

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

HERLITON JOSÉ DE MIRANDA SANTOS

**O PROCESSO DE QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS
MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**JOÃO PESSOA
2018**

HERLITON JOSÉ DE MIRANDA SANTOS

**O PROCESSO DE QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS
MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo Rangel
Ribeiro

JOÃO PESSOA
2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S237p Santos, Herliton Jose de Miranda.
O PROCESSO DE QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS
MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO / Herliton Jose de
Miranda Santos. - João Pessoa, 2018.
76 f.

Orientação: ALFREDO RANGEL RIBEIRO.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Responsabilidade Civil. 2. Dano Moral. 3. Dano
Extrapatrimonial. 4. Relação de Consumo. 5. Direito do
Consumidor. 6. Função Punitiva. 7. Função Dissuasora.
8. Critérios de Fixação. 9. Reincidência. I. RIBEIRO,
ALFREDO RANGEL. II. Título.

UFPB/CCJ

HERLITON JOSÉ DE MIRANDA SANTOS

**O PROCESSO DE QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS
MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

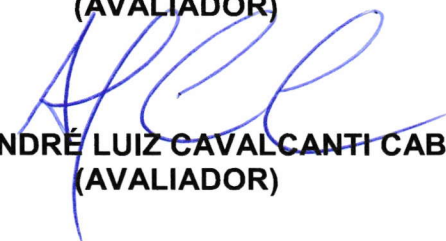
Orientador: Prof. Dr. Alfredo Rangel
Ribeiro

DATA DA APROVAÇÃO: 14 DE NOVEMBRO DE 2018

BANCA EXAMINADORA:

 10,0 (dez)
Prof. Dr. ALFREDO RANGEL RIBEIRO
(ORIENTADOR)

 19,0 (dezoito)
Prof. Dr. ADRIANO MARTELETO GODINHO
(AVALIADOR)

 10,0 (dez)
Prof. Dr. ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL
(AVALIADOR)

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, a quem pertence minha vida, que é referencial de todo amor e justiça e sem o qual este trabalho, ou mesmo toda esta graduação, não faria qualquer sentido.

À minha família, por ter sido sempre o meu porto seguro, no cuidado e na motivação para seguir sempre adiante e fazer o melhor.

À Cru Campus, organização missionária que deu novo e melhor significado à minha passagem pela universidade.

Aos meus amigos e colegas de trabalho, pela ajuda e compreensão constante.

RESUMO

A indenização por dano moral deve cumprir com três funções de maior relevo: compensar a vítima, punir o agente lesante e, por último, desestimular nova conduta danosa, tanto em relação ao ofensor, quanto à sociedade em geral. Nas relações de consumo, ganham especial destaque as funções punitiva e dissuasora, isto porque o modelo hodierno por meio do qual tais relações têm se firmado, o contrato de adesão, não permite a manifestação de vontade entre as partes de forma equilibrada, já que o fornecedor, por possuir aparato técnico e financeiro muito superior, se encontra em posição mais vantajosa. Logo, isto justifica a ênfase em sua punição, quando viola direito personalíssimo de consumidor, a fim de restaurar o equilíbrio contratual e freá-lo na prática de novo ilícito. A análise de julgados pátrios tem mostrado, contudo, que o valor estipulado como indenização por dano moral, por ser usualmente baixo, não é capaz de inibir a reincidência constante das grandes empresas. Desta forma, somente com a sistematização de critérios claros e condizentes com a concretização das funções aqui mencionadas é que tais agentes serão estimulados a modificar sua postura, implementando melhores condições de controle de qualidade nos seus produtos e serviços, a fim de não reincidir em dano moral. Trazendo benefícios a sociedade de consumo como um todo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Dano Extrapatrimonial. Relação de Consumo. Direito do Consumidor. Função Punitiva. Função Dissuasora. Critérios de Fixação. Reincidência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	10
2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.2 PANORAMA HISTÓRICO	12
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SUBSISTEMA CONSUMERISTA.....	18
2.3.1 <i>Breve Histórico</i>	18
2.3.2 <i>Direitos do Consumidor na Constituição Federal de 1988</i>	19
2.3.3 <i>Elementos da Relação de Consumo</i>	21
2.3.4 <i>Hipóteses de Incidência do CDC</i>	22
2.3.5 <i>Espécies de Responsabilidade no CDC</i>	24
2.3.6 <i>Excludentes, Prescrição e Decadência</i>	27
3 AS TRÊS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	29
3.1 FUNÇÃO REPARATÓRIA.....	30
3.2 FUNÇÃO PUNITIVA.....	33
3.3 FUNÇÃO DISSUASORA.....	38
4 O PROCESSO DE CÁLCULO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E SEUS EFEITOS NA SEARA CONSUMERISTA.....	41
4.1 A NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	41
4.2 CRITÉRIOS PARA O CÁLCULO DO <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO	45
4.2.1 <i>Critérios Subjetivos</i>	48
4.2.1.1 <i>Extensão do Dano</i>	48
4.2.1.2 <i>Grau de Culpa das Partes</i>	52
4.2.1.3 <i>Condições Pessoais da Vítima</i>	53
4.2.1.4 <i>Razoabilidade, Equidade e Prudente Arbítrio do Juiz</i>	54
4.2.2 <i>Fatores Objetivos</i>	55
4.2.2.1 <i>Reincidência na conduta geradora do dano</i>	56
4.2.2.2 <i>Capacidade Econômica das Partes</i>	57
4.2.2.3 <i>Impossibilidade de Enriquecimento Sem Causa</i>	59
4.3 A REITERAÇÃO DO DANO NO CASO ESPECÍFICO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	61

4.4 SISTEMATIZAÇÃO DA FIXAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA REALIZAÇÃO DE SUAS FUNÇÕES	66
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

A atual ordem constitucional brasileira, inaugurada pela Carta Magna de 1988, instaurou a submissão interpretativa de todo o ordenamento ao seu império. Todas as outras leis infraconstitucionais estariam, portanto, subordinadas aos ditames da Constituição.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana passou a ocupar lugar central como princípio norteador do ordenamento brasileiro. Consequentemente, os direitos da personalidade passaram a ter relevância, como principais componentes do princípio acima descrito. Estes direitos são formados por aspectos inerentes ao indivíduo e que o fazem ser percebido como pessoa humana digna de respeito. São fatores como a honra, a imagem, a privacidade, a cidadania, dentre outros, que pertencem à categoria dos direitos personalíssimos. E, justamente por isto, não são direitos quantificáveis economicamente, como são os direitos patrimoniais.

A medida que estes direitos ganharam relevância, percebeu-se também a necessidade de os reparar, quando violados, da mesma forma como são reparados os direitos patrimoniais. Isto é, àquele que causou injustamente dano ao patrimônio de outrem lhe seria imputada quantia capaz de compensar o ofendido. De maneira semelhante, àquele que causou perturbação à direito da personalidade de outrem, gerando os chamados danos morais ou extrapatrimoniais, deveria compensá-lo.

Em que pese, após a vigência da nova Carta Magna, ter sido reconhecida a necessidade de reparação pelos danos morais, permanece insegurança jurídica quanto à forma como os magistrados deverão calcular a quantia capaz de satisfazer de forma justa a vítima pelo dano sofrido, já que este não tem quantificação exata em termos econômicos.

Essa insegurança acabou por possibilitar a aplicação inadequada do instituto, apenas reconhecendo a gravidade da violação dos direitos personalíssimos de maneira retórica, sem, no entanto, traduzir essa gravidade na punição ao agente lesante.

Na esfera consumerista, esta realidade mostra-se ainda mais grave, dado o vultoso número de consumidores lesados pelo mesmo agente lesante, muitas vezes impulsionado apenas pela cega busca pelo lucro, sem dar qualquer importância a personalidade de seus clientes, que acabam se tornando apenas mais um número inserido nos seus balanços orçamentários.

Tendo por base este cenário, o presente trabalho procurou resgatar as funções da reparação por dano extrapatrimonial numa perspectiva constitucional de valorização à dignidade da pessoa humana e, em seguida, examinar os critérios mais utilizados pelos magistrados no cálculo dos valores indenizatórios, nas relações de consumo. Utilizou-se, para tanto, o método dedutivo, tendo por fundamento a análise bibliográfica da doutrina produzida por renomados juristas, a análise de jurisprudência aplicável, a legislação e o conteúdo disponível em trabalhos científicos e periódicos.

Dividiu-se o trabalho em três capítulos: um primeiro, esboçando um panorama histórico do instituto da responsabilidade civil, desde seus primórdios calcados no direito patrimonialista, até seu molde atual, com o reconhecimento da responsabilidade civil por dano moral, por meio da constitucionalização do direito civil, além de suas implicações na seara consumerista. Um segundo capítulo, apresentando as três principais funções da indenização por danos morais. E um terceiro, em que se analisa os critérios mais utilizados no cálculo da reparação por dano moral. Após, propõe-se a sistematização daqueles critérios que contribuem para a realização das funções expostas no capítulo anterior. Enfim, encerra-se o trabalho com as considerações finais do autor.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A noção de Responsabilidade pode ter diferentes significados a depender do contexto em que se fala. Em um âmbito geral, a responsabilidade é noção que se associa ao bom proceder nos atos comuns da vida, prevendo suas consequências à esfera subjetiva de outrem, agindo com prudência, perícia e de forma cautelosa. Todavia, em termos jurídicos, o conceito de Responsabilidade está mais próximo da ideia de que o indivíduo responde por seus próprios atos perante as entidades as quais está necessariamente submetido, a exemplo do Estado. Como ensina Rui Stoco, o termo *“tanto pode ser sinônimo de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico.”*¹

A origem do termo provém do vocábulo latim *respondere, spondeo*, estando diretamente conectada ao Direito Obrigacional Romano. Na definição de Azevedo, o então sistema de responsabilização vinculava o devedor ao credor por meio de contrato realizado verbalmente². Contudo, a expressão não significava a necessidade de reparação de dano eventual, mas *“variou da expressão sponsio, da figura stipulatio, pela qual o devedor confirmava ter com o credor uma obrigação que era, então, garantida por uma caução ou responsor”*.³

Ressalte-se, a seguir, o conceito de Responsabilidade na seara civilista.

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

No Direito Civil, o assunto de Responsabilidade compõe a seara do direito obrigacional, impondo que as ações humanas terão sempre natureza eminentemente teleológica, isto é, estão voltadas ao alcance de determinado objetivo econômico ou social. Neste sentido, surge, do eventual descumprimento de uma obrigação, a necessidade de reparar o dano daí advindo.

¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 276.

³ STOCO, Rui. op. cit., p. 112.

Ressalte-se, contudo, que a responsabilização é espécie do gênero obrigação, não se confundindo um conceito com o outro. Limongi França⁴ destaca que a responsabilidade civil só surge a partir do momento em que um devedor deixa de cumprir acordo a que estava preliminarmente obrigado ou mesmo quando deixa de cumprir o ordenamento a que está subordinado. A Responsabilidade, assim, consiste simplesmente na reparação do dano.

Ainda no mesmo sentido, Cavalieri Filho⁵ também assevera que a natureza da responsabilidade civil é de dever jurídico sucessivo à obrigação descumprida, que, por sua vez, é originária, resumindo-se na necessidade de reparação do malefício causado por tal indisciplina.

No ordenamento hodierno, o Código Civil trouxe, em seu art. 927⁶, a expressão da responsabilidade civil como sendo a necessidade de reparação à prejuízo causado por aquele que, de forma comissiva ou omissiva, causa dano a outrem. Neste contexto, a responsabilidade civil surge como verdadeiro ato ilícito, bastando, para tanto, que o causador mantenha qualquer relação com o dano efetivo. Nas palavras de Diniz, o instituto em discussão consiste:

[...]na aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁷

Neste diapasão, responsabilizar indivíduo é atribuir-lhe a causa de determinado dano, de ordem patrimonial ou moral, pelo qual deverá responder, cumprindo medidas cabíveis para restaurar o *status quo ante*, o estado em que se encontrava anteriormente, a vítima de sua ação.

⁴ LIMONGI FRANÇA. **Enciclopédia saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 65.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2018

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7. p. 34.

2.2 PANORAMA HISTÓRICO

O Direito, enquanto ciência, sempre teve como principal escopo a pacificação social para uma convivência harmoniosa em sociedade. Para alcançar tal fim, é que se desenvolveram institutos como o da Responsabilidade Civil, que, por sua vez, foi historicamente construído a partir da noção de reparabilidade, isto é, o dever que tem o causador de dano de restaurar a vítima ao seu estado anterior, ao chamado *status quo ante*. Todavia, mesmo sempre guardando íntima conexão com o fim supra, a responsabilidade civil nem sempre se executou nos mesmos moldes dos dias atuais. Torna-se, portanto, imprescindível investigar o seu surgimento e formação na história do Direito, para compreender a sua concepção como o é hoje.

A responsabilidade civil tem seus primeiros registros na história antiga da humanidade e, conseqüentemente, do Direito, visto que normas de pacificação social existem, em determinado grau, desde que o homem passou a se agrupar, abrindo mão de sua total liberdade em nome da proteção de uma entidade que detém o monopólio da força. Assim, a obrigação de reparar um ilícito que destoa da ordem social vigente sempre existiu. O que foi mudando, contudo, foi a forma como essa reparação acontecia.

Em um primeiro momento, a retribuição era feita de forma violenta, na medida em que o dano foi causado. Para tanto, não importava se houve culpa ou não do agente, bastando, para haver a necessidade de retaliação, que houvesse a conduta danosa comissiva ou omissiva. A reparação ocorria no seio social: todo o grupo se vingaria, fazendo uso de meios violentos, do causador do ilícito feito à um de seus membros. Seria o que leciona a professora Maria Helena Diniz, uma ‘vingança coletiva’.⁸

Neste cenário, a responsabilidade civil se desenvolve no Direito Romano ainda como forma de vingança privada, a chamada *vendeta*. Todavia, o poder público se apropria do instituto para legitimá-lo no ordenamento, sem exigir ainda qualquer necessidade de comprovação de culpa do causador do dano. A responsabilidade tem seus termos traçados pela Lei de Talião, expressa na máxima “olho por olho, dente

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7. p. 11.

por dente”. Carlos Roberto Gonçalves explica que, nesta lógica, a ocorrência do dano é suficiente para que haja a resposta “*imediate, instintiva e brutal*” contra o agressor⁹.

Noronha traça um breve histórico do advento do talião como forma de responsabilização:

O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hamurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto.¹⁰

No Direito Romano, portanto, prevalecia a responsabilidade em sua forma objetiva, fundamentada na correspondência entre dano e retaliação imediata, baseada no princípio da equidade. O Estado só interferia para informar quando e onde a vingança deveria ocorrer, sem ter qualquer agência nos meios utilizados ou mesmo sem emitir qualquer juízo acerca da real correspondência entre dano e reação.

Em um segundo momento, a até então praticada vingança privada em termos físicos foi dando lugar à retribuição de forma pecuniária à vítima do dano. É neste momento da história que surge a noção de composição da lide, pois o patrimônio do agente causador é que responde por suas condutas danosas e não mais o seu próprio corpo. Como marcos inaugurais da composição econômica como forma de responsabilização, no mundo jurídico, há a Lei das XII Tábuas, o Código de Ur-Nammu e o Código de Manu, que previam tarifas para cada tipo de lesão a direito de outrem.

Em seguida, ocorre a vedação à justiça feita com as próprias mãos. O Estado Romano, já organizado, passa a deter o monopólio da força e o legislador torna, agora, obrigatória a composição econômica do dano em lugar do talião em termos físicos. São descritas tariffações diversas para cada tipo de prejuízo causado,

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV. p. 04.

¹⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I. p. 528.

o agente deverá compensar por eventuais membros inabilitados, pela morte de homem livre ou mesmo de escravo, conforme as lições de Gonçalves.¹¹

Adiante, são formuladas ideias iniciais para distinguir a pena da reparação de natureza civil. O que ocorre como resultado da diferenciação entre aqueles delitos de natureza pública e aqueles de natureza privada. Enquanto estes consistem em ofensas à indivíduos determinados ou aos seus bens, aqueles são violações aos valores protegidos pelo estado.¹²

O instituto da responsabilidade, até então visto de forma una, passa a ter duas concepções principais: a primeira é a responsabilização penal, que é expressa por meio das penas cominadas pelo legislador como forma de reparação à ofensa contra os princípios resguardados pela coletividade e, por isso, consiste em sanção penal; e a segunda, a responsabilização civil, expressa em valor econômico, tendo natureza de sanção civil.

Como marco de definição para a forma de execução da reparação, a Lei de Aquilia trouxe a garantia de responsabilidade de terceiro causador de danos ao patrimônio alheio. Tal lei foi, nas palavras de Venosa:

[...] um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.¹³

A Lei de Aquilia inova ao trazer o elemento da culpa do agente como configurador da responsabilidade civil, juntamente ao dano e ao nexo de causalidade. A partir daí, a reparação que o infrator deveria cumprir se daria na medida em que agiu com culpa para dar causa ao ilícito. Daí porque a responsabilidade em sua face subjetivista também passou a denominar-se responsabilidade aquiliana.

O Estado tomou para si, de forma definitiva, o poder de punir, o *ius puniendi*, e, em decorrência, passou a instituir indenizações pré-definidas para os infratores da ordem jurídica, como forma de sanção.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV. p. 07.

¹² MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. II. p. 223.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV. p. 17.

Já na Idade Média, houve o aperfeiçoamento dos princípios de responsabilidade civil traçados no Direito Romano, especificamente quanto à necessidade de comprovação efetiva de culpa do infrator. Ademais, passa-se a admitir a existência de uma culpa contratual, que não está vinculada necessariamente à lei, mas à possibilidade de, por omissão, ocorrer o descumprimento de cláusulas previamente acordadas entre as partes. Esta espécie de culpa estaria mais relacionada à fatores como a negligência, imprudência, ou imperícia, como leciona Gonçalves.¹⁴

Com o Iluminismo, tem fim o processo de distinção entre a pena, decorrente de infração de interesse notadamente público, e a sanção civil, como resultado de dano causado a outrem ou ao seu patrimônio, de interesse proeminentemente privado.

A mudança de paradigma nos moldes da responsabilidade ocorre já na idade moderna, quando se passa a pensar no efeito principal do dano como sendo o rompimento do equilíbrio patrimonial da vítima, não mais interessando tanto se houve culpa ou não.¹⁵

De fato, Gonçalves elenca fatores diversos para a mudança no ponto central da reparação civil. A idade moderna trouxe consigo o impacto do repentino processo de industrialização, o amontoamento das pessoas nas cidades a fim de servir como força de trabalho para as grandes fábricas e o consequente aumento nas ocorrências de danos.¹⁶

A Responsabilidade civil clássica, pautada na culpa do agente, não se adequava mais ao momento histórico, porque não havendo equilíbrio de forças entre as partes, já que, na idade moderna, cresceram os industriais burgueses em detrimento da classe trabalhadora ou consumerista. Não havia também a possibilidade como se apurar a culpa em todo caso. Com isto, surge a Teoria do Risco, fundamentando-se apenas na comprovação do dano e do nexo de causalidade entre dano e causador para que nasça o dever de retribuição. Este modelo tem como justificativa a ideia de que aquele que se aproveita do lucro gerado por atividade que

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV. p. 08.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV. p. 17.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p. 09.

ofereça riscos a outrem, por sua própria natureza, também deverá arcar com os eventuais danos.

Pode-se falar da indústria de minérios, como exemplo. É sabido que tal atividade é eminentemente perigosa. Portanto, não traduz o princípio da equidade da retribuição exigir que, para todo dano gerado, seja exigido que se comprove a culpa do agente para o responsabilizar.¹⁷

O Código de Napoleão consiste no marco principal da responsabilidade civil como é tradicionalmente concebida nos dias atuais. Promulgado em 21 de março de 1804, o diploma é lembrado como expressão das máximas da Revolução Francesa de 1789 e consagra os valores do liberalismo, do conservadorismo e, principalmente, o da propriedade como balizador das relações privadas.

No Brasil, o primeiro diploma a esboçar algo em termos de reparação foi o Código Criminal de 1830, sucessor das até então vigentes Ordenações oriundas de Portugal. Fundado nos princípios da justiça e da equidade, o código previa uma reparação 'natural', que poderia incluir a indenização à vítima do dano, nos casos em que coubesse.

Neste momento, há, no ainda jovem ordenamento pátrio, uma confusão entre o que seria reparação penal e civil, estando esta condicionada àquela. Posteriormente, é adotada a concepção de esferas independentes entre si, a penal e a civil.¹⁸

Em 1916, com a promulgação do primeiro Código Civil Brasileiro, projeto elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua, são finalmente expressos, em letra de lei, o conceito, os fatores e as formas em que se dará a responsabilidade civil.

O código consagra a responsabilidade subjetiva ou aquiliana, exigindo a comprovação, via de regra, da efetiva culpa do agente para configuração da necessidade de reparação, com exceção dos casos em que a culpa é presumida, discriminados em lei.

¹⁷ PENAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110 >. Acesso em out 2018.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV. p. 09.

O artigo 186¹⁹, do Código Civil de 2002, que sucede o acima citado, conceitua o ato ilícito passível de responsabilização, enquanto o art. 187²⁰ amplia seu espectro para além dos termos do artigo antecedente, asseverando que o ato ilícito também pode decorrer de abuso de direito, quando o seu exercício extrapola seus fins econômicos ou sociais e viola os princípios da boa-fé e dos bons costumes.

No diploma atual, a predominância é, ainda da responsabilidade subjetiva, todavia, por entender o legislador que a este modelo por si só não poderia efetivar-se como instrumento de pacificação social, houve também a previsão da teoria do risco, fundamentada na responsabilidade objetiva.

Fernando Penafiel (2013 *apud* NORONHA, 2007, p. 537-538) afirma que:

[...] em decorrência principalmente dos riscos trazidos pela revolução industrial, fazendo crescer as demandas de reparação de danos decorrentes das máquinas, a exigência de uma conduta culposa norteadas pelo século XIX não era compatível com a necessidade social de se assegurar a reparação dos danos, mesmo que seu causador não houvesse agido com culpa. O direito não deveria preocupar-se somente com o comportamento do agente, precisava olhar o lado do prejudicado também.²¹

Em suma, o instituto da Responsabilidade evoluiu da noção de reparação a um mal causado, sem qualquer distinção técnica entre seu aspecto penal e civil, para seus contornos atuais, com a retribuição fundada, via de regra, na culpa do agente, e, nos últimos anos, também abrangendo da Teoria do Risco, pautada na responsabilidade objetiva.

Na seção seguinte, é proposto um estudo da Responsabilidade Civil no subsistema do Direito do Consumidor, dadas as suas particularidades e sua pertinência com o objetivo principal deste trabalho.

¹⁹Art. 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. BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2018

²⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Ibid.

²¹ PENAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em out 2018.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SUBSISTEMA CONSUMERISTA

O Direito do Consumidor é seara que deriva do Direito Civil por ter como objeto a relação entre particulares, com regras peculiares que diferem da clássica doutrina privada. Assim, dada a proximidade entre os dois campos jurídicos, torna-se essencial o estudo do contexto em que surgiu o direito consumerista a fim de compreender a evolução da responsabilidade civil neste âmbito.

2.3.1 Breve Histórico

A seara civil tem como marco principal, na era do direito positivo, o Código Civil de Napoleão, de 1804. O diploma consagrou os princípios da autonomia da vontade, o direito à propriedade e o *pact sunt servanda*, expressão que se traduz na máxima de que os pactos devem ser cumpridos.

Em contraposição a realidade de privilégios para poucos, vigente a época, o código napoleônico manteve como escopo a igualdade formal de todos perante a lei como forma de combate aos privilégios da nobreza e do clero.

A visão predominante era de que o código civil francês consistia em sistema de normas completo e fechado. Completo porque se presumia não haver lacunas, imputando-lhe um dogma de completude. E fechado porque, na eventualidade de uma aparente lacuna, a solução deveria encontrar-se dentro dele próprio, sendo, por isso, considerado autônomo.

Ao decorrer do tempo, todavia, especificamente no final de século XIX e início do século XX, o Código Civil Francês foi perdendo a centralidade na busca de soluções para os conflitos da seara privada, já que, em contraste aos princípios outrora consagrados pelo diploma, a doutrina passa a preocupar-se com a função social do contrato, qual seria o seu impacto para a coletividade, deixando de lado o individualismo estrito.

No Brasil, o Código Civil de 1916, personifica os já consolidados princípios do diploma francês, como também incorpora, de forma ainda tênue, o valor da função social do contrato.

Todos os acontecimentos históricos, ao longo do século, como as grandes guerras, a industrialização em larga escala, a massificação dos produtos e a perda da personalidade contratual, contribuem para tornar inadequado o diploma civil clássico,

fundamentado principalmente na Responsabilidade Civil Subjetiva, sendo necessário comprovar a culpa do agente causador do dano.

Todas essas transformações resultam no surgimento do Contrato de Adesão, instrumento inerente à própria industrialização, que buscava produção em grande quantidade, repetição dos processos, a fim de produzir com mais rapidez, e diminuição dos custos, para ter, como resultado, um aumento nos lucros.

O contrato de Adesão detém, como traço principal, a impessoalidade entre as partes. O fabricante ou vendedor não tem mais conhecimento pessoal de quem seja o seu consumidor. A única ligação entre as partes é o próprio contrato, produzido em série, na maior parte dos casos, sem que o consumidor tenha qualquer ingerência nas suas cláusulas, cabendo-lhe apenas, como sugere o próprio, aderir ou não.

Como, então, se poderia garantir a igualdade entre as partes, visto que, por deter a propriedade dos meios de produção, o fornecedor é quem elabora o contrato, de forma unilateral, podendo lançar mão de todo um aparato para formular um contrato que lhe seja mais benéfico?

Neste sentido, a mera igualdade formal passou a dar lugar para a preocupação dos legisladores com uma igualdade material, que assegurasse que a parte que, geralmente, está em uma posição de hipossuficiência, seja elevada à condição de igualdade contratual.

Para suprir tal lacuna, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1990, tendo como objetivo principal restaurar o equilíbrio perdido nas relações de consumo.²² Com esta finalidade é que foram trazidas previsões a exemplo da inversão do ônus de prova em favor do consumidor, nos casos de responsabilização civil em relações consumeristas, e a interferência do Estado na fiscalização de produtos.

2.3.2 Direitos do Consumidor na Constituição Federal de 1988

A partir da Carta Maior de 1988, o Estado Brasileiro passou a ser concebido visando, de forma primária, a dignidade da pessoa humana. Tornou-se patente,

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 456.

portanto, o domínio da unicidade interpretativa de que todo ordenamento deveria estar submetido ao que assevera a Constituição.

Na seara civil, os impactos do império da Constituição culminaram no fenômeno denominado pela doutrina como constitucionalização do Direito Civil. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).²³

O Artigo 5º, XXXII, da Carta Magna de 1988 dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”²⁴. Também o art. 170, V, prevê que a Ordem Econômica deverá observar os princípios de defesa do consumidor. O Ato de Disposições Constitucionais Transitórias estipulou, em seu art. 48, um prazo de 120 (cento e vinte) dias, desde a promulgação da Carta Magna, para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.²⁵

Com um atraso de cerca de dois anos, o diploma foi promulgado em 11 de setembro de 1990, elencando normas de relevante interesse público que passaram a prevalecer ante ao acordado entre as partes, como destaca Grinover:

As normas ora instituídas são de ordem pública e interesse social, o que equivale dizer são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial.²⁶

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 03 out. 2018.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 de out. 2018.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 de out. 2018.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 24.

2.3.3 Elementos da Relação de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não definiu exaustivamente a relação de consumo, traçando apenas elementos gerais, pois, afim de alcançar seu fim precípua, qual seja de eliminar o desequilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor, uma interpretação ampliadora do conceito deve ser feita, evitando assim qualquer rigidez conceitual que possa de dificultar a incidência das normas consumeristas. Ainda assim, são elencados requisitos gerais para identificação das partes necessárias para configuração da relação de consumo.

Primeiramente, o Art. 2º dispõe acerca do consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.²⁷ O uso do termo destinatário final, todavia, por não ter uma definição restrita, gera o surgimento de duas teorias distintas acerca de sua natureza. Para a teoria maximalista, se o produto foi retirado do mercado, quem o adquiriu já pode ser considerado consumidor. Enquanto a teoria finalista argui que não é suficiente retirar o produto do mercado, mas que a retirada seja no intuito de fazer com o que ele seja utilizado, consumido ou esgotado, não sendo possível uma nova utilização para fins comerciais.

A teoria finalista tem sido tradicionalmente mais aplicada pelo judiciário pátrio. Ocorre, contudo, uma flexibilização na jurisprudência, indicando a possibilidade de indivíduo que utilize produto adquirido para fins profissionais ser enquadrado como consumidor, visto que o principal requisito será da existência de vulnerabilidade do adquirente ante ao fornecedor.²⁸

O judiciário tem ampliado o conceito de consumidor ao criar a figura do *Bystander*, que equipara a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, a consumidores.²⁹

²⁷ BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 05 de out de 2018

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 470.

²⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - EQUIPARAÇÃO AO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Dispõe o artigo 17, do Código de Defesa do Consumidor, que se equiparam a este todas as pessoas vítimas de evento que possa ser caracterizado como de consumo, podendo se valer dos benefícios do artigo 6º, VIII, do mesmo diploma legal. (TJMG, AI 1.0439.08.081631-7/001(1), Rel. Des. Otávio Pontes, 16ª Câmara Cível, julgado em 15/04/09, DJU 22/05/2009).

Outra parte da relação de consumo é o que se configura como fornecedor. Reza o artigo 3º, do CDC, que, *in verbis*:

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

Ressalte-se, todavia, que às relações comerciais entre fornecedores não se aplica o CDC, pois não há vulnerabilidade ou desequilíbrio de forças de uma parte em relação a outra. Neste caso, são materialmente iguais.

Assim, consistem em elementos basilares para caracterização da relação consumerista, primeiro, que os bens adquiridos sejam para o consumo e não para qualquer ganho financeiro, e segundo, que haja disparidade de forças e recursos à disposição das partes, tendo vantagem o fornecedor neste quesito. Logo, às relações de capital entre fornecedores será aplicável a legislação comercial e civil, dado que são partes equiparáveis economicamente.³⁰

São três as modalidades de fornecedores estabelecidos na doutrina: reais são os que integram a criação do produto, aparentes são os que sinalizam o produto com características referentes à sua marca, como com a colocação da logo ou condicionamento em embalagem específica, e, por fim, os presumidos são aqueles que, mesmo que não façam parte da produção do bem ou serviço, são por eles responsáveis legais, como no caso dos importadores.³¹

2.3.4 Hipóteses de Incidência do CDC

Como já explicitado neste trabalho, o principal elemento caracterizador da relação de consumo à qual aplicar-se-á as regras do Código do Consumidor é a existência de disparidade material entre consumidor e fornecedor que favoreça a este último. No ensino de Luiz Antônio Rizzato Nunes:

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 33.

³¹ GODOY, Cláudio Bueno de. **Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço**. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

Vamos supor que José da Silva adquira um automóvel em uma concessionária. Ele é consumidor e a revendedora é fornecedora. A relação é típica de consumo. Isso trará uma série de direitos a José: a responsabilidade objetiva do fabricante em caso de vício e/ou defeito, declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas, promessa prévia como integrante do contrato etc. Por outro lado, se José tivesse comprado o veículo de um amigo que queria vender seu automóvel para adquirir um novo, esta relação estaria regulada pelo Código Civil, já que seu amigo não é considerado fornecedor.³²

Traço relevante do direito consumerista é que não há limitação para sua aplicação no que diz respeito ao liame científico entre as searas do direito. Regras de direito do consumidor poderão ser aplicáveis nas mais diversas áreas da ciência jurídica, visto que seu escopo será sempre a proteção da parte mais vulnerável em relação de consumo. Portanto, há que se atentar para a análise individualizada do caso, afim de não impor óbices à proteção integral do indivíduo que se encontrar na posição de consumidor.

É inegável, todavia, o estreitamento da relação entre as regras civilistas e consumeristas. A aplicação do Código Civil é sempre subsidiária ao Código do Consumidor. Contudo, havendo divergência entre as regras, prevalece o último, dada a sua especialidade.

O tipo de responsabilidade civil difere também a depender do diploma aplicável ao caso. A regra é que a responsabilidade subjetiva será preponderante no Código Civil, enquanto a responsabilidade objetiva será a exceção. O inverso acontece no Código de Defesa do Consumidor, que admite a Teoria do Risco, fundamento da Responsabilidade Objetiva, como regra, e a responsabilidade aquiliana a exceção, aplicável, por exemplo, quando tratar-se de profissional liberal.³³

³² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito: com exercício para sala de aula e lições de casa**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132.

³³ 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. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 05 de out de 2018

2.3.5 Espécies de Responsabilidade no CDC

São dois os tipos de responsabilidade elencados pelo código de defesa do consumidor: A responsabilidade por fato do produto ou do serviço e a responsabilidade por vício do produto ou do serviço.

Acerca do primeiro tipo, discorre Bruno Miragem:

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou o serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.³⁴

É relevante informar que a Responsabilidade por Fato de Produto ou Serviço é em regra objetiva e tem caráter legal, isto é, advém diretamente da lei, não interessando a classificação tradicional entre responsabilidade contratual ou extracontratual.

Ademais, a responsabilidade por fato de produto ou serviço decorre, como informou a citação supra, do dever de segurança, visto que, ao adquirir produto, o consumidor tem justa expectativa de que nada lhe ocorra ao ponto de comprometer sua integridade física. Exemplo de caso de responsabilização por fato de produto, citado por Sérgio Cavaliere Filho, é o da senhora que compra um copo de geleia e, ao chegar em sua residência, após abri-lo normalmente com uma colher, o dá para que seus dois filhos comam, crianças ainda na primeira infância. Algumas horas depois, as crianças vão à óbito e o exame pericial constata que o motivo foi a ingestão de raticida contido na geleia.³⁵

O Artigo 12, §1º, do CDC apresenta a definição de produto defeituoso como aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando em consideração sua apresentação, seu uso e riscos que eventualmente já possam existir por sua própria natureza, e a época em que foi colocado no mercado. Já o Artigo 14

³⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 260.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 477.

traz, nos seus incisos de I a III, a definição de serviço defeituoso como sendo aquele que também não cumpre o dever de segurança ao considerar o seu modo de fornecimento, os resultados e riscos que dele possam advir naturalmente e a época de fornecimento.³⁶

O dever da segurança que se espera do produto ou serviço perdura mesmo após a venda. Para isso, há, por exemplo, a figura do *recall*, em que as fornecedoras de automóveis convocam seus consumidores a comparecerem novamente ao local de compra para reparar defeitos detectados em uma série de veículos. A segurança do adquirente deve ser, portanto, garantida ao longo de toda a vida útil do produto, dentro das circunstâncias normais.

Há, ainda, no que concerne à possibilidade de ocorrência de fato do produto ou do serviço, a figura do risco inerente, disposto dentro do Artigo 8º, caput, do CDC³⁷, que é aquele que integra a própria natureza do produto. Para ilustrar, o consumidor que adquire uma faca sabe que há ali a possibilidade de cortar-se, mesmo que o intuito normal da compra seja cortar peças de alimentos. Neste caso, o fornecedor não responde pelo eventual acidente, visto que o risco diz respeito à própria natureza do produto, não sendo razoável que ele arque com os possíveis danos ocorridos. Isto inviabilizaria o próprio comércio do produto, pois traria ônus em demasia.³⁸

Quanto à ordem de preferência na responsabilização dos fornecedores, o Art. 7º, parágrafo único, do CDC, dispõe que será solidária, a princípio, respondendo de forma paritária todos os envolvidos no processo de fornecimento do produto ofensor. Há, todavia, também a previsão de responsabilização subsidiária, nos casos de impossibilidade de responsabilização de algum dos envolvidos ou em determinadas circunstâncias. Neste caso, o código prevê, no Art. 13 e em seus incisos, que o comerciante será responsável quando o fabricante, construtor, produtor ou importador não puderem ser identificados, quando o produto não for fornecido com

³⁶ BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 05 de out de 2018

³⁷Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

³⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 481.

identificação clara destes, ou quando não conservar produtos perecíveis de maneira apropriada.³⁹ Essas medidas têm por objetivo não impedir a justa ação da vítima nos casos em que os responsáveis originais pelo produto não puderem ser encontrados. O parágrafo único do artigo 13 prevê ainda o direito de regresso, em relação aos demais responsáveis, ao fornecedor que tiver pago indenização à vítima, na proporção da participação de cada um no dano causado, devendo tal direito ser exercido em ação autônoma, dado que o CDC veda a possibilidade de denunciação da lide.⁴⁰

A responsabilidade por vício do produto ou serviço consiste no dano causado pela frustração das expectativas do consumidor quanto às características internas ao bem ou serviço. Em comparação ao fato do produto, que tem resultado externo a ele, invadindo a esfera da incolumidade física ou mental do adquirente, o vício diz respeito à defeito da própria coisa, que deveria corresponder à determinados padrões, mas não o faz. Trata-se, por exemplo, da caneta que deveria expelir tinta no papel em quantidade apenas suficiente para escrever caracteres, todavia, derrama uma quantidade maior, estragando o papel e não cumprindo a função legitimamente dela esperada.⁴¹

A responsabilidade por vício do produto ou serviço, assim como a primeira espécie, será, em regra, objetiva e solidária. A exceção se aplicará aos casos de produtos *in natura*, alimentícios de origem animal ou vegetal geralmente de consumo imediato, em que será primeiramente responsabilizado o comerciante, quando não for possível identificar o produtor ou quando aquele tiver ele próprio pesado ou medido o produto.⁴²

³⁹BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 05 de out de 2018

⁴⁰Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

⁴¹GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo.** Revista do Consumidor, São Paulo: RT, ano 09, n. 35, jul./set., 2000, p. 147-148.

⁴²Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. §5º No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. BRASIL. Op. Cit.

Os vícios do produto podem ser de qualidade, quantidade ou informação. Neste caso, o Art. 18, do CDC, apresenta opções do que poderá ser executado afim de sanar o dano. Já em relação ao vício do serviço, o Art. 20 elenca alternativas como a reexecução do serviço, sem ônus adicional para o consumidor, a restituição do valor pago, sem prejuízo das perdas e danos advindos do serviço vicioso, ou o abatimento proporcional no custo.

2.3.6 Excludentes, Prescrição e Decadência

No que diz respeito as hipóteses de exclusão da responsabilidade por dano em relação de consumo, o artigo 12, §3º, do CDC, informa que fornecedor não poderá ser responsabilizado quando não houver colocado o produto no mercado, quando comprovar que o defeito inexista ou quando a culpa do dano for exclusiva do consumidor ou de terceiro. Para todos os efeitos, o ônus de prova será do fornecedor, dado estar em posição mais benéfica na relação de consumo.

Ressalte-se que, em todas as possibilidades descritas no Código de Defesa do Consumidor, para exclusão da responsabilidade, não deverá haver nexo de causalidade entre a conduta do acusado e o dano resultante, além das tradicionais excludentes do caso fortuito e da força maior. Quanto a estas últimas, importa dizer que consistem em fatos inesperados que fogem da órbita de influência de qualquer das partes da relação consumerista. Pode ser um fato relacionado às condições climáticas ou ao ambiente, não havendo qualquer previsibilidade. Sendo, portanto, excludentes inevitáveis e que são aplicáveis a todo o ordenamento pátrio, mesmo que não previstas expressamente na lei.

Tem ocorrido, todavia, na jurisprudência, a divisão entre a categoria de caso fortuito interno ou externo. Argumenta-se que, enquanto neste, o fortuito é de ocorrência totalmente estranha e inevitável às partes, naquele, haveria a possibilidade, mesmo que remota, de se conceber o acontecimento danoso. Como exemplifica o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTACIONAMENTO. CHUVA DE GRANIZO. VAGAS COBERTAS E DESCOBERTAS. ART. 1.277 DO CÓDIGO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE DA CORTE. 1. Como assentado em precedente da

Corte, o "fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil" (REsp nº 120.647-SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU de 15/05/00). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido. (**STJ, 2002, on-line**).⁴³

Quanto à prescrição e decadência da responsabilidade em âmbito consumerista, importa informar que a prescrição da pretensão da ação de responsabilidade ocorrerá nos casos de fato do produto ou serviço, enquanto, nos casos de vício, ocorrerá a decadência do direito à reparação.

O artigo 26, do CDC, dispõe que decai o direito de reclamar de vícios aparentes ou de fácil percepção em trinta dias para produtos ou serviços não duráveis e em 90, para os duráveis, iniciando a contagem do prazo a partir da entrega do produto ou do fim da realização do serviço, exceto no caso de vício oculto, em que a contagem inicia a partir de quando for constatado. Já o artigo 27, do CDC, prevê o prazo prescricional de 5 anos da pretensão para reclamar o dano por fato do produto ou serviço, iniciando a sua contagem a partir da ciência do dano e de sua autoria.⁴⁴

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 330523 SP 2001/0090552-2. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ: 25.03.2002, p. 278. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295015/recurso-especial-resp-330523-sp-2001-0090552-2>>. Acesso em: 05 out. 2018.

⁴⁴BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 05 de out de 2018.

3 AS TRÊS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Conforme estudado no capítulo anterior, a sanção civil consiste basicamente na reparação, de cunho econômico, por dano causado a outrem. Especificamente na seara consumerista, não importará se o dano foi injusto, se foi causado por ação ou omissão, nem se fatores como negligência, imprudência e imperícia influenciaram no seu advento. A regra é que havendo o dano, haverá reparação.

Ocorre que, em análise mais aprofundada do instituto da responsabilidade civil, constata-se que a mera indenização dos danos materiais efetivamente causados à vítima não é, em alguns casos, suficiente para a reparação integral. Para além do prejuízo material, o indivíduo prejudicado pode ter tido a sua incolumidade psíquica abalada, assim como a sua honra ou aquilo que considera como dignidade tanto em âmbito subjetivista (em relação aos seus próprios valores), quanto em relação à terceiros com os quais a conduta danosa lhe tenha prejudicado a imagem.

Neste ínterim, a figura dos danos morais surge como espécie de dano infligido contra direitos da personalidade da vítima que lhe cause dor e sofrimento, ultrapassando o mero desgaste gerado pelo dano material. A perturbação psíquica não pode ser calculada nos mesmos moldes dos danos de cunho patrimonial, pois como representar economicamente quanto vale a honra violada de um indivíduo sujeito de direitos?

A indenização por danos morais, também chamados extrapatrimoniais, justamente porque extrapolam qualquer possibilidade exata de quantificação monetária, não consiste numa reparação exata da violação sofrida, mas sim em consolo à pessoa ferida, uma tentativa de amenização do trauma causado, por meio da punição do infrator.

Neste ponto, a indenização por dano moral detém três funções principais: a compensatória, a punitiva e a dissuasora (pedagógica ou educativa). A primeira tem aplicação tradicional e traduz-se no próprio ato de compensar a vítima por seus prejuízos. Seus efeitos são, assim, em relação ao lesado. A segunda consiste no aspecto de pena que tem a sanção civil, de satisfazer a justiça ao fazer com que o infrator também sofra, de alguma maneira, prejuízo em seu patrimônio, mesmo que esta forma de retaliação nem sempre possa ser equiparada ao dano efetivamente causado. Seus efeitos são direcionados ao ofensor. A terceira é também chamada

pela doutrina de educativa ou pedagógica por ter como escopo o estímulo ao agente e à coletividade em geral para que não repitam a conduta danosa. Seus efeitos apontam tanto para o infrator quanto à sociedade, que é censurada ao constatar a devida satisfação da justiça.

O professor Fernando Noronha confirma a existência das múltiplas funções da responsabilização ao afirmar que

[...] se essa finalidade (dita função reparatória, ressarcitória ou indenizatória) é a primacial, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasora).⁴⁵

3.1 FUNÇÃO REPARATÓRIA

No início das discussões acerca da atribuição de uma indenização em reparação aos danos de caráter moral, houve forte resistência por parte dos aplicadores do direito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A noção de compensar a vítima por dor e sofrimento infligidos contra a sua personalidade parecia não ser digna de atenção, uma vez que não seria tal dor passível de cálculo para fins de retribuição e o caráter clássico das normas civis era essencialmente patrimonialista.

Na fala de Carlos Alberto Bittar:

A tese da reparabilidade dos danos morais demandou longa evolução, tendo encontrado óbices diversos, traduzidos, em especial, na resistência de certa parte da doutrina, que nela identificava simples fórmula de atribuição de preço à dor, conhecida, na prática, como *pretium doloris*.⁴⁶

Essa visão engessada do judiciário brasileiro, contribuiu, todavia, para que grande quantidade de pessoas, lesadas nos direitos inerentes à sua personalidade, tivessem que carregar a dor e sofrimento causado pelo ofensor, sem qualquer expectativa de reparação, já que era limitada apenas às perdas patrimoniais. As cortes

⁴⁵NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 437.

⁴⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

de justiça, além de não verem fundamento na reparação do dano extrapatrimonial, ainda enxergavam de forma suspeita a pretensão da vítima que, em vão, intentasse solicitar tal espécie de compensação, com algum traço de possível má-fé ao se valer de seu sofrimento pessoal para obter ganho financeiro.

A noção de quantificar os danos morais parecia, para os aplicadores do direito, não se coadunar com os princípios de reparação integral e o de não ofender a outrem – *neminem laedere* – que são fundamento do instituto da responsabilidade civil, pois como reparar integralmente dano que não pode ser mensurado economicamente?

Até os dias de hoje, a aplicação da restituição por danos morais não tem sido considerada em todo caso de forma absolutamente pacífica, principalmente no caso das correntes mais conservadoras da doutrina. A noção tradicional que leva em conta apenas o caráter estritamente reparatório da responsabilidade civil não consegue se adequar à previsão dos danos extrapatrimoniais sem utilizar-se de ficções jurídicas, dada a sua natureza particular. Como bem observa André Gustavo Corrêa de Andrade: “*A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais.*”⁴⁷

Ao largo dos debates doutrinários, as vítimas dos danos morais sofriam suas perdas sem qualquer proteção efetiva de seus direitos personalíssimos. A desmoralização gerada pela violação flagrante de sua esfera de direitos subjetivos, a dor causada pelo desprezo à sua honra, princípios e valores não tinha qualquer esperança de justificação por meios civis. A maior parte dos pedidos de responsabilização por esta espécie de dano eram negados baseado no argumento simplório de que todo o desgaste psíquico ao qual a vítima tinha sido submetida não passava de ‘mero dissabor do cotidiano’, para se valer do jargão jurídico.

Apesar de toda celeuma implantada quanto aos termos e até que ponto se responsabilizaria o infrator pelos danos morais, a necessidade de reparação foi se tornando cada vez mais óbvia. Não por acaso o volume de pedidos judiciais neste sentido era crescente. Era cristalina, portanto, a urgência de uma reparação para além da compensação patrimonial.

⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 170-171.

Georges Ripert, ao discorrer acerca das nuances da reparação moral, estatui que não resta dúvida acerca da sua imprescindibilidade, mesmo que ainda restem inexatos seus parâmetros de aplicação. Não seria razoável, portanto, pensar que a responsabilidade civil, fundamentada no dever de não prejudicar o outro, no intuito de resguardar o seu corpo e bens, se quedaria inerte quanto à proteção de sua honra e valores mais íntimos.⁴⁸

De fato, a seara civil não poderia ignorar a demanda cada vez mais urgente de ampliação do instituto da responsabilidade, afim de englobar a reparação de natureza extrapatrimonial. Neste sentido, um fenômeno que colaborou para a inovação das clássicas normas civis para além da limitação patrimonialista foi a constitucionalização do direito civil.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, as normas civis, principalmente as já elencadas no novel diploma de 2002, passaram a estar submetidas à hierarquia absoluta da Carta Magna. Esta, por sua vez, consagrou de forma elementar o princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.

A partir disso, toda aplicação das normas civis deveria levar em conta não apenas o resguardo dos bens que pudessem ter alguma importância econômica, afinal o conceito de dignidade da pessoa humana não perpassa apenas valores que podem traduzir-se monetariamente, antes está associado também a incolumidade física, psíquica, intelectual e espiritual do sujeito. Por óbvio que muitos dos aspectos citados não podem ser quantificados em um montante.

Todavia, se por um lado a necessidade de reparação moral foi definitivamente reconhecida, por outro, permanecia o desafio de como executá-la, justamente porque é um trabalho árduo determinar quais parâmetros poderiam ser utilizados para quantificar o que é, por natureza, inquantificável.

A função compensatória do dano moral é satisfeita, portanto, na medida em que a vítima tem seu sofrimento amenizado por meio da indenização paga. Ressalte-se, contudo, que o valor da indenização jamais poderá fazer frente integral à violação, mesmo porque não se pode precificar a dor do sujeito que sofreu a ofensa.

⁴⁸ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 336-337.

Ademais, há casos em que a função compensatória dos danos morais não poderá ser satisfeita, posto que o intuito da vítima é satisfazer a sua ânsia por justiça devido ao prejuízo que sofreu. Na fala de André Gustavo Corrêa de Andrade:

[...] qualquer consolo se mostra virtualmente impossível quando a vítima for pessoa economicamente abastada. Em muitos casos, o único consolo que, talvez, a indenização proporcione seja o de constituir uma forma de retribuir ao ofensor o mal por ele causado, o que pode trazer para a vítima alguma paz de espírito – mas aí a finalidade dessa quantia já não será propriamente compensatória ou satisfatória, mas punitiva.⁴⁹

Nos casos como o supra relatado, a compensação não é um fim em si mesma, antes torna-se apenas um meio de punir o agente causador do dano, gerando ao menos alguma espécie de satisfação psíquica na vítima ao perceber que o seu sofrimento não foi gratuito. É justamente aí que surge uma outra função dos danos morais, além da compensatória, já tradicional e pacífica na doutrina.

3.2 FUNÇÃO PUNITIVA

A função punitiva consiste no aspecto de pena da indenização por danos morais ao condenar o lesante a pagar determinada quantia que lhe seja onerosa o suficiente para mostrar que o ilícito não poderá ser tolerado pela ordem pública e nem passará impune, inibindo sua repetição. Seguindo esta orientação, Cavalieri Filho comenta que a indenização adquire, portanto, natureza de pena privada da vítima em face do infrator.⁵⁰

De acordo com este raciocínio, abdicar de aplicar a função punitiva à indenização por danos morais consiste em estímulo direto à ocorrência de novo ilícito, já que o lesante, impune, não precisará preocupar-se em converter sua conduta pois sabe que dela não resultará malefício para si.

As cortes nacionais em conjunto com a maior parte da classe jurídica tiveram dificuldades históricas na aplicação de retribuição aos danos

⁴⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 172.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.

extrapatrimoniais. Logo, não surpreende que ainda persista certo receio na admissão da necessidade do caráter penoso da indenização.

Este temor pode ser explicado pela realidade dos tribunais estadunidenses que comumente não hesitam em estipular indenizações milionárias às empresas que incorreram em danos morais contra seus consumidores. Com efeito, leciona Rui Stoco:

Há, neste momento, um sério risco de o Brasil atingir o nefando status a que chegaram os Estados Unidos da América, onde todo e qualquer produto contém em sua embalagem advertências (warning) de toda ordem, visando prevenir possíveis ações judiciais, que certamente virão. Nesse país o exagero nas pretensões de quem pede – particulares ou consumidores – e a perda de senso de equilíbrio e de equidade que devem nortear e orientar (na fixação do valor do dano) aquele a quem se pede, contribuíram decisivamente para estabelecer a verdadeira “indústria” das indenizações.⁵¹

O receio acima ilustrado parece, todavia, não ter fundamento, dada tamanha timidez com a qual as cortes nacionais têm definido o *quantum* das indenizações por danos morais.⁵² O temor em criar a famigerada ‘indústria das indenizações’ tem levado magistrados a culminarem valores irrisórios, que muito mal cumprem a função compensatória, que se dirá então acerca da satisfação da função punitiva?

Ainda em relação à admissão da função em comento, para o doutrinador Clayton Reis não há que se falar em função punitiva da sanção civil. Isto porque afirma o renomado jurista que pena é conceito jurídico intrínseco à seara penal, na qual, nos moldes do princípio da legalidade, só deverá haver ilícito e, conseqüentemente, pena, se houver previamente lei que defina e vede a conduta em estudo. Não havendo norma que determine, especificamente, a retribuição para danos extrapatrimoniais, não existirá pena.⁵³

Ressalte-se, contudo, que a taxatividade das condutas vedadas e a previsão das respectivas penas é atributo necessário à esfera penal, dada a presença

⁵¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1704.

⁵² À título de ilustração, citamos alguns julgados dos últimos anos do Superior Tribunal de Justiça: REsp 994171/AL, REsp 855029/RS, REsp 986206/MS e REsp 740968/RS.

⁵³ REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P. 205-212.

do poder coercitivo do Estado em seu maior grau, ao utilizar-se do monopólio da força para privar cidadãos de sua liberdade, por exemplo.

Neste sentido, enquanto na seara penal a resposta do direito deve ocorrer de ofício, de maneira imediata e obrigatória, visto que o ilícito penal compromete a ordem pública e por isso demanda uma resposta 'automática' do Estado; na seara civil, o dano ocorre, de forma majoritária, no seio das relações entre particulares, e a resposta estatal só é acionada quando, no arbítrio das partes, estas decidem iniciar procedimento judicial. Assim, no direito penal, a sanção consiste em verdadeiro dever do Estado, já na esfera civil, consiste em faculdade das partes, que poderão ou não se utilizar do aparato público para dirimir a desavença.

Ademais, por consistir em área que regula relações privadas, o direito civil não poderia ser limitado pela taxatividade, dada a infinita variedade de arranjos possíveis entre particulares. Qualquer tentativa de prever em sua totalidade as condutas particulares possíveis estaria fadada ao fracasso. Por mais extenso que fosse o rol das normas que as previssem, as lacunas hermenêuticas seriam inevitáveis. Daí a razão pela qual não seria razoável exigir a taxatividade normativa como requisito para aplicação do caráter punitivo da sanção civil.

O jurista Eduardo Talamini, de maneira acertada, pondera, acerca da aparente incompatibilidade entre a função punitiva e a esfera civil, que não há outra forma de conceituar a necessidade de satisfação da justiça, que pode ser devidamente realizada pela sanção retributiva civil, senão de verdadeira pena privada, ao trazer algum efeito correlato do dano causado ao seu autor, a fim de ver amenizada a dor da vítima e de retaliar o ilícito de forma que lhe seja gravosa.

Assim, não há como negar que o mal afligido ao lesante como efeito de reprovação por sua conduta, quando se é privado de parcela de seu patrimônio como forma de pagamento de dívida indenizatória, tenha verdadeira natureza de pena, ainda que não adstrita à seara penal. Neste conceito estão abrangidas, a exemplo, as punições administrativas, as penas fiscais, sanções variadas do direito de família e das sucessões, dentre outras. A identidade entre as punições criminais e civis reside em seu escopo, pois ambas têm por objeto causar ao lesante o mesmo sofrimento, ao menos em certa medida, que foi gerado à vítima.⁵⁴

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: art. 461 do CPC; art. 84 do CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 178-179.

Noronha, por sua vez, comungando do mesmo entendimento acerca da admissão da função punitiva da sanção civil, ressalta que existem, de fato, alguns danos cuja efetiva correção não poderá ser realizada apenas por sua função compensatória. Tal impossibilidade fica à mostra especialmente nos danos extrapatrimoniais, pois os direitos personalíssimos pisoteados não poderão retornar ao estado em que antes se encontravam.

Da mesma impossibilidade são dotados os danos causados ao corpo da vítima. A perda de um membro, por exemplo, não poderá ser justificada de maneira equivalente pela sanção civil. Nestes casos, fica evidente a função punitiva desempenhada pela sanção, pois a compensação fica relegada ao papel secundário, já que não poderá ser realizada de forma satisfatória. Enquanto a punição àquele que agiu de modo reprovável vai ao primeiro plano. Sendo imprescindível, para tanto, que os operadores do direito fiquem atentos à análise minuciosa caso a caso inclusive da culpa do agente lesante para que se possa graduar a sanção, em seu caráter punitivo, de maneira minimamente correspondente.⁵⁵

Há, ainda, casos em que o caráter compensatório da sanção civil não somente é relegado ao papel secundário, mas não pode ser satisfeito diretamente. São casos em que o principal interesse da vítima é ver satisfeito o seu bom direito, realizada a justiça contra o agente que lhe causou o dano moral. Isto, de alguma forma, lhe ameniza a dor e ao mesmo tempo demonstra ao público que condutas desta natureza não serão toleradas no seio social.

Neste sentido, são vários os casos em que a pecúnia ganha é revertida a instituições de caridade, pois o dinheiro por si só não exerce qualquer efeito satisfatório em relação a vítima, somente a subtração coativa daquele montante ao patrimônio de seu algoz é que lhe servirá como lenitivo. Constata-se que, em casos assim, apenas com a admissão da natureza punitiva da indenização é que se poderá atingir também, de forma secundária, seu efeito compensatório.

Leciona o douto jurista Ihering, ao discorrer acerca admissão da função punitiva nas sanções civis:

[...] o demandante que recorre ao processo para defender-se contra um ultraje ao seu direito não tem em vista o objeto do litígio, talvez insignificante, mas antes visa a um objetivo ideal: a afirmação de sua

⁵⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 439-440.

própria pessoa e do seu sentimento de justiça. [...] Não é o prosaico interesse pecuniário, mas a dor moral da injustiça sofrida que impele a vítima a instaurar o processo. O que se tem em mente não é recuperar o objeto do litígio – talvez, como muitas vezes ocorre em casos como esses, ele o terá doado a uma instituição de caridade, para fixar os verdadeiros motivos que conduzem ao litígio. O que pretende é fazer prevalecer seu bom direito. Alguma coisa no seu interior lhe diz que não pode recuar, que não se encontra em jogo o valor do objeto em litígio, mas sua personalidade, sua honra, seu sentimento de justiça, seu auto-respeito. Em poucas palavras, o processo transforma-se de uma questão de interesse numa questão de caráter: o que está em jogo é a afirmação ou a renúncia da própria personalidade.⁵⁶

O trecho acima aduz que não somente a função punitiva da sanção pode assumir o papel principal, mas, em última análise, pode consistir em verdadeira luta ideológica da vítima a fim de ver preenchida a lacuna de justiça provocada pelo dano. O jurista afirma ainda que, seguindo tal raciocínio, ao posicionar-se em defesa de seu direito, a vítima cumpre dever de '*autoconservação moral*', enquanto abrir mão de protestá-lo consistiria em verdadeiro '*suicídio moral*'.⁵⁷

Logo, a função punitiva da sanção atenderá não à satisfação da vítima, conquanto seus efeitos estão particularmente direcionados ao infrator, servindo-lhe como censura, como freio para que perceba o quanto pode ser oneroso incidir em nova infração.

Cabe ressaltar os antigos institutos do direito romano que instituíam multas e penalidades para infrações que não eram tão graves a ponto de serem classificadas como crimes, mas também não poderiam passar ao largo do direito, pois mesmo que não fossem dignas de penas mais graves, como privação da liberdade ou até mesmo a morte, traziam desprestígio a ordem pública, mesmo quando operadas em âmbito privado, já que alguma norma, ainda que de caráter contratual, teria sido violada. E quando uma cláusula contratual é violada, por exemplo, a boa-fé, princípio geral afeto a todo direito civil, também é desgastada.

Sem prejuízo da aplicação do caráter punitivo sancionatório, devem os operadores do direito traçar critérios minimamente objetivos para calcular o *quantum* indenizatório. Tal cálculo deve levar em consideração as características específicas de cada caso e fugir dos extremos. Uma indenização ínfima não poderia, de forma

⁵⁶ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 38.

⁵⁷ IHERING, Rudolf Von. **Op. Cit.** p. 41.

alguma, cumprir sua função punitiva em relação ao infrator. Por outro lado, um valor exorbitante poderia não corresponder exatamente ao critério da equidade e proporcionalidade ao dano.

3.3 FUNÇÃO DISSUASORA

A função dissuasora tem por fim principal a censura ao infrator, especificamente em desestimulá-lo a reincidir na conduta danosa, mas também censura à coletividade em geral que, percebendo a justa punição pelo dano causado, procurará agir com toda cautela a fim de não incorrer no mesmo equívoco.

São duas as direções dos efeitos desta função: uma aponta para o infrator em particular, que suporta sozinho o ônus resultante de sua ação e, ao suportá-lo, lhe é causado certo sofrimento como forma de retribuição negativa ao dano que causou; a outra aponta para a sociedade que, ao perceber o sofrimento afligido ao infrator, será desestimulada a causar danos semelhantes.

Logo, a função dissuasora é, prioritariamente, preventiva, pois almeja a reeducação tanto do infrator quanto da sociedade para ater-se ao *neminem laedere*, isto é, portar-se de forma a não causar qualquer dano a ninguém, pois tem plena ciência que se buscar o contrário, haverá a punição devida.

Neste ínterim, a doutrina, em parte, consegue enxergar o papel dissuasor da indenização por danos morais, todavia, em diferentes posições. Enquanto, para alguma parte, a função desestimulatória é mero desdobramento da aplicação da função punitiva e, aqui, identificando-se com os ensinamentos penalistas, para outra parte, tal função, mesmo guardando íntima relação com o caráter punitivo da sanção, não será com ele confundido, tendo alguma independência prática.

Comungando do primeiro entendimento, assevera Antônio Jeová dos Santos, inspirado nas lições de Rui Stoco⁵⁸:

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a consequência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir

⁵⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1684.

na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos.⁵⁹

Em contraste a este entendimento, leciona Carlos Alberto Bittar, pondo em proeminência a função preventiva da sanção:

De fato, não só reparatória, mas ainda preventiva é a missão da sanção civil, que ora frisamos. Possibilita, de um lado, a desestimulação de ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível agente, obrigando-o, ou a retrair-se, ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar. Pode, no entanto em concreto, deixar de tomar as cautelas de uso: nesses casos, sobrevivendo o resultado e à luz das medidas tomadas na prática, terá que atuar para a reposição patrimonial, quando materiais os danos, ou a compensação, quando morais, como vimos salientando⁶⁰

O trecho supra destaca que o papel preventivo é relevante para além da função reparatória da sanção. Contudo, parece mais acertado o entendimento de Rui Stoco e Antônio Jeová dos Santos ao conceber a função dissuasora como função reflexa ao caráter punitivo da indenização. Isto porque, assim como na seara penal, somente com a correta graduação da indenização, a fim de que seja devidamente onerosa ao infrator, para que não cogite futuramente sequer a possibilidade de incorrer no mesmo dano, é que se concretizará também o seu papel pedagógico ou dissuasor.

De qualquer modo, fato é que a indenização por danos morais cumprirá três funções, não sendo relevante, para efeitos práticos, se alguma delas é consequência necessária da outra, quais sejam: compensar, punir e desestimular.

Não se olvide, contudo, que o objetivo final deste trabalho é assinalar em como tem se dado o cálculo do *quantum* indenizatório por danos morais, em sede de direito do consumidor, e quais tem sido seus efeitos práticos e perceptíveis para a coletividade em geral, especialmente no que concerne à relação causa e efeito entre o valor final das indenizações e o cumprimento de suas funções.

Cumprе ressaltar que, no que diz respeito à seara consumerista, campo de discussão do presente trabalho, a função dissuasora só terá sido efetivamente

⁵⁹ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 44.

⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 121.

concretizada quando há real melhoria no controle de qualidade dos produtos e serviços, pois será este o resultado direto da justa e equivalente punição do fornecedor de produto ou serviço causador de dano ao consumidor.

Isto discutiremos na seção seguinte.

4 O PROCESSO DE CÁLCULO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E SEUS EFEITOS NA SEARA CONSUMERISTA

A reparação dos danos morais deve atender ao conjunto de funções explicitadas no capítulo anterior, quais sejam: compensar o ofendido, punir o ofensor e desestimulá-lo a causar novo dano, bem como desestimular a sociedade a incorrer no mesmo ilícito. Nota-se, contudo, que tal reparação pode, a depender do caso prático, privilegiar mais a uma ou outra função. Necessário, portanto, destrinchar as nuances deste tipo de reparação no subsistema consumerista.

4.1 A NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

É patente, na seara consumerista, que as funções punitivas e dissuasora são ainda mais evidenciadas, dada a natureza dos contratos que, hodiernamente, tem estabelecido a maioria das relações de consumo. São os chamados contratos de adesão, elaborados de forma unilateral pelo fornecedor do produto ou serviço, cabendo ao consumidor apenas aceitar as condições ali impostas. Normalmente, justamente por terem sido formuladas por apenas uma das partes, as cláusulas deste modelo contratual tendem a favorecer mais ao fornecedor.

Acerca do contrato de adesão, afirma Cláudia Lima Marques:

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. **Os métodos de contratação em massa, ou estandartizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destacamos, desde a quarta edição, os contratos de adesão,** as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico com consumidores. **(grifo nosso)**⁶¹

Afora todos os pontos acima destacados, questiona-se, ainda, se a vontade do consumidor aderente é verdadeiramente livre, em relativo aos contratos de adesão,

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

dada a imensa apelação midiática ao consumo, lançando mão de técnicas de influência psicológica a fim de criar nos indivíduos a necessidade de adquirir determinados produtos ou serviços para preencher lacunas geradas pelo próprio mercado, em seu desenvolvimento tecnológico⁶². As pessoas se tornam, assim, meros geradores de lucro na imensa máquina do consumo.

Tratando-se de danos extrapatrimoniais, deve-se ter em mente esta realidade contratual para então se analisar a melhor maneira de cumprir ao máximo todas as funções da indenização. É necessário levar em consideração também que, dada a massificação da produção, o dano ocorrido com um consumidor pode repetir-se em série com outros milhares. Este será o caso de aplicação da função punitiva e dissuasora com maior ênfase, já que além do lesado, trata-se de dano que pode afetar uma coletividade de pessoas. O interesse deixa, portanto, de ser proeminentemente privado para tornar-se público à medida que se deve mostrar publicamente que tal conduta não será admitida, sendo, inclusive, severamente punida.

Não é tão simples, todavia, incutir esta noção nos fornecedores de produtos e serviços. Rizzatto Nunes explica que a produção em série dos dias atuais, que tem por mote a diminuição dos custos de produção por meio da repetição de processos e tudo isso realizado com a maior rapidez possível, tendo em vista a maximização dos lucros, não permite um controle total sobre o que é produzido. Isto quer dizer que não há como assegurar que os produtos resultantes não poderão causar danos. Mesmo porque não seria economicamente interessante para os produtores investir em mecanismos eficientes de controle, já que demandaria mais gastos e diminuiria a margem de lucro, tornando a atividade econômica menos atrativa.⁶³

Por outro lado, a fixação do *quantum* indenizatório deverá atentar, além das particularidades das relações estabelecidas sob a égide do contrato de adesão, para o efeito gerado no sentido de, indiretamente, estimular ou desestimular a repetição do dano, ou seja, se o montante é ínfimo em relação ao patrimônio do lesante, a consequência mais óbvia é que o dano poderá acontecer novamente, já que seu impacto não interfere nos objetivos da empresa. Nesta matéria, convém citar diretamente Wesley de Oliveira Louzada Bernardo:

⁶² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 261.

⁶³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 155-156.

[...] entendemos que em uma única circunstância se justificaria a adoção dos danos punitivos, qual seja, naqueles casos em que o dano constituir-se em causa de lucro para o ofensor [...] **Outro exemplo se vê em relações de consumo de massa, nas quais um ínfimo percentual dos lesados ajuíza ação de ressarcimento, sendo que, em alguns casos, “o crime compensa”. A nosso ver, somente nesse caso, quando verificado que, mesmo pagando a indenização por danos materiais e morais, o ofensor ainda lucra, poderia ser concedida verba específica a título de *punitive damages*. (grifo nosso)⁶⁴**

O que se extrai do trecho acima é justamente que, aproveitando-se, por um lado, do patente receio das cortes nacionais em atender do forma adequada às funções da reparação extrapatrimonial, e por outro, da própria inércia do consumidor lesado que, sem esperanças de ver suas razões acolhidas pelo poder estatal, dificilmente vai à juízo, não raro, empresas deixam de implementar qualquer melhora em seu controle de qualidade e nos próprios procedimentos de produção, a fim de evitar a causação de novos danos.

Também é comum que fornecedores incluam nas suas projeções orçamentárias as despesas com indenizações e ações judiciais. Constatando que o valor não impacta sobremaneira a margem de lucro, se mantém os mesmos procedimentos de outrora, admitindo-se o risco da ocorrência de danos em nome da manutenção dos ganhos.

Confirmando tal realidade, Cavalieri Filho reforça a imprescindibilidade da reparação do dano moral destacar sua função punitiva e dissuasora especialmente nos casos como os supracitados, em que a manutenção do lucro compensa a ocorrência do dano⁶⁵. Satisfazendo suas funções, a indenização por dano extrapatrimonial motiva a revisão e, se necessário, a implementação de novos métodos de controle de qualidade ou novos procedimentos de produção, estimulando a introdução de produtos e serviços que cumpram com o dever de segurança que deles se espera, em respeito ao princípio do *neminem laedere*.

Neste sentido, a reparação extrapatrimonial ganha novo contorno. Deixando de ser apenas do interesse privado do lesado e passando a atender um

⁶⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p.179-180.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 117.

interesse social, que se traduz tanto na necessidade de reprovação por meio do castigo ao agente da conduta danosa, quanto nas suas consequências, que, em relativo ao mercado, consiste na introdução de produtos e serviços de melhor qualidade, com menores riscos de gerar qualquer dano.

É neste propósito que se perfaz o Código de Defesa do Consumidor ao interferir nas relações contratuais de caráter consumerista. Nas palavras de Cláudia Lima Marques:

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social. (grifo nosso) ⁶⁶

Há que se atentar, portanto, para dois aspectos específicos, no que concerne ao cálculo do *quantum* indenizatório em se tratando de danos extrapatrimoniais. O primeiro é relativo à própria natureza dos danos, direcionados que são aos direitos da personalidade, que compõem a integridade psíquica do indivíduo e estão imbricados ao princípio da dignidade da pessoa humana. O outro aspecto diz respeito à necessidade de coibir a causação de tais danos, em encontrar formas de evitá-los efetivamente. E, neste sentido, está cristalino, por tudo já explicitado neste trabalho, que a devida aplicação da função punitiva é meio

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 210-211.

apropriado à tal fim.

Diante desta demanda, faz-se necessário partir à análise dos critérios a serem utilizados para determinar o *quantum* indenizatório apropriado para satisfação das funções compensatória, punitiva e dissuasora e a gerar os efeitos desejados, qual seja, a melhoria da qualidade dos produtos e serviços postos ao consumo.

4.2 CRITÉRIOS PARA O CÁLCULO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Conforme já comentado na exposição do panorama histórico da responsabilidade civil seções atrás, houve certa dificuldade, em um primeiro momento, para as cortes nacionais, em reconhecer a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais. Tal receio guarda conexão com a árdua tarefa de estipulação do montante indenizatório para danos que são, por natureza, não quantificáveis. Para Cavalieri, o que impedia o amplo reconhecimento da reparabilidade desta espécie de dano era o temor em incorrer no *pretium doloris*, precificação da dor. Com o tempo, percebeu-se que não era disso que se tratava o instituto, mas de mera compensação à vítima pelo sofrimento que lhe foi causado, para além das perdas materiais, mesmo que esta compensação não pudesse ser plena.⁶⁷

A Carta Magna de 1988 foi a primeira que previu expressamente a reparabilidade dos danos morais⁶⁸. Havia, contudo, mesmo antes, outros diversos normativos que abordaram o tema, ainda que não com o destaque obtido no texto constitucional atual.⁶⁹

O Código Civil Brasileiro de 1916 já citava o termo ‘danos morais’ em seus

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 102.

⁶⁸ Conforme Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁶⁹ Pode-se citar com maior destaque o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/96), Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67).

arts. 76⁷⁰ e 159⁷¹. Particularmente, o art. 76 falava na necessidade de interesse moral como condição para propositura de uma ação. Acerca disto, comenta Clayton Reis:

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 76, sustenta que toda a ação deverá ser precedida do conseqüente interesse moral e econômico. Ora, se o fundamento moral é requisito indispensável para postular em juízo, evidente que esse interesse pode ser objeto de reparação. [...]

Portanto, havendo prejuízo moral é porque ocorreu dano; todo dano deve ser objeto de reparação. A idéia subjacente do artigo 76 do Código Civil conduz-nos a uma evidente conclusão da permissibilidade da reparação dos danos morais. Todavia, a controvérsia a respeito do citado artigo, na forma interpretada, tem sido motivo de acerbos discussões e considerações. **(grifo nosso)**⁷²

O que se pode inferir do supratranscrito é que, em que pese a previsão normativa da reparabilidade dos danos morais mesmo anteriormente ao advento constitucional de 1988, as interpretações restritivas da doutrina e jurisprudência é que foram responsáveis pela desídia na aplicação mais abrangente do instituto.

A Lei de Imprensa trouxe, contudo, grande avanço ao inaugurar, legislativamente, a descrição de critérios para auxílio do magistrado no cálculo do valor dos danos morais. Dispõe o seu art. 53, *in verbis*:

No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de

⁷⁰ Conforme Código Civil de 1916: “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único: O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

⁷¹ Conforme Código Civil de 1916: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

⁷² REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 63-64.

intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.⁷³

Justo por ter sido a primeira norma a dispor detalhadamente de critérios para fixação do *quantum* indenizatório, é que a Lei de Imprensa ganhou proeminência em todo o ordenamento, sendo os seus critérios aplicados, analogicamente, até mesmo em casos que não eram de sua alçada.⁷⁴

Ademais, a lei de imprensa também estabeleceu um sistema pré-determinado para o valor da retribuição por cada tipo de dano, o que foi denominado pelos doutrinadores de sistema tarifado. Hodiernamente, tal sistema deixou de vigorar no ordenamento pátrio, já que a Constituição Federal de 1988 previu de forma expressa a reparação do dano moral sem, todavia, estabelecer valores prévios que pudessem servir de restrição à responsabilização efetiva do lesante.

Atualmente, a fixação do montante da indenização por danos morais é atribuição exclusiva do magistrado, pois o Brasil aderiu a um sistema aberto de responsabilidade civil, a fim não de estipular valores ou critérios rígidos e pré-determinados para a compensação dos danos extrapatrimoniais.⁷⁵ Wesley de Oliveira reforça a opção por tal sistema como a mais apropriada, em suas palavras:

Em verdade, é o arbitramento judicial o melhor sistema para a fixação da reparação de dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, que determina as provas a serem produzidas no processo e acompanha tal produção, é destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização. Isto após haver reconhecido encontrarem-se presentes seus pressupostos. **(grifo nosso)**⁷⁶

A fim de facilitar o arbitramento do montante indenizatório por parte dos magistrados, a doutrina e a jurisprudência tem estabelecido certos parâmetros gerais

⁷³ BRASIL, Lei no 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5250.htm>>. Acesso em: 06 de out. de 2018.

⁷⁴ _____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível no 96.010871-8**, Des. Rel. Pedro Manoel Abreu, de Indaial, julgado em: 05/06/1997. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: out de 2018.

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 267.

⁷⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 162-163.

que podem incidir em cada caso materialmente, sem prejuízo da adição de outros pertinentes às circunstâncias específicas. Tais parâmetros são divididos entre subjetivos e objetivos. Sabe-se, contudo, que, devido à própria natureza dos danos extrapatrimoniais, o processo de cálculo do valor da indenização terá sempre algum espectro subjetivista. Ainda assim, alguns desses critérios podem ser constatados objetivamente, a exemplo da reincidência do dano, isto é, a repetição de dano de espécie equivalente pelo mesmo lesante.

A subjetividade acima comentada não é, todavia, a mesma que será debatida nos critérios a seguir. Este espectro refere-se ao peso dado pelo juiz para cada critério, o que pode influenciar diretamente no aumento ou diminuição do *quantum*.

Adiante, serão apresentados alguns desses parâmetros selecionados a partir da sua relevância nos julgados do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), Tribunais de Justiça Estaduais e da própria doutrina. Muitos dos critérios são necessariamente correlacionados, tendo sido empenhado grande esforço por parte da doutrina para diferenciar cada um e explicar-lhes a nomenclatura.

4.2.1 Critérios Subjetivos

Devido a peculiar natureza do dano moral, todos os critérios utilizados ao cálculo da reparação possuem algum grau de subjetividade. Todavia, tal aspecto se sobressai em alguns destes, como a extensão do dano, explicada abaixo, que deve ser graduada de acordo com o peso que ganhou o ilícito na vida da vítima, como este foi suportado. São chamados subjetivos, portanto, não só porque dependem do valor que o juiz dá a cada um na quantificação da indenização, mas porque sua própria aferição depende de certo juízo de valor inerente à consciência individual de alguma das partes.

4.2.1.1 Extensão do Dano

Este fator está relacionado ao impacto do próprio dano na vida do lesado. O dano é o principal objeto gerador da responsabilidade civil como um todo. Sem ele,

seja patrimonial ou moral, não há reparação.⁷⁷ Daí porque reforça Wesley de Oliveira que atentar para a extensão do dano é um dos primeiros parâmetros para a estipulação da indenização que se pode extrair dos julgados acerca do dano moral.

O próprio Código Civil de 2002 dispõe, em seu art. 944 que a indenização deverá ser medida conforme a extensão do dano.⁷⁸ Tratando-se do dano moral, a verificação de sua extensão deverá demandar certo esforço do magistrado, já que, conforme reafirmado em seções anteriores, parece, preliminarmente, contraditório que se possa medir dano que por sua natureza é inquantificável. Imprescindível faz-se, portanto, a atenção do magistrado às particularidades do impacto da ofensa na vida do ofendido. Por esta linha, segue Clayton Reis:

Para se proceder à avaliação do “preço da dor”, é necessário investigar a intimidade das pessoas, o seu nível social, o seu grau de sensibilidade, suas aptidões, o seu grau de relacionamento no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários, enfim, os padrões comportamentais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido. Esses fatores são importantes, à medida que constituem indicativos da extensão do *patemi d'animo* e, a partir dos quais, será possível estabelecer valores compatíveis com a realidade vivenciada pela vítima em face da agressão aos seus valores.[...]

A mensuração da *pretium doloris* está circunscrita à análise dos diversos fatores que concorreram para a diminuição do nível de vida de relação das pessoas. [...]

Não é, portanto, difícil ao magistrado analisar essas questões para estabelecer o montante da indenização, que seja capaz de compensar as dores vivenciadas pela vítima e, finalmente, determinar a mensuração da *pretium doloris*, utilizando-se de critérios de razoabilidade e proporcionalidade [...]⁷⁹

Destarte a necessidade de investigação das impressões da vítima acerca do dano suportado, não se pode reduzir sua extensão a este aspecto. Há, a título de exemplo, casos em que o ofendido, por não ter sua cognição perfeitamente desenvolvida, não saberá expressar o sofrimento gerado pelo dano aos seus direitos

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 95.

⁷⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

⁷⁹ REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 117-118.

personalíssimos. O dano moral permanece, em que pese, a não percepção de seus efeitos por parte da vítima. Andrade Gustavo Corrêa leciona:

O dano será a lesão em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão. **Melhor seria dizer que o dano moral não se reduz à dor e a outras sensações ou sentimentos negativos. Tais reações, quando presentes, integram o dano moral, embora não sejam essenciais a ele. (grifo nosso)**⁸⁰

O Código de Defesa do Consumidor afirma, em seu art. 17⁸¹, que outros consumidores atingidos pelo mesmo evento são equiparados àquele atingido individualmente. Há aqui um outro aspecto que poderá auxiliar o arbitramento da indenização, a magnitude do dano em relação à quantidade de consumidores atingidos em seus direitos de personalidade. Ademais, se pode citar ainda outros dois subparâmetros inseridos na noção de extensão do dano: a intensidade do sofrimento sentido pelo ofendido e sua duração.

A intensidade do sofrimento do ofendido está diretamente relacionada ao direito da personalidade violado e às condições pessoais da vítima. Para mencionar o exemplo de Cavalieri Filho, já citado em outra parte do trabalho, a dor da mãe que perde seus dois filhos vitimados pelo raticida presente em um pote de geleia⁸² será deveras mais intensa que a do consumidor que foi equivocadamente inscrito em serviço de proteção ao crédito. Tal critério tem proeminência principalmente em relação à função compensatória. Para uma parte da doutrina, representada por autores com Mirna Ciani, “[...] *Esse o mais importante critério na aferição do valor indenizatório e que consagra o caráter exclusivamente compensatório do dano moral.*”⁸³

Logo, para que haja compensação efetiva pelo dano, a sua intensidade deverá ser medida em conjunto com os aspectos acima transcritos, isto é, é necessário examinar qual a relevância que o direito da personalidade violado tinha na

⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 68.

⁸¹ BRASIL. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 477.

⁸³ CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 88.

vida da vítima. A título de exemplo, o sofrimento causado pela perda de um pé é, normalmente, bastante intenso em todo caso. Todavia, não se pode olvidar que a perda deste membro em um assistente administrativo que labora a maior parte do tempo utilizando um computador terá menor impacto em sua vida que a perda do mesmo membro por um jogador de futebol no auge de sua carreira. Neste último caso, dada a condição específica da vítima, a indenização deverá ser majorada a fim de corresponder, na medida do possível, ao profundo dano gerado.

Rizzato Nunes comenta que:

[...] após a colheita das provas capazes de apontar a dor sofrida pela vítima, o magistrado utilizará os outros elementos mais gerais (*standarts*), mais abstratos, obtidos pela experiência e tomados de outros feitos análogos já julgados para fixar a real intensidade da dor sofrida.⁸⁴

A duração do dano sofrido consiste em subcritério objetivo, já que pode ser diretamente observado a partir da geração do dano até a cessação de seus efeitos, podendo estes serem provisórios ou permanentes. Wesley de Oliveira Louzada Bernardo diferencia a dor causada por lesão física de caráter permanente (vg. tetraplegia), daquela gerada por lesão de trato temporário ou que pode ser cirurgicamente corrigida. Ademais, mesmo que a lesão possa ser tratada em determinado período de tempo, todo o sofrimento infligido à vítima, que pode ter padecido de diversas formas em seu convívio social ou mesmo em sua integridade psíquica durante este intervalo do dano que causou a lesão até a sua correção, não poderá ser apagada. Assim, quanto maior o tempo de padecimento do ofendido, tanto maior deverá ser o *quantum debeatur*.⁸⁵

É que se pode extrair deste julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC, com fundamento em orientação do professor Fernando Noronha:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - FORNECEDORA DE SERVIÇOS - PAGAMENTO COMPROVADO - INSCRIÇÃO POSTERIOR À QUITAÇÃO - ILICITUDE DEMONSTRADA - RESPONSABILIDADE

⁸⁴NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 312.

⁸⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 166-167.

OBJETIVA DO FORNECEDOR PELA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS - ART. 14 DA LEI 8.078/90 - DANO MORAL PRESUMIDO - INDENIZAÇÃO FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS [...] "A fixação do quantum indenizatório responde a análise de fatores tais como a) a intensidade e **duração da dor sofrida**; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. (Cf. Prof. Fernando Noronha)" (Des. Pedro Manoel Abreu). **(grifo nosso)**⁸⁶

A conclusão é de que a extensão do dano poderá ser melhor avaliada por meio dos sub-critérios da intensidade do sofrimento causado à vítima e sua duração, a fim de que o *quantum* estabelecido corresponda minimamente à ofensa direcionada ao direito agredido.

4.2.1.2 Grau de Culpa das Partes

Em que pese a prevalência da Teoria do Risco na responsabilização dentro das relações consumeristas, a apuração do grau de culpa das partes, especialmente do agente lesante, é de extrema importância para a satisfação das funções do *quantum debeat*.⁸⁷ Destaque-se principalmente a relação entre a culpa do agente e a função punitiva. Isto porque este critério remete à gravidade do dano, de que forma agiu o ofensor. Sem prejuízo da possibilidade de existência de dolo eventual ou, até mesmo, direto em alguns casos dentro das relações consumeristas.

Ripert segue esta linha ao defender a análise da culpa do agente lesante a fim de garantir a reprovação da ofensa, especialmente quando o dano é causado voluntariamente. Importa aqui não permitir que a culpabilidade do lesante reste intocada. O autor conclui que *"É preciso então pensar em juntar alguma coisa à condenação pecuniária ou em substituí-la por uma condenação que marque nitidamente a culpabilidade do autor."*⁸⁸

⁸⁶BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível no 2007.013874-0**, Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil, de Chapecó, julgado em 22/05/2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: junho de 2008.

⁸⁷ OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>>. Acesso em: 08 out. 2018.

⁸⁸ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 329-334.

4.2.1.3 Condições Pessoais da Vítima

As condições pessoais da vítima consistem nas particularidades do indivíduo ofendido que possam influenciar, de alguma forma, na importância que a violação de um direito personalíssimo seu tem, de acordo com seu modo de vida, seus atributos físicos, mentais, etc.

Antônio Jeová dos Santos chama de *standard* de vida os aspectos relacionados ao indivíduo ofendido que são pertinentes para a análise da extensão do dano. São características específicas como a idade, estado civil, profissão, sexo, naturalidade, relacionamentos, *hobbies*, etc.⁸⁹ A depender do padrão desenhado por estas condições, a extensão do dano poderá ser maior ou menor e, consequentemente, tanto maior ou menor será a indenização.

Ihering busca ilustrar, na fala a seguir, de que forma tais condições podem afetar a impressão do ofendido quanto à extensão do dano em sua vida, dado que, a depender, por exemplo, do ofício desempenhado, um direito personalíssimo poderá ser mais caro a um que a outro. Abaixo:

Aquilo que a honra é para o oficial e a propriedade para o camponês, para o comerciante é representado pelo crédito. Para ele a manutenção do mesmo constitui questão de vida e morte; quem o acusa de negligência no cumprimento de suas obrigações atinge-o num ponto mais sensível que aquele que o ofende pessoalmente ou lhe rouba alguma coisa.

A meu ver, **o grau de energia com que o sentimento de justiça se manifesta diante de uma agressão constitui medida segura da importância que o direito em si ou determinado instituto jurídico assume para os objetivos peculiares de um indivíduo**, de uma profissão ou de um povo. **(grifo nosso)**⁹⁰

Logo, conclui-se que ao atentar para as particularidades da pessoa ofendida é que o juiz, ao arbitrar o montante indenizatório, poderá fazê-lo corresponder à extensão do dano de maneira mais fidedigna, avaliando a exata medida do impacto que a violação de um direito teve na vida da vítima.

⁸⁹ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. .p. 186.

⁹⁰ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001. p. 47-49.

4.2.1.4 Razoabilidade, Equidade e Prudente Arbítrio do Juiz

A razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são os critérios de cunho mais subjetivo expostos nesta seção. Isto porque o que pode ser razoável pedir para a parte lesada, pode não conter qualquer fundamento para o agente lesante e, ao mesmo tempo, pode o magistrado discordar de ambos, buscando embasamento na sua razoabilidade, equidade e prudente arbítrio.

Neste sentido, abundam os julgados que mencionam tais critérios como fundamento para estipulação do valor reparatório, sem, todavia, conjugá-los com outros critérios, subjetivos e objetivos, tanto gerais, quanto específicos, e relacioná-los diretamente com as circunstâncias da ação em debate. É o que afirma Wesley de Oliveira ao dizer que a menção constante à razoabilidade no arbítrio do juiz acaba consistindo em verdadeira desculpa, visto que, apesar de sua frequência nos julgados pátrios, os efeitos resultantes podem ser drasticamente diferentes, mesmo tendo por base o mesmo princípio, imensa que é a sua indefinição.⁹¹

Ressalte-se o significado, nas decisões, do conceito de prudente arbítrio do juiz, dada a exclusividade do magistrado na ingerência do valor indenizatório. E o que destaca Clayton Reis: *“O prudente arbítrio do juiz, em questões que ainda se encontram em fase de construção jurisprudencial e legislativa, é de extremo valor, já que serão remetidos à sua exclusiva opção os critérios valorativos a serem adotados.*”⁹²

A utilização constante e isolada de tais critérios no arbitramento do *quantum debeatur* demonstra, portanto, tanto a insegurança do magistrado, por não poder utilizar de parâmetros terminantemente objetivos, quanto seu desconhecimento no manejo dos critérios existentes em outros julgados e doutrina para a definição do montante. O quadro é ainda desanimador quando se constata que, para além dos malefícios supra, a menção destes critérios abertos, que, não se pode deixar de informar, já são, via de regra, inerentes à qualquer pronunciamento do magistrado, tem tido como efeito a estipulação de valores indenizatórios ínfimos, que não perfazem qualquer de suas funções, nem compensam, nem punem, nem dissuadem.

⁹¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 186.

⁹² REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 153.

É a conclusão a que chega Flori Antônio Tasca, após a análise de diversos julgados acerca de danos extrapatrimoniais resultantes do abalo de crédito.⁹³

Neste cenário, há que se levar em consideração o princípio do livre convencimento motivado, balizador do direito processual civil e expressamente previsto no texto constitucional, ficando sob pena de nulidade a decisão que não for efetivamente fundamentada.⁹⁴ Este é, sem dúvidas, o caso das decisões que fazem menção apenas aos critérios aqui trazidos, mas não acrescenta os outros, de delineamento menos subjetivo e aberto, garantindo um pouco mais de segurança jurídica às partes, que poderiam ter acesso a cada um dos fatores que influenciaram na culminação do *quantum* reparatório.

Ademais, sustenta Wesley de Oliveira que a razoabilidade e proporcionalidade devem sim constar como mais um dentre os parâmetros utilizados para cálculo da indenização. O que se vê, todavia, é sua utilização como verdadeiro “excludente de responsabilidade” na sentença. Mesmo porque, se a razoabilidade e proporcionalidade são noções essencialmente atinentes à opinião do juiz, como poderão ser questionadas em termos objetivos? Não é, sobremaneira, desta forma que tais parâmetros devem ser utilizados.⁹⁵

4.2.2 Fatores Objetivos

São chamados fatores objetivos àqueles aos quais o juiz pode aferir de forma direta e material, sem necessidade de exame do juízo de valor das partes em relação à determinados aspecto do dano ou o seu impacto à vítima. São critérios que podem ser constatados pela simples observação, sendo medidos por índices materiais, a exemplo de quantas vezes o lesionante incorreu na conduta danosa, fator explicitado a seguir.

⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 267.

⁹⁴ BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...] **(grifo nosso)**.

⁹⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 187.

4.2.2.1 Reincidência na conduta geradora do dano

A reincidência na conduta geradora do dano é fator objetivo por ser de fácil constatação aferir se o agente já incorreu em conduta equivalente. Para tanto, basta uma pesquisa à jurisprudência, aos bancos de dados do Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCON) ou mesmo utilizar-se de notícias nos meios de imprensa.

Rizzatto Nunes assevera:

Ora, na fixação da indenização deve-se levar em conta essas repetições para que se encontre um valor capaz de pôr freio nos eventos danosos. Caso contrário, quando se tratar de empresas de porte que oferecem seus produtos e serviços a milhões de consumidores, tais indenizações acabam inexoravelmente incorporadas ao custo e, conseqüentemente, remetidas ao preço. **(grifo nosso)**⁹⁶

Quando o agente lesante assume a mesma postura que, outrora, resultou em dano à personalidade, principalmente quando isto acontece de forma reiterada, subentende-se que não há, da sua parte, qualquer preocupação em tomar as precauções cabíveis para evitar o resultado. De forma análoga à seara penal, estaria aqui se falando em dolo eventual e, em determinados casos, quando sabe-se que o dano irá ocorrer, até mesmo em dolo direto.

Cabe estabelecer as diferenças entre o que se pode considerar dolo eventual ou direto. Com base nas lições do professor Damásio E. De Jesus, o dolo é eventual quando a conduta é quista e realizada mesmo sabendo o agente haver a possibilidade de ocorrência do ilícito. Ele sopesa a realização da conduta e as consequências que dali poderão advir e resolve ainda executar aquela porque lhe é mais importante do que o dano eventual. Já no dolo direto, é indiferente para o autor que a conduta cause danos. Ele não chega a ponderar as consequências, pois está convencido a realizar a conduta, sendo irrelevante para si que o seu resultado ofenda a outrem.⁹⁷

⁹⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 316.

⁹⁷ JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 290-292.

Outra vez, Rizzatto Nunes ilustra a questão do dolo com um exemplo:

[...] uma indústria produz e vende certo medicamento. Por falha na composição do remédio, este causa dano aos consumidores. Digamos que a tal “falha” seja a substituição de um produto, que era utilizado na composição original comprovadamente eficaz, por outro que não tem ainda prova de eficiência e que a substituição se deu porque o primeiro ingrediente era mais caro que o segundo. Isto é, **aquela indústria farmacêutica produziu medicamento inadequado apenas por obter economia de custo.**

Esse aspecto caracteriza, no mínimo, culpa e, dependendo da apuração do evento da tomada de decisão para troca do componente, dolo. A indenização deve, então, ser elevada. (grifo nosso)⁹⁸

O exemplo supra é caso para majoração do montante indenizatório com fundamento na presença de dolo na conduta da indústria. Da mesma forma, agentes que repitam o dano de forma reiterada deverão ser alvo de indenizações que satisfaçam plenamente as três funções, com relevo para a punitiva e dissuasora. Tendo por objetivo fazer com que, por meio do prejuízo efetivo, a conduta danosa seja extinta e revertida em procedimentos que atentem para o princípio moral *do neminem laedere*.

4.2.2.2 Capacidade Econômica das Partes

Preliminarmente, cumpre examinar a capacidade econômica do agente lesante que consiste, objetivamente, em atentar para quanto poderá pagar de forma que a indenização culminada lhe seja penosa, mas exequível. Tal é a objetividade deste critério, que é possível à vítima do dano extrapatrimonial demonstrar em juízo a capacidade econômica do lesante por meio de indicadores de conhecimento público, a exemplo dos produzidos por instituições como o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos (DIEESE) e Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Ressalte-se que tal critério deverá ser aplicado visando a satisfação das funções punitiva e dissuasora da reparação, já que, independentemente da solvência do lesante, a função compensatória deverá ser satisfeita, pois consiste na própria

⁹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. op. cit. p. 314.

tentativa de correspondência do dano produzido e seus efeitos são direcionados à própria vítima, em contraste às demais.

No ensino de Rizzatto Nunes, quanto maior for o lucro obtido pela empresa lesante, quanto mais elevados os seus resultados e dividendos, maior deverá ser a indenização pelos danos extrapatrimoniais, sob pena de, sendo estipulado valor módico em relação ao seu patrimônio, não serem preenchidos os aspectos punitivo e dissuasor da reparação. Daí a importância de o arbitramento da responsabilização tomar por base a capacidade econômica do autor da ofensa.⁹⁹

Por outro lado, há, mesmo que implicitamente, em muitas decisões a presença do critério da capacidade econômica da vítima. Isto porque defende boa parte dos magistrados que a estipulação do *quantum* não poderá servir à vítima como meio para ascender socialmente, consistindo em fonte de enriquecimento sem causa.

É patente, contudo, que tal prática não condiz com a ordem constitucional atual, pois, ao diferir a condição financeira da vítima como causa para majoração ou diminuição da quantia indenizatória, o decisão incorre em discriminação em razão da classe social, já que o pobre não poderia receber indenização que fosse muito superior à sua renda normal, enquanto o rico, justamente por já possuir patrimônio vultoso, poderia receber valores maiores, dado que o valor não lhe acrescenta tanto mais.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988, cláusula pétrea, ao discorrer acerca dos direitos fundamentais, informa, em seu caput, que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”*

Ademais, sendo a função compensatória a única direcionada à vítima, devendo a indenização corresponder à extensão do dano que lhe foi causado, qual a serventia de aferir-lhe as condições econômicas? Nenhuma. É o que defende enfaticamente Rizzatto Nunes:

Sequer se deve perguntar da capacidade econômica daquele que sofreu o dano, porque não é em função disso que se vai fixar o valor da indenização.

Ou seja, quer se trate de uma pessoa humilde e sem posses, que seja uma abastada, isso em nada influi na determinação do quantum. [...]

Por isso, não têm qualquer validade as alegações, comumente utilizadas, de enriquecimento ilícito da vítima. Quando o magistrado determina um valor expressivo como indenização, ele não

⁹⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 314.

está olhando para a condição econômica da vítima e/ou se a paga indenitória irá enriquecê-la, mas, sim, está lançando sua investigação no causador do dano.

Enriquecer ou não em função da verba indenizatória é mero acaso, irrelevante para a fixação da quantia a ser paga. (grifo nosso)¹⁰⁰

Ainda, no sentido de afirmar a incompatibilidade deste critério com a presente lógica constitucional e sua impertinência no arbitramento da monta indenizatória, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou entendimento acerca da impossibilidade de sua utilização:

CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)¹⁰¹

Daí que a fixação da reparação por dano moral deve guardar proporcionalidade com o dano, não havendo qualquer relevância em se aferir em que classe social se insere a vítima ou se a quantia arbitrada poderá valer-lhe de instrumento de ascensão econômica. Isto pouco interessa. As funções da reparação extrapatrimonial dizem respeito principalmente ao dano e sua extensão e são direcionadas à vítima, ao ofensor e à sociedade.¹⁰²

4.2.2.3 Impossibilidade de Enriquecimento Sem Causa

Este é, indubitavelmente, o critério mais citado na jurisprudência acerca do arbitramento do *quantum* indenizatório por danos extrapatrimoniais. Se, por um lado, as cortes pátrias fazem menção à necessidade de satisfação da função punitiva e

¹⁰⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 315.

¹⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 951.777/DF**, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 252. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: out 2018.

¹⁰² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 315.

dissuasora da reparação, por outro, o fazem atentando para a determinação de um valor que não sirva de locupletamento sem razão para a vítima.

O próprio STJ conta com variados julgados que expressam a questão, como o que segue:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DÍVIDA JÁ PAGA. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR. EXCESSO. REDUÇÃO. I. Reconhecida a responsabilidade da recorrente cabível a indenização, porém em patamar razoável, **a fim de evitar enriquecimento sem causa**. II. Recurso especial conhecido e provido. **(grifo nosso)**¹⁰³

O trecho acima refere-se à diminuição de um valor indenizatório previamente estipulado em R\$ 40.000 (quarenta mil reais) que foi diminuído para R\$ 10.000 (dez mil reais) por entender a corte superior haver excesso na primeira quantia. Não há, no inteiro teor do acórdão, qualquer menção a outros critérios utilizados a tomada de decisão, apenas a referência a diversos outros julgados da mesma corte em casos semelhantes, arbitrando da mesma forma o valor em monta inferior.

Wesley de Oliveira destaca como muitos julgados tem reconhecido a necessidade de realização efetiva da punição do agente lesante e de estipulação de valor bastante ao desestímulo a nova prática danosa, contraditoriamente, em conjunto com o critério restritivo do enriquecimento sem causa. Acontece que não há como corresponder aos primeiros critérios sem o consequente enriquecimento da vítima, que deve receber o valor aferido à título indenizatório como prova da reprovabilidade da conduta ilícita.¹⁰⁴

Ainda, não parece razoável a nomenclatura deste parâmetro como enriquecimento sem causa. Isto porque, defende o magistrado Osny Claro de Oliveira Junior que não se pode dizer injusto o valor que foi estipulado por meio da chancela estatal, fruto do instituto da coisa julgada, ao qual recorreu a vítima pelos meios legais

¹⁰³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 994.171/AL**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 12.02.2008, DJ 17.03.2008 p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: maio 2008.

¹⁰⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 177-178.

cabíveis, respeitando o devido processo legal até, por fim, ver concretizada a sua pretensão.¹⁰⁵

O artigo 884 do Código Civil de 2002 assevera que: *“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”*. Do trecho, pode-se extrair três aspectos a serem preenchidos a fim de caracterizar o enriquecimento como sem causa, quais sejam: o enriquecimento de indivíduo, que seja à custa de outrem e que não tenha motivo, conforme leciona Antunes Varella.¹⁰⁶

Assim, não se aplica o texto do referido artigo à reparação extrapatrimonial, pois mesmo que o montante acrescente ao patrimônio da vítima, tal locupletamento não pode ser declarado como sem causa. A dano à personalidade é sua justa causa, assim como também a busca da vítima pela satisfação de seu direito valendo-se do devido processo legal, aspecto que legitima o valor que lhe será indenizado.

Não há, enfim, como satisfazer, de forma minimamente plena, as três funções da reparação restringindo-lhe a aplicação ao se valer da vedação ao suposto enriquecimento sem causa. Ou se punirá o agente lesante de forma correspondente à extensão do dano, à repetição da conduta ilícita com dolo ou culpa e à capacidade econômica do autor, sem prejuízo de outros critérios atinentes ao caso específico, ou se impedirá sua concretização por receio de enriquecer, alegadamente, sem causa, a vítima do dano.

4.3 A REITERAÇÃO DO DANO NO CASO ESPECÍFICO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A recidiva no dano consiste em critério objetivo a ser levado em conta na definição do valor reparatório. O magistrado, constatando as sucessivas condutas danosas, por parte do mesmo agente, ao longo dos anos, deverá majorar o *quantum debeatur*, a fim de que resulte em verdadeiro prejuízo para o reincidente, como forma

¹⁰⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>>. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁰⁶ VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. p. 194.

de freá-lo e, por outro lado, demonstrar a outros que a conduta não será tolerada pelo direito. Tal parâmetro já foi destacado neste trabalho.

Sabe-se, todavia, que não são poucas as empresas, enquadradas como fornecedoras de produto ou serviço, na forma do Código de Defesa do Consumidor, que são reincidentes. Os valores irrisórios, ilustrados nos julgados a serem analisados, não têm sido capazes de inibir as empresas na geração do ilícito. E, conforme explicitado em seção anterior, trata-se de dolo direito essa repetição, em que não há qualquer receio das consequências da conduta lesiva.

Neste sentido, é imprescindível examinar a atuação do agente lesante e como ocorre a aplicação da função punitiva dissuasora, traduzida em valor indenizatório, para compreendermos os motivos da reincidência. Selecionou-se, então, o exemplo específico das instituições financeiras, com fundamento na sua alta capacidade econômica e na enorme quantidade de clientes reclamantes de reparação por dano moral.

A maior parte dos julgados envolvendo instituições financeiras como reclamadas tem por objeto a inscrição indevida de seus clientes em órgãos de proteção ao crédito, coexistindo com outros casos, como protesto em equívoco de título de crédito. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

Na área de prestação de serviços, avultam situações de falhas em serviços bancários, dentre os quais se assinalam: devolução indevida de cheque, inclusão indevida de nome de cliente em serviço de proteção ao crédito, cobrança de título cambial fundada em cláusula mandato.¹⁰⁷

Preliminarmente, parece justificável que tais erros aconteçam, dado o volume de procedimentos com os quais a instituições financeiras tem que lidar. Todavia, se assim o fosse, frequentemente poderiam ocorrer erros também em outros procedimentos mais comuns, tais como transferências bancárias, depósitos, débito automático, investimentos, etc. Em análise mais cuidadosa, percebe-se que a verdadeira impulsão para estes equívocos que geram reais transtornos aos vitimados é a aferição eventual de lucro.

¹⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 269.

Isto acontece porque, ao constatar que seu crédito foi abalado por ter sido indevidamente inscrito em órgão de proteção, a vítima geralmente percorre um dos três caminhos: informar a instituição acerca do ocorrido e exigir a administrativamente a retirada de seu nome do cadastro negativo de crédito, reclamar judicialmente a retirada e a reparação dos danos causados ou, a depender do valor em questão, simplesmente pagar aquilo que lhe foi indevidamente cobrado apenas para poder ver restaurados os seus direitos violados.

Desta três opções, a terceira é justamente aonde existe possibilidade de lucro por parte da instituição financeira, que, antevendo esta oportunidade, prefere incorrer no risco de ser judicialmente processada e ainda assim realizar a conduta, já que, dado o vultoso número de clientes, entende que apenas uma minoria exige seus direitos por vias judiciais, e mesmo assim, as indenizações culminadas são irrisórias, não impactando no ganho gerado por aqueles que preferiram pagar o valor injustamente cobrado por entender ser a forma mais rápida e menos cansativa para restauração de seu crédito.

O renomado jurista Ihering procura explicar porque muitos optam por sacrificar seu bom direito em prol de sua paz. Em seu ensino:

Violado um direito, o titular defronta-se com uma indagação: deve defender o seu direito, resistir ao agressor, ou, em outras palavras, deve lutar ou deve abandonar o direito para escapar à luta? A decisão a esse respeito só a ele pertence. Seja qual for essa decisão, ela sempre envolve um sacrifício: num caso o direito é sacrificado em favor da paz, noutra a paz em favor do direito. Dessa forma, a indagação adquire novos contornos: qual é o sacrifício mais suportável, face às características do caso concreto e da pessoa nele envolvida? O rico, para preservar a paz, poderá desistir da quantia em litígio se a considerar de pouca monta; já para o pobre, a mesma quantia poderá ser relativamente vultosa, e por isso preferirá sacrificar a paz para defendê-la. Dessa forma, a questão da luta pelo direito se resolveria num simples exercício de matemática, onde se comparariam as vantagens e desvantagens de cada uma das alternativas para chegar a uma solução. **(grifo nosso)**¹⁰⁸

Apesar de repelir a noção pragmática de cálculo das vantagens e desvantagens da escolha entre reclamar o direito ou manter sua paz, Ihering reconhece que a decisão final está condicionada exclusivamente ao lesado e ao valor

¹⁰⁸ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001. p. 36-37.

que dá aos elementos em jogo, o que é mais importante para ele manter, ao custo do sacrifício do elemento oposto.

Não se pode ignorar que a mesma avaliação certamente já foi feita de antemão pela instituição financeira, que conta, inclusive, com todo aparato técnico para calcular a relação custo-benefício da prática ilícita. Avalia-se o valor imputado, a possibilidade de clientes que possam reclamar judicialmente, o valor normalmente estipulado para esses casos, a título indenizatório, e a possibilidade de ganho com aqueles que preferem pagar a dívida injusta.

Tanto é factível a situação acima descrita, que são muitas as recidivas das instituições financeiras em práticas semelhantes. Para chegar a esta conclusão, basta rápida análise à quantidade de julgados em que estes lesantes figuram como réus e atentar para a quantia normalmente fixada a título de reparação moral. Conforme explicita Rizzatto Nunes:

Aqui, trata-se, analogicamente falando, de uma hipótese civil de reincidência, com a lamentável agravante de que são muitos os casos em que as repetições das infrações ocorrem. E não são poucas tais repetições. **Há, por exemplo, instituições financeiras que são contumazes em repetir operações danosas. (grifo nosso)**¹⁰⁹

Abaixo, o julgado do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial provindo do estado da Paraíba:

PROCESSO CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. INCLUSÃO INDEVIDA EM REGISTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL DÉBITO QUITADO. INDENIZAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO.

1. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, julgou comprovado a conduta ilícita da recorrente, ao proceder a inscrição indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito em razão de débito já inteiramente quitado.

2. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, "independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento" (Resp. 110.091/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 28.08.00;

¹⁰⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 316.

REsp. 196.824, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ 02.08.99; REsp. 323.356/SC, Rel. Min. ANTONIO PÁDUA RIBEIRO, DJ. 11.06.2002).

3. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, da aludida quantificação. Precedentes.

3. Inobstante a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, há de se considerar, in casu, na fixação do quantum indenizatório, as peculiaridades que envolvem o pleito - vale dizer: o grau de culpa da instituição-recorrente, a qual reconheceu **que a inscrição indevida, que durou apenas três dias, ocorreu em razão "de problemas operacionais do sistema"**, e, tão logo constatado o erro, este foi reparado; quanto às repercussões do dano, estas se limitaram à recusa de um pagamento mediante cartão de crédito junto a um posto de gasolina, tendo a r. sentença concluído ser "de média intensidade" os efeitos do dano, "nem tão sutil a ponto de caracterizar-se como simples constrangimento, nem tão grave a ponto de demandar longo tempo para restabelecer-se"; há de ser, ainda, considerada a existência de outros apontamentos negativos do nome dos autores.

4. Diante das particularidades do caso em questão, dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, bem como observados os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal a quo, a título de danos morais, em R\$ 1.000,00 (hum mil reais) mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Assim, para assegurar ao lesado a justa reparação pelos danos sofridos, sem, no entanto, **incorrer em enriquecimento ilícito**, reduzo o valor indenizatório para fixá-lo na quantia certa de R\$ 300,00 (trezentos reais).

5. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido. **(grifo nosso)**¹¹⁰

Flori Antônio Tasca assevera, ao avaliar o julgado acima:

O valor reparatório bem que poderia ser considerado uma "premiação" à instituição financeira, não uma verdadeira "condenação". Tal valor está muito longe de cumprir quaisquer dos dois requisitos da reparação por danos extrapatrimoniais, pois nem compensa a vítima e nem (muito menos) representa punição para o banco. Aliás, em sua defesa alegou o banco a ocorrência de "problemas operacionais no sistema", como causa da

¹¹⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 724304/PB**, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 28.06.2005, DJ 12.09.2005 p. 343. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: out 2018.

inscrição indevida em entidade de proteção ao crédito. **(grifo nosso)**¹¹¹

Infelizmente, as instituições financeiras não veem razão para modificar a conduta, melhorando a qualidade de seus mecanismos de controle, a fim de que transtornos como estes não sejam causados ao consumidor. Afinal, bem sabem que, da ínfima parte do montante total de consumidores lesados que decidem reclamar judicialmente a reparação pela violação de seu direito personalíssimo, a quantia fixada para ser paga a este título não perfaz sequer prejuízos aos seus balanços contábeis. Em verdade, é bem provável que o ilícito tenha até gerado lucro. Este é o cenário que uma aplicação apenas retórica e sem qualquer efetividade das funções punitiva e dissuasora têm produzido.

Em que pese o quadro desanimador referente à mudança de paradigma na fixação de um *quantum debeatur* que seja eficaz na punição e dissuasão destas instituições, não se deve desistir de lutar pelo direito e por reparação extrapatrimonial satisfatória e minimamente correspondente à grande importância da natureza dos direitos violados, personalíssimos que são. Nas palavras de Flori Antônio de Tasca:

Quando os danos extrapatrimoniais sejam causados por instituições financeiras, afirma-se que a reparação deve enfatizar ainda mais sua natureza punitiva e exemplar, pois a condição econômica dos bancos autoriza o arbitramento de valores adequados aos objetivos visados pela reparação. **(grifo nosso)**¹¹²

4.4 SISTEMATIZAÇÃO DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA REALIZAÇÃO DE SUAS FUNÇÕES

Foram analisadas neste trabalho as três principais funções a que a fixação do *quantum* indenizatório por danos morais deve satisfazer, quais sejam: compensar a vítima pelo abalo que foi causado à sua personalidade, punir o agente lesante, de forma que este suporte prejuízo equiparável ao que gerou, e desestimular, tanto este quanto a sociedade, a reincidir na mesma conduta.

¹¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 253.

¹¹² LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 268.

Tendo em vista estas funções, propõe-se, dentre todos os critérios aqui examinados, a sistematização de apenas cinco daqueles que contribuem efetivamente para um arbitramento da indenização de maneira condizente. A saber:

- a. a extensão do dano, por meio da análise da intensidade e duração do sofrimento da vítima;
- b. o grau de culpa das partes;
- c. as condições pessoais da vítima;
- d. a reincidência na conduta danosa e
- e. a capacidade econômica do agente lesante.

Dentre aqueles não incluídos no rol acima, estão a razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz, a capacidade econômica da vítima e a impossibilidade de enriquecimento sem causa.

Conforme explicitado anteriormente, a razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são critérios inerentes à atividade judicante e não há necessidade de mencioná-los na sentença como fundamento para a decisão. Ademais, ressalte-se que estes critérios não podem ser utilizados de forma isolada, sob pena do magistrado incorrer na violação do princípio da motivação de toda decisão judicial, expresso na própria Carta Magna de 1988, em seu art. 93, já citado na seção própria acerca deste fator.

Referente a verificação da capacidade econômica da vítima, tal critério já foi deslegitimado pelo STJ¹¹³. Todavia tem sido utilizado como forma de diminuição do valor indenizatório a fim de servir para vedação do enriquecimento sem causa.

Em que pese a inclusão das condições pessoais do lesado neste rol de critérios auxiliares para a realização das funções da reparação, estas condições referem-se aos aspectos peculiares da vítima que são necessários para o estabelecimento de um *standard* pessoal que possa ajudar o magistrado a constatar o peso do direito violado em sua vida. Estas informações são referentes à sua profissão, relações familiares, estilo de vida, etc. Não necessariamente acerca do seu

¹¹³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 951.777/DF**, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 252. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: out 2018.

patrimônio. Não deve servir como parâmetro para fixação do *quantum* a constatação se a vítima é rica ou pobre. Pertencer a uma ou outra classe social não têm qualquer influência sobre o sofrimento que sente ao ser violada em sua integridade psíquica e espiritual. Do contrário, ocorre flagrante discriminação preconceituosa e avessa à ordem constitucional vigente e que serve apenas para limitar a satisfação da justiça por meio da punição efetiva do agente lesante.

Por fim, não se incluiu o critério do enriquecimento sem causa porque, conforme explicitado, consiste apenas em meio de controle do número de ações indenizatórias por parte de um judiciário temeroso a gerar uma suposta 'indústria do dano moral', o que, teoricamente, aconteceria se fossem maiores os valores arbitrados.

Não se vê, por outro lado, que a aplicação deste critério só favorece ao agente lesante que, ao se valer dos baixos valores culminados como reparação, não vê qualquer freio às suas condutas danosas, que, inclusive, podem resultar em algum ganho financeiro que faça valer a pena o risco da responsabilização, mesmo porque sabe que esta não lhe será penosa.

Daí porque propõe-se a sistematização composta dos cinco critérios supratranscritos, a fim de que sirvam como meio prático e minimamente objetivo para fixação de um *quantum* indenizatório que compense, puna e desestimule. Destoando dos critérios tradicionalmente mais aplicados, tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, que entram em contradição com a função da reparação moral e só servem ao proveito dos agentes lesantes, que continuam a auferir lucro com a conduta ilícita não punida satisfatoriamente, fazendo perdurar a máxima de que o crime compensa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal fim analisar o processo de fixação do *quantum* indenizatório por danos extrapatrimoniais nas relações de consumo. Constatou-se, por meio da doutrina e exame de jurisprudência, que todo este processo ainda permanece cheio de contradições, pois há vasta utilização de critérios destoantes entre si no cálculo da indenização. Enquanto alguns auxiliam a perfazer plenamente as funções da reparação, outros só restringem o patamar dos valores arbitrados.

Preliminarmente, no capítulo um, foi tratado acerca do instituto da responsabilidade civil como um todo, com ênfase nos danos morais nas relações de consumo. Ao tecer um panorama histórico, pode-se observar que houve intenso processo dialético até que o dano moral fosse visto como passível de ser reparado. Isto porque o Direito Civil é historicamente patrimonialista. Esta seara é regida pelo princípio da autonomia da vontade e a máxima do *pacta sunt servanda*, isto é, cumpra-se o que foi livremente acordado pelas partes. Há ainda a propriedade privada como pedra de toque da tradição civilista.

Neste sentido, a responsabilidade civil nasce como um instituto que tem por finalidade compensar aquele que suportou dano injusto em seu patrimônio. Ao longo da história, todavia, principalmente com a valorização dos direitos inerentes à personalidade, se passou a enxergar que esses direitos não poderiam restar desprotegidos enquanto aqueles relativos ao patrimônio, ou seja, às coisas, podiam ser socorridos pelo direito, se violados.

No Brasil, foi especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como princípio fundamental do ordenamento pátrio e da nação. Consequentemente, a proteção aos direitos personalíssimos ganhou destaque e a classe jurídica passou a enxergar tais direitos como passíveis de reparação, mesmo porque são mais caros ao indivíduo que qualquer direito de ordem patrimonial, pois dizem respeito à sua integridade como humano.

Em que pese a resistência das correntes mais tradicionalistas do direito civil, a necessidade de reparação ao direito moral violado foi sendo estabelecida como medida imprescindível para concretização de uma proteção efetiva à dignidade da pessoa humana.

O foco tornou, então, para a seguinte questão: como quantificar, para fins compensatórios, aquilo que, por natureza, é inquantificável? A que finalidade serve a quantia em reparação pelo direito extrapatrimonial pisoteado?

Nesta linha de raciocínio, argumentou-se, no segundo capítulo desta peça, que a reparação por dano moral deverá servir para realização plena de três funções: compensar o indivíduo vitimado pelo dano a seu direito de personalidade, punir àquele que lesou, de maneira que fique demonstrada que a conduta danosa não será tolerada pelo direito, e, enfim, dissuadir, tanto o ofensor quanto a sociedade, a não praticar a mesma conduta, sabendo que as consequências lhe serão penosas se o fizer.

Tendo em vista a realização das funções supra, examinou-se, no terceiro e último capítulo, uma série de critérios encontrados na doutrina e nas decisões que versam acerca da responsabilização extrapatrimonial. Enquanto alguns parâmetros estão aptos a incidirem como princípios gerais norteadores do cálculo das indenizações por danos morais, no sentido de fazer com que sejam cumpridas as funções comentadas, outros apenas restringem o arbitramento do *quantum debeatur*, impedindo a concretização plena da compensação da vítima, punição do lesante e dissuasão tanto do lesante quanto da sociedade.

A partir disso, foi examinado o caso das instituições financeiras. A análise da doutrina e julgados permitiu constatar que são numerosos os casos repetitivos de danos infligidos contra os direitos personalíssimos de seus clientes e equiparados. Na tentativa de explicar a razão para tamanha reincidência, foi demonstrado que o receio do judiciário em penalizar efetivamente tais instituições, arbitrando valores irrisórios como indenização, somente tem colaborado para que a reincidência dessas instituições aumente.

Ao inscrever equivocadamente seus clientes em órgão de proteção ao crédito, muitas empresas calculam os riscos de sofrerem reprimenda judicial, todavia sabem que são poucos os consumidores lesados dispostos a sacrificar sua paz para lutar pelo direito violado. Por isso, muitos preferem apenas pagar a quantia, mesmo que a saibam indevida, somente para ver restaurado seu direito personalíssimo. Desta forma, a instituição aufere lucro. Estas grandes corporações têm consciência que, mesmo que cheguem a ser responsabilizadas por seus atos, a quantia arbitrada pelas cortes, temerosas em gerar enriquecimento sem causa ao ofendido e assim produzir uma espécie de indústria da reparação moral, não lhes será de forma alguma penosa. Muito pelo contrário, enquanto tal quantia é objeto de constantes restrições para o

indivíduo que já sofre violação à sua personalidade, pode ser até mesmo considerada como premiação ao agente lesante, pois o risco corrido lhe valeu a pena, seu crime compensou. Isto quando a vítima não tem seu sofrimento minorado por magistrados que o consideram como “*mero dissabor do cotidiano*”, tendo por fundamento os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, profundamente subjetivos.

Enfim, tendo em mente a urgente necessidade de um processo de quantificação indenizatório mais claro e coeso com as funções descritas, propõe-se a sistematização de cinco critérios específicos, dentre os estudados, que podem auxiliar o magistrado no arbitramento do *quantum*. São estes: a análise da extensão do dano, o grau de culpa das partes, as condições pessoais da vítima (exceto sua capacidade econômica), a reincidência na conduta danosa e a condição econômica do agente lesante.

Os critérios de razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz foram excluídos do rol não por sua natureza, mas porque inclui-los resultaria em redundância, dado que, conforme o princípio constitucional do livre convencimento do magistrado, toda decisão judicial será, em alguma medida, pautada em sua razoabilidade, equidade e prudente arbítrio. Ressalte-se que o livre convencimento deve ser motivado, sob pena do magistrado incorrer na violação daquele princípio ao sustentar suas decisões de forma isolada nos critérios aqui debatidos.

Quanto à capacidade econômica da vítima, o próprio STJ reconheceu a sua inadequação à realização das funções da responsabilização extrapatrimonial, por servir apenas como instrumento de discriminação da vítima, em função de sua classe social, e fator restritivo no arbitramento do *quantum*. Já ao critério do enriquecimento sem causa, mais utilizado como forma de diminuição das indenizações, é patente que sua utilização não é razoável, pois o enriquecimento da vítima lesada em sua personalidade não pode ser considerado como sem causa. Doutra forma, se estaria diminuindo a importância de seu direito ferido. O dano que lhe foi infligido é, por si só, a causa para o eventual enriquecimento, a medida em consiste apenas na consequência da correta estipulação do montante indenizatório que efetivamente puna e desestime o ofensor.

Por fim, constata-se que, apenas com a efetiva valorização dos direitos personalíssimos violados e que com a clarificação do processo de fixação da monta indenizatória, abrindo mão de critérios superficiais e contraditórios à proteção desses

direitos, se poderá cumprir com as funções de compensar o lesado, punir o agente lesante e desestimulá-lo a reincidir na mesma conduta.

Na seara consumerista, a concretização deste sistema como forma de estabelecimento do *quantum debeat*, atendendo principalmente às suas funções punitiva e dissuasora, certamente resultará na implementação de melhores mecanismos de controle de qualidade dos produtos e serviços prestados. Quem ganha é a coletividade, pois o 'crime' não mais compensará.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. E-book.

BRASIL, Lei no 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5250.htm>>. Acesso em: 06 de out. de 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 724304/PB**, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 28.06.2005, DJ 12.09.2005 p. 343. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: out 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 951.777/DF**, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 252. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: out 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 994.171/AL**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 12.02.2008, DJ 17.03.2008 p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: maio 2008.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível no 96.010871-8**, Des. Rel. Pedro Manoel Abreu, de Indaial, julgado em: 05/06/1997. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: out de 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível no 2007.013874-0**, Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil, de Chapecó, julgado em 22/05/2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: junho de 2008.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em out de 2018

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 de out. 2018.

_____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em out de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 330523 SP 2001/0090552-2. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ: 25.03.2002, p. 278. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295015/recurso-especial-resp-330523-sp-2001-0090552-2>>. Acesso em: 05 out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. E-book.

CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. **Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7. E-book.

FAVARETTO, Cícero Antônio. **A Fixação Do Valor Indenizatório Do Dano Extrapatrimonial Nas Relações De Consumo**. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 06 de out de 2018

GODOY, Cláudio Bueno de. **Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço**. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV. E-book.

GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo**. Revista do Consumidor, São Paulo: RT, ano 09, n. 35, jul./set., 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. E-book.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001. JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. E-book.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LIMONGI, França. **Enciclopédia saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 65.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 03 out. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. II.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. E-book.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>>. Acesso em: 08 out. 2018.

PENAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em 10 out. 2018

REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: art. 461 do CPC; art. 84 do CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. E-book.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. E-book.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV.