

**FACER FACULDADES
UNIDADE DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

JAQUELINE FERNANDES DE ARAÚJO

**A PRÁTICA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES
CONSUMERISTAS**

**RUBIATABA-GO
2013**

JAQUELINE FERNANDES DE ARAÚJO

**A PRÁTICA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES
CONSUMERISTAS**

Monografia apresentada à FACER Faculdades, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor especialista Vilmar Batista da Silva.

De acordo

Professor Orientador: Vilmar Batista da Silva

RUBIATABA-GO

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

JAQUELINE FERNANDES DE ARAÚJO

A PRÁTICA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACER FACULDADES – UNIDADE DE RUBIATABA.

RESULTADO: _____

Orientador _____

Vilmar Batista da Silva

Especialista

1º Examinador _____

2º Examinador _____

RUBIATABA-GO, 2013

Dedico este trabalho aos meus pais, minhas irmãs, minha afilhada e meu esposo pela compreensão aos momentos em que estive ausente. Neste momento tão importante na minha vida dedico minha conquista a vocês.

AGRADECIMENTOS

À Deus,

Que como um Pai cheio de amor e misericórdia me deu força e paciência para desenvolvimento deste trabalho.

À minha família,

Que contribuíram para o percurso e sucesso educacional, sempre me apoiando e compreendendo minhas ausências nessa trajetória.

À Suelene Carneiro (*in memorian*),

Que me acolheu em sua residência com muito amor e carinho, quando precisei me ausentar da minha cidade pra estudar em Rubiataba, apesar das suas enfermidades e limitações não lhe faltava disposição para me receber.

Ao meu Orientador Vilmar Batista da Silva,

Que merece especial consideração pelo respaldo no auxílio das buscas de materiais e recursos para encaminhamento e desenvolvimento deste trabalho, trazendo confiança, conhecimentos e comprometimento.

E por fim a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para conclusão deste trabalho.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade mostrar o avanço jurídico da reparação do dano moral nas relações consumeristas através da Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990, que prevê e garante os direitos básicos do consumidor em relação ao mercado de consumo. A prática do dano moral é comum nas relações de consumo, e essa Lei tem o intuito de proteger o consumidor e punir o fornecedor e/ou comerciante perante aos atos de ofensa e vício dos produtos e serviços prestados conforme contratados. Por serem justas as normas legais de defesa do consumidor, está resguardada toda e qualquer atitude ilícita do fornecedor em face da vítima quando se adquire um produto ou serviço, exigindo-o que repare os prejuízos morais de forma eficaz. Como o bem da vida está sendo o mais lesado nessas situações, é muito difícil para os legisladores determinar um valor exato para cada direito de personalidade afetado, ele determina um valor de indenização de forma que possa suprir e dar condições à vítima de seguir sua vida em diante. Mas, punindo os ofensores de forma que eles não mais voltam a cometer os mesmos atos e reconheçam o valor real da dignidade humana que foi afetada diante desse dano moral. Apesar desses direitos e deveres serem previstos em lei, terão que seguir as condições de prazos prescricionais estabelecidos, por motivo estes que os juristas entendem que terão menos processos judiciais.

Palavras-chaves: Dano moral; Consumidor; Fornecedor; Reparação.

ABSTRACT

The present work aims to show the advancement of juridical reparation for moral damages in consumer relation through the law nº 8.078 of September 11th of 1990, which provides and guarantees the basic rights of the consumer in relation to the consumer market. The practice of the moral damages it is common in consumer relations, and this law has the purpose of protect the consumers and punish the supplier and/or trader against acts of offense and addiction to products and offered services as contracted. For being fair the legal standards of consumer protection, is guarded from all illicit attitude of the supplier used against the victim when are purchase a product or service, requiring to repair the moral damage in an effective manner. As the good of life is the injured party in these situations, it is very difficult for legislators establish an exact value for each right affected, the legislator determines a value of indemnity, so that make possible that the victim follow his life on. But punishing the offenders so that they no longer return to commit the same acts and recognize the real value of human dignity that was affected face of these moral damages. Although these rights and duties are prescribed by law, will have to follow the conditions of the prescriptive periods, for these reasons that the lawyers understand that will have less legal proceedings.

Keywords: moral damages, consumer, supplier, repair.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil Brasileiro

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. SÍNTESE HISTÓRICA DO DANO MORAL	13
1.1. Direito Comparado	14
1.2. Direito Brasileiro	15
1.3. Teoria negativista	16
1.4. Teoria positivista	17
1.5. Teoria eclética	18
1.6. Evolução do Dano Moral	19
1.6.1. O Dano Moral na Lei de Imprensa	19
1.6.2. O Dano Moral na Constituição Federal	19
1.6.3. O Dano Moral no Código Civil	21
2. O DANO MORAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	24
2.1. Conceito de Consumidor	24
2.2. Conceito de Fabricante	25
2.3. Conceito de Fornecedor	26
2.4. Conceito de Produto	27
2.5. Conceito de Serviço	29
2.6. Definição de Dano Moral	30
2.7. Distinção entre dano Moral e Dano Material	32
2.8. Dano Moral Individual	34
2.9. Dano Moral Coletivo	35
3. REPARAÇÃO DO DANO MORAL	37
3.1. As Finalidades da Reparação do Dano Moral	39
3.1.1. Compensatória	39
3.1.2. Punitiva	40
3.1.3. Preventiva	42
3.2. A Fixação do Valor da Indenização	43
3.3. Critérios para fixação da indenização do dano moral	45
4. A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO	48

4.1.	A Responsabilidade Do Fornecedor Por Vício Do Produto E Do Serviço.....	50
4.2.	A Prova do Dano Moral.....	52
4.3.	Decadência.....	55
4.4.	Prescrição.....	56
4.5	Distinção entre Decadência e Prescrição.....	57
4.6	Visão Jurisprudencial Brasileira.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....		61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		63

INTRODUÇÃO

A evolução histórica dos direitos violados do consumidor vem nos revelando cada vez mais a prática da reparação dos danos morais em virtude de ter afetado o direito de personalidade e dignidade humana. O qual nos mostra que esse dano moral está aglomerado dentro de algumas leis como: Lei de Imprensa, na Carta Magna (Constituição Federal de 1.988), no Código Civil e com ênfase no Código de Defesa do Consumidor.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar os princípios constitucionais entrelaçados na prática do dano moral nas relações consumeristas dentro do mercado de consumo, envolvendo os produtos e serviços contratados pelo consumidor final conforme estabelece a Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990.

Mesmo antes da lei citada acima entrar em vigor a própria Constituição Federal de 1.988 já previa o direito de cada cidadão perante os atos praticados na sociedade. Porém, o Código de Defesa do Consumidor veio pra tratar exclusivamente dos cuidados e proteção ao consumidor final em face de fabricantes, fornecedores, e comerciante em geral.

Os objetivos específicos foram os seguintes: identificar as concepções históricas a cerca do dano moral; abordar de acordo com o código de defesa do consumidor os direitos básicos dessa temática; relacionar as formas de reparação do dano moral; e apresentar os principais quesitos na identificação do dano moral.

A importância em estudar a Prática do Dano Moral nas Relações Consumeristas se dá pelas práticas abusivas sofridas por nós consumidor final em todos os sentidos, ou seja, tudo que compramos, seja produto e/ou serviço contratado de forma direta ou indireta está previsto em Lei todos nossos direitos e deveres e até mesmo sermos atendidos de forma eficaz e com produtos de qualidade nas relações de consumo.

Através da problemática perguntamos como é abordada a prática do dano moral nas relações consumeristas frente à falta de informação dos consumidores e o constrangimento causado pelo ato de ofensa seguido de um produto ou serviço vicioso?

Nessa perspectiva o presente trabalho justifica-se por uma maior reflexão a cerca do dano moral, tendo em vista as práticas de vícios dos produtos e serviços que afetam o direito moral causando prejuízo em todos os sentidos, tendo como ressarcimento e reparação à vítima e uma punição ao fornecedor.

A metodologia foi empregada através de uma pesquisa bibliográfica embasada em vários autores que estudam sobre o tema proposto apresentando suas opiniões, procedendo com pesquisas, consultas doutrinárias, análise da legislação, jurisprudência, artigos, revistas encontradas nos meios eletrônicos.

Com essa prática viciosa se tem como resposta a reparação, indenização e ressarcimento com valor pecuniário para suprir parte da dor sofrida pela vítima, onde nenhuma dor é pagável e sim amenizada, e se tiver perda material deve ser ressarcida de forma integral tudo que for perdido.

Assim, seguindo todos os parâmetros legais, observados os prazos de reclamação judicial, serão aferidos as respectivas penas previstas em lei. Pois devem ser decididas com bastante cautela pelo juiz após observadas ambas situações financeiras a fim de atribuir a devida punição ao ofensor, garantindo uma lição ao mesmo para não mais poder oferecer risco e repetir os mesmos atos à sociedade nas relações de consumo.

No primeiro capítulo faz-se necessário um breve histórico da evolução do dano moral. No segundo conceituamos a prática do dano moral embasado no Código de Defesa do Consumidor. No terceiro capítulo é feito uma abordagem sobre as formas de reparação e indenização do tema em questão. E por fim o quarto capítulo apresenta-se a responsabilidade do fornecedor de fato, e vício nas relações de consumo.

1. SÍNTESE HISTÓRICA DO DANO MORAL

A história do direito revela que houve um grande avanço teórico acerca da reparação dos danos morais em virtude da violação contra a personalidade, a dignidade da pessoa humana, que, com a incerteza da origem da proteção jurídica do aspecto extra patrimonial que se relaciona com o dano material do ser humano leva à controvérsia doutrinária.

O mais antigo conjunto sistematizado de normas foi descoberto em 1952 pelo assiriólogo e Professor Samuel Noah Kramer, da Universidade da Pensilvânia (EUA), que destaca o Código de Ur-Nammu, editado pelo precursor da terceira dinastia do Ur, pais dos primitivos povos sumerianos. Identifica-se neste código a previsão de reparação dos danos morais decorrentes de dores físicas, inclusive com técnica refinada de solução de conflitos, pois não se avalia a vingança equivalente perpetrada pela vítima, preconizada por mais de uma compensação pecuniária tarifada pelo próprio legislador. (SANTANA, 2009, p. 119).

Assim, observa que é diferente do Código de Hamurabi, no qual, a regra geral de reparação do dano moral repousava sobre a pena de Talião, sustentada na máxima “olho por olho, dente por dente”. Mesmo com isso, desde os povos primitivos, já resguardava a proteção da idoneidade do ser humano, sendo diferente em cada país o método de aplicação.

O Código de Hamurabi, como ficou conhecido, é um documento histórico e precioso porque esclarece muitos aspectos da vida social da antiguidade. Por exemplo, trata da existência de três categorias de seres humanos: aquele que é chamado de homem, ou seja, o homem livre e aristocrata; aquele que se curva, o que identifica o servo e o homem livre pobre; e aquele que é propriedade, isto é, o escravo.

O conjunto de leis compiladas por Hamurabi tornou-se conhecido por estabelecer o princípio denominado pena de talião (ou retaliação), que prevê ao culpado a aplicação de castigo semelhante ao crime cometido. Esse princípio é definido pela expressão “olho por olho, dente por dente”, em uma referência ao fato de que aquele que provocasse cegueira em alguém também seria cegado.

O Código de Manu foi a codificação mais antiga que surgiu na Índia. Na mitologia hinduísta, encontra-se a figura de Manu, que foi o homem que promoveu a organização das leis de convívio e religiosas de todo o hinduísmo. Essas leis antigas são justamente denominadas o “Código de Manu” e, sabe-se que até hoje, interferem na vida social e religiosa da Índia, onde o Hinduísmo é a principal religião. O Código de Hamurabi, colocado em vigor por Hamurabi, rei da Babilônia, por sua vez, não possui em seu conteúdo regras gerais, princípios amplos, compreensivos de hipóteses diversas.

1.1. Direito Comparado

O direito comparado é uma fonte de análise da evolução da teoria da reparação do dano moral, no qual, vários argumentos são identificados, tanto no plano legislativo quando no campo da doutrina e jurisprudência estrangeiras, e que contribuem para a fixação das premissas do assunto. Houve um intenso debate nos diversos sistemas jurídicos sobre a distinção entre dano moral e dano material; a possibilidade de indenização por dano moral apenas nos casos expressamente contemplados na lei; a existência ou não de limitação do valor da indenização; a possibilidade de pagar a dor da vítima; dentre tantos outros aspectos que influenciaram decisivamente na evolução teórica do tema, com evidentes reflexos práticos nas legislações e jurisprudências dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos.

Em uma das premissas doutrinas estrangeiras como no Direito Romano que veicula a Lei das XII Tábuas, que por veracidades de fatos previa penas patrimoniais para crimes como dano, injúria e furto. Isto, porque as histórias verídicas sobre dano moral sofrido pelos povos, o direito de indenização, ou seja, de reparar o dano sofrido está resguardado em todos os países.

Dos autores consultados, a maioria coloca como marco inicial dessa evolução o direito Romano, que foi o primeiro a apresentar uma ordenação jurídica, com a concepção mesmo de ordenamento.

Todavia, muito tempo depois, foi com o *jus honorarium* que tivemos uma postura mais clara a respeito da reparabilidade do dano. Ampliou-se o conceito de “*iniura*”, que passou também abranger a personalidade moral, significando

difamação, ofensa à honra alheia, proibindo o talião. Foi aqui que surgiu a previsão da reparabilidade do dano moral.

1.2. Direito Brasileiro

A história do dano moral no direito brasileiro revela a complexidade do tema e o longo debate baseado em ideias essencialmente antagônicas. Constata-se que a doutrina e a jurisprudência nacionais enfrentaram a tese da reparabilidade do dano moral, cujo debate propiciou, inclusive, a mudança de foco de preocupação da própria Ciência do Direito.

O Brasil seguiu a mesma trilha das legislações estrangeiras, especialmente a do Código Civil francês (1804) e a do Código Civil alemão (1900), promovendo a regulamentação das relações civis com traços marcantes na proteção dos negócios jurídicos e outros aspectos materiais do titular de direito subjetivo. Resta evidente, como exemplo significativo da opção legislativa brasileira, que o CC/1916 não destinou regra específica aos direitos da personalidade, estes de cunho extrapatrimonial, mas tão somente ocupou prioritariamente da normatização das relações patrimoniais. (SANTANA, 2009, p. 135).

A tese da reparabilidade do dano moral passou por três momentos distintos. Inicialmente prevaleceu a teoria negativista, consistente na expressiva oposição doutrinária quanto à possibilidade da reparação do dano moral, seja direto ou indireto, com decisiva influência na jurisprudência nacional. O segundo momento é marcado por um temperamento da posição radical que afirmava a impossibilidade de existência do dano moral. Trata da teoria eclética ou mista, que por sua vez admitia a reparabilidade do dano moral desde que houvesse uma repercussão patrimonial. Finalmente, prevaleceu a teoria positivista que acolheu a tese da reparabilidade do dano moral puro, sobretudo a partir da inserção do tema na CF/1988 (art. 5º, V e X).

Portanto, o início para se ter uma possibilidade de reparação, já é considerado um grande passo para ser ressarcido pelo dano à personalidade, que, reflete estágio da atual Ciência do Direito no sentido de valorizar o ser humano na sua acepção mais ampla da dignidade, independentemente de repercussão patrimonial, mas nos bens que se relacionam a sua esfera social, física e psíquica. A contribuição do debate sobre a reparabilidade do dano

moral é decisiva na alteração da concepção da própria Ciência Jurídica, que abandona a medida do ser humano naquilo que detém sob o seu domínio material, e reconhece que a dignidade é muito mais importante que a mera patrimonialidade.

1.3. Teoria negativista

A teoria negativista é caracterizada pela oposição sistemática e incondicional da doutrina e da jurisprudência à tese da reparabilidade ao dano extrapatrimonial. Atualmente encontra-se superada, contudo prevaleceu durante longo período em nosso sistema jurídico.

Os adeptos da teoria negativista invocavam como argumento principal uma censura de ordem moral para excluir do campo indenizatório os valores extrapatrimoniais. Assim, consideravam verdadeira imoralidade e pleito indenizatório consistente no pagamento em dinheiro para a dor experimentada em razão de qualquer ato ilícito. Segundo a referida corrente doutrinária, é inconcebível atribuir um valor à dor, porquanto esta jamais poderia encontrar um preço correspondente.

Alega a incerteza da própria existência de um direito violado, porquanto pertencente à esfera subjetiva do ser humano, razão pela qual não entraria no campo da proteção jurídica. A resposta cinge a mera constatação de que o sistema jurídico não protege apenas o patrimônio do ser humano, mas também os direitos da personalidade, estes expressamente contemplados nas normas jurídicas, ou seja, princípios e regras. (SANTANA, 2009. P. 137)

Sustenta que há dificuldade na identificação do dano moral. Pondera que apesar de ser difícil a identificação do dano moral, nem por isso há justificativa para deixá-lo sem reparação, mormente por tratar de violação da vida, da saúde, da integridade física e moral, da liberdade, da honra, dentre outros.

Quanto ao argumento de que se constitui imoralidade a reparação pecuniária da dor alheia, objetiva-se que não existe pretensão de venda de um bem moral, mas que o mesmo merece ser respeitado como todos os outros. Não há um verdadeiro pedido de pagamento do preço da dor, mas se cuida de um meio de atenuar parcialmente a lesão jurídica experimentada em

consequência do ato ilícito. O dinheiro não tem a função específica de reparação material, mas também serve como meio de satisfação espiritual e atenuação da dor. A imoralidade estaria na impossibilidade de deixar sem reparação a lesão aos direitos da personalidade.

Finalmente, invoca-se que há outorga ilimitada ao julgador na fixação do dano moral, no sentido de que também no dano patrimonial há, em alguns casos, a discricionariedade de juiz na sua estimação, ressaltando que não se trata de uma característica exclusiva do dano moral.

1.4. Teoria positivista

Fruto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, a teoria positivista restou acolhida em nosso sistema jurídico, acompanhando a tendência mundial. As variadas objeções à tese da reparabilidade do dano moral foram devidamente respondidas pela doutrina mais avançada e os seus argumentos transportados para as decisões jurídicas.

Entretanto, para alcançar o estágio atual, a teoria positivista percorreu longo caminho, com naturais avanços e retrocessos. O principal aspecto que comprometeu a aceitação da teoria positivista no Brasil foi o seu desamparo legislativo. Com efeito, até a promulgação da CF/1988 ainda se argumentava pela rejeição da tese da reparabilidade dos danos morais em virtude da inexistência de norma jurídica autorizadora.

A consagração definitiva da reparabilidade de dano moral sustentada pela teoria positivista veio com a Constituição Federal de 1988. Coerente com a doutrina mais moderna dos direitos humanos em sentido amplo, a tutela dos direitos da personalidade foi introduzida no título referente aos direitos e garantias fundamentais, por intermédio do art. 5º, V, da CF/1988, que prevê expressamente o seguinte: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Finalmente, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça tem orientado, em diversas ocasiões, a jurisprudência nacional no sentido de consolidar a tese da reparabilidade do dano moral, a exemplo da edição, em 25.02.2009, da Súmula 370, com o seguinte teor: “Caracteriza dano moral a

apresentação antecipada de cheque pré-datado”. Cuida-se da afirmação de entendimento sobre matéria reiteradamente debatida em todas as instâncias do Poder Judiciário, ampliando o rol de casos representativos da tendência moderna de sanção às violações aos direitos da personalidade.

1.5. Teoria eclética

A teoria eclética ou mista representa uma posição intermediária, um estágio necessário da doutrina e da jurisprudência entre a negação absoluta da reparabilidade de dano moral e a sua definitiva e incondicional aceitação. Refere à orientação jurídica baseada no acolhimento da reparabilidade de dano moral, condicionada a ocorrência de um dano indireto ou reflexo de natureza patrimonial ou econômica. Segundo a teoria eclética, o dano moral somente é reconhecido quando houver prova de que o ato ilícito, além da violação dos direitos da personalidade, tenha repercussão negativa no patrimônio do sujeito de direito.

A moderna doutrina brasileira faz crítica à corrente eclética por entendê-la incoerente e estreita do ponto de vista jurídico, vez que ao vincular a indenização por danos morais a uma necessária diminuição patrimonial da vítima, afasta do subjetivismo característico do dano extrapatrimonial. E mais, argumenta que ao condicionar a indenização do dano moral à prova da diminuição patrimonial da vítima, na verdade não está se reparando o dano moral, mas sim, e pela via indireta, realizando a reparação do próprio dano material.

Após longo período de prevalência da tese negativista, a jurisdição brasileira acolheu a tese da reparabilidade do dano moral com reflexos patrimoniais. Algumas sentenças de primeiro grau de jurisdição e outros acórdãos de Tribunais Estaduais influenciaram o Supremo Tribunal Federal na adoção da tese eclética, que reconhece a indenizabilidade dos danos morais, contudo mediante a comprovação da negativa repercussão patrimonial do ato ilícito.

1.6. Evolução do Dano Moral

1.6.1. O Dano Moral na Lei de Imprensa

Antes da Proclamação da República já existia a legislação brasileira de imprensa, na época que o Brasil era colônia de Portugal.

Mesmo havendo toda esta relutância em se prever uma reparação civil ao dano moral, quer seja este direito (puro) ou indireto (com reflexos patrimoniais), a Lei de Imprensa (L. 5.250/1967), que é bem anterior à Constituição Federal de 1.988 e ao novo Código Civil e foi editada no período da ditadura militar, já previa a reparação do dano moral, por meio de seus arts. 49 e seguintes. (RODRIGUES, 2004, p. 23).

Logo em 30 de abril de 2009 foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal a partir de uma arguição de descumprimento de preceitos fundamentais proposta pelo deputado federal Miro Teixeira, decidindo assim sua inconstitucionalidade.

Com a sua revogação, as decisões a respeito do direito de resposta detalhado no seu artigo 29 e seguintes passaram a fundamentar-se diretamente na Constituição Federal de 1.988.

1.6.2. O Dano Moral na Constituição Federal

Finalmente, a partir de Outubro de 1.988 foi editada a nossa Constituição Federal, depois de vinte e um anos de ditadura militar. Que prevê pela primeira vez a instituição de reparação do dano moral, onde carinhosamente era chamada pelo saudoso e caloroso Ulisses Guimarães de “Constituição Cidadã”.

No art. 5º inciso V, que trata dos direitos e garantias fundamentais, está prevista especificamente, a “indenização por dano material, moral ou à imagem”, quando a vítima for agravada por meio de escritos veiculados pela Imprensa. Já o inciso X do mesmo art. 5º, genericamente, prevê a indenização por dano moral ou material causado pela violação “intimidade, à vida privada à honra e à imagem”.(RODRIGUES, 2004, p. 24).

A construção da teoria da reparabilidade dos danos morais demandou longa e difícil evolução, diante de dúvidas e de incertezas através de debates que os doutrinadores levantavam. Exploravam-se escritores no exterior e de nosso país a respeito do tema, que, acatavam diversas observações.

Contudo, diante da atuação decisiva da melhor doutrina e do trabalho desenvolvido na jurisprudência, venceram-se as resistências, até que se proclamou, em definitivo, a necessidade de reparação e a sua perfeita consonância com o direito posto. (BITTAR, 2008, p. 137).

Todavia, ao longo dos anos, passou-se a perceber que não era mais possível deixar de dar a assistência civil ao dano moral, porque, encontrava dificuldades de fixar uma quantia, assim não podia e nem pode desprezar a existência do dano moral causado. E resultante disso, o fato da dor não ser suscetível de avaliação econômica, e, conseqüentemente não atinge o patrimônio da vítima, os doutrinadores sentiram-se na necessidade de reparar o dano sofrido, nascendo, assim, o direito à indenização.

Ultrapassados esses obstáculos e na esteira da sua busca pela justiça social, com destacada valoração da dignidade da pessoa humana, a Constituição da República levou a termo todas as discussões outrora existentes quando garantiu, expressamente, a indenização por dano moral (art. 5º, V e X), definindo a jurisprudência, a seguir, sobre a possibilidade de se cumular o dano moral com o dano material quando provenientes do mesmo fato. (STJ, Súmula 37).

Observa-se que o aspecto da reparação do dano moral foi reformulado e já previa na nossa Carta Magna o que já estava previsto e regrado pela Lei de Imprensa.

Desde a Lei de Imprensa já estava assegurado a reparação do dano moral diante das exigências e vigências descritas nos artigos da referida lei. Logo em seguida passou a ser prevista a reparação civil no dano moral, compreendidos nele “a intimidade e a vida privada (o direito de estar só); a honra e a imagem, segundo o autor Rubens Tedeschi Rodrigues.

É que a atual Constituição Federal passou a proclamar “os direitos da personalidade humana”, que já eram amplamente reconhecidos pela doutrina, e neles estava a reparação do dano moral puro, como “dignidade da pessoa humana”, e os inclui como um dos fundamentos do “Estado Democrático de Direito”, art.1º - III. (RODRIGUES, 2004, p. 25).

Assim, vale frisar nas grandes manifestações do enunciado: dano moral, que não se refere à sensação de dor desagradável, conforme as pessoas pensam, mas os doutrinadores já adiantam que esse dano causado ao ser humano destina na ideia de violação dos chamados direitos da personalidade.

1.6.3. O Dano Moral no Código Civil

O dano moral é uma prática muito ampla que se relaciona com várias leis, códigos, doutrinas, jurisprudências. E diante dessas colocações segue também em vigor na Lei 10.406/2002 no novo Código Civil Brasileiro do Projeto Miguel Reale de 1.975 com muitas discussões da referida lei.

Especificamente, no Capítulo II, isto é, dos arts. 11 a 21, o novel diploma legal prevê os famosos “direitos da personalidade”. E no art. 12 está previsto que a vítima poderá exigir perdas e danos, quando tiver ameaça ou lesão efetiva “aos direitos da personalidade”. (RODRIGUES, 2004, p. 26).

O Capítulo II destina-se extremamente aos direitos da personalidade como uma verdadeira proteção que se destina ao ser humano individual abrindo um leque de defesa se a pessoa tiver morta e direcionando a reparação aos familiares regidos na hierarquia legal.

A lei assegura também que ninguém pode ser constrangido de forma a submeter o risco de vida numa intervenção médica de tratamento, por meio de propaganda comercial usando o nome alheio sem autorização, e demais atos que envolvem a personalidade humana causador de dano.

Salvo se forem autorizadas e utilizadas a pedido da administração da justiça respeitando e resguardando a personalidade da pessoa.

Já o art. 186 – “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; que regra sobre os atos ilícitos, prevê a reparação ao dano moral, inclusive o puro, mesmo que não haja reflexos patrimoniais. (RODRIGUES, 2004, p. 26).

Os atos ilícitos são causados por diversas maneiras que mesmo numa determinada ação de exceder atos voluntários ultrapassando os próprios limites para agir de boa-fé como manda os costumes ou até mesmo a omissão, afetamos o ser humano de forma moral ou física. “E os arts. 927 e seguintes/CC/03 preveem a responsabilidade civil do causador dos atos ilícitos, nos quais está previsto o dano moral”. (RODRIGUES, 2004, p. 26).

De acordo com a citação acima, os artigos referidos asseguram a obrigação de indenizar a pessoa afetada pelo ato lesional de outrem. Seja ela moral ou física haverá uma reparação determinada pela justiça relacionada a cada ato sofrido.

Embora o art. 5º, X, da CF só faça alusão à intimidade, à honra e imagem, a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; a indenização por danos morais também se presta a combater outras formas de violação dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são eficácia do fato jurídico ser pessoa. Pessoa é todo ser humano que nasce com vida. No atual estágio civilizatório, toda pessoa tem personalidade, isto é, tem a possibilidade de ser sujeito de direito. Dessa constatação podemos deduzir que os direitos da personalidade estão relacionados exclusivamente ao plano de ser, mas não ao plano de ter. são portanto, direitos extrapatrimoniais. (SARMENTO, 2009, p. 27).

Esses direitos de personalidade são condicionados relativamente ao ser intelectual da pessoa. Não tem vínculo algum com os bens materiais e patrimônio econômico do titular que causou o ato, pois esses direitos vêm acompanhando o homem desde quando nasce até a sua morte, no qual por lei já se assegura sua proteção de todas as formas.

Por isso que sempre se diz que os direitos de personalidade são intransferíveis, irrenunciáveis, ou seja, não se passa ou herda de outra pessoa.

O Código Civil não enumera os direitos da personalidade. No entanto, a doutrina nacional e a estrangeira têm identificado diversas espécies deles, assegurando-lhes tutela legislativa específica ou genérica. Para melhor compreendê-los, faremos uso da classificação proposta por Limongi França, na década de 60. O civilista os subdividiu em três categorias fundamentais: física, intelectual e moral. (SARMENTO, 2009. p. 28).

Vamos conhecer as categorias fundamentais citadas pelo referido autor:

a) direitos à integridade física: direito à vida, direito às partes do corpo, direito à liberdade, direito à incolumidade corporal, direito à segurança alimentar, direito de submeter-se a tratamento médico ou de rejeitá-lo, direito sobre as substâncias do próprio corpo para fins de perícia médico-legal, direito sobre a disposição do cadáver, direito de doar ou recusar doação de órgãos etc. b) direitos à integridade intelectual: liberdade de expressão, liberdade de consciência, liberdade de cátedra, direito de informação e comunicação, direitos autorais etc. c) direitos à integridade moral: direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, ao bom nome, à boa reputação etc. (SARMENTO 2009, p. 28 e 29).

Mais uma vez a Constituição Federal menciona que só são passíveis de indenização por danos morais os direitos à integridade moral, no qual essa indenização já destina ao ressarcimento por violação de outras ações destinadas a obter compensações financeiras pelos outros direitos de personalidades.

Isso porque eles são irradiações da cláusula da dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição de 1988 como Brasil. A partir dela, é possível deduzir os direitos indissociáveis da essência de cada ser humano visto em sua integridade, direitos que se encontram implícitos no texto constitucional. É por isso que o Código Civil assegura aos seus titulares o poder de exigir compensações indenizatórias em caso de violação, in verbis: “art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (SARMENTO, 2009. p. 29).

Por fim, os direitos de personalidade são atribuídos diretamente ao ser individual da pessoa, como os relatos de doutrinadores numa imensa dimensão que não é possível e nem existe lei que impõe a intervenção de terceiros sobre o âmbito físico, intelectual ou moral.

2. O DANO MORAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Dano Moral na esfera consumerista trata especificamente das relações entre o fabricante, o comerciante, prestador de serviços e o consumidor final, que passa a reparar esse dano causado à vítima consumidora.

Nesse sentido Bittar (1991, p. 28) cita:

Assim, no Código, as relações de consumo compreendem aquelas referenciadas a atividades de produção, transformação, montagem, criação, construção, importação, exportação, distribuição ou comercialização de bens e prestação de serviços, inclusive de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária excetuadas as de cunho trabalhista, e desenvolvidas por entidades privadas ou públicas (art. 3º). As relações abrangem, pois, em síntese, aquelas referentes à produção e colocação no mercado de bens e de serviços, e sua consumação posterior pela coletividade.

Já o autor Jorge (1996, p. 113) declara que “entende-se por relação de consumo, aquela realizada entre fornecedor de um lado e consumidor de outro cujo objeto seja produto ou serviço.

Antes de seguirmos ao nosso assunto, vamos resumir em poucas palavras a definição de consumidor, fabricante, fornecedor, produto e serviço, que por sua vez são sujeitos da relação de consumo.

2.1. Conceito de Consumidor

Como menciona o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Etimologicamente o vocabulário “consumidor” vincula-se ao verbo “consumir”, que é uma derivação do latim *consumere*, cujo significado é o ato de gastar ou destruir pelo uso. A acepção comum do termo “consumidor” está ligada à pessoa que adquire, possui ou utiliza qualquer bem da vida para uma satisfação pessoal, excluindo a sua utilização em atividade de intermediação comercial. (SANTANA, 2009, p. 56).

Assim, por exemplo, uma pessoa compra refrigerante para oferecer aos amigos numa festa, onde todos aqueles que tomarem serão considerados consumidores.

Existem vários entendimentos relativos ao consumidor. No aspecto econômico, consumidor é “todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu termo, também produtor de outros bens” (FILOMENO, 1999, p. 29). No ponto de vista psicológico, consumidor é “o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo” (IBIDEM, p. 29-30). Na visão sociológica, consumidor é considerado “qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencentes a uma determinada categoria ou classe social” (IBIDEM, p. 30).

Já na concepção de Saad (2002, p. 59), “consumidor é aquele que adquire o bem ou o serviço como destinatário final, isto é, realiza a compra para usar o bem ou o serviço em proveito próprio”.

E finalmente no conceito popular consumidor é aquele que consome, que compra, para utilizar o produto próprio.

2.2. Conceito de Fabricante

O nosso dicionário português escrito por Silveira Bueno, define o significado de fabricante como “quem fabrica ou dirige a fabricação; industrial” para vender qualquer tipo de produto e é também proprietário de uma empresa ou estabelecimento destinado à fabricação de objetos, produtos etc.

Podemos observar que o artigo 3º do CDC descreve uma semelhança e sinônimo no significado da palavra fornecedor, no qual tem muito haver com a responsabilidade, obrigação, dever, função, ou seja, todo fabricante pode ser também um fornecedor, porem nem todo fornecedor pode ser fabricante.

Com isso a espécie fabricante é um termo considerado no âmbito de ser fornecedor próprio, pois de todas as maneiras introduz um produto no mercado de consumo, e claro, fica sujeito a responsabilizar por atos ilícitos diretamente.

2.3. Conceito de Fornecedor

Previsto no artigo 3º do CDC, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A definição legal de fornecedor foi elaborada para abranger a atividade de todos os agentes econômicos que introduzem produtos ou prestam serviços no mercado de consumo. A pretensão do legislador revela-se no sentido ampliado de rol de agentes econômicos, destacadamente pelo fato de especificar a natureza jurídica dos sujeitos de direito, bem como pela indicação das atividades desenvolvidas no mercado de consumo. (SANTANA, 2009, p. 77).

Existem vários tipos de fornecedores no mercado de consumo, como o profissional liberal de pessoa física qualificada (médico, advogado, odontólogo, nutricionista, etc.), profissional autônomo de prestação de serviço (manicure, eletricista, encanador, chaveiro, dentre outros), e o vendedor autônomo, que por sua vez insere produtos no mercado de forma direta.

Na concepção de Almeida (2000, p. 41) fornecedor é:

Aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo.

Completando o conceito jurídico Simão (2003, p. 38-39) descreve:

Assim, independente da qualidade do que presta o serviço, profissional ou não, havendo remuneração e habitualidade, o Código de Defesa do Consumidor considera-o o fornecedor e a relação, de consumo. A intenção do legislador foi, certamente, possibilitar a inclusão de maior número possível de prestadores de serviços no conceito de fornecedores, os quais, portanto, terão suas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com isso o conceito de fornecedor é estendido a todos que participam da cadeia de fornecimento de produtos e serviços de relação indireta e indiretamente. Também a pessoa jurídica é considerada fornecedora dentro da

atividade vinculada especialmente no ramo de produção em sentido amplo. Que envolve a pessoa jurídica pública (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), pessoa jurídica privada que pode ser (Nacional, Estrangeira, Multinacional ou Transnacional) atuantes no mercado de consumo brasileiro.

Finalmente, apresente-se desde já uma distinção feita pelo CDC, que detalharemos mais adiante, mas que diz respeito ao conceito de fornecedor. Este é o gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies. Ver-se-à, quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo “fornecedor”. Quando quer designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc. (NUNES, 2012, p. 139).

Por terem nomes distintos, o Código de Defesa do Consumidor não separa o significado de fabricante e fornecedor no mercado de consumo, razão pela qual está mais do que esclarecido na lei as variadas espécies de atividades a serem desenvolvidas de acordo com o alinhamento do artigo referido.

2.4. Conceito de Produto

O conceito de produto é essencialmente universal onde abrange os produtos caracterizados e estabelecidos no artigo 3º, § 1º do CDC que diz: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

A definição legal de produto é ampla e revela a posição do legislador de enquadrar o maior número de casos concretos possíveis. Objetiva-se, pois, considerar produto como todos os bens disponíveis no mercado de consumo, sem qualquer exceção. O acolhimento do termo produto como objeto da relação jurídica de consumo gera posicionamentos divergentes na doutrina. José Geraldo Brito Filomeno entende que mais apropriado seria o Código de Defesa do Consumidor adotar o vocabulário “bem” em vez de “produto”. Sustenta que o termo bem é mais abrangente, mais técnico do ponto de vista original do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor elaborado pela Comissão Especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, órgão extinto e substituído atualmente pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). (SANTANA, 2009. p. 81).

Vale lembrar que um determinado bem da vida passível de consumo é considerado produto pelo Código de Defesa do Consumidor quando é inserido

no mercado de consumo por um fabricante ou fornecedor. Que assim passa a ser útil e possa atender as necessidades do consumidor, ou seja, o destinatário final como também pode ser chamado.

A palavra bem traz um significado diferente no conceito filosófico e do jurídico conforme relata o autor Monteiro (p. 174):

Filosoficamente, bem é tudo quanto pode proporcionar ao homem qualquer satisfação. Nesse sentido se diz que a saúde é um bem, que a amizade é um bem, que Deus é sumo bem. Mas, se filosoficamente saúde, amizade e Deus são bens, na linguagem jurídica não podem receber tal qualificação. Juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito. O vocábulo, que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas.

É importante registarmos com um breve comentário e em base no pensamento de Nunes (2012) os produtos inseridos no mercado de consumo: produto móvel ou imóvel: são bens móveis passíveis de movimento que podem ser transportados, deslocados de um lugar para outro sem danificarem, repassar de uma pessoa para outra e retirar de um lugar para outro. Já os bens imóveis são produtos considerados fixos que não podem ser transportados ou não se movimentam, como um exemplo claro uma casa/residência. Produto material ou imaterial: os bens materiais são os produtos que tenham sensibilidade, ou seja, podem ser vistos e tocados como: a cadeira, a mesa, o computador e diversos outros. Para definir bem os bens imateriais, são considerados intocáveis, um exemplo claro e comum são os produtos bancários como (investimentos diversos, caução de títulos e outros mais), e até mesmo um direito autoral de um livro; produto durável ou não durável: o produto durável é aquele que tem o aspecto de durabilidade, ele dura e leva muito tempo para se desgastar por mais vezes de uso, pois nem todo produto é durável e pode ter um fim material. Porém a norma consumerista protege esse produto durável por certo prazo dentro das exigências previstas, garantindo assim sua qualidade em atender a necessidade do consumidor. O produto não durável, o nome já diz, não dura muito tempo, se acaba rapidamente com o uso como, por exemplo: os alimentos, cosméticos, remédios etc; produto gratuito ou amostra grátis: prevendo uma pequena referência no parágrafo único do art. 39 do CDC, onde a amostra grátis condiz na entrega do produto sem cobrar

nenhuma remuneração, podendo assim por lei estar esta submetida igualmente a todas as exigências legais de qualidade, durabilidade e proteção como qualquer produto pago pelo consumidor.

2.5. Conceito de Serviço

O artigo 3º, § 2º do CDC define: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Ordinariamente, todo serviço é prestado por profissional, caracterizado pela atividade habitual. Porém, inclui-se na proteção consumerista até mesmo serviço prestado no mercado de consumo de forma esporádica ou eventual, desde que caracterizado pela remuneração direta ou indireta. Desta forma, um empresário do ramo imobiliário, sendo esta a sua principal atividade profissional, mas que também é médico regularmente inscrito no respectivo órgão de classe, portanto habilitado para atuar na área da saúde, que eventualmente assume a responsabilidade de uma cirurgia, mas atua com negligência, viola direito de seu paciente, e deve responder nos termos do Código de Defesa do Consumidor. (SANTANA, 2009, p. 87).

Entendemos que todo serviço é uma atividade e também é executado pelo ser humano e que, para cada ação existe uma finalidade a ser praticada.

Para cada atividade o CDC também descreve em seu artigo 26, I e II os serviços duráveis que é aquele serviço que tem durabilidade contínua, ou seja, tem sentido de poder usar por muito mais tempo, exemplos: a prestação de serviços em uma escola através de acordo contratual em executar atividades relacionadas à saúde etc; já os não duráveis o nome já se descreve que é sem durabilidade e sem vínculo contratual, como por exemplo: a pintura de uma residência onde com o passar do tempo vai se acabando, consertos em geral etc.

Como descreve em vários artigos legais no nosso ordenamento jurídico, existe uma relação de consumo entre as partes, onde se o consumidor for lesado por um produto ou serviço mal ofertado poderá considerar seu patrimônio moral afetado, favorecendo assim a reparação por este dano sofrido pleiteando igualmente o dano patrimonial.

2.6. Definição de Dano Moral

A definição de dano moral é tarefa que ocupa doutrinadores nacionais e estrangeiros, contudo não há consenso em relação aos vários aspectos do tema, pois em cada país aplica diferente sanção ao dano causado à pessoa.

A palavra dano deriva do *latim damnum*, que significa todo mal ou ofensa experimentada pela vítima, consistindo na deterioração ou destruição de um bem ou um prejuízo patrimonial. Na concepção jurídica a palavra “dano”, está ligada ao prejuízo causado e sua conseqüentemente diminuição patrimonial. O vocábulo moral tem origem no *latim moralis*, cujo sentido vincula aos costumes e à ética, ou na acepção correspondente ao ramo filosófico que impõe deveres ao ser humano, cuja abrangência é maior que a do direito. (SANTANA, 2009. p. 149).

Em outras palavras Dias (1997, p. 729) explica a tal espécie de dano:

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

Nesse sentido, parte da doutrina considera para a definição de dano moral o critério negativo por exclusão que é considerado insatisfatório, fazendo a dignidade e personalidade da pessoa se desvalorizar.

Dano moral é toda violação à dignidade humana que tenha como consequência sofrimento, exasperação, tristeza, dor. A ilicitude atinge, todo e qualquer direito da personalidade, provocando lesões à integridade física, intelectual ou moral do indivíduo. (SARMENTO, 2009. p. 25).

As modernas concepções buscam a definição de dano moral por intermédio de seus elementos essenciais, em razão de bens como a vida, integridade física e intelectual, paz, tranquilidade espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor, segurança, amor próprio estético, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame, dentre outros semelhantes.

Como nos comprova Diniz (1998, p. 81-82), em sua definição:

O dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrido.

Percebe-se o quanto é difícil estabelecer o valor do dano moral, pois alguns casos tratam de fatores emocionais que causam lesão aparentemente visível, e em contrapartida ao ato jurídico, é de fácil cálculo matemático que possa amenizar o sofrimento.

A doutrina majoritária labora no sentido de obtenção da definição de dano moral utilizando critério negativo por exclusão. Desta forma, a definição elementar considera o dano moral como a lesão que não corresponde a uma diminuição patrimonial. Wilson Melo da Silva define danos morais como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Maria Helena Diniz entende que “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.” (SANTANA, 2009, p. 149).

Observa-se que os elementos essenciais do dano moral pertencem a um complexo de significados exemplificativos. O ser humano tem natureza ampla, que varia de tempo a tempo e espaço, como fases, dependendo de determinadas reações sofridas que mudam constantemente. Desta forma, não há como elaborar rol exaustivo ou fechado de valores inerentes à dignidade da pessoa humana e limitar aos casos de dano moral.

Após detalhado exame da questão, Carlos Alberto Bittar registra que “desse modo em conclusão, como categoria jurídica específica, danos morais são aqueles suportados na esfera de valores da moralidade pessoal ou social e, como tais, reparáveis em sua integridade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum – porque ligados à natureza humana – podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese *sub lite*m, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado.” (SANTANA, 2009, p. 150).

O escritor Arnaldo Medeiros Fonseca, ensina que, o dano moral é caracterizado por todo o sofrimento humano resultante de lesões aos sentimentos, sem nenhuma atenção aos reflexos econômicos que em virtude

do dano à personalidade, à honra, à vida, à liberdade, ao nome, que acabam debatendo com o dano material que surge em sequência do dano moral.

2.7. Distinção entre Dano moral e Dano material

Conforme destacado no item acima sobre o conceito do dano moral, a doutrina relaciona a divisão do dano reparável que se refere ao dano moral, extrapatrimonial ou imaterial e o outro é o dano material ou patrimonial, assim, sempre referindo e restringindo a responsabilidade civil do fornecedor perante os consumidores.

Nesse sentido Magalhães (1980, p. 5) define dano como:

Etimologicamente dano vem de “demere” que significa tirar apoucar, diminuir. Portanto, a ideia de dano surge das modificações do estado de bem estar da pessoa que vem em seguida à diminuição ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados extrapatrimoniais ou patrimoniais. O conceito clássico de dano, aquele que se encontra na maioria dos autores que trataram do assunto, sendo por isso o mais divulgado, é o que entende o dano como uma diminuição do patrimônio, patrimônio tanto material quanto moral.

Seguindo o mesmo entendimento, Costa (2002, p. 28) relaciona o dano como “[...] todo o mal ou ofensa que tenha uma pessoa causada à outra, do qual possa resultar deterioração ou destruição de coisa que lhe seja própria ou prejuízo patrimonial. Possui o sentido econômico”.

Pode-se dizer que o dano reflete no aspecto interno e físico do ser humano, afetando fatores emocionais, psíquicos, social, intelectual e econômico.

Lembre-se que a palavra “dano” significa estrago; é uma danificação sofrida por alguém, causando-lhe prejuízo. Implica, necessariamente, a diminuição do patrimônio da pessoa humana. Moral, pode-se dizer, é tudo aquilo que está fora da esfera material, patrimonial do indivíduo. Diz respeito à alma, aquela parte única que compõe sua intimidade. “É o patrimônio ideal da pessoa, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Jamais afeta o patrimônio material. (NUNES, 2012, p. 374).

Já o dano material ou patrimonial refere-se à lesão sofrida entre o conjunto de bens do sujeito que estabelece um valor econômico, que engloba o

dano emergente contribuindo com a diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, ou seja, resultando o lucro cessante do sujeito e a perda futura da vítima que deixou de ganhar pela violação sofrida do seu direito.

A indenização do dano material ou patrimonial busca o restabelecimento da situação da vítima ao momento anterior à prática do ato ilícito, ideia sintetizada no princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*). Então, a reparação material deve objetivar a restituição à vítima do mesmo bem da vida violado. Entrementes, 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. (SANTANA, 2009, p. 155).

Assim, o prejuízo causado à vítima será restituído pelo autor igualmente, reparando e repondo todo o patrimônio desfalcado, fazendo com que volte a vida e rotina normal usufruindo dos bens como era antes de sofrer o dano material.

Santos (2001, p. 80) afirma que:

Quando o prejuízo afeta bem material, diz-se que o dano é patrimonial, pois se caracteriza pela apreciação pecuniária da consequência que produz. [...] O dano patrimonial é aquele que atinge bens e tenham valoração pecuniária. Quando ao contrário, a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições, legítimas e rompem o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor e outros, diz-se que o dano é moral.

Com base na argumentação do autor referido, entende-se que no dano material se estabelece um ressarcimento em valores pecuniários ou até mesmo do próprio bem subtraído, e no dano moral é irreparável, pois não se devolve a referida dignidade afetada pelo ofensor.

A Ciência do Direito ocupou-se mais detidamente sobre as particularidades do dano patrimonial, que atualmente alcança satisfatório desenvolvimento. Tal fato é creditado à tradição jurídica de destinar a sua proteção ao patrimônio material do sujeito de direito, característica marcante de todos os Códigos Civis elaborados a partir do século XIX e vinculados ao sistema jurídico romano-germânico. A mesma constatação não pode ser feita em relação ao dano moral, que por sua vez ainda necessita de melhor detalhamento por parte da doutrina, jurisprudência e legislação, especialmente no presente momento que se busca realização dos Direitos Humanos, estes acolhendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. (SANTANA, 2009, p. 155).

Já o dano moral destina à lesão adentrada aos direitos da personalidade, ao estado físico, psíquico e moral da vítima, seguido com a reparação desse dano que não tem repercussão de restituir com o mesmo bem como no dano material, em razão pela qual surgiu a finalidade de compensar a vítima pelo dano causado, punir o infrator como meio de impedir que novas práticas semelhantes sejam praticadas.

2.8. Dano Moral Individual

O dano moral individual está relativamente relacionado aos direitos da personalidade igualitária do ser próprio que demonstra constante desenvolvimento, assim como vive a sociedade.

O direito inato, indissociável da condição humana, que se caracteriza pelo poder de exigir que o Estado, a sociedade civil e os cidadãos não se imiscuem no universo particular do indivíduo. Para Pontes de Miranda, velar a intimidade é o direito personalíssimo de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros. (SARMENTO, 2009, p. 2).

Quando se fala em dano moral individual, logo nos faz lembrar a Constituição Federal de 1988 no seu Capítulo I do artigo 5º que se resume em resguardar que todos são iguais perante a lei, ou seja, direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade como já foi mencionado anteriormente.

É por sua vez, o espaço protegido pela confidencialidade. A vida privada está diretamente ligada ao círculo de relações intersubjetivas mantidas sob reserva ou em absoluto segredo. É direito subjetivo público assegurado a cada ser humano de manter sob anonimato determinada informações restritas à sua vida particular. (SARMENTO, 2009, p. 3).

Com as mudanças ocorridas até o momento, todo e qualquer direito têm como base a pessoa, o ser individualmente. Com base nesse dano moral, estão definidos os direitos individuais homogêneos no artigo 81, I e III do CDC que descreve simplesmente como aqueles direitos indivisíveis, intransferíveis, “decorrentes de origem comum”.

Esse dano moral individual afeta extremamente a uma única pessoa, onde se espera o ressarcimento de interesse individual à própria vítima lesada e não estende a outras pessoas.

2.9. Dano Moral Coletivo

O dano moral coletivo atribui o debate acerca de vários aspectos relacionados, por ter parte de doutrinadores que discutem o alinhamento de alguns argumentos perante os direitos da personalidade pertencentes à coletividade, pois esse dano moral coletivo refere-se ao conjunto de diversas pessoas com direitos individuais, onde cada qual tem exclusivamente à legitimidade de tutelar seus próprios interesses.

Seguindo tal argumentação contrária perante esse dano coletivo, afirma que essa coletividade não é um sujeito de direito, pois somente as pessoas jurídicas podem assumir esses direitos e deveres, concluindo que a mesma vítima não pode sofrer dano moral.

O reconhecimento constitucional de direitos coletivos (transindividuais) é fruto das transformações operadas nos principais sistemas jurídicos contemporâneos. Apesar de ter a gênese identificada na ação popular romana, somente recentemente os direitos transindividuais foram sistematizados, especificamente a partir da década de 70, na Itália. Em razão do avanço doutrinário, houve a superação no plano legislativo da tradicional concepção individualista para a positivação dos direitos difusos e coletivos (transindividuais). (SANTANA, 2009. p. 168).

O Código de Defesa do Consumidor revela o reconhecimento da tutela dos direitos imateriais da coletividade em seu artigo 6º, VI, sobre a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. A regra consumerista mencionada invoca a proteção e a regulamentação jurídica das relações de consumo que está voltada para a tutela coletiva.

O reconhecimento legal da coletividade como titular de bens imateriais valiosos conduz à afirmação de que o sistema jurídico tem mecanismos próprios de prevenção e reparação das lesões aos mesmos, admitindo-se, portanto, a busca da reparação dos danos morais coletivos. O Código de Defesa do Consumidor acolhe expressamente a tutela individual e coletiva, nos moldes do art. 81, caput, nestes termos: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. (SANTANA, 2009, p. 170).

O processo de coletividade reflete muito na esfera de um grupo de pessoas sendo lesionadas em conjunto pelo mesmo ato e, sendo consumidores de um determinado produto introduzido no mercado de consumo ou serviço prestado, ferindo a personalidade individual, porém relativamente todas as pessoas usufruindo de um mesmo produto.

Combinando os diversos aspectos do dano moral individual com as particularidades da disciplina legal dos valores transindividuais, define-se dano moral coletivo como a injusta lesão dos direitos imateriais pertencentes à determinada coletividade, ou seja, é a violação injusta de específico círculo de valores coletivos. Dispensa-se a prova direta do dano moral coletivo, porquanto não se presume-se em razão de demonstração do favor violador dos valores coletivos (*damnum in re ipsa*). (SANTANA, 2009, p. 173).

Conclui-se que os danos morais coletivos nas relações de consumo podem decorrer de variadas situações, como exemplos: a venda ou exposição de produtos inseguros, um contrato de formatura, plano de saúde, e outros mais.

3. REPARAÇÃO DO DANO MORAL

As finalidades da reparação do dano moral refletem na controversa desse tema que, a reparabilidade do dano moral possui o intermédio de determinada quantia em dinheiro, onde o autor apresenta a fundamental importância da reparação dos danos morais. Esse assunto traz termos sinônimos para compreendermos melhor os termos entre indenização, ressarcimento e reparação.

A compreensão do assunto reclama o esclarecimento terminológico entre indenização, ressarcimento e reparação. Não é fato isolado a utilização pela doutrina dos aludidos termos como sinônimos. Busca-se a univocidade dos termos jurídicos como obra necessária à atividade científica. Yussef Said Cahali sintetiza a questão, afirmando que no dano patrimonial intenta-se a reposição em espécie ou seu correspondente em dinheiro. Visa, portanto, à indenização integral da vítima, eliminando completamente a diminuição patrimonial experimentada, restituindo-a ao estado anterior que se encontrava antes do ato ilícito, sendo que o equivalente em dinheiro serve como ressarcimento do dano patrimonial. (SANTANA, 2009. p. 187).

Diante da opinião do autor acima, para o dano moral, o dinheiro não se destina a recomposição patrimonial, e sim, a uma compensação à vítima semelhante a uma determinada perda, que para jurisprudência destina ao ressarcimento. Isso significa que a responsabilidade de ressarcir é do agente causador, dando direito à vítima ofendida todo o direito de indenização do dano sofrido.

Etimologicamente, na acepção comum, reparar significa a ação de restaurar, consertar, pôr em bom estado ou restituir ao estado primitivo o que estava arruinado. De Plácido e Silva ensina que o vocábulo *reparação* deriva do latim *reparatio*, de *reparare*, que significa restabelecer, restaurar, renovar, recompor ou reaver. É o ato por intermédio do qual a coisa (bem da vida) é renovada, recomposta, restabelecida ou restaurada, objetivando o retorno ao estado anterior. (SANTANA, 2009. p. 188).

Quando afeta os direitos de personalidade como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, não existem reparação alguma que irá consertar e fazer com que a pessoa seja a mesma antes de sofrer qualquer dano, e sim uma compensação indenizatória para suprir o sofrimento.

A Constituição Federal adotou o princípio da reparação integral do dano material. Para obter a indenização, a vítima assumirá o ônus de provar os prejuízos patrimoniais sofridos (*dommages évaluable en argent*). Quando se tratar de danos morais, basta apenas a violação do direito de personalidade e o nexo causal entre o ato do agente (omissivo ou comissivo) e o sofrimento imposto à vítima. A reparabilidade do dano moral está amplamente prevista na legislação pátria. Podemos citar como exemplo a Constituição Federal (art. 5º, V e X), o Código Civil (art. 186), o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) e a Lei de Imprensa (art. 49). (SARMENTO 2009, p. 25).

Existe na responsabilidade jurídica uma repercussão na violação do direito da pessoa que abrange o Direito Penal e Direito Civil em sentido amplo.

A responsabilidade penal reflete no âmbito de que o dever de reparar o dano é do lesante, pois, recairá sobre a própria pessoa, onde a lei configura como um criminoso que atingiu o interesse social e comprometeu o equilíbrio da vida humana. Já na responsabilidade civil, o interesse é somente do prejudicado, no qual a responsabilidade também é do lesado em reparar, de assumir o restabelecimento da vítima, se equilibrar diante do dano ou perda sofrido, fazendo-se a encontrar e viver como antes do fato gerador.

No sistema jurídico vigente prevê também a tutela dos bens materiais, pois, somente na reparação dos danos materiais é possível simular o restabelecimento da situação anterior da vítima, ou no qual determinará o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro. Sendo que no dano moral não é possível prevê essa possibilidade exata de valor a ser pago, mas isso não impede de indenizar devidamente.

Santos (2003, p. 62) enfatiza: “seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido”. Portanto, a reparação do dano moral faz-se necessário para solucionar os conflitos causados pelo ato ilícito.

Sobretudo dentro desse sistema jurídico os operadores do direito devem ficar atentos perante algumas finalidades da reparação do dano moral que veremos adiante, e, pode afetar a vida do ser humano, ou seja, a vítima de não cumprir devidamente a essas finalidades.

3.1. As Finalidades da Reparação do Dano Moral

3.1.1. Compensatória

A finalidade compensatória ou indenizatória significa um grande potencial para o lesado na reparação do dano moral. É a partir da compensação que o dano patrimonial ou material entra em lance, sendo que a indenização já obriga o causador do dano a se desfazer de um determinado patrimônio ou qualquer outro material que lhe pertence para a vítima se restabelecer e manter-se como era antes. Se não for possível essa diminuição de material, procede e estabelece o pagamento por intermédio de uma quantia em dinheiro que caracteriza o ressarcimento.

Indenizatória tem o propósito de compensar a dor e o sofrimento da vítima mediante o pagamento de valores pecuniários. Também se enquadram nessa categoria as sanções repristinatórias, isto é, aquelas que objetivam restabelecer o *statu quo ante*. Exemplo disso é o direito de resposta para estabelecer ou rebater as informações injuriosas veiculadas nos meios de comunicação. O autor pode pedir, além disso, provimento mandamental que obrigue o órgão de comunicação social a publicar esclarecimentos, retificações ou desmentidos de informações constantes de matérias jornalísticas. (SARMENTO, 2009, p. 34).

No conceito de Rodrigues (2002, p. 185), indenizar significa “ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”. Esta obrigação de indenizar é imposta ao causador do dano, em favor da vítima.

Por outro lado o dano moral protege os direitos da pessoa humana (personalidade), e só pode ser semelhantemente reparado com o pagamento do montante em direito, para no mínimo a vítima se satisfazer e seguir em frente depois do dano sofrido. Isso não quer dizer que a finalidade compensatória pagará a dor, a vergonha, o sofrimento, o desgosto sofrido pela vítima diante do ato praticado.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a função compensatória da reparação do dano moral. À guisa de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de elucidativo voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 38.379/MG, reconhece a importante função compensatória da reparação do dano moral, registrando que “...Assim, a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar de sua *ratio essendi* compensatória, e, assim, causar um enriquecimento indevido à parte. É preciso que o prejuízo da vítima seja aquilutado numa visão solidária da dor sofrida, para que a indenização se aproxime o máximo possível do justo. Na hipótese do autos, restou patente que, em decorrência do acidente sofrido, foram de grande monta os sofrimentos suportados pela autora, seja no desgaste a que foi acometida de ter de se submeter a tratamento médico cirúrgico, seja nos efeitos negativos psicológicos que a deformidade lesionante na face da autora trouxeram a sua vaidade feminina, afetando, até nova adaptação, seu convívio familiar e social. Com efeito, a complexidade do ser humano e seus sentimentos não podem ser olvidados no proferimento de juízos de valor, e na avaliação do *quantum* a ser estipulado a título de compensação, por certo imperfeita, do danos morais.” (SANTANA, 2009. p. 191 e 192).

Mas mesmo assim, com essa injusta humilhação sofrida, é normal que o ser humano demonstre uma atitude de vingança, um pensamento desorganizado e o gosto de fazer justiça com as próprias mãos. Contudo essa atitude deverá ser objetivada e procurar resolver de maneira sóbria juridicamente, que, apesar de não recuperar o verídico poderá se superar com outros recursos que a lei determina.

3.1.2. Punitiva

De início, a finalidade punitiva ou inibitória da reparação do dano moral é voltada ao ofensor, ou seja, todo mecanismo de resposta que a vítima espera do sistema jurídico relaciona a sanção dada ao infrator.

Inibitória tem o intuito de fazer cessar o ato ilícito. A medida visa a fazer cessar a ilicitude já praticada pelo agente, a fim de atenuar seus efeitos sobre o patrimônio imaterial da vítima. Exemplos: apreensão de material publicitário, livros, cartazes ou faixas que contenham imputações atentatórias à intimidade, vida privada, honra ou imagem. (SARMENTO 2009, p. 34).

A necessidade de punição deve ser observada com extrema cautela pelo magistrado, onde deverá observar não só a função de satisfazer à vítima e nem abusar da situação econômica do ofensor. Pois essa finalidade tem

objetivo de ensinar claramente o efeito danoso que o ofensor causou à vítima e servir de aprendizado para não mais praticar o mesmo ato com outras pessoas.

Ao contrário da função compensatória, que é considerada ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência, a finalidade punitiva da reparação do dano moral é terreno marcado por acirradas controvérsias. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não estabelecem, de forma expressa, a finalidade punitiva em sede de responsabilidade civil e os doutrinadores divergem sobre a aceitação da pena fora de âmbito do direito penal. (SANTANA, 2009, p. 192).

O termo da controvérsia refere-se que haja a possibilidade ou não de a sanção dada ao violador possa ter o sentido punitivo. Os doutrinadores alegam vários argumentos contrários em relação a finalidade punitiva, pois traz essa controvérsia da responsabilidade civil e responsabilidade penal.

A introdução da finalidade punitiva da responsabilidade civil do fornecedor por fato do produto e do serviço foi afastada de nosso sub-sistema consumerista por veto do Presidente da República. O projeto legislativo relativo ao Código de Defesa do Consumidor disciplinava, por intermédio do artigo 16, o instituto da multa civil, verdadeira sanção judicial, a ser fixada pelo prudente arbítrio do juiz. O veto presidencial foi lançado ao argumento de que o artigo 12 e outras normas do Código de Defesa do Consumidor já contemplavam a reparação de danos sofridos pelo consumidor, além de que os valores fixados para a multa civil eram expressivos, bem como não estavam estabelecidos a sua destinação e finalidade. (SANTANA, 2009, p. 192 e 193).

Está clara e objetiva que a responsabilidade civil não impõe o infrator a sofrer pena, sendo que, a punição está relacionada em obrigar esse infrator a reaver o prejuízo sofrido pela vítima, reabilitando e regulando os conflitos entre as partes, objetivando a natureza punitiva.

Para o doutrinador José de Aguiar Dias, a responsabilidade penal põe à frente a culpa que o delinquente tem perante o ato ilícito, uma pena dura ao causador, é inseparável da pessoa, a pena não pode ser transferida para outra pessoa na falta do autor, e também não pode ser substituída por outra pena. Já a responsabilidade civil se preocupa em reparar o dano causado, não é inseparável da pessoa do delinquente, e a indenização poderá ser transferida aos herdeiros de lesado.

Entretanto, em nosso sistema jurídico brasileiro diverge da função punitiva ser tratada como pena, sanção na esfera penal, pois, não há lei que determina pagar uma quantia e cumprir a finalidade punitiva do ato.

Humberto Theodoro Júnior posiciona-se contrariamente à função punitiva da reparação do dano moral. Entende que somente o direito penal tem a vocação para imposição de sanção punitiva, devendo-se respeitar a esfera de atuação de cada ramo do direito positivo. Caso contrário, o ofensor estará sujeito à duplicidade de sancionamento pelo mesmo fato. Considera que um dos princípios da repressão pública é o relativo à vedação de imposição de penas repetidas e cumulativas em razão de um mesmo fato (*bis in idem*). Entretanto, admite que a finalidade punitiva da reparação do dano moral poderá ser considerada pelo juiz na fixação do montante da indenização como critério secundário ou subsidiário. (SANTANA, 2009, p. 195).

Conforme o sistema que rege o direito do consumidor não se deve discutir e nem duvidar que, o valor da indenização corresponde e descreve a uma finalidade punitiva. E para alcançar o valor da indenização da reparação dos danos morais, o juiz deverá observar e considerar a ação no qual resultou em punição do autor, perante o ato praticado.

Com isso, a função punitiva da reparação do dano moral, reflete e causa um grande questionamento sobre o valor, porém, deve-se observar o grau da culpa, também a condição financeira do lesador e aí sim fixar o valor em dinheiro da indenização.

3.1.3. Preventiva

A finalidade preventiva tem a função de controlar a convivência da sociedade, proteger as espécies humanas e seus direitos, sendo individuais, coletivos, privados ou públicos. Na reparação do dano moral, essa finalidade adere medidas de prevenção, ou seja, evitar conflitos sociais com o intuito de harmonizar as relações de consumo, envolvendo todas as pessoas, sendo elas vítimas ou ofensores como um todo.

Preventiva tem em mira evitar que o dano moral ocorra. O autor deve demonstrar que se encontra na iminência de sofrer violação a direito de personalidade e requerer a intervenção judicial no sentido de evitar a sua consumação. Exemplo: ações cautelares ou ordinárias com pedido de obrigação de não-fazer. (SARMENTO, 2009, p. 33).

Em virtude dessa atitude de prevenir conflitos que se atribui a indenização, ou seja, a sanção pecuniária ao ofensor para conscientizar toda a sociedade a não estimular e nem serem estimulados a invadir, lesar, atingir os valores morais e matérias de outrem.

A função preventiva da reparação do dano moral é criticada por Humberto Theodoro Júnior, sob o fundamento de que a inserção de um plus no valor da indenização, em nome da sociedade, com o objetivo de desestimular a prática de ato lesivo semelhante, constitui-se em desvio dos propósitos do direito privado, sendo que a questão comporta regulamentação no âmbito do direito público, por meio de legislação especial e adequada. (SANTANA, 2009, p. 198).

Nessa linha de raciocínio de Humberto, outra argumentação nos relata que a reparação do dano moral quer com essa prevenção impor ao agressor uma ampla reflexão do ato praticado, fazendo com que evite possível repetição, novas ocorrências e vale a pena rever os próprios passos futuramente depois de ter sido subtraído de si mesmo uma parte de dinheiro ou patrimônio para suprir o outro que sofreu a agressão.

Na mesma linha de argumentação, Adolpho Paiva Faria Junior sustenta que a reparação do dano moral quer, ao lado da função compensatória, desestimular a prática de atos semelhantes, impondo ao agressor maior reflexão em seus passos futuros, meio inibitório de novas ocorrências, vale dizer, evitar possível recidiva. (SANTANA, 2009, p. 198).

Por isso, a finalidade preventiva do dano moral quer nos mostrar o caminho da excelência de reduzir, desestimular, evitar conflitos entre a sociedade, contra os bens mais valiosos da pessoa, a personalidade de ser humano, obrigando o ofensor de forma coercitiva de pacificar a sociedade através dos órgãos judiciais existentes.

3.2. A Fixação do Valor da Indenização

Como relatamos anteriormente, a indenização por danos morais configura por uma infração do ofensor com o objetivo de compensar em valores pecuniários o sofrimento da vítima em virtude do ato causado onde violou os direitos de personalidade.

No campo da jurisprudência, porém, o acatamento da condenação indenizatória em hipótese de dano moral sempre foi muito restrito, tendo começado a ser implementada efetivamente a partir da edição da Carta Magna de 1988, especialmente com base nas garantias instituídas nos incisos V e X do art. 5º. E, desde então, foi-se firmando o entendimento de cabimento do direito à indenização por dano moral, de tal maneira atualmente não pairam mais dúvidas a respeito, quer na jurisprudência, quer na doutrina. Essa resistência histórica e a pouca idade do apagamento das dúvidas a respeito do cabimento do dever de indenizar os danos morais talvez sejam os fatores que ainda levem o Poder Judiciário a fixar em montantes muito tímidos as indenizações capazes de reparar o dano moral. Aliás, esta é a grande dificuldade enfrentada pelos magistrados: a fixação do valor devido a título de indenização por dano moral. Como já dito, o dano moral é caracterizado pela dor, pelo sofrimento de alguém, em decorrência de um ato danoso; e justamente por ser um sentimento de foro íntimo, pessoal, tal dor é impossível de ser mensurada e, conseqüentemente, traduzida em cifras. Acontece que, além desse problema natural da dificuldade de mensuração, as normas constitucionais não regulam a questão. Fica o juiz, para a busca do *quantum*, com parâmetros muito vagos – oferecidos pela doutrina. E a partir dos casos concretos há, também, grande dificuldade de se elaborar uma regra geral que possa servir de modelo para as demais hipóteses. É que os casos particulares, por via de regra, são muito diferentes entre si, não guardando relações individuais suficientes que permitam a generalização por indução. Com a multiplicação dos processos cuidando de fixar indenizações por danos morais, talvez, venha a ser possível alguma generalização. (NUNES, 2012, p. 376 e 377).

Para o juiz determinar e fixar o valor da indenização por dano moral em diversas situações é preciso observar parâmetros que podem distinguir a veracidade das atitudes de ambas as partes envolvidas. No qual a própria lei não mostra critério específico de uma medida certa que comprove a restituição do prejuízo e dano moral, ou seja, isso gera uma enorme dificuldade entre os doutrinadores em analisar esse tipo de matéria.

Em sentido contrário, a mesma dificuldade não é encontrada na indenização do dano material. A qualificação do dano material se efetiva com a mera aferição de alteração patrimonial negativa. É 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. A diferença encontra é o valor da indenização. (SANTANA 2009, p. 200).

A exigência inicial da fixação de níveis mínimos e máximos de valores, limitando a indenização conforme a realidade econômica do ofensor constitui, inclusive, medida para garantir o cumprimento da obrigação, medida para garantir que a indenização signifique verdadeira punição para o ofensor e medida de ordem judicial.

É importante observar sobre a responsabilidade objetiva e clara pelo fato do produto e serviço descrito nos artigos 12 e 14 do CDC que diz: artigo 12 “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” e o artigo 14 “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

3.3. Critérios para fixação da indenização do dano moral

No campo da jurisprudência consumerista e levando em conta os princípios constitucionais que garantem a proteção da dignidade da pessoa humana, respeitando a vida e a honra, sempre existirá critérios considerados regras importantes analisadas pelo juiz para decretar o tamanho da responsabilidade do ofensor em relação aos valores pecuniários a serem pagos à vítima pelos danos morais causados.

De acordo com Nunes (2012, p. 378) vamos entender um pouco dos critérios: a) a natureza específica da ofensa sofrida significa considerar o fato real que causou o dano, no qual cada fato terá uma reparação e indenização diferente. Onde é levado em conta pelo magistrado não só as situações diferentes de danos, mas também o dano em si da pessoa; b) intensidade real, concreta, efetiva, do sofrimento do consumidor ofendido revela a veracidade da dor sofrida pela vítima em cada fato lesionado, fazendo com que o magistrado use métodos para chegar ao convencimento real através de depoimentos da própria vítima e também daquelas testemunhas que presenciaram o fato; c) repercussão da ofensa, no meio social em que vive, o consumidor ofendido pode ser entendido de diversas maneiras pela sociedade, causar até mesmo outro dano psíquico na vítima pela ofensa sofrida, fazendo com que não mais

volte a se expor no social por vergonha e rejeição por outras pessoas; d) existência de dolo, má-fé por parte do ofensor na prática do ato danoso e o grau de sua culpa: dependendo das circunstâncias que envolvem determinado caso, a fixação da indenização do dano moral necessita da comprovação de que o ofensor agiu com culpa ou dolo diante de um produto ou serviço inserido do mercado de consumo, também o grau dessa culpa, e se comprovada faz com que agrave e aumenta o valor da indenização; e) situação econômica do ofensor, logicamente se vê que quanto maior poder econômico o ofensor tiver menos ele sentirá quando pagar a indenização, pois para fixação do valor a ser indenizado é importante observar e equiparar essa situação para não desestruturar o ofensor, e não aproveitar de situação precária da vítima para levá-la ao enriquecimento; f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso ocorrido na relação de produto e/ou serviço oferecido, demonstrar chances de voltar a causar o mesmo dano à vítima, isso poderá ser levado em conta na hora de fixar o valor da indenização. Vale comprovar se estão sujeitos a voltarem para o mercado de consumo nas mesmas condições, sem nenhuma mudança de melhoria para com o consumidor; g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha: relativamente falando de uma reincidência do ofensor como agravante de que existe muitos casos em que se repete as mesmas infrações, com isso o valor da indenização deverá ser meramente superior para fazer valer e por um fim nesses eventos danosos; h) práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido leva em consideração as atitudes do ofensor após praticar o ato danoso, se está agindo com desprezo, arrogância e/ou má-fé quando o acolhe, dá socorro e atenção na hora da dor. Se o ofensor agir de boa-fé e assumindo o ato após o dano isso pode ser levado como diminuição no valor a ser pago de indenização, já a omissão de acolhida e ignorar a vítima serão considerados como argumento para fixar um valor maior de modo a afetar o ofensor; i) necessidade de punição como o mais importante para demonstrar ao ofensor o que ele causou à vítima, independente da situação afetou profundamente o direito de personalidade e que sua função é considerada pelo magistrado especialmente em punir o infrator e servir como freio e desestimular, para que ele não volte a praticar o mesmo ato.

Como estamos falando em valores de indenização não podemos deixar de ressaltar o entendimento de alguns doutrinadores e magistrados que ainda determinam a fixação como base no salário mínimo.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, em sua atual composição de forma majoritária, modificaram o entendimento anterior da Corte para o fim de vedar a vinculação do salário mínimo às indenizações por dano moral, na mesma linha do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, a Min. Nancy Andrighi, no julgamento do REsp470.365/RS, votou pelo provimento do recurso, negando a possibilidade de vinculação do salário mínimo ao valor da indenização por danos morais, ocasião em que modificou a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em duzentos salário mínimos para a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). A indenização por dano moral no subsistema de Direito do Consumidor também não admite a sua vinculação ao salário mínimo, consoante regra expressa no art. 7º, IV, da CF/1988. O salário mínimo tem função específica, inscrita na Constituição Federal, sobretudo para propiciar ao trabalhador em geral o piso vital mínimo, aspecto integrante de sua dignidade, e que deve ser preservado. Inadmissível a utilização do salário mínimo como fator de indexação da economia ou meio de atualização monetária, como ocorreu no Brasil em época de exorbitante inflação. (SANTANA, 2009, p. 237 e 238).

Portanto, ainda existem discordâncias e injustificativas em aceitação do salário mínimo como meio de atualização monetária para a fixação do valor da indenização. Pois esses valores devem ser formulados de acordo com a decisão do magistrado, sobretudo assegurar o ressarcimento devido à vítima, no qual em certas situações nem sempre a vítima está informada sobre a situação da economia no Brasil.

4. A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

A responsabilidade do fornecedor pela inserção de produtos e serviços no mercado de consumo está claramente estabelecida no art. 12 do CDC assim: “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

Lisboa (2004, p. 427) enfatiza o entendimento dessa responsabilidade da seguinte forma:

[...] é um vínculo de direito de natureza transitória que necessariamente compele alguém a solver aquilo a que se comprometeu, garantindo o devedor que pagará a prestação economicamente apreciável, seja por meio do seu próprio patrimônio ou de outrem.

Nos dizeres de Venosa (2007, p.1) “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”

Essa responsabilidade fica entrelaçada na tutela civil que é entendida como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico e originário”. (Filho, 2005, p. 24)

Conceitua ainda, a responsabilidade civil na visão de Stoco (2004, p. 120) que é “a obrigação de pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola o dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei”.

Sendo resultante o ato ilícito do fornecedor perante o consumidor por não adequar de forma eficaz os produtos e serviços de qualidade para uso de bem comum no mercado de consumo.

Os produtos e serviços ofertados no mercado de consumo destinam-se a satisfazer as necessidades do consumidor, nos aspectos de indispensabilidade, utilidade e comodidade, sendo conatural a expectativa de que funcionem conveniente e adequadamente ou se prestem à finalidade que deles legitimamente se esperam. Não fosse assim e não estaria justificada a razão de sua existência. (ALMEIDA, 2011, p. 82 e 83).

Quando o produto é considerado defeituoso com má qualidade, e oferece risco à saúde, ou seja, não tem segurança cabe o magistrado levar em consideração as circunstâncias seguidas após serem inseridos no mercado. Já os produtos de melhor qualidade ter sido colocado para uso próprio do consumidor já não são considerados defeituosos, pois o fornecedor se resguarda pela repercussão social e segurança do mesmo.

Importante salientar então a opinião de Alves (2003, p.22-34), para quem:

A responsabilidade civil não pode assentar exclusivamente na culpa ou no risco, pois sempre existirão casos em que um destes critérios se revelará manifestamente insuficiente. A teoria do risco não vem substituir a teoria subjetiva, mas sim completá-la, pois, apesar dos progressos da responsabilidade objetiva, que vem ampliando seu campo de aplicação, seja através de novas disposições legais, seja em razão das decisões dos nossos tribunais, por mais numerosas que sejam, continuam a ser exceções abertas ao postulado tradicional da responsabilidade subjetiva

Percebe-se que será sempre necessário buscar o equilíbrio entre as duas teorias, pois havendo ou não a culpa devera ser fixada as causas em que ocorrera a reparação do dano.

Com base na lei consumerista o comerciante responde civilmente com plena culpa nos termos do artigo 13 do CDC na ausência do fabricante, construtor, produtor ou o importador pelas mesmas responsabilidades atribuídas.

Os serviços seguem a mesma linha de raciocínio citada acima, no qual são omissas as informações sobre suas técnicas de cuidados e falhas sujeitas possivelmente. Podendo seguir conforme o artigo 14 e seus incisos a importância de entender que o serviço defeituoso já se espera pela falta de segurança e o não defeituoso já garante a proteção por utilizar técnicas de qualidade.

Como via de regra, devemos observar a importância dos riscos que os produtos e serviços ofertados podem causar à vítima, relatado por Filho (2000, p. 67):

Sobre a teoria de risco, entende que a palavra “segurança, quando se fala em mercado de consumo, deve ser associada à ideia de risco (probabilidade de um produto ou serviço vir a causar dano à saúde humana), sendo da maior ou menor incidência desde que decorre aquele.

Por esse motivo cada vez mais os fornecedores estão buscando melhorias na oferta dos produtos e serviços com qualidade, fazendo testes, adequando as normas legais vigentes antes de serem inseridos no mercado de consumo pra diminuir ou ate mesmo evitar violação aos direitos do consumidor final.

4.1. A Responsabilidade do Fornecedor por Vício do Produto e do Serviço

O Código de Defesa do Consumidor detêm em seu artigo 18 que, “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

Devido os fornecedores responderem solidariamente não quer dizer que o comerciante fica excluído dessa obrigação, pois no mercado de consumo o produto vicioso fica exposto diretamente ao consumidor final e assim, logo, ele recorre no comerciante que lhe ofertou o produto.

Leite (2002, p. 50) analisando o artigo 2º do CDC entendeu que:

Além da pessoa que efetua diretamente a aquisição do produto ou serviço, também é consumidor aquele que recebe o produto ou serviço como presente. Dessa forma, alguém que receba uma geladeira de presente de casamento pode, ele mesmo exigir do fabricante ou importador e, se for o caso, do comerciante que responda por vícios ou defeitos do produto.

Em face das responsabilidades existentes iremos agrupar os tipos de vícios dos produtos e serviços existentes nas relações de consumo de acordo com o entendimento de Almeida (2012, p. 96-97): a) vícios de qualidade dos produtos são aqueles que tornam os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, entendendo-se por impróprios ao uso e consumo dos produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, deteriorados, alterados, adulterados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, bem como os produtos que, por qualquer motivo, se revelam inadequados ao fim a que se destinam; b) vícios de quantidade dos produtos respeitam as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária (art. 19); c) vícios de qualidade dos serviços são os que tornam os serviços impróprios à sua fruição ou lhes diminuem o valor, considerando-se impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendem às normas regulamentares de prestabilidade (art. 20, *caput* e § 2º); d) vícios de quantidade dos serviços decorrem da disparidade quantitativa com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária. Não há correspondência entre o serviço efetivamente prestado e aquele ofertado ao consumidor, diretamente ou mediante publicidade (arts 18, *caput*, e 20 *caput*).

Diante da corrente defensora da aplicação da responsabilidade civil, Venturi (1998, p. 62) complementa:

“Em sede de tal microssistema, o legislador apontou para a objetivação da responsabilidade civil, voltando-se flagrantemente à orientação no sentido de se tornar efetiva a tutela dos direitos difusos e coletivos dos consumidores. Ao lado da expressa previsão do regime de responsabilidade civil de pleno direito às hipóteses dos chamados “acidentes de consumo” (CDC art. 18), bem como às hipóteses de lesão pelo “fato do produto ou do serviço” (CDC, art. 12), a Lei 8.078/90) estatuiu, como “direito básico do consumidor” a “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6º, IV), e a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI).

Percebe-se que os consumidores estão cada vez mais exigentes em relação aos produtos e serviços, com isso Kotler (2000, p. 172) afirma que “à medida que os produtos se tornam mais complexos, é necessário garantir a segurança dos compradores e usuários. Consequentemente, os órgãos governamentais têm mais poder para investigar e proibir produtos potencialmente inseguros”.

Diante da responsabilidade de reparar Almeida (2006, p. 68) entende que: “a responsabilidade pelo vício busca proteger a esfera econômica, ensejando tão-somente o ressarcimento segundo as alternativas previstas na lei de proteção”.

4.2. A Prova do Dano Moral

A prova do dano moral tem um aspecto importante onde o consumidor terá que produzir alguma prova que se consuma em dano moral pela ofensa sofrida. O artigo 6º em seu inciso VIII do CDC diz: “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”, expressa claramente à possibilidade de inversão do ônus da prova.

A prova do dano moral constitui-se, ainda hoje, em aspecto relevante na investigação científica e que também guarda extrema complexidade. Um dos principais argumentos invocados pelos adeptos da corrente negativista residia no tempo que ainda se vinculava a definição de dano moral à consequente dor experimentada pela vítima em razão de lesão a direito imaterial. (SANTANA, 2009, p. 244).

O autor em citação ensina que para o juiz formar o seu convencimento é preciso avaliar aspectos probatórios seguindo os princípios da necessidade e da contradição da prova, então vamos conhecer cada um deles: o primeiro princípio da necessidade estabelece que os fatos alegados no processo pelas partes sejam de plena veracidade e passível de processo legítimo.

Assim o juiz irá adotar as medidas cabíveis de acordo com o que consta no processo e conseqüentemente provados, pois não se pode julgar o que não está no processo; já o segundo princípio da contradição desperta o direito próprio de que ninguém pode ser condenado sem antes se defender, apesar de obter provas contra o ofensor, poderá antes conhecer o fato proposto e sugerir uma melhor apreciação pelo juiz.

Grinover (2001, p. 279) desperta dois elementos importantes de fragilidade do consumidor esclarecendo que:

A vulnerabilidade é inerente a todo consumidor; enquanto a hipossuficiência é relativa a um indivíduo considerado em si ou a certas categorias de indivíduos, como os idosos, as crianças, os doentes, os índios, etc.. A hipossuficiência leva em consideração a situação concreta do consumidor, seu grau de cultura, instrução, situação financeira e o meio em que vive. A vulnerabilidade é princípio intrínseco das relações de consumo, abrangendo todos os consumidores independentemente da situação em que figurem.

Seguindo o raciocínio de Marques, (2009, p. 63) o juiz atribui o ônus da prova, note-se:

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

Esse ônus da prova favorecerá o consumidor, pois a prática de conseguir provas do dano moral reverte em direção ao fornecedor pela facilidade no caso.

Segundo Gaulia (2001, p.85), a hipossuficiência pode ser econômica, informativa ou técnica, ou seja:

[...] o consumidor ou é economicamente carente e não tem como afirmar seus direitos frente aos fornecedores, ou carece de informações a respeito do que está a consumir, ou, mesmo possuindo informações, não as compreende, pois lhe são tecnicamente incompreensíveis.

Como descreve o Código de Defesa do Consumidor no artigo citado anteriormente, incumbe ao consumidor a obrigação de provar o dano causado pelo responsável do produto e/ou serviço. E em defesa do ofensor está previsto no § 3º, I e II do artigo 14 do CDC que: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

A rigor, no caso, serão dois os momentos de produção de prova e, portanto, dois os momentos da averiguação da possibilidade, e necessidade, como vimos de inversão. O primeiro é o da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o serviço, com a indicação do profissional responsável. O segundo o da culpa do profissional liberal, prestador do serviço. Em ambos os casos a inversão poderá dar-se. (NUNES, 2012, p. 414).

Essa inversão se deu pela vulnerabilidade do consumidor pelas provas difíceis em determinada situação, porém o legislador não dá brechas ao fornecedor de ser excluído dessa obrigação.

A vulnerabilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor pessoa jurídica ou consumidor pessoa física. (MARINS, 1993, p. 38-39).

Independentemente de qual seja o consumidor pessoa física ou jurídica a inversão do ônus da prova prevalece legalmente em favor do mesmo e da solidariedade dos agentes causadores do dano como explica Moreira (1997, p. 124):

“Permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na *dispensa* do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil *comum*; e se, de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o

encargo de provar que o fato –penas afirmado, mas não provado pelo consumidor – não aconteceu.

Sendo que a vulnerabilidade é referida ao consumidor e não ao fornecedor.

Humberto Teodoro Júnior (2002, p. 144) finaliza dizendo:

O mecanismo de inversão do ônus da prova se insere na política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor.

Sendo assim, essa novidade trazida pelo CDC veio pra amparar o consumidor e com finalidade jurisdicional já estabelecida.

4.3. Decadência

Previsto na lei consumerista:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

O instituto de decadência é regulado exclusivamente pelo art. 26 do CDC. Cuida-se de prazo extinto de direito material vinculado ao exercício do direito de reclamar em razão de vício de qualidade ou quantidade do produto ou serviço. A matéria está vinculada a todas as modalidades de vícios identificados nos bens de consumo, sejam ocultos, aparentes ou de fácil constatação. (SANTANA, 2009, p. 179).

A decadência afeta o direito da vítima de reclamar em juízo a ofensa sofrida em relação ao produto ou serviço adquirido, ou seja, o direito de

personalidade de si mesmo, como prevê o artigo acima claramente cada situação de vício.

Exemplo: Pedro comprou um ferro elétrico foi passar sua camisa, porém percebeu que o ferro não esquentava. Já encontra o vício/defeito no produto. Por lei ele tem 90 dias para reclamar junto ao fornecedor. E foi no dia seguinte fazer a reclamação por escrito.

Diante do caso acima o prazo decadencial foi estabelecido com a reclamação formulada, assegurando-se com a entrega do produto em perfeitas condições de uso. Ou até mesmo um serviço executado conforme contratado pelo consumidor estabelecido junto ao fornecedor ou Poder Judiciário. Assim, Pedro passa a ter os direitos previsto no artigo 18 do CDC que diz: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

4.4. Prescrição

Constitui na mesma lei:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

A contagem do prazo prescricional foi estabelecida de forma benéfica à parte vulnerável da relação de consumo, uma vez que somente tem início quando o consumidor toma conhecimento conjuntamente da existência do próprio dano e a respectiva autoria. Sem a verificação de tais requisitos, ou a presença de apenas um deles, o prazo prescricional não inicia o seu transcurso. (SANTANA, 2009, p. 181).

A prescrição está relacionada à pretensão e na ação de reparar o dano em consequência do bem da vida agredido. E está no direito da vítima exercer o direito regularmente e ser ressarcido no prazo prescricional.

Exemplo: Um consumidor sofreu uma intoxicação alimentar depois de ingerir vários alimentos pré-prontos, ou seja, enlatados. E não conseguiu decifrar qual deles o fez mal, porém o mesmo pode tratar com medicamentos.

Isso significa que o prazo prescricional nesse caso iniciou na data do evento danoso causado no consumidor. O mais importante nessa situação é identificar imediatamente o responsável.

Portanto, há lacuna na legislação específica quanto ao prazo prescricional da pretensão à reparação do dano moral nas relações de consumo. Neste caso, o Código Civil é aplicado subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor. (SANTANA, 2009, p. 182).

Por mais que existam esses prazos no Código de Defesa do Consumidor, o autor referido na citação identifica que existem regras a serem observadas do Código Civil como: renúncia, momento da alegação e causas obstativas.

4.5. Distinção entre Decadência e Prescrição

Essa distinção é bastante conceituada como nos itens acima, pois a decadência pode ser considerada que o direito nasce e caduca, já a prescrição estimula o ato de agir e fazer concretizar o direito de ser reparado pelo dano sofrido. Como ensina o autor Héctor Valverde Santana que, “a prescrição e a decadência têm como elementos comuns a fluência do tempo e a inércia do titular do direito”.

O autor mencionado arrola alguns traços diferenciais entre os prazos extintivos de direito material. Sustenta que a prescrição é a inércia em relação ao direito de ação e a fluência temporal inicia-se em momento posterior ao nascimento do direito subjetivo. O prazo prescricional começa a fluir a partir da violação do direito subjetivo, admitindo a ação como um meio de proteção em relação ao bem da vida agredido. Por outro lado, a decadência é a inércia quanto ao exercício do próprio direito, sendo que o transcurso do respectivo prazo coincide com o momento do nascimento do direito. (SANTANA, 2009, p. 177).

São distintas a relação da decadência e a prescrição, mas previamente obedecidas e de efeito judicial. Ambos os prazos devem ser contados de forma a evitar diversas ações judiciais futuras.

Por mais que seja estabelecida em lei, o consumidor tem o dever de observar os prazos decadenciais e prescricionais para não perder o direito de defesa e ressarcimento, pois são inalterados pelas partes.

4.6. Visão Jurisprudencial Brasileira

Em face de extrema importância da reparação do dano moral nas relações de consumo, escolhe dois acórdãos que servirão para mostrar que a lei jurisdicional tem eficácia na proteção do consumidor.

1º) O primeiro caso foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 165.727 – DF (4º Turma): ERIVAN DA SILVA RAPOSO ajuizou ação de indenização por danos morais, contra LOSANGO PROMOTORA DE VENDAS LTDA, sob a alegação de que teve seu nome indevidamente inscrito pela empresa Ré no Serviço de Proteção ao Crédito, recebendo a pretensão o julgamento de improcedência, sentença confirmada no segundo grau. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, adotando entendimento uniforme daquela Corte, no sentido de ser obrigatória a comunicação prévia do consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao crédito, tendo-se, na ausência dessa comunicação, por reparável o dano moral oriundo da indevida inclusão, deu provimento ao Recurso Especial, condenando a Ré ao pagamento de indenização a título de dano moral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incidindo correção monetária e juros. A ementa é do seguinte teor:

“DIREITO DO CONSUMIDOR”. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. FURTO DO CARTÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR DE SUA INSCRIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. LEI 8.078/90, ART. 43, § 2º. DOUTRINA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, “a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular” nesse cadastro.

II – De acordo com o artigo 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inscrição indevida.

III – É de todo recomendável, aliás, que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade.

VI – Não se caracteriza o dissídio quando os arestos em cotejo não se ajustam em diversidade de teses.”

A solução ali alcançada procedeu ao enquadramento teórico respeitante à natureza e conteúdo do direito ao bom nome e reputação, no contexto da tutela geral dos direitos do consumidor, fazendo o estudo doutrinário e legal da matéria em exame.

Com acerto, a Turma Julgadora reconheceu como prática abusiva a falta de comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome no cadastro de proteção do crédito. No caso, admitiu-se, corretamente, a existência do dano moral pela simples demonstração da inscrição irregular.

2º) O segundo caso a ser citado é o Recurso Especial nº 373.219 – RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 28 de Maio de 2002, e se refere também a uma Ação de Indenização por Dano Moral, proposta por GUILHERME FREDERICO PICLUM contra BANCO DO ESTADO DE MINAS GERAIS S/A – BENGÉ.

O Autor, com arrimo na obrigação legal do fornecedor de comunicar ao consumidor qualquer registro no banco de dados (art. 43, § 2º, do CDC), pretendia a indenização por dano moral decorrente da inclusão indevida de seu nome no cadastro de proteção ao crédito, sem a prévia comunicação.

Na primeira instância o Autor teve o pedido de dano moral negado, mantendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sentença proferida, conforme se verifica da ementa do acórdão:

“Apelação cível. Ação de responsabilidade Civil. Aval. Inadimplência do devedor. Inclusão do nome do avalista no SERASA. Notificação prévia. Desnecessidade. Devedor solidário. Ausência de dano moral. Estando o devedor, em favor de quem o avalista prestou aval em contrato firmado por instrumento particular de confissão de dívida, inadimplente, são lícitas as providências adotadas pelo banco em razão da existência desse débito e levadas a efeito, especialmente a inclusão do nome do avalista em cadastro restritivo de crédito, não revelando conduta ilícita, mas sim, atos praticados no exercício regular de um direito. Recurso desprovido”.

Contudo, em que pese o reconhecimento do débito do devedor principal, a decisão do segundo grau deixou de considerar a falta de comunicação prévia do devedor, obrigação estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de evitar abusos por parte dos fornecedores nas cobranças de dívidas. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, entendendo ser essencial a comunicação do devedor antes mesmo da inscrição no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, entendimento, aliás, adotado em várias outras decisões, deu provimento ao Recurso Especial, condenando o Banco Réu a pagar indenização ao Autor a título de dano moral, fixando o montante em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em acórdão assim ementado:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. SERASA. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR.COMUNICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. ART. 43, § 2º, CDC. DANO MORAL. CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

I – A inscrição do nome do devedor no cadastro do Serasa deve ser precedida da comunicação exigida no art. 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

II – O interstício de mais de dois anos entre a inscrição do nome no Serasa e a posterior notificação judicial ao devedor, além de não ser razoável, não afasta o constrangimento que advém da inscrição, notadamente se esta for indevida, tornando cabível a indenização por dano moral.”

Diante dessa visão jurisdicional citada, entendemos que cada vez mais o ser humano procura se proteger, se defender e em seguida ser pelo menos reparado pelo ato ilícito indevido do ofensor perante sua personalidade abalada, neste caso, por ter sido exposto ao ridículo perante inclusão do nome na base de dados de devedores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa realizada neste trabalho, a intenção foi mostrar que um dos objetivos da Lei 8.078/90 foi estabelecer o procedimento correto de atos entre o fabricante, fornecedor e consumidor final nas relações de consumo, e ainda fazer valer os direitos básicos do consumidor.

Foi realizado um breve histórico jurídico sobre o dano moral geral, focando no dano moral no Código de Defesa do Consumidor, e ainda relembrando a evolução desse dano no mais antigo conjunto sistematizado de normas descoberto em 1952 pelo assiriólogo e Professor Samuel Noah Kramer, da Universidade da Pensilvânia (EUA), que destaca o Código de Ur-Nammu, editado pelo precursor da terceira dinastia do Ur, pais dos primitivos povos sumerianos.

No Brasil, desde a Constituição Federal de 1.988 se estabelecia os direitos e deveres do cidadão, fazendo com que cada vez mais os doutrinadores buscassem em inúmeras pesquisas a relação de dever e direitos do consumidor nas relações de consumo.

Subsequentemente, foram apresentadas as questões polêmicas mais abrangentes em relação aos atos praticados pelo fornecedor nos produtos e/ou serviços considerados de vícios que causam danos morais à vítima sendo irreparáveis com uma quantia pecuniária.

O legislador dessa Lei procurou detalhar claramente em poucos artigos todas as demandas que são praticadas no dia a dia do consumidor para adquirir um produto ou serviço. Legalmente o fornecedor tem o dever de inserir no mercado de consumo produto e/ou serviço de alta qualidade e se houver algum vício eventual corrigir dentro das normas e leis vigentes, fazendo com que o consumidor final não sofra nenhum prejuízo material, sofrimento que possa causar dor, vergonha, constrangimento e até mesmo um transtorno psíquico.

Como o dano moral é muito difícil de ser reparado e ressarcido, os referidos doutrinadores no contexto tiveram que adequar juntamente com a Lei referida formas cautelosas que possam promover à vítima menos sofrimento,

mesmo que não traga sua vida como era antes do ato sofrido, que pelo menos possa mostrar ao infrator o estrago feito na vida alheia.

E com a revelia observada pelo juiz de cada caso, punir o ofensor ou infrator de maneira pecuniária ou até mesmo que seja desfeito parte de seus bens para devolver à vítima o que foi tirado. Esse ato de punir do juiz é uma maneira de evitar que outras atitudes iguais ou semelhantes como essas não venham mais se repetir com outras pessoas.

De acordo com os casos mencionados e analisados nesse trabalho, podemos observar que a Lei é meramente atribuída às devidas partes envolvidas de cada caso. E em seguida punidas e ressarcidas dentro dos respectivos prazos legais e mostrando que qualquer pessoa é considerada consumidora, por comprar e contratar serviço nas formas legais e diretas.

O presente trabalho não se considera concluso devido ser um tema bastante amplo e relevante, sendo assim deixo aberto aos doutrinadores para aprofundarem em novos estudos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor**. São Paulo: Forense universitária, 1991, 4ª Ed.

COSTA, Walmir Oliveira da. **Dano moral das relações laborais**. São Paulo: Saraiva, 2000, 25ª Ed.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

FILHO. Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros 2005, 6º Ed.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas 1999.

JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a optica do consumidor**. São Paulo: Revista de direito do consumidor, vp 17, n. 17, jan/mar, 1996.

LEI Nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, Ed. Saraiva.

LEI DE IMPRENSA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_Imprensa
Acesso em: 03 de novembro de 2013 as 16:50

LEI DE IMPRENSA. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/lei-de-imprensa-no-brasil/>.
Acesso em 03 de novembro de 2013 as 17:16hs.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao Direito do Consumidor**. São Paulo, LTr, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, Vol. 2, 3ª Ed.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo fato do Produto (os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor)**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

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

MAGALHÃES, T. A. L. de. **O dano estético (responsabilidade civil)**. São Paulo: TR, 1980.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva 2012, 7ª edição.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro, **Dano Moral e seu caráter desestimulador**.
http://www.lex.com.br/doutrina/22832041_dano_moral_e_seu_carater_desestimulador.aspx Acesso em 23 de novembro de 2013 as 15:50hs.

PINTO, Luiz de Toledo. WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPED, Lívia. **Vade Mecum compacto**. SÃO PAULO: Saraiva, 2010, 3ª Edição.

RODRIGUES, Rubens Tedeschi. **Prática de dano moral**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, Volume 38.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Método, 2001, 3ª Ed.

SARMENTO, George. **Danos Morais**. São Paulo: Saraiva, 2009 – Coleção Prática do Direito, Volume 9.

SIGNIFICADO DE FABRICANTE. Disponível em:
<http://www.dicio.com.br/fabricante/> Acesso em: 21 de novembro de 2013 as 17:18hs.

SILVEIRA, Bueno. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: 2ª Ed. FTD 2007.

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

SOUSA, Denise Nicoll Simões de. **O Dano Moral Nas Relações De Consumo À Luz Do Direito Brasileiro Português** disponível em: http://www.tirj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=fb3ef67d-9b64-442e-9ad5-b08bccc44d36. Acesso em 14 de dezembro de 2013 as 15:00hs