

UNIABEU CENTRO UNIVERSITÁRIO
CHARLENE MOURA DAHER

O DANO MORAL SOBRE OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

NILÓPOLIS

2010

CHARLENE MOURA DAHER

O DANO MORAL SOBRE OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito pela UNIABEU Centro Universitário.

Orientadora: Mestre Luciana de França Oliveira Rodrigues

NILÓPOLIS

2010

CHARLENE MOURA DAHER

O DANO MORAL SOBRE OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito pela UNIABEU Centro Universitário.

Tendo sido aprovada em ____ / ____ / 2010.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Mestre Luciana de França Oliveira Rodrigues

UNIABEU Centro Universitário

Mestre:

UNIVERSIDADE

Mestre:

UNIVERSIDADE

Ao meu pai por me ajudar a realizar
um grande sonho da minha vida.

Ao meu noivo por ter tido paciência durante
estes anos de dedicação ao estudo.

Aos meus tios por toda a força que me deram
durante esta longa jornada.

Aos colegas e Amigos por colaborarem com
o meu crescimento profissional.

Aos meus mestres por terem tido muita
paciência durante os cinco anos que
me ajudaram a desenvolver o
meu intelecto.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço muito a Deus por dar-me o dom da vida, e por abençoar toda a minha caminhada;

Aos meus pais e tios que torceram e incentivaram pela pessoa que sou hoje e principalmente ao meu pai pela ajuda na realização do meu sonho. Ao meu noivo pelo incentivo, apoio e pela compreensão nos dias ausentes;

Cabe, aqui, também um agradecimento carinhoso a todos os amigos e colegas que fiz durante a jornada deste curso, bem como aos meus patrões que me ajudaram muito durante toda essa jornada, e também pela paciência e compreensão que tiveram nos dias em que me ausentei do trabalho para fazer estágio, provas, trabalhos e etc.

O meu humilde, MUITO OBRIGADA.

“Deus é o que me cinge de
força e aperfeiçoa o meu
caminho.”

Salmos 18.32

RESUMO

A intenção do presente trabalho é mostrar ao leitor o que vem acontecendo atualmente com as ações propostas pelos consumidores, mais especificamente, no que tange ao tema Dano Moral. Atualmente as indenizações a respeito do dano moral tem gerados discussões intermináveis, sejam pelos operadores de direito, magistrados e doutrinadores. Os magistrados tem usados parâmetros difíltulosos para a fixação dos danos morais no qual vem gerando discussões, devido as maiorias das decisões serem de valores muito abaixo do esperado pelas partes, principalmente para a parte autora que move o Poder Judiciário no intuito de ver reparado a lesão sofrida, seja de cunho moral e até mesmo material, de forma que satisfaça sua pretensão. A lei possui uma lacuna muito grande, pelo simples fato de não estabelecer valores específicos quanto a quantificação para cada tipo de lesão sofrida pelo consumidor. Cabendo apenas a figura do magistrado analisar as provas apresentadas pelas partes, para então aplicar critérios de fixação quanto ao dano moral, para então, compensar o prejuízo sofrido pela vítima em virtude da agressão sofrida a sua dignidade, conferindo-lhe quantia pecuniária a ponto de minimizar a dor psicológica que lhe foi imputada, tomando o cuidado para que não cause enriquecimento sem causa do ofendido, o que se torna vedado no nosso ordenamento jurídico.

Palavra Chave: Consumidor – Dano Moral – Critério de Fixação – Indenização.

SUMÁRIO

Introdução	9
CAPITULO I - ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	
1.1 Consumidor.....	10
1.1.1 Consumidor Pessoa Jurídica	11
1.1.2 Consumidor por Equiparação	12
1.2 Fornecedor.....	14
1.3 Produto e Serviço.....	15
1.3.1 Produto.....	16
1.3.2 Serviço.....	17
1.4 Relação Jurídica de Consumo.....	17
CAPITULO II – DA RESPONSABILIDADE	
2.1 Responsabilidade Civil.....	20
2.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	21
2.3 Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço.....	23
2.4 Responsabilidade pelo Vício do Produto e do Serviço.....	25
2.5 Das Excludentes de Responsabilidade prevista no CDC.....	27
CAPITULO III – DO DANO MORAL	
3.1 Dano Moral e sua Caracterização	30
3.1.1 Dano Moral.....	30
3.1.2 Caracterização.....	35
3.2 Dano Material.....	37
3.3 Da Prova do Dano Moral.....	38
3.4 O Dano Moral no Código de Defesa do Consumidor.....	40

3.5 Fixação do Valor da Indenização.....	42
3.5.1 Critérios de Fixação.....	44
Considerações Finais.....	49
Referências	52

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente é uma análise em relação ao dano moral sobre os direitos básicos do consumidor, sendo este um tema atual, caracterizado por inovações jurisdicional, carente ainda de detalhamentos teóricos e legislativos.

Para tanto, visa estudar o dano moral no direito do consumidor, bem com apresentar soluções coerentes com o sistema judicial e a Lei de nº 8.078/90. Apesar de inúmeras demandas judiciais, o referido tema é bastante restrito, limitado em apenas alguns artigos e livros especializados, buscando um equilíbrio entre a reparação do dano e a violação dos direitos do consumidor.

O presente é dividido em três capítulos: A finalidade do primeiro capítulo é apresentar os elementos da relação jurídica, voltada para o surgimento da teoria da proteção jurídica, tendo como objetivo a investigação científica para identificar os limites específicos do direito do consumidor.

O segundo capítulo trata da responsabilidade em face do consumidor, tratando dos pressupostos da obrigação de indenizar, bem como o resarcimento dos bens materiais do consumidor em razão do fato ou vício do produto.

Já o terceiro capítulo, trata do dano moral, que apesar de ser um tema de grande evolução, este é de difícil fixação, pelo fato da doutrina, jurisprudência e a lei não terem parâmetros de fixação, cabendo aos magistrados fazer uma análise dos critérios apresentados pela vítima do fato, tais como provas, perícias e etc., para então fixar o valor da indenização.

A metodologia a ser desenvolvida no presente trabalho abrangerá as pesquisas bibliográficas, através de livros de autores consagrados de literatura jurídica, pois como se trata de um tema de interesse de toda a sociedade, os danos morais que o consumidor sofre devem ser analisados com dados colhidos da própria realidade para que se possa buscar maneiras mais justas e equilíbrio da reparação de danos sofridos.

CAPITULO I

ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

1.1 Consumidor:

O consumidor é apresentado pela Lei de nº 8.078/90. Sendo assim, a noção de consumidor se constitui de forma que é toda pessoa física ou jurídica que adquire produtos para uso próprio ou de terceiros. Já o sistema jurídico entende que consumidor é toda pessoa que compra, usa ou mantém produtos ou serviços fora da cadeia de produção, quando assim distingue-se comerciante de produtor.

A matéria consumidor é desenvolvida por diversos ramos de conhecimento. A psicologia ocupa-se do consumidor com o objetivo de identificar as reações internas do ser humano, que tem por preferência por diversos serviços e produtos, caracterizando assim uma espécie de propaganda.

O doutrinador Héctor Valverde Santana diz que:

O consumidor é o sujeito da relação jurídica de consumo que está em posição de inferioridade diante do fornecedor e a quem é destinada a proteção legal. A definição de consumidor apresenta diversas vertentes e está diretamente ligada à extensão do próprio subsistema jurídico denominado Direito do Consumidor.¹

Sendo assim, a definição de consumidor versa sobre bens e serviços. Todos os bens adquiridos ou utilizados de forma não profissional são passíveis de consumo, tais como os que são destruídos com o primeiro uso, no caso os alimentos, os bens duráveis como automóveis, e aparelhos domésticos, e também os bens imóveis.

¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p.56

O ato de consumo deve visar a satisfação de um interesse pessoal ou familiar, excluindo-se da definição a atividade voltado para suprir uma necessidade profissional. O elemento subjetivo consiste na análise da qualificação da pessoa que integra a relação de consumo como destinatário da proteção jurídica. Admite que as pessoas físicas ou naturais são considerados consumidores.

Constata-se que, as diversas definições examinadas reconhecem como elemento objetivo a referência do consumidor ou uso de bens e serviços, especialmente quanto a inclusão de bens imóveis, serviços públicos de natureza administrativa e bens livres da natureza, tais como: ar, água e espaços verdes.

A concepção doutrinária leva em consideração critérios subjetivos, ou seja, o consumidor é o sujeito da relação jurídica de consumo que figura na ponta final do ciclo econômico, afastando portanto o fabricante e o revendedor.

É fundamental destacar também, que, a Lei de nº 8.078/90 nasceu por expressa determinação Constitucional, e se auto denomina norma de ordem pública e de interesse social, pois sua aprovação provocou uma revolução nas concepções vigentes no direito pátrio, principalmente em relação a Responsabilidade Civil e de regra processual impondo facilitar o efetivo exercício dos direitos do consumidor.

1.1.1 Consumidor Pessoa Jurídica ou Profissional

A Lei de nº 8.078/90, ao definir a figura consumidor informa de forma clara e objetiva, tratar-se de toda pessoa física e jurídica, exigindo apenas que esta pessoa seja o destinatário final do produto ou serviço. Apesar da clareza da Lei, há uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial no que se refere a aplicação da norma consumerista quando o adquirente for uma pessoa jurídica ou um profissional, pois muitos ao se referirem ao consumidor subentende que seja apenas a pessoa física que adquire produtos e serviços para uso próprio ou de sua família, não vendo assim, o lado da pessoa jurídica que também adquire produtos e serviços.

Sendo assim, a pessoa jurídica também encontra-se sob o regime protetivo da referida Lei. Apesar de haver uma dificuldade de se outorgar as pessoas jurídicas a proteção de consumidora, porque na verdade não seriam consideradas destinatárias finais econômicas dos bens, pois estes, como insumos, acabariam agregados aos produtos e serviços que produzem para serem consumidoras, aí sim, pelos verdadeiros consumidores/destinatários finais.

A pessoa jurídica, em regra, só pode ser considerada consumidora quando adquire um bem fora de sua atividade fim, sendo assim, a pessoa jurídica goza no mínimo da presunção de vulnerabilidade técnica, quando adquire um bem fora de sua atividade fim. O Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor em seu art. 4º, I², e que tal reconhecimento norteia toda a política de proteção ao destinatário final de bens e serviços. Esse reconhecimento não pode ser apenas para o consumidor pessoa física ou não profissional, e sim, englobar a pessoa jurídica.

1.1.2 Consumidor por Equiparação

O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo proteger toda a coletividade sujeita as práticas decorrentes da relação de consumo, viabilizando uma rede protetora dos interesses difusos e coletivos da massa consumidora, dotando os órgãos que detenham legitimidade para atuar em sua defesa de mecanismo de prevenção à obtenção de uma justa reparação para a eventualidade de existência de dano.

² Art. 4º - “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I- Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

O doutrinador Nehemias Domingos de Melo³, diz que “A equiparação regulada pelo parágrafo único do art. 2º visa proteger toda a coletividade de pessoas sujeitas às práticas decorrentes da relação de consumo”.

Diante da citação acima, preleciona que toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor para os efeitos da proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor, no qual o terceiro, que, embora não esteja envolvido diretamente na relação de consumo, é atingido pelo defeito no produto ou serviço.

A equiparação é de suma importância quanto a proteção do interesse da massa de consumidores, isto é, na defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade. A Lei nº 8.078/90, tem por objetivo impor ao fornecedor de serviços e produtos o dever de lealdade e segurança a frente de todos os consumidores, é uma grande jogada de identificar na verdade quem são esses consumidores em potencial, individual, coletivo e até mesmo difuso.

As equiparações legais ao consumidor resulta a implementação do Estado Social de Direito, consagrando a proteção dos interesses da massa de consumidores socialmente relevantes. Muitos doutrinadores como Nehemias Domingos de Melo⁴, defendem os interesses sociais de consumidores que intervêm nas relações de consumo, sejam elas de interesse difuso ou coletivo, das vitimas de acidentes de consumo ao mesmo atentatório à vida, à saúde, à segurança do consumidor e dos consumidores expostos as práticas decorrentes de oferta ou publicidade, mesmo que não venham adquirir o produto ou serviço veiculado pela mídia.

Paulo R. Roque A. Khouri, aduz que:

A equiparação deve buscar a origem, a gênese da relação de consumo. De vários artigos do CDC depreende-se que não é necessários haver a relação jurídica contratual para que haja a proteção. Quando o legislador fala em

³ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral nas Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.39.

⁴ *Ibidem* p. 43

consumidor equiparado, ele também se está referindo ao cidadão que não participou da relação jurídica originária e, ainda assim, tem a proteção legal.⁵

Apesar da questão a cerca do tema está evidenciado no nosso ordenamento jurídico, ainda há muitas resistências junto aos operadores de direito quanto a correta aplicação das normas protestivas a cerca da Lei de nº 8.078/90, pois quando se fala em relação de consumo no sentido amplo, é comum se deparar com conceitos privativistas, que estão superados, não só pelos princípios informativos da relação de consumo, como também pela teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor, que advém dos deveres inerentes à atividade econômica, ou da responsabilidade pelo risco da atividade.

O Código de Defesa do Consumidor, visa uma proteção especial aos mais fracos na relação jurídica, permitindo assim litigar em condições de igualdade pelos seus direitos.

1.2 Fornecedor

O fornecedor é um protagonista descritivo no caput do art. 3º⁶ da Lei de nº 8.078/90. A atividade do fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo deve necessariamente observar os princípios e regras, dentre eles a livre iniciativa e a proteção do consumidor. Pois sua característica é desempenhar atividades tipicamente profissionais.

A cerca do tema discorre o Doutrinador Héctor Valverde Santana⁷: “A definição legal de fornecedor foi elaborada para abranger a atividade de todos os agentes econômicos que introduzem produtos ou prestem serviços no mercado de consumo”.

⁵ KHOURI, Paulo R. Roque A., **Direito do Consumidor**, Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo:Atlas,2009, p.42

⁶ Art. 3º “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

⁷ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p.77

Considera-se também como fornecedor a pessoa física que introduz, oferece, ou presta serviços no mercado de consumo, contudo sem exigências de qualificação especial. Quanto a pessoa jurídica, o Código de Defesa do Consumidor define como todos os agentes econômicos. Sendo assim, a pessoa jurídica de direito público está submetido as regras da Lei nº 8.078/90, quando desenvolvem atividades econômicas consistentes no fornecimento de produtos ou prestações de serviço.

Sendo assim, Paulo R. Roque A. Khouri, destaca que:

Em primeiro momento é fácil identificar a pessoa do fornecedor como a pessoa com quem se contrata. Mas como a relação de consumo não se revela pelo objeto, mas pelas características dos partícipes dessa relação, não se pode dizer, portanto, que, por exemplo, qualquer vendedor ou prestador de serviços é sempre fornecedor⁸

Quanto a pessoa jurídica de direito privado, a lei consumerista não faz qualquer distinção entre o fornecedor nacional ou estrangeiro, significando assim, que toda pessoa jurídica independentemente da sua origem, mas que atua no mercado de consumo brasileiro, é considerado fornecedor.

Convém ressaltar que, não há distinção na lei consumerista entre as várias espécies de pessoa jurídica fornecedora, razão pela qual esta vedada a interpretação restritiva, sendo assim, tanto a pessoa jurídica de natureza mercantil, quanto a pessoa jurídica de natureza civil, podem ser consideradas fornecedoras, para tal caracterização precisam desenvolver uma das atividades alinhadas no caput do art. 3º da Lei nº 8.078/90.

1.3 Produto e Serviço

O produto é identificado pelo fornecimento de um bem da vida de cunho material, já o serviço caracteriza-se pela realização de uma atividade de caráter imaterial.

⁸ KHOURI, Paulo R. Roque A, op. cit. P. 47

1.3.1 Produto

Quanto ao conceito de produto, esse é considerado qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, assim conclui que, produto é qualquer coisa adquirida no mercado de consumo, não cabendo restrições, pois não importa se o produto é natural ou industrial, original ou transformado, ou seja, produto é qualquer bem adquirido em uma relação de consumo.

Destaca-se que, é considerado produto todo o bem colocado no mercado de consumo por um ente que possa ser conceituado fornecedor. Pois o produto é o resultado de uma obra humana, realizada especificamente por determinado agente econômico, e que se caracteriza por uma obrigação de dar ao consumidor o bem almejado.

Héctor Valverde Santana, comenta que:

Um determinado produto pode ser ou não objeto de uma relação jurídica de consumo. A sustentação da afirmação do enquadramento do bem de vida como produto, na acepção consumerista, não é absoluta, mas sim relativa. Depende, pois, da conjunção de diversos fatores, especialmente relacionando a definição legal de produto com os demais sujeitos da relação jurídica de consumo.

Vale dizer que um determinado bem da vida somente será considerado produto, na acepção consagrada pelo Direito do Consumidor, se for introduzido no mercado de consumo por um sujeito de direito denominado fornecedor (art. 3º, *caput*, do CDC) para atender às necessidades de outro sujeito de direito, o destinatário final, denominado consumidor (art. 2º *caput* e parágrafo único, 17 e 29, todos do CDC).⁹

A definição legal de produto é ampla, e revela a posição de diversos legisladores em enquadrar o maior numero de casos concretos possíveis, pois considera produto como todos os bens disponíveis no mercado de consumo, sem qualquer exceção.

⁹ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p.p. 81-82.

1.3.2 Serviço

Considera serviço toda a atividade humana que gera benefícios ou satisfações para quem o adquire, oferecido por pessoa física ou jurídica, nesta definição se enquadra o prestador de serviço, pessoa física conhecido como profissional liberal, e também o trabalhador avulso ou autônomo.

Héctor Valverde Santana, discorre que:

A definição legal de serviço foi elaborada com a pretensão de ampliar a incidência da lei consumerista dos casos concretos identificados no mercado. Cuida-se de enumeração legal meramente exemplificativa, porquanto o vocábulo **qualquer** deve ser interpretado como indicativo do rol aberto das atividades dos prestadores de serviços ao consumidor.¹⁰

Cabe ressaltar que, para caracterizar relação de consumo para os efeitos consumerista o serviço deverá ser remunerado, pois se for prestado de forma gratuita não caracterizará relação de consumo.

1.4 Relações Jurídicas de Consumo

Como regra geral, a relação jurídica surge como a normatização de certos comportamentos humanos, e decorre de obra legislativa que incorpora as fundamentais relações sociais ao sistema jurídico. Ocorre que há exceções a regra geral, pois algumas relações jurídicas não decorrem de comportamentos humanos ou inter-relacionamentos dos integrantes da sociedade, mas sim de uma opção do legislador em adotar determinado suporte fático como relevante para o direito.

A relação jurídica constitui-se em tema fundamental da ciência jurídica. Cuida-se de assunto vinculado à teoria geral do direito, sendo que a compreensão da definição de relação

¹⁰ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p. 85

jurídica é pressuposto para o conhecimento da Ciência Jurídica em geral. Observa-se que o direito público e o direito privado utilizam a definição de relação jurídica como ponto de partida para a configuração de seus respectivos limites e especificidades. Deste modo, a análise de estrutura e dinâmica da relação jurídica é premissa necessária para o adequado entendimento do sistema jurídico em geral, bem como se mostra indispensável ao conhecimento particular do subsistema das relações jurídicas de consumo.

Uma vez fixado pela norma jurídica o fato gerador da relação jurídica, mister indagar que sobre as causas do surgimento da relação jurídica. Os fatores naturais, admitidos como aqueles em que não há concorrência da vontade humana para sua consumação, podem motivar o nascimento de uma relação jurídica. Como por exemplo uma forte chuva, um raio, a modificação natural do curso de um rio ou um terremoto, podem provocar o surgimento de uma relação jurídica.

A definição de relação jurídica ainda é um ponto controvertido na doutrina, pois tal assunto aborda a questão a partir da premissa de que a norma jurídica remove uma relação entre os sujeitos de direito. Considera-se ainda que a relação jurídica é caracterizada por um vínculo intersubjetivo, em que a pretensão do titular de um direito tem correspondência com a obrigação/dever do outro sujeito desta mesma relação jurídica.

Héctor Valverde Santana¹¹, observa o seguinte:

Afirmar-se que a identificação da relação jurídica de consumo é premissa para o desenvolvimento de qualquer tema vinculado ao protetivo ramo do direito do consumidor, inclusive na questão do dano moral. Desta forma, a não-configuração da relação jurídica de consumo afastará o operador de direito da aplicação das normas protetivas prevista no subsistema de direito do consumidor, transportando o regramento da relação para outro campo do direito, podendo ser uma relação civil, comercial, administrativa, trabalhista, ambiental dentre outras, cujo enquadramento pertinente também será realizado mediante a identificação dos elementos específicos de cada relação jurídica.

¹¹ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p. 53

O Código de Defesa do Consumidor e a legislação consumerista constituem um corpo de normas jurídicas aplicáveis as relações de consumo. O subsistema legal de defesa do consumidor permite apenas a aplicação de normas pertinentes a outro subsistema jurídico nos casos de lacunas na legislação consumerista e desde que não entre em conflito principiológico.

Paulo R. Roque A. Khouri, diz que:

“Para que se dê a proteção do CDC, não basta simplesmente adquirir bens e serviços no mercado. Esta proteção só vai ser acionada se ocorrer a chamada relação de consumo. Relação esta onde deve estar presente um consumidor, como destinatário final de bens e serviços, e um fornecedor, que com habitualidade e profissionalidade fornece bens e serviços ao mercado”.¹²

O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo proteger o consumidor, buscando o equilíbrio do contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços.

¹² KHOURI, Paulo R. Roque A., op. cit. p.33

CAPITULO II

DA RESPONSABILIDADE

2.1 Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil é marcada por divergências doutrinárias, vez que são utilizados diversos critérios para sua elaboração, tais como a culpa, o fato, as pessoas responsáveis ou a necessidade de equilíbrio de direitos e interesses. Alguns doutrinadores como Héctor Valverde Santana¹³, “define a responsabilidade civil como a aplicação de medidas destinadas a reparação de dano material ou moral em razão de prática de ato próprio ou de terceiro”; outros definem como noção de dever jurídico, ensinando que não é um mero conselho, advertência ou recomendação, mas uma ordem ou comando à inteligência e à vontade do sujeito de direito capaz de criar obrigações, pois o ato ilícito é uma violação de um dever jurídico, originário ou primário, que a ordem jurídica impõe um dever jurídico sucessivo de reparar o dano.

O descumprimento de uma relação obrigacional ou contratual, por parte do consumidor ou fornecedor, obrigará o devedor à obrigação de reparar o dano.

Paulo R. Roque A. Khouri, quanto ao assunto diz que:

Evidente que, se a violação de um direito pode constituir-se em um prejuízo econômico, a sanção penal, por si, já não será suficiente, posto que, embora esta seja uma resposta da sociedade como um todo, que repele a conduta tipificada, na perspectiva da vítima ou do titular do direito violado é preciso que ela seja reconduzida à situação patrimonial anterior ao momento da violação. Esta função só pode ser desempenhada pela responsabilidade civil, ou seja, a função de reparar o dano.¹⁴

¹³ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p. 93

¹⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A., op. cit. p.154

Quando se trata de danos materiais, a responsabilidade civil desempenha a função reparadora e também a função punitiva, independente do ilícito civil. A responsabilidade civil atribui uma função essencialmente reparadora, tendo como ponto controvertido a perspectiva do lesado.

A Responsabilidade Civil é toda atividade que acarreta um prejuízo gerando o dever de indenizar. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa física ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Já a responsabilidade Civil no instituto do Código de Defesa do Consumidor cuida como em qualquer relação obrigacional decorrente de lei ou de um simples contrato, a quebra dos deveres impostos aos devedores, em favor dos credores, pois pode importar em prejuízos, sejam de ordem material ou moral, que deverão ser reparados.

A responsabilidade civil na relação de consumo, tem como função obrigar o agente causador do dano a repará-lo, inspirando-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima.

Normalmente a responsabilidade civil decorre de ato próprio do agente causador do dano, entretanto, em algumas hipóteses a lei impõe o dever de reparar o dano derivado de fato jurídico que ocorre por causa diversa da ação ou omissão do responsável.

2.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

A Responsabilidade Objetiva foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor como fundamento da reparação dos danos oriundos dos acidentes de consumo, e o fez embasado na teoria do risco da atividade profissional, como forma de socializar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Em relação a Responsabilidade Subjetiva o Código Civil de 2002, em seu art. 186¹⁵, cita a culpa com fundamento da responsabilidade subjetiva, de modo que a culpa do agente causador do dano é indispensável

¹⁵ Art. 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

para que surja o dever de indenizar. Silvio Rodrigues¹⁶, observa o seguinte: “Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco.”

Quanto a Responsabilidade Subjetiva, Sergio Cavalieri Filho, discorre que:

A idéia da culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.¹⁷

O Código de Defesa do Consumidor embora tenha adotado a teoria do risco da atividade, segundo o qual a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço é objetiva, pode este isentar-se do dever de indenizar, se provar a ocorrência de uma das excludentes expressamente prevista, ou seja, a não colocação do produto no mercado, que mesmo tendo colocado o produto ou prestado o serviço, o defeito inexiste, e por fim, a culpa exclusiva é da vítima ou de terceiro.

Quanto a citação acima, Nehemias Domingos de Melo, define que:

Em face do Código de Defesa do Consumidor ter adotado a responsabilidade objetiva como regra, o consumidor apenas necessita provar a ocorrência do dano e o nexo causal ligando o dano ao produto ou serviço, para fazer nascer o dever indenizatório, que, nesse caso, recairá no detentor da atividade regularmente desenvolvida. Assim, fica dispensada a realização da prova da conduta culposa do fornecedor de produtos ou serviços pelos acidentes causados, pouco importando a figura do dolo ou da culpa em sua modalidades tradicionais (negligencia, imprudência ou imperícia).¹⁸

O fundamento que autoriza a responsabilização objetiva, em qualquer relação obrigacional, mesmo que não envolva a relação de consumo, é sempre o risco. Pois o risco significa perigo, é a probabilidade de dano, salientando dizer que é aquele que exerce uma atividade perigosa, devendo assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente.

¹⁶ RODRIGUES, Sílvio, Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.11.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio,Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo:Ed.Atlas, 2007, p. 16.

¹⁸ MELO, Nehemias Domingos de, op. cit. p.96.

Conforme preceitua o parágrafo único do art. 927¹⁹ do Código Civil, a responsabilidade objetiva sempre vai depender de previsão legal. Embora a segunda parte do referido dispositivo admita a responsabilidade sem culpa “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implica em sua natureza, risco para os direitos de outrem”, em regra a responsabilidade objetiva é sempre excepcional.

2.3 Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 8º que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão risco à saúde ou a segurança dos consumidores”. Em regra, no mercado de consumo, devem ser fornecidos apenas produtos e serviços que não coloquem em risco a vida das pessoas, pois caso contrário estaria privilegiando a atividade do fornecedor, independentemente dos males que ela causa à sociedade. Este dever geral de confiança precede a introdução de qualquer produto ou serviço no mercado.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, é decorrente de um defeito muito grave, que atinge o consumidor, causando-lhe dano material e moral. Os fornecedores, tem a obrigação de dispor no mercado apenas produtos e serviços de qualidade e seguros, que não imponham risco à saúde e a incolumidade física das pessoas.

Ao se referir a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, rompe com a idéia de culpa e impõe ao fornecedor de serviço ou fabricante, a obrigação de indenizar sempre que seus produtos e serviços causarem danos à saúde ou segurança dos consumidores. O que se configura acidente de consumo, responsabilizando-se objetivamente o fornecedor sem que tenha ocorrido de sua parte qualquer culpa. Ressalta-se ainda que, o fabricante e o fornecedor também respondem por todas as vezes que um produto ou serviço seu acarretar dano a terceiro.

¹⁹ Art. 927 “Aquele que, por ato ilícito (art. 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, risco para os direitos de outrem.

Quanto a responsabilidade objetiva pelo fato do produto não determina que todos os fornecedores, fabricantes ou comerciantes de seus produtos, fossem responsáveis pelo acidente de consumo, pois tal responsabilidade por ser independente de culpa, não pode ser imposta a toda a cadeia de fornecedores, mas a quem cria o produto, monta-o ou importa-o.

Quanto a responsabilidade do fato do produto, Paulo R. Roque A. Khour, observa que:

Em princípio, o CDC procura estabelecer a responsabilidade objetiva pelo fato do produto apenas para quem introduziu o produto final no mercado, colocando-o em circulação, afastando a responsabilidade do comerciante. Esta função, em primeiro momento, é do fabricante. É ele quem introduz no mercado o produto por ele fabricado. O fabricante não apenas aquele que fabrica, mas também o montador. Dentro do moderno processo industrial, o produto final é fruto de uma série de incorporações de outros produtos. Entretanto, o montador assume o risco pelo produto como um todo, como se o produto fosse um todo indivisível, sendo o responsável primeiro por um acidente de consumo, pois ele é quem deve assumir todos os riscos quanto à colocação de seu produto no mercado.²⁰

Em se tratando da responsabilidade pelo fato do serviço, este ocorre no tocante a responsabilidade sem culpa do fornecedor pelos acidentes de consumo que podem advir dos defeitos de concepção, produção e de informação do serviço, defeitos esses que já foram objetos de estudos com relação à responsabilidade pelo fato do produto e tem o mesmo alcance e significado em se tratando de responsabilidade pelo fato do serviço.

Sergio Cavalieri Filho, diz quanto a responsabilidade pelo fato do serviço que:

O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, § 1º do CDC).²¹

Assim, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço tem o indeclinável dever jurídico originário de atuar no mercado de consumo mediante observância imperativas de normas de ordem pública e interesse social, pois o sistema de defesa do consumidor impõe ao

²⁰ KHOURI, Paulo R. Roque A., op. cit., p.170

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit. p.468.

fornecedor a obrigação legal de desenvolver as suas atividades no mercado, sem colocar em risco ou violar a vida, à saúde, a dignidade e os interesses econômicos do consumidor.

2.4 Responsabilidade pelo Vício do Produto e do Serviço

A Responsabilidade pelo Vício do Produto e do Serviço, é adquirido por conter um defeito que embora não cause nenhum acidente ao consumo, impeça seu uso potencial ou diminui o seu valor, pois o fornecedor do produto ou serviço está faltando com o dever de qualidade. A doutrina define tais defeitos como “vício por qualidade/inadequação” ou “vício de quantidade” .

Os vícios de qualidade ou inadequação e os vícios de quantidade podem manifestar-se de variadas maneiras, acarretando a impropriedade do produto ou serviço, pois a Lei de nº 8.078/90, coloca a disposição do consumidor variadas alternativas para a solução da anomalia identificada. Silvio de Salvo Venosa²², discorre da seguinte maneira “Quando se trata, porém, de vício do produto ou do serviço, nem sempre a reparação será uma soma em dinheiro, pois o Código de Defesa do Consumidor estabelece alternativas no sentido de permitir a substituição do produto ou o refazimento do serviço defeituoso”.

A Lei de nº 8.078/90 concede o prazo de 30 dias, a partir do momento em que identifica o vício de qualidade, dando ao fornecedor o prazo de promover a sanção do respectivo vício. Tal regra esta prevista no art. 18, § 1º do CDC, todavia afastada as hipóteses em que a extensão do vício, mesmo sendo possível a substituição das partes viciadas, puder comprometer a qualidade ou característica do produto, ou acarreta-lhe necessariamente uma diminuição do preço ou o produto mostrar-se essencial ao consumidor, conforme regra do art. 18, § 3º do CDC.

²² VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 250.

Quanto aos vícios de quantidade estes são disciplinados pelo art. 19 do CDC, e representam técnicas imediatas na nossa legislação, pois não há previsão específica de regulação dos vícios de quantidade de serviço. Pois ao constatar a existência de vício de quantidade, o consumidor tem alternativamente a sua escolha a possibilidade de abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou medida, que ganha relevância por apresentar-se como solução inédita introduzida pela Lei 8.078/90, a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, ou a rescisão do contrato com a restituição imediata da quantia paga.

A Lei de nº 8.078/90 não prevê expressamente as causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor por vício de qualidade ou quantidade de produtos ou serviços, com tudo, aplica-se por analogia as regras que estabelecem as causas que se eximem de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, conforme preceitua o art. 12, § 3º e art. 14, § 3º ambos do CDC.

A citada Lei, ainda excepciona a regra da responsabilidade solidaria diante dos vícios do produto e serviços para atribuir ao fornecedor de produtos *in natura* a responsabilidade civil exclusiva, exceto nos casos de identificação clara de quem produziu o bem de consumo introduzido no mercado.

Héctor Valverde Santana, diz que:

Traço característico da regulamentação dos vícios dos produtos e dos serviços é a solidariedade passiva de todos os agentes econômicos que participam do ciclo produtivo. Destarte, ao contrário da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que excluiu a figura do comerciante, salvo em casos expressamente previstos no art. 13 do CDC, a pretensão à reparação dos danos decorrentes de vícios dos produtos e serviços pode ser endereçada a qualquer dos fornecedores, seja fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, importador ou comerciante.²³

²³ SANTANA, Héctor Valverde., op. cit., p. 111.

Assim sendo, a solidariedade não se presume, uma vez que decorre da lei ou mediante convenção das partes, conforme regra inserta no art. 265 do Código Civil de 2002. Apoiado nessa premissa, o legislador consumerista fez constar expressamente a regra da solidariedade entre os fornecedores nos art. 18, 19, 25, 28,§3º, e 34, todos do CDC.

2.5 Das Excludentes de Responsabilidade prevista no CDC

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha tutelado a responsabilidade objetiva, de forma geral admitiu o escopo a prova liberatório, pois sucumbe a parte a quem toca a obrigação de prova, sendo de forma a justificar a objetividade como princípio da responsabilidade civil. Não Cabe ao fornecedor provar a sua responsabilidade provando a não-culpa, ele deve apenas provar nos termos do Código de Defesa do Consumidor que não houve defeito no produto ou serviço para daí exonerar-se da responsabilidade que foi presumida.

Na responsabilidade objetiva não basta apenas demonstrar o dano, se faz necessário que o consumidor demonstre que o dano tem como causa um defeito do produto ou serviço. Ao se comprovar o dano, o fornecedor só não será responsabilizado objetivamente se demonstrar a ausência de nexo de causalidade, como por exemplo o contido no § 3º, I do art. 12, que determina: “O fabricante, o construtor, o produtor, o importador só não será responsabilizado quando provar: ‘I - que não colocou o produto no mercado’.”

A causa excludente contida no inciso I, acima citado, não oferece maiores dificuldades para sua identificação, pois o fornecedor que esta sendo acionado não pode ser responsabilizado, porque não foi este que colocou o produto no mercado. No plano processual, a ação indenizatória não poderá ter o seu mérito julgado, pois trata-se de caso típico de ilegitimidade passiva.

Sergio Cavalieri Filho, cita em sua obra que:

O inciso I do art. 12 é aparentemente inócuo ao dizer que não há responsabilidade do fornecedor do produto quando provar que não o colocou no mercado. Obviamente, não haverá, aí, nexo de causalidade entre o dano causado pelo produto, ainda que defeituoso, e a atividade do produtor ou fornecedor. A excludente, todavia, faz sentido em face da presunção de que, estando o produto no mercado de consumo, é porque foi introduzido pelo fornecedor. O que a lei quis dizer é que caberá ao fornecedor elidir essa presunção. Ocorre-nos como exemplo da hipótese em exame o caso de produto falsificado, ou que, ainda em fase de testes, é subtraído por alguém, ou através de outro meio criminoso, e colocado no mercado. Embora essa excludente só diga respeito ao fato do produto, nada impede, em nosso entender, que o fornecedor de serviço prove, para efeito de afastar a sua responsabilidade, que efetivamente não o prestou.²⁴

Diante da citação acima, o Código de Defesa do Consumidor não possui nenhuma regra estabelecendo o momento a partir do qual se considera o produto introduzido no mercado, sendo assim caberá essa tarefa à jurisprudência, em face dos casos concretos.

Outra excludente existente, é a inexistência do defeito, pois trata de defeito de concepção e/ou criação, demandará, naturalmente, a demonstração por meio de prova pericial. Se o defeito apontado pelo consumidor inexistir, não há o que se falar em fato do produto, e muito menos em responsabilidade, pois ausente mostra-se o nexo causal. Quando se trata de defeito de informação, a prova para o fornecedor é de difícil produção, bastando apenas demonstrar que o consumidor fora informado de forma clara e adequada sobre a utilização do produto e serviço.

A próxima excludente é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, como causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor, pois é comum a todos os casos de responsabilidade objetiva. A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro afastará a responsabilidade objetiva do fornecedor, porque a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro afastará o nexo de causalidade contra a pessoa do fornecedor, ou seja, o dano existe, e, está comprovado, mas não foi causado pelo fornecedor, e sim por terceira pessoa ou pela própria vítima. Quando se trata de responsabilidade pelo fato do produto, uma situação de culpa exclusiva do consumidor freqüentemente é indicada para afastar o nexo causal, ou seja, o mau uso da coisa.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit., p. 470.

O caso fortuito e a força maior, por terem sido inseridos no rol das excludentes de responsabilidade do fornecedor, são afastados por alguns autores, pois tal dispositivo são fatos alheios a vontade da parte, que impedem o cumprimento de algum dever e obrigação.

CAPITULO III

DO DANO MORAL

3.1 Dano Moral e sua Caracterização

3.1.1 Dano Moral

A palavra dano esta ligada a todo mal ou ofensa experimentada pela vítima, constituindo assim a destruição de um bem ou um prejuízo patrimonial, pois na área jurídica a palavra dano esta relacionada ao prejuízo causado e sua conseqüente diminuição patrimonial. Já a palavra moral, esta ligada aos costumes e a ética. Já Rizzato Nunes define dano moral como:

... o dano moral é aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe cause dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo.²⁵

Diante da citação supra, o dano moral é tudo aquilo que traz como conseqüência a, ofensa a honra, ao afeto, a liberdade, a profissão, o respeito, a saúde, ao nome, ao crédito, ao bem estar e à vida, sem que haja ocorrência de prejuízo econômico. Sendo assim, o dano moral é o elemento principal para a configuração da responsabilidade civil.

²⁵ NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo:Saraiva, 2008, p.321.

Humberto Theodoro Júnior, define quanto a questão que:

É comum afirmar-se que o dano moral não se prova, porque a dor que o caracteriza passa-se no subjetivismo do ofendido. Assim, para sua configuração, bastaria comprovar a ocorrência capaz de ofender os sentimentos comuns das pessoas. Mas não é bem assim. O dano moral reparável ocorre quando se ofendem direitos da personalidade, como o nome, a dignidade, a privacidade, a intimidade e as relações de efetividade inerentes ao convívio humano. Dessa maneira, para ter-se como verificada essa espécie de lesão não se reclama a prova da dor, mas não se dispensa a concreta demonstração de que, efetivamente, se violou alguns dos subjetivos referidos.²⁶

A Turma Recursal, vem gerando decisões quanto ao Dano Moral da seguinte forma:

ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO 1^a TURMA RECURSAL RECURSO: 0030543-86.2008 RECORRENTE: Glória de Oliveira Barbosa. RECORRIDO: Light S/A EMENTA - Corte do fornecimento do serviço de energia elétrica na residência do recorrente, com supedâneo em constatação por inspetores enviados pela concessionária de irregularidade do medidor. Concessão da tutela antecipada para que a empresa procedesse a renovação do fornecimento do serviço essencial. Alegação da empresa, desprovida de prova hábil, de que seus funcionários teriam apurado a existência de irregularidade do medidor que importaria em desvio de energia elétrica. Sequer houve a inserção aos autos de "termo de ocorrência de irregularidade". Imprescindibilidade da realização do devido processo legal, com amplitude de defesa, para que seja promovido o corte do serviço (art. 5º, LV da CF/88). Inexistência de laudo pericial oficial exigido nestas situações, não bastando para a configuração do desvio alegado pela concessionária a simples inspeção realizada por seus funcionários. Vedações pela Lei Estadual 3.024/98 da "empresa concessionária de serviço público interromper a prestação do serviço ou fornecimento dos bens em virtude do não pagamento da cobrança de diferenças de contas anteriores já pagas, salvo mediante autorização expressa do Juiz em processo judicial de cobrança, se tal diferença decorrer de fato atribuído ao consumidor, tendo sido comprovado que agiu ele de má-fé". Prevalência dos direitos básicos do consumidor previstos no art. 6º, IV, VI, VIII e X do CDC. Exigência de pagamento de consumo pretérito, com ameaça de corte do fornecimento do serviço essencial, que atenta contra a determinação legal e ainda contra o sistema de proteção do consumidor. Cobrança que deve ser feita com apoio no devido processo legal, sendo abusiva a forma usada pela concessionária, gerando inquietação ao consumidor, com irrefragável tribulação espiritual que enseja o dever de indenizar. Exigência de pagamento de consumo remoto que não traz a reboque a auto-executoriedade viabilizadora do corte do serviço, sendo para esta finalidade imprescindível o processo judicial. Dano moral configurado. Quantum indenizatório que deve ser fixado de modo a que seja observado o viés punitivo e pedagógico do instituto, sem

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.p. 409-410.

todavia configurar enriquecimento sem justa causa. Arbitramento todavia que se mostra insuficiente, face a desproporcionalidade. Majoração. Provimento parcial do recurso do consumidor. Ante o exposto, na forma do art. 46 da Lei 9.099/95, voto pelo provimento parcial do recurso para majorar o valor fixado a título de danos morais para R\$ 3.000,00, mantendo-se no mais, os ulteriores termos da decisão proferida pelo douto Juízo Singular. Sem ônus sucumbenciais, consoante previsão do art. 55 da Lei 9.099/95. RICARDO ALBERTO PEREIRA Juiz Relator.²⁷

Assim, o dano moral nas relações de consumo é um assunto de grande importância no atual contexto social, por ser um instituto que vem crescendo nos nossos Tribunais, pela quantidade de ações ajuizadas em face do dano moral que vem sofrendo o consumidor brasileiro. O Tribunal de Justiça vem gerando as seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. CONTA INATIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ARTIGO 14 DO CDC. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA. Pretensão indenizatória por dano moral em razão da inclusão indevida do nome da autora em cadastros restritivos de crédito. Alegação de conta salário, estando a mesma inativa. Cobrança indevida de encargos. Falha na prestação do serviço. Violação aos princípios da transparência e da boa-fé objetiva. Compete à instituição bancária comprovar a relação jurídica construtora da obrigação creditícia regularmente formalizada pela autora. Em assim não procedendo, suporta o dever de indenizar, configurando-se o dano moral in re ipsa. Não comprovação pelo banco-reu de comprovar os fatos impeditivos do direito da autora. Responde civilmente a instituição financeira pelos danos que causar em decorrência dos riscos do empreendimento. Inexistência de prova cabal no sentido de que a relação contratual entre as partes tenha se formalizado. Ausência de quaisquer das excludentes de responsabilidade. O arbitramento do dano moral deve atender ao princípio da proporcionalidade, o caráter punitivo-pedagógico da compensação e a vedação ao enriquecimento sem causa. Indenização fixada em R\$ 4.650,00 que merece majoração. Precedentes jurisprudenciais. Juros moratórios. Incidência das Súmulas nº 54, do STJ e 129 desta Corte. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, DO RÉU, COM ARRIMO NO ARTIGO 557, CAPUT DO CPC E, NA FORMA DO ARTIGO 557, §1º - a DO MESMO DIPLOMA LEGAL DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DA AUTORA PARA MAJORAR O QUANTUM INDENIZATÓRIO PARA A QUANTIA DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL

²⁷ Proc. Nº 2009.700.080927-5, Juiz(a) RICARDO ALBERTO PEREIRA. Julgado em 14/12/2009

Conselho Recursal, disponível em

<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBJRP103&PORTAL=1&LAB=JURxWEB&DATA=61913&JOB=4038&INI=11&ORIGEM=5&TOT=300&PALAVRA=DANOEMORALE%20CONSUMIDOR&PRI1=&PRI2=&PRI3=&FLAGCONTA=0>> acesso em 16/06/2010.

REAIS) CORRIGIDA MONETARIAMENTE A PARTIR DESTA DECISÃO E ACRESCIDA DOS JUROS LEGAIS A CONTAR DA CITAÇÃO.²⁸

Os elementos essenciais do dano moral pertencem a um rol meramente exemplificativo, o ser humano tem uma natureza complexa, variável no tempo e no espaço, sujeitos a constantes mutações. Desta forma, não há como elaborar um rol exaustivo ou fechado de valores inerentes a dignidade da pessoa humana e limitar os casos de dano moral.

A definição do dano moral exclui o mero aborrecimento, desconforto ou corriqueiros, sendo que tal fato está ligado à privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando o mero mal-estar e dissabor, certo que tal sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de comprovar a vítima que o infrator foi punido.

Silvio de Salvo Venosa, em sua doutrina cita que:

Dano Moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização.²⁹

O dano moral na concepção da Constituição Federal, nada mais é do que a violação do direito à dignidade, certo que, o dano moral hoje não mais se restringe a dor, a tristeza e o sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimo.

²⁸ Proc. Nº 0082039-71.2008.8.19.0001, Des. ISMENIO PEREIRA DE CASTRO. Julgado em 01/07/2010 – Décima Quarta Câmara Cível, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> acesso em 02/07/2010.

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit. p. 41

Nehemias Domingos de Melo, conclui sobre o referido tema que:

No conceito de dano moral encontramos definições para todos os gostos. Nesse particular, a doutrina é pródiga, porém, em que pesem pequenas nuanças, há uma concordância quanto a classificar a lesão que possa autorizar a indenização por danos morais como aquela que atinge o âmago do individuo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angustia, vexame ou humilhação, e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão por que o caráter da indenização é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e subtrair-lhe o desejo de vingança pessoal.³⁰

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoas físicas ou jurídicas, provocada pelo fato lesivo. Quanto ao fato lesivo da pessoa jurídica Silvio de Salvo Venosa, destaca que:

Levando em consideração que o dano moral atinge o patrimônio moral, o complexo anímico ou psiquismo da pessoa, é objeto de discussão também o fato da *pessoa jurídica* poder ser vítima dessa modalidade de dano. Em princípio toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico. Não há como admitir dor psíquica da pessoa jurídica, senão abalo financeiro da entidade e moral dos membros que a compõem. Aqui sobreleva o aspecto de distúrbio comportamental. Nem por isso, porém, deixará de ser reparado um dano de natureza moral contra a pessoa jurídica: apenas que, a nosso ver, esse dano moral sempre terá reflexo patrimonial. Será sempre economicamente apreciável, por exemplo, o abalo mercadológico que sofre uma empresa acusada injustamente, por exemplo, de vender produtos roubados ou falsificados. No campo da pessoa jurídica, o que levamos em conta no aspecto do dano moral é o ataque a honra objetiva, em síntese, a reputação e o renome. Evidente que não são aplicáveis à pessoa jurídica os princípios dos direitos personalíssimos.³¹

A Constituição Federal, define o dano moral como violação do direito à dignidade, não restringindo apenas à dor, tristeza e o sofrimento.

³⁰ MELO, Nehemias Domingos de., op. cit. p.58.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p.44

3.1.2 Caracterização do Dano Moral

Destaca-se que, a caracterização do dano moral não é nenhum dissabor ou contrariedade. Na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia-a-dia do ser humano, dessa forma alguns contratemplos e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.

A caracterização do dano moral se faz necessário a prudência e bom senso, para que se possa, considerando o homem médio da sociedade, ver configurado ou não a lesão a um daqueles bens inerentes à dignidade humana. Nehemias Domingos de Melo, afirma o seguinte:

Muitos doutrinadores consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar, diante do caso concreto, o que vêm a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais. Essa questão é das mais tormentosas exatamente por não existirem critérios objetivos definidos em lei, de modo que o julgador acaba por buscar supedâneo na doutrina e jurisprudência para aferir a configuração ou não do dano moral.³²

Nesse aspecto, desempenha o juiz um papel de bastante relevância, porque é ele quem, a partir das chamadas máximas experiência, irá analisar o caso concreto e adequá-lo à proteção legal, seja porque dependerá de seu livre arbítrio na fixação do *quantum* indenizatório. A discricionariedade do juiz, contudo, deverá ser decidida pelo bom senso, sendo observados alguns critérios, porquanto haverá de, em face do ilícito perpetrado, analisar o grau de culpa do ofensor, as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, bem como a repercussão do fato lesivo no seio social, de forma que a indenização não seja tão grande que leve a parte contrária a falência, nem tão pequena que humilhe a vítima.

³² MELO, Nehemias Domingos. op. cit. p. 60

Para se caracterizar o dano moral, faz-se necessária a demonstração dos aspectos preventivos com os seguintes pressupostos: a ocorrência do dano, a culpa, ação ou omissão, e o nexo de causalidade. Assim, haverá direito a indenização por danos morais, independente da responsabilidade ser subjetiva, se houve um dano a se reparar, e o dano moral que pode e deve ser indenizado é a dor, a angústia e pelo sofrimento relevantes que cause grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem gerando decisões da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. CELEBRAÇÃO DE ACORDO COM CLÁUSULA DE RETIRADA DO NOME DO AUTOR DOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO, TÃO LOGO O PAGAMENTO DA PRIMEIRA PARCELA. NÃO CUMPRIMENTO POR PARTE DA RÉ. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO AUTORAL, CONDENANDO A EMPRESA DEMANDADA EM INDENIZAÇÃO NO VALOR DE R\$4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). INCONFORMISMO. RECURSO PERSEGUINDO A MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. AUTOR QUE FOI OBRIGADO A RECORRER AO JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DO ACORDADO, PERMANECENDO COM SEU NOME NEGATIVADO INDEVIDAMENTE POR MAIS DE OITO MESES. DECISUM QUE MERECE PARCIAL REFORMA PARA MAJORAR O QUANTUM INDENIZATÓRIO PARA R\$8.000,00 (OITO MIL REAIS), MANTIDA, NO MAIS, A SENTENÇA APELADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1-A matéria em discussão envolve falha de prestação de serviço, sendo decidida com fulcro no Código de Defesa do Consumidor.2-Os documentos trazidos aos autos pelo autor corroboram os fatos descritos na inicial, não tendo a empresa ré trazido esclarecimentos ou documentos para elidir a veracidade daqueles.3-Sem dúvida alguma, os acontecimentos suportados pelo autor/recorrente não lhe causaram apenas aborrecimentos corriqueiros do dia-a-dia, pois a simples inscrição do seu nome no rol de inadimplentes, por si só, **caracteriza o dano moral (Grifo Noso) passível de indenização. Ademais, o autor sofreu o constrangimento da permanência indevida da negativação de seu nome nos cadastros restritivos de crédito por mais de oito meses e viu-se obrigado a procurar o Judiciário, para ver respeitado o seu direito pela empresa ré.4-O valor arbitrado pelo douto magistrado monocrático está aquém do que vem sendo arbitrado por esta Câmara, em casos análogos, devendo ser majorado para R\$8.000,00 (oito mil reais), em face do menosprezo da empresa ré quanto ao acordo celebrado entre as partes, e para que surta sobre ela os efeitos punitivo e educativo, estimulando-a a melhorar a qualificação de seus prepostos para o exercício de suas atividades, evitando-se a reincidência de tais **danos a novos consumidores**.³³**

³³ Proc. Nº 0189762-18.2009.8.19.0001, Des. Roberto Guimarães. Julgado em 21/06/2010 – Décima Primeira Câmara Cível, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> acesso em 30/06/2010.

Não é qualquer dissabor ou constrangimento que deve ser caracterizado dano moral, devendo o mesmo ser visto e entendido como uma dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar e sua integridade psíquica.

3.2 Dano Material

O Dano Material ou patrimonial é a lesão incidente sobre o conjunto de bens do sujeito de direito e que tem valor econômico. Tal dano compõe-se do dano emergente ou positivo, corresponde à efetiva diminuição do patrimônio da pessoa lesada, em razão do ato ilícito, bem como pelo lucro cessante ou dano negativo, representado pela perda futura da vítima. É o comprometimento patrimonial que a vítima razoavelmente deixou de ganha em consequência da violação de seu direito subjetivo.

Héctor Valverde Santana, dispõe a cerca da indenização do dano material e patrimonial que:

A indenização do dano material ou patrimonial busca o restabelecimento da situação da vítima ao momento anterior à prática do ato ilícito, idéia sintetizada no princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*). Então, a reparação material deve objetivar a restituição à vítima o mesmo bem da vida violado. Entretanto, nem sempre é possível a restituição do mesmo bem da vida atingido, quando, de forma subsidiária, o sistema jurídico autoriza a reparação consiste em determinado valor em dinheiro.³⁴

³⁴ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit. p. 155

Assim, sendo, o dano material ou patrimonial, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.

3.3 Da Prova do Dano Moral

A prova do dano moral é uma questão considerada tormentosa, pois refere-se à necessidade ou não de prova do dano moral. Alguns doutrinadores como Nehemias Domingos de Melo³⁵, vem sustentando que, o dano moral por configurar lesão ao íntimo das pessoas dispensa a necessidade de prova, conformando-se a ordem jurídica com a demonstração do ato ilícito, sendo certo que o dano moral estaria configurado desde que demonstrado do fato ofensivo, pois só se indeniza dano efetivamente experimentado.

Ressalta-se que a prova do dano vem sendo uma das grandes dificuldades que tem de ser vencidas pelo autor da pretensão indenizatória, pois este em regra, precisa provar à exaustão, sob pena de ver seu pleito negado.

Silvio de Salvo Venosa, defende que:

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas da experiência. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a *condição social*, e *econômica* dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente

³⁵ MELO, Nehemias Domingos, op. cit. p. 61.

alcançado na medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima.³⁶

A jurisprudência dominante, vem tratando o assunto de forma que já assentou a corte que não há o que se falar em prova do dano moral, mais, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. A prova do dano moral se satisfaz na espécie, com a demonstração do fato que ensejou e pela experiência comum. Ressalta-se ainda que, na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

Há de se dizer que, a dano moral existe a partir de uma lesão, ferindo os direitos íntimos da pessoa humana, tais como: a honra, a imagem, a intimidade; não havendo nenhuma lógica exigir a prova da repercussão dos efeitos de tais violações no íntimo do ofendido. O nosso ordenamento jurídico, há de se conformar com a presunção de que, em razão de qualquer indivíduo que se sentir ofendido em seus valores, irá requerer a reparação de tais danos.

Nehemias Domingos de Melo, diz que:

É importe salientar, contudo, que não é somente a dor o elemento que caracteriza o dano moral e o correspondente dever de indenizar. Situações há em que a caracterização independe da existência ou não da dor, tais como nos casos que envolvem exposição indevida na mídia, agressão à honra, violação da intimidade e da privacidade, dentre outras.³⁷

Dentre os diversos elementos que norteiam a caracterização do dano moral, se destaca a dor, seja ela física ou moral, como um elemento essencial para a determinação da existência do dano moral, que também se pode presumir. A extensão da dor do lesionado não se pode medir, e sim presumir o sofrimento de quem sofreu um dano, humilhação ou sofrimento.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit. p. 44.

³⁷ MELO, Nehemias Domingos de., op. cit. p.62.

3.4 O Dano Moral no Código de Defesa do Consumidor

A Lei de nº 8.078/90, foi coerente com as regras contidas na Constituição federal, no que se refere aos danos morais, pois além de prever a sua efetiva reparação o fez sem nenhuma limitação, afirmando que a reparação por danos morais aos consumidores lesionados deve ocorrer de forma ampla, total e irrestrita, não se submetendo a nenhuma espécie de limitação. A referida Lei prevê um título geral em que trata dos direitos do consumidor a referida reparação dos danos morais e materiais eventualmente sofridos, de tal forma que é dever também do Estado, pois este também poderá ser processado através de sanções administrativas, bem como por ações de natureza penal.

Atente-se que, entre os direitos básicos do consumidor não está apenas o ressarcimento integral dos seus prejuízos, mas também a proteção ao direito a vida, à saúde e a segurança, em perfeita harmonia com o princípio do respeito a dignidade humana contida na Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor também consignou as formas por quais o consumidor possa defender a sua honra, tais como: proibindo cobranças de forma vexatória, baseado no art. 42³⁸ ; a indenização em dobro, nos casos de cobranças indevidas ou excessivas, conforme preceitua o parágrafo único³⁹ do art. 42; a proteção contra as propagandas enganosas, comerciais desleais, e práticas abusivas, contidas nos artigos 6º, IV⁴⁰, e 39 à 42, dentre outros. Nesse sentido Silvio de Salvo Venosa, destaque que:

... a indenização pelo dano exclusivamente moral não possui o acanhado aspecto de reparar unicamente o *preium doloris*, mas busca restaurar a dignidade do ofendido. Por isso, não há que se dizer que a indenização por

³⁸ Art. 42 “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

³⁹ Parágrafo Único do art. 42 “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

⁴⁰ Art. 6º “São direitos básicos do consumidor:

I- (...);

IV- A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.”

dano moral é um preço que se paga pela dor sofrida. È claro que é isso e muito mais.⁴¹

Os artigos citados no parágrafo anterior, tem por finalidade proteger o consumidor de forma mais ampla possível, facultando o Código de Defesa do Consumidor o manejo de todas as ações judiciais que possa propiciar a efetiva tutela contida no art.83⁴², dando amplo acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com a isenção das taxas e custas (art. 6º, VII⁴³), além de prever a facilitação do direito de defesa, bem como a inversão do ônus da prova a seu favor, quando as alegações forem verossímil (art. 6º, VIII⁴⁴).

Silvio de Salvo Venosa, destaca ainda quanto aos danos praticados por fornecedores de produtos e serviços que:

Os danos projetados nos consumidores, decorrentes da atividade do fornecedor de produtos e serviços, devem ser cabalmente indenizados. No nosso sistema foi adotada a responsabilidade objetiva no campo do consumidor, sem que haja limites para a indenização. Ao contrários do que ocorre em outros setores, no campo da indenização aos consumidores não existe limitação tarifada.⁴⁵

Diante da citação acima, a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços sempre será objetiva, conforme já citado anteriormente, estabelecendo de tal forma o de causalidade entre o produto ou serviço fornecido, e o dano sofrido pelo consumidor, no qual é suficiente para que o fornecedor seja obrigado a indenizar o consumidor lesionado.

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit. p. 296.

⁴² Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

⁴³ Inciso VII do art. 6º “o acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.”

⁴⁴ Inciso VIII do art. 6º “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

⁴⁵ *Ibidem* p. 249.

3.5 Fixação do Valor da Indenização

A fixação do valor da indenização constitui-se dentro da complexa temática do dano moral. A questão apresenta-se complexa em virtude da impossibilidade de encontrar uma quantia correspondente com a exatidão ao dano moral sofrido pela vítima. Não há um critério de equivalência absoluta, uma medida certa que represente a restituição integral do prejuízo imaterial, fato este que agrava a dificuldade na análise de tal matéria. Nehemias⁴⁶ adota a teoria de que: "... a definição da verba indenizatória a título de danos morais deveria ser fixada tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima, o caráter punitivo para o causador do dano, e o caráter exemplar para a sociedade."

A jurisprudência é pacífica quanto a fixação do valor, no qual se destaca:

DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. APLICAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO DO EMPREENDIMENTO. NEGATIVAÇÃO QUE ATENTA CONTRA A DIGNIDADE DA PARTE E ENSEJA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DO CONSTRANGIMENTO DO AUTOR PELA INSERÇÃO DE SEU NOME EM ÓRGÃO PROTETIVO DE CRÉDITO, O QUE CONSTITUI VERDADEIRO ÍNDICE DE EXCLUSÃO DE ACESSO AO CONSUMO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO, CONDENANDO AS RÉS SOLIDARIAMENTE A INDENIZAR O AUTOR POR DANOS MORAIS EM R\$5.000,00 (CINCO MIL REAIS). A INDENIZAÇÃO DEVE REPRESENTAR COMPENSAÇÃO RAZOÁVEL PELO CONSTRANGIMENTO EXPERIMENTADO, CUJA INTENSIDADE, ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES DE CADA CONFLITO DE INTERESSES, DEVE SER CONSIDERADA PARA **FIXAÇÃO DO VALOR.**(*Grifo Nossos*) QUANTUM QUE OBEDECE AO **CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE.** **VALOR** ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. R. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT,

⁴⁶ MELO, Nehemias Domingos de., op. cit. p. 285.

DO CPC, C/C ART. 31, VIII, DO REGIMENTO INTERNO DESTA COLENDA CORTE.⁴⁷

Nos casos de dano material, não a mesma dificuldade, eis que, a quantificação do dano material se efetiva com a mera aferição da alteração patrimonial negativa, tornando suficiente o raciocínio no sentido de identificar o que a vítima tinha antes do ato lesivo de seu patrimônio, e o que efetivamente restou após a violação. Assim, a diferença encontrada é o valor da indenização.

O princípio da reparação integral é regente da responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo, que estabelece a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais sofridos pelo consumidor. Portanto, interpreta-se a aludida regra legal como a plena, completa e incondicional indenização dos prejuízos experimentados pela atividade do fornecedor, seja no plano contratual ou extracontratual.

O direito brasileiro não contempla quantias específicas para atender a cada uma das finalidades da reparação do dano moral, e sim prevê o pagamento de um determinado valor que deve atender simultaneamente a todas as finalidades da indenização.

Héctor Valverde Santana, destaca o seguinte:

O processamento de fixação do valor da indenização dos danos morais pressupõe o esgotamento da discussão sobre o *an debeatur*, ou seja, exigi-se que esteja incontroverso o dever de reparar pecuniariamente a violação dos direitos da personalidade do consumidor-vítima. Nesta fase, mostra-se inviável estabelecer qualquer discussão sobre a possibilidade de compensar a dor do consumidor-vítima com dinheiro - ultrapassado argumento utilizado pelos adeptos da corrente negativista – ou invocar a incerteza do rol aberto dos direitos da personalidade, ou reinventar uma causa excludente de

⁴⁷ Proc. Nº 0151116-36.2009.8.19.0001, Des. Cleber Ghelfenstein. Julgado em 23/06/2010 – Décima Quarta Câmara Cível, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> acesso em 30/06/2010

ilicitude, ou qualquer outra tese de defesa quanto à existência da obrigação de reparar o dano experimentado pelo consumidor-vítima⁴⁸.

Esclarece que há uma imperatividade da plena demonstração dos requisitos gerais da responsabilidade civil, com antecedente lógico para o procedimento de fixação do valor da indenização por danos morais. Sílvio Rodrigues⁴⁹, destaca que: “ Será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima”

Ressalta que, o sistema jurídico autoriza o juiz a estabelecer o valor do dano moral sem previas limitações, mediante livre arbitramento, de forma que seja atendida todas as pecuniariedades de cada caso concreto. Mesmo não havendo critérios legais, o juiz deve observar critérios lógicos na fundamentação da sentença, a fim de possibilitar o controle da racionalidade de seu ato. O arbitramento judicial é o melhor meio de quantificação do dano moral, o que se mostra mais justo e seguro, devendo o juiz trilhar os critérios fornecidos pela lei, doutrina e jurisprudência, devendo evitar o chamado enriquecimento sem causa.

3.5.1 Critérios de Fixação

Há muito tempo todos os operadores de direito tem desenvolvido esforços no sentido de estabelecer critérios para a valorização do dano moral. Sendo que ainda não foi eleito um critério padronizado que pudesse ser admitido de forma unânime quanto a quantificação pecuniária da lesão dos direitos da personalidade. Como não há critérios determinado em lei, grande parte da sociedade tem efetuado verdadeiras aventuras jurídicas, a pretexto de receber indenizações milionárias a título de danos morais. Silvio Rodrigues, defende a tese de que:

⁴⁸ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p. 202.

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio, op. cit. p. 192.

... confere ao juiz poderes para fixar moderadamente uma indenização por dano moral, não está ele conferindo a um homem o poder de fixar tal indenização; em rigor, está conferido ao Poder Judiciário aquela prerrogativa, pois a decisão do juiz singular será examinada pela instâncias superiores e se aquela vier a ser confirmada pela apelação, embargos e recursos extraordinário, tal decisão decerto representará o sentido de toda uma elite intelectual, representada pelo referido Poder Judiciário.⁵⁰

Assim, a correta estimativa da indenização por dano moral jamais poderá ser feita, levando-se em conta a potencial economia da parte demandada. Héctor Valverde Santana acrescenta que:

... Registra-se que o dano moral é *incomensurável*, uma vez que não tem tradução pecuniária. Portanto, a indenização por dano moral é uma convenção, cujo valor deve ser determinado pelo juiz, todavia com apoio em critérios de flexibilidade de que o direito dispõe. Considera que há necessidade de homogeneização das indenizações a fim de evitar o descrédito da justiça, evitando a fixação em valor ínfimo, mas adotando-se um *piso flexível* de acordo com as particularidades do caso concreto. Por outro lado deve-se a observância de um *teto prudente*, não permitindo que a indenização se torne em fonte de enriquecimento injusto, uma vez que é vedado ao juiz fazer generosidade com dinheiro alheio.⁵¹

Diante da citação acima, sustenta-se que a indenização por dano moral somente deve ser concedido se houver prova convincente, firme e clara de sua ocorrência, pois o dano moral nem sempre tem uma resposta afirmativa, mas deve ser aferida dentro de cada caso concreto, mediante convicção formada com base na prova dos autos.

Rizzato Nunes, adota os seguintes critérios de fixação do dano moral:

De qualquer maneira, inspirado em parte na doutrina e em parte na jurisprudência, mas principalmente levando-se em conta os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, do respeito à vida e da garantia à incolumidade física e psíquica, com o asseguramento de uma sadia qualidade de vida e do princípio da isonomia, e ainda, a garantia da intimidade, vida privada, imagem e honra, é

⁵⁰ RODRIGUES, Silvio, op. cit. p. 192.

⁵¹ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p. 224.

possível fixarem-se alguns parâmetros para a determinação da indenização por danos morais, quais sejam:

- a) a natureza específica da ofensa sofrida;
- b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido;
- c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido;
- d) a existência do dolo – má fé – por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;
- e) a situação econômica do ofensor;
- f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
- g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;
- h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido;
- i) necessidade de punição.⁵²

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, adota o seguinte critério de fixação:

Embargos de declaração. Apelação Cível. Revelia. Inclusão indevida do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito. Danos morais caracterizados. Indenização arbitrada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Recurso desprovido, considerando-se a inexistência de sucumbência quando a parte deixa ao arbítrio do Juízo a **fixação do valor** da indenização. Embargos de Declaração invocando contradição do julgado quanto ao quantum indenizatório, pedido na inicial no correspondente a 100 (cem) salários mínimos. Contradição verificada. Montante efetivamente fixado de forma reduzida, segundo os **critérios** de satisfação/ punição e razoabilidade/proportionalidade utilizados por esta Câmara Cível em situações semelhantes, motivo porque ora é majorado para R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais) correspondentes a 10 (dez) salários mínimos. Acolhimento dos embargos para, corrigindo a contradição, dar provimento parcial ao apelo do autor para majorar o montante indenizatório.⁵³

O valor da indenização por dano moral não pode representar uma obstrução ao desenvolvimento da atividade do fornecedor no mercado de consumo. Héctor Valverde Santa cita que:

⁵² NUNES, Rizzato, op. cit. p.324

⁵³ Proc. Nº 0009789-37.2008.8.19.0002 (2009.001.61528), Des. Gilberto Dutra Moreira. Julgado em 16/06/2010 – Décima Câmara Cível, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> acesso em 30/06/2010

A fim de cumprir as finalidade punitiva e preventiva da indenização por dano moral, bem como evitar que um valor inexpressivo sirva de estímulo a novas práticas, inclusive a ponto de uma avaliação contábil sobre a conveniência de lucratividade na reintegração de violações, exige-se que haja uma compatibilidade entre o *quantum* indenizatório e o porte econômico da pessoa jurídica ou física que atua na respectiva relação jurídica como fornecedor.⁵⁴

Desta forma, as condições pessoais da vítima são consideradas na avaliação do dano moral. A sua finalidade compensatória deve ser atendida, uma vez que está superada a concepção de que a indenização representa apenas preço da dor, mas também significa efetivamente uma reação do sistema jurídico a violação de direito com caráter de satisfação, buscando amenizar os negativos efeitos da violação experimentada. São apreciados também os diversos fatores pessoais da vítima, dentre eles o nível cultural, a inserção social e as características vinculadas a esfera espiritual, excluindo apenas a capacidade econômica da vítima, sendo tal aspecto vinculado apenas a atividade do fornecedor.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, traz algumas decisões no qual o magistrado adota critério de indenização, tal como:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SERVIÇO DE TELEFONIA. INTERRUPÇÃO. COBRANÇAS INDEVIDAS. LOCAL DE RISCO. 1. O caso versa sobre relação de consumo, pois a autora enquadra-se no conceito de consumidor descrito no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a ré no de fornecedor, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal. Além disso, a demandante é a destinatária final dos serviços prestados pela demandada.2. É incontroverso que a demandante encontra-se privada do serviço de telefonia desde maio de 2007.3. Inexistência de inadimplemento, pois comprovado nos autos o pagamento das faturas.4. Responsabilidade objetiva da concessionária do serviço público de telefonia, incumbindo-lhe a comprovação de fortuito ou fato exclusivo da vítima ou de terceiros, sem êxito no processo. Precedente do TJRJ.5. Comprovadas outras visitas a moradores da comunidade onde reside a autora, restou provado que o ingresso de prepostos da ré é possível, desnecessária, portanto, a conversão da obrigação em perdas e danos. Precedentes do TJRJ.6. Com efeito, o magistrado deve adotar critérios norteadores da fixação do valor (Grifo Nossa) da condenação, quando levará em conta o grau de culpa do agente, a culpa concorrente da vítima e as condições econômicas das partes, além dos princípios da razoabilidade e

⁵⁴ SANTANA, Héctor Valverde, op. cit., p.p. 228-229.

da proporcionalidade. Diante das indevidas cobranças que perduraram por aproximados três anos, causando à demandante injusto aborrecimento por não dispor de serviço e por ter sido cobrada indevidamente pelo serviço, a verba indenizatória arbitrada em primeiro grau deve ser mantida. Precedentes do TJRJ.⁷ Recursos que não seguem.⁵⁵

Assim, devido a falta de legislação específica, os juízes devem ser coerentes em suas condenações, buscando nos casos semelhantes aplicar as mesmas condenações, ou seja, a mesma fixação de valor, para não causar prejuízos a outrem, nem enriquecimentos ilícitos.

⁵⁵ Proc. Nº 0365356-80.2008.8.19.0001, Des. Jose Carlos Paes. Julgado em 29/06/2010 – Décima Quarta Câmara Cível, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> acesso em 30/06/2010

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os critérios apresentados no presente trabalho a base dos elementos jurídicos para a caracterização do dano moral sobre os direitos básicos do consumidor, pois com a chegada da Lei de nº 8.078/90, houve uma maior proteção aos consumidores que até então não possuía um diploma legal específico voltado para sua defesa.

O consumidor é considerado toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto e serviço como destinatário final. Apesar da pessoa jurídica estar incluída no rol de consumidor, este também adquire e utiliza produtos e serviços como destinatário final, sendo certo que a pessoa física é considerada a parte mais frágil numa relação de consumo, já o consumidor por equiparação, é o que visa proteger a coletividade, buscando a lealdade e segurança frente aos demais consumidores, pois tal equiparação envolve sempre a terceira pessoa, apesar de não esta envolvido diretamente, este é atingido seja por algum defeito no produto ou serviço, dando a este condição de lutar pela igualdade de seus direitos.

O fornecedor de produtos e serviços também está incluído nos elementos da relação jurídica, pois é a pessoa responsável pelo fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, pois o produto pode ser de cunho material e imaterial, móvel e imóvel, não cabendo restrições, sendo assim, considera-se produto todo o bem adquirido em uma relação de consumo. O serviço é considerado qualquer atividade que gera algum benefício ou satisfação para quem adquire, e podem ser desenvolvidos por pessoas autônomas, físicas dentre outras.

Com o surgimento da Lei de nº 8.078/90, a relação jurídica de consumo se faz necessário a presença do consumidor como destinatário final de bens e serviços, bem como a do fornecedor, que fornecem os bens e serviços no mercado de consumo.

A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor em regra será sempre objetiva, como fundamento de danos ocorridos por acidentes de consumo, pois tal responsabilidade

está ligada a teoria do risco da atividade profissional. Se torna também objetiva pelo fato do consumidor ser sempre considerado a parte mais fraca de uma relação jurídica. Já a responsabilidade subjetiva está ligada a culpa, caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia.

No Código de Defesa do Consumidor surge a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço que estabelece que o produtor e fornecedor devam oferecer de forma segura, de tal modo que não coloque em risco a vida e a saúde das pessoas. Quanto a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, este está ligado ao defeito, embora não cause nenhum acidente ao consumidor, impede o seu uso. Tal responsabilidade está prevista na Lei de nº 8.078/90, que garante o consumidor a troca do produto e/ou a restituição da quantia paga, baseado em seu art. 18. Quanto a excludentes de responsabilidade, está ligada a inexistência do defeito, bem como a prova do fornecedor, produtor e construtor, pela não colocação do produto no mercado de consumo, e ainda a culpa exclusiva do consumidor e de terceiro, sendo certo que a culpa do fornecedor exclui a responsabilidade objetiva, que é uma responsabilidade de característica do consumidor.

A tutela do Dano Moral serve para proteger os bens mais valioso de qualquer pessoa, que é a personalidade, ou melhor dizendo, a dignidade da pessoa humana. A figura do dano moral está contida na Constituição Federal bem como no Código de Defesa do Consumidor, que tem por objetivo reparar tudo aquilo que traz como consequência a saúde, a vida, ofensa a honra, a dor n'alma, liberdade, dentre outros.

A caracterização do dano moral é configurado pela lesão a um dos bens mais inerentes a dignidade humana, cabendo a figura do magistrado o dever de analisar o dano através dos pressupostos, tais como: culpa, ação ou omissão e o nexo causal. É através desses pressupostos que o magistrado fará uma análise do dano que o consumidor sofreu, sendo certo que não é qualquer dissabor que acarreta o dano moral. Já o dano material está ligada a lesão dos bens do consumidor, trazendo como consequência a diminuição do dano patrimonial em face dos atos lesivos.

Quanto a prova do dano moral se faz necessário na relação de consumo, para que seja configurado o dano causado pela violação que gerou a dor, o sofrimento, angústia e a violação do íntimo do ofendido, cabendo ao juiz a análise de tal prova. O dano moral contido no Código de Defesa do Consumidor, prevê a reparação ao consumidor sem nenhuma limitação, de tal forma que a reparação do dano ocorre de forma ampla, sem restrições. O referido código também prevê a reparação pelos danos advindos da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviço, que sempre será objetiva.

A fixação do valor da causa é uma questão difícil no mundo do direito abstrato, pois em nosso ordenamento jurídico não se tem uma quantia fixa para cada tipo de dano que o consumidor sofre. A fixação do valor é feito através de critérios análogos, devendo o juiz fixar uma quantia em dinheiro a ponto que satisfaça a pessoa do ofendido, lesado, dentre outros. Os operadores de direito vêm se esforçando para que haja critérios de fixação do dano moral, para que tal indenização se torne mais justa, no sentido de dar a cada um o que é seu de direito, de acordo com os princípios gerais de direito, sem que tenha que mudar o seu padrão de vida ou proporcionar um enriquecimento ilícito.

Verifica-se que, com a chegada da lei de nº 8.078/90, a relação de consumo tornou-se mais equilibrada, pois o consumidor quase sempre é a parte mais fraca na relação de consumo, diante do grande poder econômico dos fornecedores, passou a ter seus direitos respeitados pelos fornecedores em geral.

Quanto a aplicação da lei, ressaltando-se a responsabilidade objetiva, quanto a seu ofensor, sejam eles prestadores de serviços, fabricantes e comerciantes, pois visa uma maior proteção a coletividade, buscando lealdade e segurança dos produtos e serviços utilizados, cabendo ao Poder Judiciário aplicação de penalidade em caso de descumprimento da referida lei, atentando-se sempre o caráter punitivo/pedagógico, dentro de uma lógica para que o ofensor não veja a praticar o mesmo fato reiteradamente, e ainda dentro de uma razoabilidade para que não haja enriquecimento ilícito para o ofendido.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p.p. 1-561.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**, Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: Ed. Atlas, 2009. p.p. 1-275

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral nas Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.p. 1-298

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.p. 1-844

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.p. 1-274

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2009. p.p. 1-269

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.p. 1-517

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p.p. 1-337

www.tjrj.jus.br