio da boa-fé objetiva. O fornecedor, visando à obtenção de lucros, aposta na falta de reação do consumidor vulnerável e, ainda mais grave, investe na revogação virtual de dispositivos de ordem pública. Inevitáveis danos que ocorram nesse contexto de reiterada inobservância da lei devem ser ressarcidos com severidade, até mesmo na hipótese não muito provável de comprovar o fornecedor a inocorrência de qualquer intenção dolosa ou culposa. O princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo, afinal, estabelece um padrão objetivo de conduta. Em outros termos: exige-se respeito objetivo à ordem pública de proteção ao consumidor, o que dispensa qualquer cogitação acerca de culpa ou má-fé subjetiva.

De todo modo, podendo ser identificada má-fé subjetiva, o agravo ao princípio da boa-fé objetiva se potencializa, e a indenização deverá ser ainda mais rigorosa, evidentemente.

Antes de continuar, deve-se ressaltar que a contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva não se confunde com ocorrência de culpa, pois a boa-fé objetiva, conforme já salientado, prescinde por completo da cogitação de culpa. No Direito do Consumidor, repita-se, a predominância da boa-fé objetiva corresponde a um imperativo de efetividade, vez que um dos pólos da relação de consumo está, quase sempre, habitado por empresas, no seio das quais as responsabilidades subjetivas facilmente se esfrelam, principalmente no caso das grandes corporações.

Para que o dano extrapatrimonial seja reconhecido, e ressarcido, não mais se faz mister que a vítima perca os sete filhos esquartejados ou tenha os dois olhos furados. Assim, deve ser indenizado qualquer dano extrapatrimonial que possua um mínimo de relevância jurídica, ou seja, que tenha sido provocado por conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva, até mesmo danos próprios do cotidiano, sem maior apelo dramático. Nada mais justo. Qualquer tipo de dano rompe o equilíbrio visado pelo Direito para as relações sociais. A negação desta máxima significa liberar uma perigosa zona franca do dano, onde todos os pecados serão absolvidos quando o prejuízo não for grave. A aludida zona franca não só abala, reitera-se, o indispensável equilíbrio das relações sociais, como também incentiva comportamentos nocivos, enfraquecendo a tutela da incolumidade geral. Recompôr o equilíbrio perdido, por conseguinte, torna-se vital. Para tanto, quaisquer que sejam os danos causados, imperiosa se torna alguma forma de compensação, que pode ser pecuniária ou não.

Por este motivo, mesmo não tendo o lesado a intenção de obter para si vantagens financeiras, não de ser incentivadas as indenizações altruísticas, reconhecendo-se a presença, em tese, de todas as condições da ação no pleito em que a vítima de dano moral pede seja a reparação respectiva destinada a uma entidade filantrópica. Versasse o pleito sobre danos materiais, haveria realmente sérias suspeitas de carência de ação. Mas em se tratando de reparação de danos extrapatrimoniais, a pretensão reparatória ganha flexibilidade muito maior. Poderá

referir-se a dinheiro, a um pedido de desculpas, à prestação de um serviço à comunidade ou a qualquer outra obrigação idônea à compensação da dor moral. Esta, ao contrário do dano material, não pode ser vinculada a qualquer valor monetário. Não se atribui ao lesado, por isso, rígida restituição dos prejuízos, mas sim uma compensação, uma satisfação. Observe-se que o principal aspecto a ser destacado, em relação a este ponto, é a imperiosa necessidade de que, evidenciada uma conduta lesiva por parte de um fornecedor, seja a este imposta alguma penalidade, com o principal fim de evitar que mais consumidores sofram em decorrência de atos semelhante, mesmo nos casos em que não pretenda o ofendido auferir vantagens financeiras para si.

Vale observar ainda que, dentro da amplitude do dano extrapatrimonial aqui defendida, prestigiam-se valores até então indevidamente desprezados. Tome-se, por exemplo, o lazer. Cuida-se de direito social, expressamente previsto na Constituição, em seu artigo 6º, caput. No entanto, à luz de uma visão mais acanhada, a perda do lazer não seria considerada como moral (*latu sensu*). Como também não poderia, evidentemente, ser enquadrada como dano material, ficaria absolutamente impune a lesão de direito, e conseqüentemente desrespeitada a própria Constituição, que não foi feita para acomodar termos diletantes e palavras inócuas. Como exemplo prático, pode-se dar o caso em que o consumidor contrata os serviços de uma empresa que lhe proporcionará navegação na Internet; contudo, a empresa contratada mostra-se incrivelmente inidônea e atrasa bastante a conexão do consumidor à Internet, cumprindo assinalar que a navegação almejada serviria tão-somente ao lazer do consumidor, sem qualquer repercussão patrimonial. Somente com a compreensão mais generosa do dano extrapatrimonial, pois, é que se poderá estabelecer uma indenização autônoma para o agravo ao lazer do consumidor. Dessa forma, ativar-se-á a tão louvada função preventivo-pedagógica das indenizações por danos morais, especialmente relevante para aqueles danos ditos “derivados”. É exatamente o caso do consumidor que se quer conectar à Internet: a lesão primária de conteúdo patrimonial consiste no descumprimento do contrato e terá sanção própria, extraível do regime contratual; já a frustração do lazer constitui dano extrapatrimonial “derivado” e também merecerá, segundo sustentado, reprimenda específica, de natureza extracontratual.

Quanto à questão da prova dos danos extrapatrimoniais, em especial dos danos “derivados”, insta tecer breves comentários, eis que a matéria se presta a grandes equívocos. O dano moral, a rigor, não se prova. Ou melhor: impossível provar, de maneira direta, um dano não patrimonial. Sendo moral, diz respeito a um fato íntimo da pessoa humana, que só pode ser sentido pela própria pessoa lesada, mais ninguém, podendo-se, no máximo, ter testemunhas indiretas. É triste quem sente a tristeza, assim como é o humilhado quem conhece a humilhação. Portanto, a única prova cabível são os indícios, a serem apreciados em sintonia com as regras de experiência. O que se há de comprovar, então, é a existência de um contexto fático presumivelmente propício, segundo um critério de razoabilidade, à geração de danos morais. Assim, se a mãe perde o filho, presume-se de forma quase absoluta a sua dor, dispensável por completo a prova testemunhal. A parte adversa, sim, é que fica com o ônus de demonstrar, também através de indícios, que a morte do filho à mãe não a trouxe dor alguma.

A conclusão do parágrafo anterior serve também à censura de outro equívoco muito comum, qual seja o de levar a decisão sobre o quantum da reparação para a fase de liquidação da sentença. Ora, não havendo como provar de maneira direta o dano moral, também não se vê qualquer sentido em transferir a decisão relativa ao quantum indenizatório para a liquidação da sentença. O arbitramento do quantum é, sem dúvida, puramente judicial, prescindindo por completo dos subsídios de qualquer perito, a não ser, lógico, o perito jurídico – o juiz.

Uma ressalva final deve ser feita neste capítulo. É a de que não se está aqui a aplaudir ou incentivar a denominada “indústria do dano moral”, que responde pelo subproduto patológico do fortalecimento da figura dos danos extrapatrimoniais. Fenômeno talvez inevitável em culturas não afeitas a padrões éticos mais rígidos, cresceu incontestavelmente o número de litigantes temerários, movidos por reprovável espírito de aproveitamento²⁴. Mas se trata da exceção, da patologia, não sendo justificável estagnar avanços e conquistas só porque passíveis de efeitos colaterais indesejados.

²⁴ Pessoas estas que torcem com fervor, e até colaboram, para a ocorrência de uma inclusão indevida do nome em cadastros negativos de dados, confiantes em que um golpe de sorte lhes abrirá enfim as portas da fortuna

Além do mais, saliente-se que a própria ordem jurídica apresenta mecanismos de contenção. O já destacado princípio da boa-fé objetiva não tem mão única, e se irradia, sem sombra de dúvida, para o campo processual. Dessa forma, à luz do princípio da boa-fé objetiva, eventuais manifestações de má-fé processual podem e devem ser punidas com rigor mais intenso. Até mesmo pelo caminho da analogia podem ser rechaçadas pretensões indenizatórias manifestamente maliciosas: se na área criminal é repudiado o chamado “flagrante provocado”, também na seara do consumidor não se pode tolerar o análogo “dano moral provocado”. Fica, pois, a ressalva de que conferir função preventivo-pedagógica às indenizações por danos extrapatrimoniais ocorridos no plano das relações de consumo não significa, obviamente, dar salvo-conduto a procedimentos maliciosos. O próprio ordenamento jurídico tem o antídoto certo para eventuais desvios.

As atitudes antijurídicas do mau fornecedor lesam, cotidianamente, um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis. Já eventuais golpes processuais de consumidores mal-intencionados verificam-se somente de forma individualizada, esporádica. Além disso, não são auto-aplicáveis. Muito ao contrário, só terão êxito se lograrem iludir o nosso sistema judicial, aí considerada a opulenta gama de recursos que o processo civil pátrio oferece. Em conseqüência, não se pode, a pretexto de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito de maus fornecedores, incomparavelmente mais prejudiciais à sociedade.

7. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Apesar da grande discussão doutrinária que existia acerca do tema, a jurisprudência brasileira anterior à Constituição de 1988 rejeitava veementemente a possibilidade de indenização por danos puramente morais. Acolhia, via de regra, a tese de sua irreparabilidade, já que não haveria formas de avaliar economicamente, de forma precisa, os prejuízos por eles causados. Apenas em alguns acórdãos isolados e dissonantes foram arbitradas indenizações reconhecendo a tese da reparabilidade de tal espécie de dano. Eis alguns exemplos de julgados que refletiam o posicionamento predominante à época:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVOLUCAO DE CHEQUES PELO BANCO E PROTESTO DE TITULO. DANO. PEDIDO DE INDENIZACAO POR ABALO DE CREDITO QUE RESULTOU EM DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. IMPROCEDENCIA. SO SE PODE COGITAR DE DANO RESSARCIVEL QUANDO HA NEXO DE CAUSALIDADE, ISTO E, QUANDO SEJA POSSIVEL ESTABELECEER UMA RELACAO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A INEXECUCAO DA OBRIGACAO E O PREJUIZO. APELO PROVIDO” (Ac. nº 3099 do TJ/PR, Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais nº 926, de Paranaguá, Rel. Des. NEGI CALIXTO, data do julgamento: 12/12/1984).

“ACAO DE REPARACAO DE DANOS MORAIS POR OFENSAS QUE TERIAM DECORRIDO DO ALEGADO ATRAVES DE PROGRAMA RADIOFONICO- ACAO IMPROCEDENTE, SENTENCA CONFIRMADA EM GRAU DE RECURSO, POR NAO TER O AUTOR DEMONSTRADO EM QUE CONSISTIU O DANO MORAL E NEM TER PROVADO O PREJUIZO ECONOMICO QUE ALEGOU” (Ac. nº 5016 do TJ/PR, Ação de Reparação de Danos Morais nº 515, de Cianorte, Rel. Des. MAXIMIANO STASIAK, data do julgamento: 27/08/1985).

Na década de 80, esta postura outrora minoritária, que afirmava serem de fato reparáveis todas as espécies de danos, ainda que exclusivamente morais, foi ganhando relevo, e o arbitramento do dano moral passou a ser objeto de diversos julgados. Saliente-se que neste período o dano moral era muitas vezes tido

como figura secundária, como fosse este causador de reflexos negativos no âmbito patrimonial da vítima. Observe-se como no seguinte acórdão tal posicionamento fica evidente:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAL E MATERIAL - COMUNICAÇÃO ERRONEA AO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, POR PARTE DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - ABALO DE CRÉDITO DE PESSOA FÍSICA E JURÍDICA - DANOS EMERGENCIAS E LUCROS CESSANTES. SE A PRIMEIRA APELADA, SÓCIA DA SEGUNDA, TEVE SEU NOME REGISTRADO NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, POR ATO INDEVIDO DO APELANTE, SOFRENDO ABALO DE CRÉDITO E PREJUÍZOS QUE ATINGIRAM A PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA, DA QUAL AQUELA É SÓCIA, A NOMEADA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAL E MATERIAL HAVIA QUE SER JULGADA PROCEDENTE IN TOTUM. CONSTITUINDO-SE O CHAMADO ABALO DE CRÉDITO EM DANO NÃO PATRIMONIAL, MAS COM REFLEXOS PATRIMONIAIS, TAL COMO FICOU DEMONSTRADO NOS AUTOS; O QUE, PARA MUITOS, CONSTITUI A ÚNICA ALTERNATIVA DE RESSARCIMENTO DO DANO MORAL, COMO EXPOE, MAGISTRALMENTE, O NOSSO JOÃO CASILLO (DANO À PESSOA E SUA INDENIZAÇÃO, EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, PÁGINA 38 E SEQUENTES), NÃO HÁ QUE SE APONTAR A IMPOSSIBILIDADE DE SUA COMPOSIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO” (Ac. nº 5657 do TJ/PR, Ação de Reparação de Danos Moral e Material nº 3384300, de

Curitiba, Rel. Des. RENATO PEDROSO, data do julgamento: 11/0/1988).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a proteção ao patrimônio imaterial dos indivíduos foi definitivamente assegurada, colocando a referida Carta Constitucional um ponto final nas discussões até então existentes acerca da possibilidade ou não da indenização por danos morais, bem como deixando claro que para fazer jus a tal indenização deve o ofendido apenas comprovar a conduta lesiva do ofensor, sendo desnecessária a efetiva prova do dano por ela causado. O acórdão a seguir demonstra claramente tal entendimento:

“DANO MORAL - INDEVIDA INSCRICAO EM BANCO DE DADOS NEGATIVOS - RELACAO DE CONSUMO - AQUISICAO DE LINHA TELEFONICA. DECORRENTE DE AQUISICAO E UTILIZACAO DE LINHA TELEFONICA O DEBITO APONTADO EM BANCO DE DADOS NEGATIVOS, CUMPRE A CONCESSIONARIA, POR TRATAR-SE DE RELACAO DE CONSUMO, DEMONSTRAR QUE AGIU COM A INDISPENSÁVEL CAUTELA PARA NAO SER UTILIZADO POR OUTREM O NOME DO CONSUMIDOR. INEXISTENTE A PROVA, IMPOSITIVO O DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL POR ESTE SOFRIDO” (Ac. nº 22140 do TJ/PR, Ação de Indenização por Danos Morais nº 127732300, de Curitiba, Rel. Des. PACHECO ROCHA, data do julgamento: 01/10/2002).

Hoje vemos que o dano moral pode e efetivamente deve ser indenizado, e que tal indenização, além de possuir um caráter reparador, passa a possuir um caráter preventivo-pedagógico, devendo as indenizações, além de reparar, evitar que atos semelhantes continuem sendo praticados pelo ofensor. As

decisões a seguir demonstram o alto nível de desenvolvimento alcançado pela figura dos danos morais:

“APELAÇÃO CIVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA - DANOS MORAIS DEVIDOS. 1.É DEVIDO AO AUTOR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. 2.O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER SUFICIENTE PARA SERVIR DE COMPENSAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS E DESESTÍMULO PARA QUE NÃO HAJA REINCIDÊNCIA NA ATITUDE NOCIVA” (Ac. nº 1132 do TA/PR, Apelação Cível nº 200013-1, de Curitiba, Relator: Juiz EDVINO BOCHNIA, data do julgamento: 13/12/2002).

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FATURA PAGA - PROTESTO INDEVIDO - BANCO - LEGITIMIDADE PASSIVA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM SACADORA - DESNECESSÁRIA PROVA DE EFETIVO PREJUÍZO - VALOR DA INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL - APELAÇÃO DESPROVIDA. UMA VEZ DEMONSTRADO QUE OS TÍTULOS JÁ ESTAVAM PAGOS, INDEVIDO E O PROTESTO, COM RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DO ATO ILÍCITO DAQUELE QUE O INDICOU PARA PROTESTO, SOLIDARIAMENTE COM O SACADOR, NOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA PARTE INOCENTE. ESTA RESPONSABILIDADE ADVÉM DO RISCO DO NEGÓCIO BANCÁRIO, SENDO QUE, PARA O CASO, INCIDE A RESSALVA DO DIREITO DE REGRESSO, QUE O ENDOSSATÁRIO, TEM CONTRA O ENDOSSANTE, COMO REPETIDAMENTE TEM DECIDIDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NA FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS DEVE O JUIZ ADOPTAR UM CRITÉRIO DE PRUDÊNCIA E RAZOABILIDADE, ATENTO AS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES DA CAUSA, ENSEJANDO UMA INDENIZAÇÃO APTA A COMPENSAR O CONSTRANGIMENTO E OS DISSABORES SOFRIDOS E PUNIR O AGENTE CAUSADOR DO DANO, DESESTIMULANDO-O A PRÁTICA DE NOVOS

FATOS ENVOLVENDO OUTROS CONSUMIDORES” (Ac. nº 17243 do TA/PR, Apelação Cível nº 219160-4, de Clevelândia, Relator: Juiz EDUARDO SARRAO, data do julgamento: 01/04/2003).

Como podemos observar, o desenvolvimento jurisprudencial acerca do tema foi muito grande, estando-se dando cada vez mais destaque ao caráter preventivo-pedagógico das indenizações por danos morais.

8. CONCLUSÕES

Face ao exposto no presente trabalho, pode-se chegar a diversas conclusões.

A primeira é que todos e quaisquer danos sofridos são indenizáveis, independentemente da denominação que a eles se dê. Assim sendo, qualquer ato que acarrete prejuízos materiais ou imateriais a um indivíduo, deve necessariamente ser punido, ficando o causador do dano obrigado a indenizá-lo. Esta indenização, em se tratando de danos extrapatrimoniais, deve ser sempre estabelecida levando-se em conta, além do dano efetivamente causado, a lesividade do ato praticado, bem como as condições econômico-financeiras de seu causador, para que não seja o valor da indenização insignificante para este.

Outra conclusão a que podemos chegar é que o consumidor encontra-se evidentemente em uma posição de vulnerabilidade no mercado de consumo. É justamente em decorrência de tal vulnerabilidade que existe o Código de Defesa do Consumidor, o qual assume a defesa da parte mais fraca na relação de consumo. Tal proteção não pode, todavia, ser considerado como um tratamento paternalista dado aos consumidores pela legislação em vigor. O CDC busca, na realidade, a realização de uma igualdade material, oferecendo instrumentos para que possa a parte mais fraca – consumidor – conter o poderio da parte mais forte – fornecedor.

Outro ponto que fica evidente, é que não existem lides verdadeiramente individuais em se tratando de relações de consumo, pois mesmo

aquelas aparentemente individuais encontram-se impregnadas pelo caráter coletivo. Isto se deve ao fato de que as relações de consumo são relações de massa, nas quais figura de um lado o fornecedor, e de outro uma ampla gama de consumidores, o que faz com que certa forma de conduta, adotada em relação a um consumidor, seja provavelmente adotada também relativamente a todos os demais consumidores que se relacionam com tal fornecedor.

Devido a este caráter coletivo, se faz fundamental que qualquer espécie de abuso ou desrespeito praticado por um fornecedor em relação a um consumidor seja duramente punido, com a principal finalidade de se evitar que atitudes semelhantes sejam tomadas por aquele em relação aos demais consumidores.

Sob este prisma, fica evidente a incoerência das decisões que determinam indenizações irrisórias a título de danos morais decorrentes de relações de consumo. Tais indenizações mostram-se duplamente ineficientes, pois além de não indenizarem de forma justa os danos e transtornos sofridos pelos consumidores, não têm elas o condão de inibir a prática de atos semelhantes, por parte dos fornecedores, em relação a outros indivíduos que se encontram em situação análoga àqueles previamente lesados. Os fornecedores percebem, com isso, que lhes é mais lucrativo pagar ínfimas indenizações, esporadicamente, do que investir no treinamento de funcionários e no aprimoramento de serviços, ou então deixar de adotar tática abusivas em relação a seus clientes, que aumentam em muito suas margens de lucro.

Assim sendo, ao apreciar um pedido de indenização por danos morais, no âmbito das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito mais abrangente. A maior extensão do conceito de dano moral passa a ser, então, a tutela da incolumidade geral dos consumidores. Mostra-se fundamental desestimular, da maneira mais persuasiva possível, os atentados à ordem pública de proteção ao consumidor, devendo-se comprometer a jurisdição com a tarefa de elevar os padrões éticos da sociedade.

Deve-se atribuir, portanto, uma função preventivo-pedagógica às indenizações por danos morais, função esta extremamente cara ao direito do

consumidor, onde os conflitos estabelecem-se entre um litigante habitual – o fornecedor – e um litigante eventual – o consumidor – recaindo sobre estes grandes desvantagens, do campo judiciário ao psicológico, o que estimula comportamentos altamente nocivos por parte dos fornecedores.

Para finalizar, entendo ser importante salientar que no presente trabalho não se pretende defender, de forma alguma, a chamada “indústria do dano moral”. Busca-se apenas destacar que muito mais nociva que ela é a impunidade dos maus fornecedores, pois enquanto as atitudes antijurídicas destes atingem cotidianamente um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis, eventuais golpes de consumidores mal-intencionados verificam-se de forma individualizada, esporádica, e só terão êxito se conseguirem iludir todo o sistema judicial. Em consequência, não se pode, a título de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito dos maus fornecedores, fomentando-se assim uma “indústria da irresponsabilidade empresarial”, incomparavelmente mais gravosa à sociedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 21, p. 106, jan./mar. 1997.
2. ALVIM Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 3ª ed. Editora Jurídica e Universitária.
3. ALVIM, Arruda. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
4. BITTAR, Carlos Alberto. O Advento do Código de Defesa do Consumidor e seu Regime Básico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.2, p. 138, jun./jul. 1992.
5. BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 6, p. 13, abr./jun. 1993.
6. BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 141. 1997.
7. CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
8. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Colaboração de Bryant Garth. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

9. CASADO, Márcio Mello. O Leasing e a Variação Cambial. Revista dos Tribunais n. 763, p. 87. São Paulo: RT, 1999.
10. CASILLO, João. Dano à Pessoa e sua Indenização. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
11. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
12. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7 Responsabilidade Civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
13. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
14. NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
15. SANTINI, José Raffaelli. Dano moral – doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
16. SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e sua Reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
17. STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 4ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
18. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

19. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.