



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Dano Moral e a Prevenção de Danos nas Relações de Consumo

Aline de Abreu Correia

Rio de Janeiro
2009

ALINE DE ABREU CORREIA

O Dano Moral e a Prevenção de Danos nas Relações de Consumo

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

O DANO MORAL E A PREVENÇÃO DE DANOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Aline de Abreu Correia

Graduada pela Faculdade de Direito do Estado
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Aborda-se alguns aspectos inconvenientes da consideração da sanção punitivo-pedagógica como parte integrante da reparação por dano moral decorrente de defeitos e vícios de produtos e serviços. Sugere-se aplicação de sanção de multa a ser revertida para fundos especiais.

Palavras-chaves: dano, moral, prevenção, punitivo-pedagógico, enriquecimento sem causa, isonomia, consumidor, fornecedor, expectativa, vício, defeito, produto, serviço, multa, destinatário, fundo

Sumário: 1. Introdução 2. O dano moral: definição. 3. As teorias positivista e negativista do dano moral 4. A reparabilidade do dano moral no direito brasileiro 5. A Constituição de 1988 e a defesa do consumidor 6. O dano moral e o direito básico do consumidor à sua efetiva prevenção e reparação 7. As expectativas de qualidade e segurança depositadas nos produtos e serviços 8. As distorções geradas pelo caráter punitivo-pedagógico que se atribui à reparação do dano moral 9. A retirada do *plus* punitivo da reparação por dano moral e a instituição de multa a ser revertida para fundo de defesa do consumidor 10. Conclusão 11. Referências

1. INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado visa abordar o tema sobre a quantificação do dano moral, mais precisamente dos que surgem no âmbito das relações de consumo, em decorrência de defeitos e vícios nos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores, cuja reclamação vem assoberbando a cada dia o Judiciário.

A reiteração dos danos materiais e morais decorrentes de produtos e serviços insistentemente oferecidos ao consumidor, sem qualquer preocupação com sua adequação e segurança, tem demonstrado que a simples atribuição de caráter punitivo à reparação por dano moral não tem sido suficiente para o fim a que se presta, além de gerar distorções.

O presente artigo tem por objetivo identificar os principais aspectos de quantificação da reparação por dano moral, quais sejam: o pedagógico e o compensatório, demonstrar em que medida a pessoa do fornecedor deve ser observada no arbitramento da quantia reparatória do dano, e explicitar a inconveniência de se inserir a punição pedagógica no *quantum* destinado ao consumidor, mas sem perder de vista a premente necessidade de prevenir os danos nas relações de consumo.

Para esse efeito, mediante investigação doutrinária e jurisprudencial, aponta-se o conceito de dano moral, faz-se breve contraposição entre os argumentos da teoria que admite a reparabilidade do dano moral e da que não a admite e aborda-se sumariamente a discussão sobre a reparabilidade do dano moral no Direito Brasileiro.

Apresenta-se, ainda, a importância constitucional dada à proteção do consumidor a partir de 1988, realça-se o direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação dos danos morais, estabelece-se relação entre esse direito e os aspectos compensatório e punitivo pedagógico do dano moral e as controvérsias existentes quanto ao aspecto punitivo pedagógico do dano moral.

Então, aborda-se dentro do prisma compensatório do dano moral a expectativa do consumidor em conformidade com a hipersuficiência do fornecedor, de modo a extremá-la da noção de quantia punitiva e apresentam-se os problemas de se atribuir caráter também punitivo à reparação por dano moral, com a apresentação de exemplos fictícios.

Por fim, sinaliza-se de que modo podem ser solucionados os referidos problemas e tornado efetivo o direito à prevenção de danos materiais e morais a que faz jus o consumidor.

2. O DANO MORAL: DEFINIÇÃO

O dano moral é definido por FILHO (2003, p. 95) como a “reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade,

causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores de espírito”. Reconhece o autor que esse dano não se restringe, nos dias de hoje, à dor, ao sofrimento e à tristeza, mas à violação de qualquer valor integrante dos “complexos de ordem ética”, no que se inclui a ética nas relações de consumo.

A ética é composta por regras ditadas pelo corpo social, que indicam a cada indivíduo de que forma e dentro de que limites agir. A justiça nas relações de consumo, mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, já impunha a observância de um padrão de conduta por parte dos fornecedores, o qual, a despeito da proteção ditada pelo estatuto, é no mais das vezes ignorada.

Note-se que o dano moral se coloca ao lado do dano material, e com ele não se confunde. Traduz um prejuízo subjetivo, materializado sobre a pessoa, enquanto o dano patrimonial traduz um prejuízo objetivo, sobre determinada coisa. É perfeitamente possível que de um mesmo fato emanem danos de ordem material e imaterial, e cada um deles será merecedor da respectiva reparação. Mas nem sempre assim se entendeu.

3. AS TEORIAS POSITIVISTA E NEGATIVISTA DO DANO MORAL

Admitida a existência de danos morais, dividiram-se os juristas entre os que afirmavam a sua reparabilidade e os que a negavam. Nasceram, então, as teorias positivistas e negativistas da reparação do dano moral. Mas os positivistas, com sucesso rebateram os argumentos apresentados pelos negativistas, tal qual é demonstrado por CAHALI (2005).

Com relação à crítica negativista de que a palavra dano não se adequaria às perturbações de ordem moral, respondeu-se que a idéia de dano traduziria a diminuição de um bem estar, fosse moral, fosse material e que qualquer limitação desse conceito se mostraria arbitrária.

Quanto ao argumento de que haveria incerteza sobre a existência de um direito violado, atestou-se que os direitos violados com o dano moral seriam aqueles inerentes à personalidade do ser humano, como a imagem, a honra, a integridade psíquica, etc.

Rebateu-se também a tese de que haveria dificuldade em se identificar o dano moral, e alegou-se que reconhecidos direitos inerentes à personalidade, seria medida de justiça impor a

reparação ao causador do dano. Seria inócuo o reconhecimento de um direito sem que lhe fosse assegurada efetiva tutela.

Refutou-se, também, a alegação da indenidade do dano moral como óbice, e afirmou-se que a sua reparação não reclamaria equivalência absoluta e que teria caráter meramente satisfativo. Ou seja: embora não fosse possível, mediante soma pecuniária, fazer com que o moralmente ofendido retornasse ao estado anterior, seria viável proporcionar uma compensação pelo que sofreu.

Afirmou-se que o fato de existir um dano igualmente punido pelo Direito Penal não impediria que fosse aplicada também reprimenda civil. De fato, não há confusão entre as esferas civil e penal. O que faz com que uma infração legal seja elevada à categoria de crime é a sua maior gravidade, o que não quer dizer que já não possua reprimenda na esfera civil ou mesmo na administrativa.

Contra a afirmação de que seria imoral reparar pecuniariamente alguém que tivesse sua moral lesada, respondeu-se que a condenação em dinheiro não teria por fim dar valor à dor, mas sim proporcionar prazeres ao ofendido que permitiriam que ela fosse atenuada, e que concluir-se pela indenidade sim é que seria imoral.

Por fim, em face da colocação de que haveria desmesurado arbítrio posto na mão do julgador, considerada a dificuldade de se mensurar o dano moral, respondeu-se que tal risco não seria exclusividade dessa espécie de dano, e que apareceria, por vezes, também na reparação do dano material.

Houve ainda quem defendesse uma solução intermediária, no sentido de que só existiria dano moral quando a ele tivesse dado causa, indiretamente, um dano econômico, patrimonial. CAHALI (2005, p. 29) denuncia a incoerência e inutilidade dessa teoria eclética ao explicitar que “se o dano material é o fundamento único da reparação, é claro que não seria o prejuízo moral o objeto dela, e sim o material, sobre o qual nenhuma controvérsia existe”.

Como se pode observar, degladiaram-se os juristas acerca da reparabilidade do dano moral, mas, ao final, a teoria positivista ganhou força e prevaleceu sobre a teoria negativista. Reconheceu-se a necessidade de se fazer justiça diante de uma realidade, isto é, diante da necessidade de se compensar sofrimentos íntimos, decorrentes de atos ilícitos.

4. A REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 traz dentre o rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º, o direito à indenização por dano moral, ao lado do dano material e do dano à imagem, do que expressamente se deduz a vontade do legislador constituinte de proteger e reparar não só aqueles danos que alcancem o patrimônio pecuniariamente estimável do indivíduo, mas também o inestimável, de conteúdo imaterial.

Já na legislação infraconstitucional, havia, antes mesmo da Constituição de 1988, previsão genérica acerca da reparação de danos, no art. 159 do Código Civil de 1916, que previa que todo aquele que causasse prejuízo a alguém em razão de ação ou omissão deveria reparar o dano. Não havia menção expressa ao dano moral, o que gerava certa dificuldade em se reconhecê-lo e, por conseguinte, o direito à sua reparação.

CAHALI (2005), embora já reconhecendo a prevalência da teoria positivista, entendia que o Código Civil de 1916 não o previa e que, portanto, não poderia haver reparação.

Porém, referindo-se a Clóvis Bevilacqua sobre o alcance do art. 76 da lei civil de 1916, que preceituava que para propor ou contestar uma ação seria necessário ter interesse econômico ou moral, explicou o autor que ao se ter admitido a propositura de ação para defender interesse moral, naturalmente, admitiu-se a possibilidade de vê-lo restaurado, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro.

Realmente, ao se admitir a existência de interesses morais e a possibilidade de se os defender mediante ação, reconheceu-se a possibilidade de pleitear a reparação de eventuais danos imateriais. Do contrário, o dispositivo seria inútil, afinal, a todo e qualquer direito ou interesse normatizado deve corresponder uma proteção adequada.

O autor, aliás, tece importante observação acerca do momento em que o Código Civil de 1916 foi elaborado, quando dominava o conceito de ação vinculado ao direito subjetivo, e não o sustentado pela atualmente difundida teoria autonomista do direito de ação, a qual admite o interesse processual a despeito de não haver titularidade do direito material correspondente.

É que na época em que o Código de 1916 foi elaborado, a ação era vista como mero apêndice do direito material. Era preciso existir um suporte fático para que o autor pudesse ir a juízo defendê-lo. Não bastava que o indivíduo simplesmente afirmasse em juízo ser titular

daquele direito. Aquele interesse moral do art. 76, portanto, não seria um interesse meramente processual, mas um interesse fático, real.

Observa GABRIEL (2002) que antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais já consagravam a reparabilidade por danos morais.

Já em 1990, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu, como já mencionado, direito fundamental do consumidor “à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, assegurou à criança e ao adolescente o direito à integridade física, psíquica e moral.

O novo Código Civil, publicado em 2002, não obstante posição doutrinária favorável à reparação do dano moral, não trouxe expressamente regra geral de reparação desse dano e parâmetros para a sua liquidação.

Mas a falta de regra geral concernente à reparação do dano moral não poderia servir de justificativa para que o agente ficasse isento de reparar o dano cometido. Caberia ao aplicador do direito integrar o ordenamento jurídico já que, a partir de normas casuísticas, seria possível se chegar a um princípio geral da reparabilidade do dano moral.

A jurisprudência de nossos tribunais evoluiu da tese que não admitia a reparabilidade do dano moral, passou pela que admitia desde que em sua base estivesse um dano de ordem patrimonial até que, enfim, o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento, com esteio da Constituição Federal e mediante edição da súmula 37, de que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

5. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com observação de MARQUES *et al* (2008, p. 30), a nova ordem constitucional, tradutora de direitos fundamentais de liberdade e de direitos sociais de prestação, fez com que o direito privado sofresse publicização, de modo que se tornou crescente e necessária a intervenção do Estado na atividade econômica entre particulares, a qual “denota o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas”.

Classicamente, a vontade das partes quando da contratação entre si se sobrepunha à vontade do legislador, que meramente assumia a função de garantir e proteger a autonomia da vontade e os efeitos dos contratos firmados com base nessa liberdade volitiva, mediante regras interpretativas e supletivas. E como nesse momento as contratações eram feitas de acordo com a livre vontade das partes, não importava o fato de haver diferenças entre elas.

Todavia, a produção em série, fruto da Revolução Industrial, sedenta por número cada vez maior de consumidores que atendessem ao aumento de sua oferta, fez com que surgissem contratos padronizados: os contratos de adesão, os quais proporcionavam mais segurança, eficiência, agilidade, economia e praticidade para os fornecedores.

E com o fim de aumentar a demanda pelos produtos e serviços oferecidos em larga escala, passou-se a investir em maciça publicidade, capaz de persuadir o consumidor, que passou a adquirir produtos e serviços não mais somente em função de sua necessidade.

Ao final de tudo isso, o consumidor, o qual era para ter sido valorizado e preservado como peça chave para o sucesso do sistema, foi, em vez disso, colocado em posição de inferioridade e ficou mais vulnerável a danos materiais e morais.

Diante de tal constatação, de acordo com a análise de DELFINO (2003), o Estado sentiu a necessidade de intervir nas relações entre particulares, para que fossem aplainadas as diferenças que vinham colocando o consumidor em condição de inferioridade. Mas apenas com a Constituição Federal de 1988 é que a clássica concepção do contrato começou a finalmente ser desacreditada no Brasil.

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e em seu art. 170, V traz como princípio geral das atividades econômicas a defesa do consumidor. Significa, que o Estado-juiz, o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo devem realizar positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores.

A lei que regulamenta essa forma como deverá ser promovida a defesa do consumidor é o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90.

Como do próprio nome se deduz, tal código foi criado com o especial objetivo de proteger aquele que se revelou como parte mais fraca nas relações de consumo. A relação de consumo é aquela que envolve de um lado o consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire, utiliza ou mesmo é vitimado por produto ou serviço, e, de outro lado, o fornecedor, que é quem oferece o produto e/ou serviço, de acordo com os artigos 2º, 3º e 17 do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 1º do estatuto consumerista afirma expressamente o caráter de ordem pública e interesse social das normas nele contidas. Revela ao operador a obrigatoriedade, rigidez e imperatividade de seus dispositivos, os quais devem ser sempre observados de modo a permitir o equilíbrio entre a parte mais forte da relação, o fornecedor, e a parte mais fraca, o consumidor.

Por ordem pública entendem-se os assuntos de interesse de toda a sociedade e que estão colocados acima das vontades dos sujeitos de uma relação, e que devem, por isso, ser analisados de ofício pelo magistrado, independentemente de provocação da parte.

6. O DANO MORAL E O DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À SUA EFETIVA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO

O art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação, além dos danos materiais, dos danos morais que venha a sofrer. “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Com relação ao dano moral, que interessa ao presente trabalho, mesmo fora do âmbito consumerista, a maioria dos juristas sustenta que, ao quantificá-lo, o juiz deve, ao mesmo tempo, observar o que seja justo para compensar o ofendido e eficaz para dissuadir o ofensor. Atribuem à reparação pelo dano moral, portanto, dois aspectos: um compensatório e outro punitivo-pedagógico.

A compensação ocorre quando o ofendido, ao ser contemplado com determinada quantia, tem amenizado o seu sofrimento. A punição pedagógica, por outro lado, têm lugar quando o ofensor tem de pagar quantia tal que o iniba de reiterar condutas danosas. A punição em valor suficiente a abalar as finanças do agente lesante o demove de novas práticas lesivas da mesma espécie ou diversa.

SCHONBLUM (2000, p. 132), defendendo o caráter punitivo pedagógico, já alertou, quanto às condutas danosas, que a condenação à reparação de dano moral é instrumento valoroso nas sociedades de massa para alcançar o objetivo de reprimir os contraventores

contumazes de reiterarem suas habituais condutas lesivas. Aduz ser necessário tal aspecto para “inculcar respeito máximo à pessoa humana frequentemente negligenciada”.

Ressalta o autor a importância das indenizações em valores cada vez mais elevados, na medida em que com a advertência dos ofensores para que tenham cuidado em condutas futuras, é possível melhorar a qualidade dos serviços oferecidos e prestados à sociedade.

Explica, ainda, que o número de ações propostas em face de uma empresa está diretamente ligado à qualidade dos serviços que oferece, e que as indenizações que paga têm o condão de fazer com que melhore seus serviços ao longo tempo ou que termine por falir, saneando-se o mercado em favor do cidadão individualmente considerado e da sociedade como um todo. E conclui dizendo que com a melhora dos serviços, menor será o número de ações propostas.

A fórmula parece eficaz na teoria, porém, o famigerado desestímulo não é o que se tem visto na prática, por meio da condenação em *quantum* reparatório de dano moral.

BOLSON (2000, p. 144), conclui que a compensação por dano moral tem caráter pedagógico “quando a condenação seja suficiente a dissuadir o ofensor de novas ações ilícitas”.

A autora cita jurisprudências do final da década de 90 que já faziam referência a esse aspecto pedagógico, e conclui que, a despeito disso, tem-se fornecedores que em mais de dez anos de Código de Defesa do Consumidor, não se adequaram e nem ao menos se esforçaram para se adequarem ao previsto em lei.

Infere-se da colocação da doutrinadora que a conferência de aspecto punitivo pedagógico à reparação por dano moral não tem sido o meio adequado ou, pelo menos, suficiente à dissuasão de infrações, especialmente no âmbito das relações de consumo, onde os mesmos infratores, diariamente, reiteram suas práticas lesivas aos consumidores.

Em sentido contrário, há os que criticam a punição pedagógica imposta àqueles que com suas condutas causem danos de ordem moral a alguém. São partidários da tese de que a reparação do dano moral deve atender, apenas, ao caráter compensatório da dor, razão pela qual, aliás, mereceu a tutela do direito.

Defende-se que a reparação deve se limitar a reparar o ofendido e jamais a punir para ensinar ao ofensor a não mais causar danos.

Afirma-se que para dores iguais deveria haver reparações iguais e que, do contrário, não haveria justiça. Sem dúvidas, permitir que se compute no cálculo da reparação por dano moral aquilo que é suficiente para punir determinado ofensor cria situações díspares a

depende de quão contumaz seja o ofensor. Disparidade a qual se verifica na pessoa do consumidor, que será mais do que compensado.

A falta, não mais que a gravidade particular do prejuízo sofrido, não pode ser condição da reparação moral.

MORAES (2003) defende que a tese da função punitiva da reparação do dano moral não foi adotada pelo legislador ordinário, tendo inclusive ocorrido veto a artigo do Código de Defesa do Consumidor que previa tal função. Aduz a autora que é espúria a vingança como forma de reparação do dano moral daqueles que não se satisfazem com um valor pecuniário e que a aplicação de pena pecuniária careceria de normatização.

Afirma que o delito é apenas o fato gerador, a circunstância determinante do dano e o que se busca ressarcir no juízo cível é apenas a consequência do delito, isto é, o dano. Deve-se, portanto, mirar, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor. Deve-se atentar para a extensão do prejuízo, para a graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do ofensor.

Coloca, ainda, que a indenização, em sentido amplo, visa colocar a pessoa no mesmo estado pessoal em que estaria se não tivesse sido produzido o ilícito causador do dano, e que o pagamento indenizatório como pena implicaria enriquecimento ilícito. Conclui o autor que o juiz pode punir e condenar à reparação, mas que as sanções são diferentes em conteúdo.

Defende que, fora das hipóteses taxativamente previstas, apenas excepcionalmente é de se admitir figura semelhante a do dano punitivo, quando for o caso, por exemplo, de prática danosa reiterada e em situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto do Direito Ambiental.

Sustenta, por fim, a doutrinadora, haver *bis in idem* do caráter punitivo com relação aos danos provocados por atos que também recebem reprimenda penal.

Todavia, de acordo com o já salientado anteriormente, as punições nas esferas civil, penal e administrativa são independentes e podem, perfeitamente, ser cumuladas na pessoa do mesmo agente. E isso não seria privilégio da situação na qual o juiz aplica medida civil punitiva para inibir infratores. Tal se verifica, por exemplo, na hipótese do servidor público, que pode ser penalizado administrativa e penalmente, lembrando-se que as sanções administrativas não deixam de ser sanções civis.

Observa-se, ainda, que a necessidade de prévia cominação prevista na Constituição Federal, no art. 5º, XXXIX, dirige-se somente ao Direito Criminal, de modo que só poderão

ser considerados crimes e contravenções as condutas descritas em um tipo específico. Assim, só haverá crime se a conduta de adequar ao descrito naquele tipo.

Explica OLIVEIRA JUNIOR (2002) que essa exigência se justifica em razão da gravidade da pena, que incide diretamente sobre o agente, privando-o de sua liberdade.

O que se verifica da análise dos argumentos apresentados por uma e outra corrente e do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor é que, se por um lado, o duplo caráter da reparação do dano moral parece atender ao que dispõe o art. 6º, VI da lei, por outro, ao dirigir o acréscimo punitivo pedagógico ao consumidor lesado, cria algumas situações que atentam contra princípios e até contra o próprio caráter compensador da reparação, aliás, razão pela qual foi criado o instituto.

7. AS EXPECTATIVAS DE SEGURANÇA E QUALIDADE DEPOSITADAS NOS PRODUTOS E SERVIÇOS

Quer se adote uma ou outra posição, isto é, no sentido de criticar ou defender a majoração de quantia reparatória a título de punição do ofensor, é importante ressaltar que a pessoa do ofensor deverá ser considerada em atenção à expectativa criada no ofendido, aqui, mais especificamente, o consumidor.

Com relação ao dano material, a responsabilização do que o pratica se revela na imposição de indenização. Indenizar é tornar indene, livre de prejuízo, restituindo, mediante reposição patrimonial, o lesado ao estado anterior. No que se refere ao dano moral, todavia, não é possível falar em indenização, tendo em vista que não há quantia que faça com que o lesado retorne ao estado anterior ao sofrimento experimentado.

Por conta disso, diz-se que o que por sua conduta lesa a moral de alguém deve compensá-lo. Compensar significa contrabalançar. Paga-se determinada quantia para que o prejuízo moral experimentado, que jamais será suplantado, possa ser anulado, para que o lesado desfrute de prazer que o faça, ao menos temporariamente, esquecer de sua dor.

O dano moral nas relações de consumo, na maioria das vezes, consubstancia-se na frustração da expectativa do consumidor de que o produto ou serviço adquirido ou contratado seja seguro e adequado aos fins para que se destine.

No Direito do Consumidor, há duas órbitas distintas de preocupação: uma que envolve a segurança do consumidor, e outra que cuida de sua incolumidade econômica. Assim, sempre que um produto ou serviço atinge a segurança que dele se espera, diz-se que o mesmo é defeituoso. Por outro lado, sempre que deixa de atender aos fins para o qual foi contratado, diz-se viciado.

Rompida a confiança do consumidor, com o aparecimento de defeito ou vício, nasce o dano moral, que se pode dizer *in re ipsa*.

Significa dizer, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 23575/DF, em que foi relator o ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no Diário de Justiça de 01/09/97, que “a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação”. Isto é: verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo quando presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil.

O que se deve provar não é o dano moral, mas sim, de acordo com acórdão prolatado no julgamento do Recurso Especial nº. 86271/SP, do qual foi relator o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no Diário de Justiça de 09/12/97, o fato “que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil”.

Não há como negar reconhecimento à frustração gerada no consumidor quando um produto ou serviço não atende às expectativas para o qual foi adquirido ou contratado. O natural é que o adquirente ou contratante espere segurança e adequação daquilo pelo que paga. Por isso, sempre que um produto ou serviço apresenta defeito ou vício, além de poder implicar danos de ordem material, de regra, traduz danos de ordem moral.

Com relação ao defeito do produto ou do serviço, o Código de Defesa do Consumidor impõe nos artigos 12 e 14 responsabilidade aos fornecedores pelos danos que dele decorrerem ao consumidor. Já no que toca ao vício, embora os artigos 18 e 20 do estatuto não indiquem expressamente a necessidade de responsabilizar os fornecedores pelos danos dele oriundos, isso deflui do seu art. 6º, VI, direito básico do consumidor, que deve ser sempre observado.

Pode-se afirmar, então, que quanto mais conhecido for o nome da empresa ou a marca do produto, o que se consegue mediante investimento em publicidade por parte do fornecedor, maior será a confiança, a expectativa de segurança e adequação gerada no consumidor. E quanto maior for a expectativa, naturalmente, maior será o dano moral experimentado.

Considerando-se, de outro lado, que a capacidade para investir em maciça publicidade está atrelada a hipersuficiência econômica do fornecedor, pode-se dizer que quanto mais rico

o fornecedor, maior a expectativa do consumidor e, então, maior o seu sofrimento. É possível, portanto, que, com os olhos na capacidade econômica do fornecedor, a ele se impute condenação maior ou menor para que repare proporcionalmente a expectativa do consumidor que foi frustrada em razão do vício ou do defeito apresentado no produto ou serviço fornecido.

Na realidade, deve-se olhar para a capacidade econômica do fornecedor apenas como forma de orientação objetiva à estimação, pelo juiz, do prejuízo moral sofrido pelo consumidor. Desse modo, compensa-se, ou, ao menos, tenta-se compensar, o consumidor na mais próxima medida de sua frustração.

Para fim de ilustração e, nesse momento, atentando-se apenas para o aspecto compensatório da reparação: Se um consumidor tem um café fervente derramado sobre seu colo no *McDonald's* e seu dano poderá ser compensado, por exemplo, com R\$20.000,00, tal não se dará se o mesmo consumidor tiver um café derramado sobre seu colo na pequena padaria da esquina, onde, provavelmente, alcançará valor bem inferior a título de compensação, não superior a R\$5.000,00. E isso se justifica pelo tamanho da expectativa de segurança, da confiança que se presume ter depositado em um e noutro serviço.

O que se quer dizer é que para fins de reparar o dano sofrido, descartada a situação da vítima, deve-se considerar a situação econômica do fornecedor apenas no que diz respeito à frustração da expectativa gerada no consumidor em razão do produto ou serviço posto no mercado. Ou seja: a majoração de uma quantia reparatória em razão da confiança gerada pelo fornecedor hipersuficiente é plenamente justificável.

8. AS DISTORÇÕES GERADAS PELO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO QUE SE ATRIBUI À REPARAÇÃO DO DANO MORAL

De acordo com o que já se disse, o caráter punitivo pedagógico também considerado na condenação do fornecedor pelo dano moral que causa ao consumidor, atende ao direito básico à sua efetiva prevenção, preconizado no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor, já que, diante de um *quantum* condenatório exemplar, o fornecedor ficará mais atento à qualidade do produto/serviço que coloca no mercado.

Sem sombra de dúvidas, o montante deve ser tal que iniba eficazmente o fornecedor de provocar novos danos. O problema está em querer dirigir parte desse *quantum* ao consumidor lesado. É que, de tal maneira, está-se a possibilitar, de um lado, o enriquecimento sem causa do consumidor atingido, já que se o estará reparando além de sua dor, e, de outro, tratamento antisonômico entre consumidores, já que se estarão colocando na conta da reparação de consumidores em igualdade de condições, e que tenham sofrido o mesmo tipo de dano, guardadas as diferentes expectativas demonstrada no item anterior, acréscimos diferenciados a depender do *quantum* suficiente para inibir um ou outro fornecedor de novas práticas.

Exemplifique-se: se aquele mesmo consumidor que teve um café fervente derramado sobre seu colo no *McDonald's* poderá agora ser reparado com R\$40.000,00, em razão da maior expectativa frustrada somada a quantia que resulte punição exemplar infligida à lanchonete, o mesmo não se dará com outro consumidor que tenha café fervente derramado sobre seu colo na pequena padaria da esquina, para o qual R\$6.000,00 representa quantia suficiente a inibir novos danos.

Como se vê, no momento em que se dirige ao consumidor o *plus* destinado a punir exemplificativamente o fornecedor, a diferença justificável entre as reparações, de R\$15.000,00, proporcional às diferentes expectativas, subiria para R\$34.000,00.

Com relação ao enriquecimento sem causa, o que se vê muitas vezes é que, a pretexto de não favorecê-lo, diminui-se o valor da condenação, que já inclui o *plus* punitivo, sem se atentar para o fato de que qualquer quantia a título de sanção ao fornecedor que remanesça na tutela do consumidor já o está enriquecendo.

Isso sem falar que o julgador fica em uma situação delicada, pois, no mais das vezes, a fim de evitar o enriquecimento do consumidor, limita a condenação do fornecedor a um patamar que praticamente anula o caráter intimidatório e exemplar da reparação.

É o que se observa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Recurso Especial nº. 355392/RJ, do qual foi relatora a ministra Nancy Andrighi, publicado no Diário de Justiça de 17/06/2002, no qual se entendeu que “a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis”.

Raciocínio semelhante e confirmatório da dificuldade ora afirmada pode ser encontrado em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido no julgamento da Apelação Cível nº. 42182/2008, do qual foi relator o desembargador Ismênio

Pereira de Castro, e cujo julgamento se deu em 20/08/2008, em cuja ementa ficou consignado que a compensação por dano moral não pode ser fonte de enriquecimento para o lesado, “mas, igualmente, não deve ser de pouca significância a ponto de perder o caráter pedagógico de incentivo na prevenção de novas condutas desidiosas”.

A inobservância da prevenção, quando se vale dessa fórmula, pode se dar de forma ainda mais flagrante no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, onde as condenações têm de respeitar o teto de quarenta salários mínimos. É que pode ser que R\$18.600,00, valor atualmente equivalente ao teto, não sejam suficientes para inibir, por exemplo, um determinado banco, de invidiosa capacidade econômica, de continuar a lesar seus clientes, restando ineficaz o caráter punitivo-pedagógico que à reparação se pretende atribuir, além de poder levar o consumidor, dependendo da situação, a um enriquecimento sem causa.

De outro lado, a atribuição da quantia punitivo-pedagógica ao consumidor-autor estimula a litigância leviana, contribuindo para fortalecer o que se popularizou como a indústria do dano moral, que ridiculariza e retira a seriedade de tão importante instituto.

9. A RETIRADA DO *PLUS* PUNITIVO DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL E A INSTITUIÇÃO DE MULTA A SER REVERTIDA PARA FUNDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A problemática esposada, decorrente de se dirigir o acréscimo punitivo pedagógico ao consumidor lesado pode ser superada com a desconsideração do *plus* como aspecto da reparação por dano moral e com a instituição de multa a ser aplicada pelo juiz de ofício.

A aplicação de multa administrativa, a qual encontra previsão expressa nos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor e cujo destinatários serão fundos sociais de proteção ao consumidor, depende da boa atuação dos Procons, que são órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, cuja principal atribuição é aplicar, diretamente, as sanções administrativas aos fornecedores que violam as normas de proteção ao consumidor.

Entretanto, de acordo com MARQUES *et al* (2008, p. 328), a instituição de Procons depende de vontade política dos governantes. “Além de 27 Procons estaduais, não chega a 600 o número de municípios com Procons, muitos com funcionamento absolutamente

precário (...)” onde a carência de recursos é tal que “é impossível exercer, efetivamente, suas funções”.

Diante dessa inefetividade administrativa, é imperioso reconhecer ao juiz o papel de também sancionar os infratores da legislação consumerista, com vistas a assegurar o direito básico do consumidor à prevenção. Por outro lado, tal como colocado em capítulos anteriores, a reparação não parece ser a via adequada para que se atinja esse direito, já que propicia o enriquecimento sem causa, tratamento desigual entre consumidores e alimenta a indústria do dano moral.

Desconsiderado o caráter punitivo pedagógico quando da quantificação da reparação do dano moral do consumidor, garantida fica a compensação na mais próxima medida de sua dor e ausente o risco de lhe provocar injustificado enriquecimento.

O ideal, portanto, seria que a legislação previsse e regulamentasse espécie de multa a ser aplicada pelo magistrado, de ofício, sempre que, no seio de ação individual, entendesse por oportuno punir determinado fornecedor infrator, de modo a dissuadi-lo de novas práticas danosas ao consumidor. Com isso, estar-se-ia a evitar o enriquecimento injustificado do consumidor e a possibilitar a efetiva punição pedagógica do fornecedor.

O que deveria mudar, na prática, é o destinatário do *plus* punitivo pedagógico. Até mesmo porque quando se pensa em reparação, olha-se para o que já aconteceu, mira-se a figura do consumidor lesado. Quando o assunto, por outro lado, é a prevenção, foca-se no que ainda não aconteceu e que se quer evitar, protege-se não só o indivíduo como toda a sociedade, consumidora em potencial. Nada mais justo, então, que aquilo que deva ser imputado ao fornecedor a título de sanção seja dirigido a um fundo social, o que, em última análise, também estará protegendo o já lesado de sofrer futuros danos.

Concorda-se, com o a afirmação de MORAES (2003, p. 263-264), para quem a quantia a maior a ser paga a título punitivo não deverá ser destinada ao lesado, autor da ação, “mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados”.

Interessante seria, pois, que existisse previsão legal geral de multa a ser aplicada pelo juiz também nos processos cíveis, ante a contumácia de certos fornecedores em cometer danos quando do fornecimento de produtos e serviços inseguros e/ou inadequados, a qual deveria reverter para o fundo de defesa do consumidor do respectivo ente da federação. Note-se que o próprio art. 56 do Código de Defesa do Consumidor deixa antever a possibilidade de sanções de natureza civil ao lado das administrativa e penal.

Pontue-se, aliás, que o legislador do código chegou a prever, no art. 16, multa civil para o caso de dano. E não obstante tenha havido veto ao dispositivo, observa-se das razões do mesmo que tal se deu porque o artigo não teria definido a destinação da multa e sua finalidade.

Um exemplo de multa prevista para situação específica é a do art. 2º da Lei Estadual nº. 3.244/99, que exige que o consumidor seja notificado com dez dias de antecedência da inclusão de seu nome nos órgãos restritivos de crédito. O dispositivo prevê ainda como critérios à fixação da multa os previstos no art. 57 do Código do Consumidor, e que “o valor arrecadado terá a destinação prevista na mesma regra legal, sem prejuízo do direito do consumidor de pleitear perdas e danos morais e materiais”.

Mas mesmo enquanto não for editada lei que preveja e regulamente o que aqui se defende, ressalvados casos específicos para os quais já há previsão de multa, a punição para os infratores das normas consumeristas, além de ter que ser buscada nas esferas administrativa e penal, deve poder ser aplicada pelo juiz de ofício, sem que seja necessário pedido do autor.

De acordo com PRUX (2009), diante da constatação de ser o Código de Defesa do Consumidor legislação de ordem pública, a proteção do consumidor somente será implementada quando os juízes, de ofício, ao verificarem na ação individual questão que sinalize lesão a um grupo considerável de consumidores, “adotarem a postura corajosa de, ex-officio, determinar medidas protetivas”.

A ausência de previsão de multa genérica para os casos de danos causados por infratores contumazes não deve servir de obstáculo a que o julgador os puna eficazmente, já que a finalidade de tal punição, antes de tudo, decorre da lógica da legislação consumerista, legislação de ordem pública, e está expressamente prevista no já mencionado art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor, que cuida do direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos.

O juiz deve ser mais um ator na evitação de novos danos ao consumidor, mas sem enriquecer ou tratar lesados de forma desigual. A medida tem as vantagens de impor mais atenção ao fornecedor, que passará a atuar com maior preocupação e zelo, e de permitir que o arrecadado seja investido em informação, outro direito básico, previsto no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, de modo que todos os consumidores tenham mais segurança ao escolher com que fornecedor contratar.

Porém, na ausência de parâmetros ao julgador para a aplicação da multa, sugere-se o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito, autorizado pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que se aplica não só ao código que introduz como a toda

legislação que cuide de matéria civil, tal como o Código de Defesa do Consumidor. Ressalte-se, por oportuno, a posição ora adotada no sentido de que o princípio que veda a aplicação de sanção sem prévia cominação legal só se aplica às sanções penais.

São requisitos para a aplicação judicial da analogia, de acordo com o previsto na Lei de Introdução ao Código Civil, a existência de anomia, isto é, de ausência de norma para o caso, e a semelhança do caso tutelado pela norma existente com o caso que se quer tutelar.

A multa que ora se defende objetiva tutelar a prevenção de novos danos aos consumidores em potencial, o mesmo que se espera alcançar com a multa administrativa do art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, a qual, nos termos do dispositivo em apreço, reverte “para o Fundo de que trata a Lei nº. 7.347 de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos”, devendo-se, com relação à multa civil, excluir da destinação os fundos municipais, já que não há Poder Judiciário na esfera municipal.

E isso deve ser feito com base no princípio geral de direito que emana do ordenamento jurídico ao lado do princípio da reparabilidade: o princípio da prevenibilidade dos danos materiais e morais, aliás, expresso no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor, ao qual deve ser dada eficácia.

Do magistrado não deve ser retirado o poder de sancionar os fornecedores infratores, sobretudo quando na esfera administrativa não se consegue refrear os defeitos e vícios que são reiterados diariamente. Entretanto, aquilo que o julgador aplica a título de punição não deve ser direcionado ao consumidor lesado, cabendo a este apenas experimentar os futuros e benéficos efeitos da sanção preventiva de novos danos à coletividade.

10. CONCLUSÃO

A massificação das relações de consumo com a produção em larga escala pós-revolução industrial revelaram o consumidor como parte vulnerável nos contratos firmados com fornecedores de produtos e serviços. Nesse contexto e diante dos danos experimentados, sentiu-se a necessidade de editar legislação protetiva dos direitos dos mais fracos, de modo a propiciar não só a reparação de danos como a prevenção deles. Eis que surgiu o Código de

Defesa do Consumidor, em atenção ao comando dos artigos 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988.

O dano moral ao consumidor, que se caracteriza pela violação de valores éticos presentes também nas relações de consumo, sem sombra de dúvidas, merece ser reparado. Não é imaginável que as leis civis tenham cogitado de uma espécie de dano sem que tenham pretendido a sua efetiva reparação.

A reparação, no entanto, deve atender a mais próxima medida da dor experimentada pelo consumidor, de modo a compensar-lhe, a amenizar-lhe o sofrimento, no que se incluem as frustrações das expectativas de segurança e qualidade de produtos e serviços contratados, variáveis de acordo com a hipersuficiência econômica do fornecedor, considerado o seu maior ou menor potencial de investir em campanha publicitária.

Desse modo, a condenação do fornecedor à reparação, além de atender à razão pela qual foi reconhecido juridicamente o instituto do dano moral, evitará o enriquecimento sem causa daquele que vai a juízo e situações antisonômicas entre consumidores, e, de outro lado, coibirá o ajuizamento leviano de demandas, sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis, onde em primeiro grau não há pagamento de custas judiciais.

Mas a limitação do valor da reparação por dano moral ao necessário à compensação do consumidor lesado não pode impedir o juiz de punir os fornecedores infratores com o fim de dar efetividade ao direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos materiais e morais (art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor).

Embora exista previsão de multa administrativa no Código de Defesa do Consumidor, a ser aplicada pelos Procons, o que se vê, na prática, é que o número limitado desses órgãos e sua estrutura precária não viabilizam o que se objetiva com o dispositivo.

Diante de tal realidade e do sistema de proteção ao consumidor que revela normas de ordem pública, é imperioso reconhecer ao magistrado o poder de sancionar, no caso concreto, os infratores, independentemente de pedido da parte nesse sentido. E ausência de previsão genérica no Código de Defesa do Consumidor de multa a ser aplicada pelo juiz não deve servir de óbice à efetivação de direito preconizado pelo próprio estatuto.

Em face à lacuna técnica da lei, é preciso que o juiz, calcado no direito do consumidor à efetiva prevenção de danos materiais e morais, valha-se do instrumento da analogia para aplicar multa aos fornecedores infratores tal como deveria ser aplicada pelos órgãos administrativos. Isto é: deve o magistrado se valer dos parâmetros de graduação mencionados no art. 57 da lei do consumo quando da aplicação de multa a ser destinada ao fundo de que trata a Lei nº. 7.347/85.

11. REFERÊNCIAS

- BENJAMIM, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e BESSA Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do Consumidor e Dano Moral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL, Avio. *O Dano Moral no Direito Brasileiro*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico*. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- DELFINO, Lúcio. *Reflexões Acerca do Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4832&p=1>>. Acesso em: 12 jun. 2009.
- GABRIEL, Sérgio. *Dano moral e indenização*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2821>>. Acesso em: 11 jun. 2009.
- FILHO, Sergio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 1ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. *O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>>. Acesso em 30 mai. 2009.
- PRUX, Oscar Ivan. *Proteção Coletiva dos Consumidores*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/235/64102/>>. Acesso em: 07 jun. 2009.
- REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Dano Moral: Questões Controvertidas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O Dano Moral e Sua Reparação Civil*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.