

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS TÚLIO DE SOUZA BANDEIRA

**O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL NAS DEMANDAS
INDENIZATÓRIAS EM FACE DOS GRANDES
FORNECEDORES**

Piracicaba
2015

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS TÚLIO DE SOUZA BANDEIRA

**O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL NAS DEMANDAS
INDENIZATÓRIAS EM FACE DOS GRANDES
FORNECEDORES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos.

Linha de Pesquisa: Fundamentação dos Direitos Coletivos e Difusos.

Orientador: José Antonio Remedio.

Piracicaba
2015

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP

Bibliotecária: Carolina Segatto Vianna CRB-8/7617

Bandeira, Marcos Túlio de Souza

B214c O caráter punitivo do dano moral nas demandas indenizatórias em face dos grandes fornecedores / Marcos Túlio de Souza Bandeira. – 2015.

118 f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Remédio.

Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, 2015.

1. Dano moral. 2. Indenização. I. Remédio, José Antônio.
II. Título.

CDU – 347.426

**O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL NAS DEMANDAS
INDENIZATÓRIAS EM FACE DOS GRANDES FORNECEDORES**

MARCOS TÚLIO DE SOUZA BANDEIRA

BANCA EXAMINADORA PARA DEFESA DE DISSERTAÇÃO

.....
Prof. Dr. José Antonio Remedio
UNIMEP

.....
Prof. Dr. Wilson Lavorenti
UNIMEP

.....
Prof. Dr. Hamilton Cunha Iribure Júnior
FDSM

À minha grande fonte de inspiração, o Senhor, sempre gracioso e misericordioso e que acrescenta em tudo e nada sente falta a minha alma, somente de sua presença.

AGRADECIMENTOS

Sem dúvida não conseguimos nada sem que pessoas especiais estejam conosco nas duras e desafiantes jornadas.

Desse modo, começo agradecendo ao Senhor Deus por ser bondoso e amoroso comigo e por me conceder força e esperança para alcançar este objetivo.

Agradeço à minha querida mãe que demonstra de forma especial o amor que tem para comigo e meu irmão, sendo que juntos formamos uma família unida, apesar das distâncias que nos separam. Da mesma maneira, agradeço a meus filhos que me inspiram muito pelas responsabilidades que tenho para com eles na hercúlea tarefa de ser pai.

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma me incentivaram e torceram por mim nesse e em outros períodos de minha vida, meus amigos, minha família, minha ex-esposa Tianinha e meus filhos Felipe e Rafael, bem como minha atual companheira e amiga Renata. Aos amigos mais próximos e irmãos em Cristo eu realmente agradeço.

“In memoriam”, agradeço a meu amado pai, que gostaria que estivesse comigo neste momento para gozarmos juntos as alegrias que hoje desfruto e que muito devo a ele. Meu eterno agradecimento e beijos.

Por tudo, muito obrigado!

“Ao senhor pertence a terra e tudo que nela se contém ...”

Salmo 24:1

BANDEIRA, Marcos Túlio e Souza. O Caráter Punitivo do Dano Moral nas Demandas Indenizatórias em Face dos Grandes Fornecedores. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba-SP, 2015.

RESUMO

O trabalho busca reavaliar os valores que estão sendo arbitrados pelo Judiciário como indenização por danos morais em favor dos consumidores em face dos grandes fornecedores na relação de consumo nas demandas indenizatórias. Tem o fim de sugerir e apontar como solução às repetitivas demandas indenizatórias a real eficácia do caráter punitivo da indenização a um contumaz fornecedor de massa e infrator que, mesmo condenado, não tem se inibido em repetir os ilícitos contra o consumidor. Os baixos valores arbitrados por dano moral como indenização pelo Judiciário contra os grandes fornecedores acabam lhes concedendo enorme vantagem no mercado, inclusive pelo fato das ações serem demoradas e por eles gozarem de poder para contratar grandes escritórios de advocacia para defendê-los. Também, mesmo quando o consumidor vença a demanda, o valor indenizatório por dano moral fica aquém daquilo que realmente deveria ser arbitrado a título de punição para que o erro do fornecedor não volte a se repetir. Assim, o caráter preventivo e punitivo das indenizações por dano moral acaba desaparecendo e favorecendo o fornecedor, promovendo um desequilíbrio muito grande na relação de consumo. É o caso de se ampliar o valor das indenizações por danos morais, para que o mercado consumerista passe a ter o verdadeiro equilíbrio que o Código de Defesa do Consumidor deseja e o fornecedor deixe de produzir as infimas repetições de danos aos consumidores normalmente fixados em valores pequenos. O trabalho segue o método hipotético-dedutivo, utilizando-se no seu desenvolvimento de análise documental. Em suma, o trabalho tem como objeto o estudo do dano moral, principalmente sobre a ótica do Código de Defesa do Consumidor, como instrumento inibidor de demandas de massa ou causas repetitivas, decorrentes de ações ou omissões perpetradas por grandes fornecedores em relação aos consumidores.

Palavras-chaves: Dano moral; Indenização; Caráter punitivo.

BANDEIRA, Marcos Túlio e Souza. The Punitive Character of the Moral Damages on Indemnities Demands Against the Big Suppliers. 2015. Dissertation (Master). Faculty of Law of the Methodist University of Piracicaba, Piracicaba-SP, 2015.

ABSTRACT

It's about the necessity to reevaluate the values that are arbitrated by the Judiciary as indemnities by moral damages in favor of the consumers against the big suppliers on the relation of consume on the indemnity demands. It has the end to suggest and indicate as solution to the repetitive indemnity demands the real efficacy of the punitive character of the indemnity to a contumacious supplier of mass and offender that, even convicted, has not inhibited in repeat offenses against the consumer. The low values arbitrated by moral damage as indemnity by the Judiciary against the big suppliers end up giving them huge advantage in the market, including the fact that lawsuits are lengthy and because they could have the power to hire big law firms to defend them. Also, even when consumer wins the demand, the indemnity value by moral damage stays below of what should be arbitrated as punishment to the mistake off the supplier does not happen again. Thus, the preventive and punitive character by moral damage disappears and favors the supplier, promoting a very large imbalance in the consumption relation. This is the case to increase the value of moral damages indemnities, so the consumption market passes to have a true balance that the Consumer Protection Code wants and the supplier ceases to create the endless damages repetitions to the consumers usually set on small values.

Keywords: Material damage. Indemnification. Character punitive

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	18
1.1. DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	19
1.2. DO CONSUMIDOR	23
1.2.1 NOÇÕES GERAIS E CONCEITO DE CONSUMIDOR.....	23
1.2.2 ÓTICA MINIMALISTA.....	25
1.2.3 ÓTICA MAXIMALISTA.....	26
1.2.4 ÓTICA FINALISTA.....	27
1.2.5 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	29
1.2.6 O CONSUMIDOR EM JUÍZO.....	34
1.3 DO FORNECEDOR	42
1.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	44
2. RESPONSABILIDADE CIVIL	46
2.1 DANO MORAL.....	48
2.2 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR	60
2.3 ARBITRAMENTO DO VALOR DO DANO MORAL	69
2.4 OS GRANDES FORNECEDORES INFRATORES	76
2.5 EQUIDADE	83
3. INDENIZAÇÃO.....	87
3.1 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	90
3.4 OS BAIXOS VALORES ARBITRADOS PARA O DANO MORAL	95
4. CONCLUSÃO.....	101
5. REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

O século XX, principalmente em sua segunda metade, foi o do industrialismo e da tecnologia, sendo que, nos dias atuais, é inimaginável uma sociedade sem a relação de consumo na distribuição de produtos e serviços que abasteçam e supram as diversas necessidades dos consumidores.

Nos tempos atuais a tecnologia de comunicação avança em velocidade e eficiência, e todo e qualquer evento, seja ele grande ou pequeno, serve como oportunidade para o fornecedor se colocar no mercado de alguma forma, seja distribuindo serviços ou produtos.

Até antes de 1990 não tínhamos no Brasil um instituto capaz de proteger o consumidor nas constantes e variadas relações de consumo. O mundo falava na era da informática e da rápida comunicação e nós ainda usávamos institutos jurídicos pouco ou quase nada eficientes para solucionar as questões de consumo. O Código Civil de 1916, então em vigor, escrito ainda no final do século XIX, onde retratava os aspectos jurídicos, sociais e políticos daquela época, com uma sociedade brasileira ainda com características ruralistas (REALE, 1975), e o Código de Processo Civil de 1973 que, apesar de ser a principal ferramenta processual, não conseguiam trazer equilíbrio entre consumidor e fornecedor quando a demanda que os envolvia chegava a juízo.

Com a chegada do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei 8.078/90), o consumidor se viu protegido por uma ferramenta capaz de trazer justiça ao mundo da relação de consumo diante de um instituto que previa questões de direito privado e público, assim como pela adoção de dispositivos de natureza processual além

daquelas de cunho criminal anteriormente existentes, prevendo, inclusive, sanção penal, tudo com o fim de estabelecer regras bastante claras em defesa do equilíbrio dessa relação. Todavia, apesar do Código de Defesa do Consumidor ser um diploma de excelente proteção ao equilíbrio na relação de consumo, o consumidor ainda se vê muito fragilizado em determinadas questões que já deveriam ter sido superadas. Isso não significa que a doutrina consumerista não tenha evoluído em relação ao período anterior à sua existência, mas ainda há muitos casos concretos no cotidiano nacional com a prática de abusos insistentemente praticados principalmente por fornecedores. E, um desses abusos está na interminável repetição de produção de danos morais ao consumidor que adquire produtos ou se vale de serviços de massa junto a grandes fornecedores que, apesar de terem conhecimento do ilícito eventualmente praticado, não se inibem nem se sentem intimidados com as constantes decisões judiciais contra si proferidas, ou seja, apesar das repetidas condenações, tais fornecedores não se abalam na prática, não tomando qualquer providência para alterar sua forma de agir, visando minorar o prejuízo do consumidor, em regra hipossuficiente na relação de consumo.

Desse modo, os grandes prestadores de serviços e fornecedores de produtos, agindo nos mais variados ramos no abastecimento ao consumidor, como é o caso das companhias de telefonia, de energia elétrica, de fornecimento de água, bancos, cartões de crédito, planos de saúde, seguros e outros que prestam serviço para um número indeterminado de pessoas e que atingem todas as classes sociais indiscriminadamente, acabam se beneficiando de sua impunidade em diversos casos de abuso contra os consumidores, principalmente no tocante à condenação ao pagamento de indenização por danos morais, normalmente arbitrada em pequenos valores.

É fato que o Poder Judiciário tem recebido milhares de demandas indenizatórias dentro do âmbito da relação de consumo, normalmente com o mesmo objeto, tendo o Judiciário decretado repetidas condenações contra tais infratores, em regra os fornecedores. No entanto, embora haja milhares de decisões contra os fornecedores, não se transmite a mensagem de que a condenação por dano moral tem sido uma ferramenta eficaz como elemento inibidor de novas infrações praticadas pelos mesmos fornecedores, tendo em vista que na maioria dos casos os

valores arbitrados têm sido irrisórios e, conseqüentemente, incapazes de atingir uma harmonização social, que é o fim a que se propõem as indenizações derivadas de decisões judiciais. Valores que não chegam a atingir quinze salários mínimos e que, por esta razão, têm sido um elemento motivador ao grande fornecedor infrator a permanecer com a mesma postura, incapaz de rever seus equívocos e investir na qualidade de seu serviço ou na produção de seu produto para pôr fim, ou pelo menos diminuir, as intermináveis afrontas ao consumidor, que uma vez lesado tem que participar de uma demanda morosa na apuração e solução da demanda, e que, ao final, tem a falsa impressão de que a Justiça foi alcançada com a condenação do adversário, mas que mais tarde praticará outros comportamentos ilícitos semelhantes, inclusive com pessoas próximas, amigos, familiares e até ele mesmo sofrendo do mesmo mal que sofreu anteriormente. É nesse momento que o consumidor percebe que bem pouco, ou quase nada do problema foi solucionado diante das constantes repetições de infrações do fornecedor que anteriormente fora condenado numa causa em que o próprio consumidor participou como demandante.

Assim, fica claro que a mesma infração praticada pelo fornecedor vem se repetindo milhares de vezes, não somente pela empresa que fora anteriormente condenada pelo Judiciário, mas por todas as demais do mesmo setor ou área de atuação, pois se tem como positiva ao fornecedor ou aos fornecedores, a condenação indenizatória baixa e que não incomoda nem ao infrator, nem a qualquer outra empresa que preste o mesmo serviço ou distribua o mesmo tipo de produto, sendo-lhes garantido, dessa forma, uma espécie de “salvo-conduto” para a repetição de práticas que, ainda que condenadas pelo Judiciário, acabam não lhes afetando a forma de ação e, principalmente, a busca pelo lucro, sem qualquer outro investimento ou forma de atuação para garantir o direito, a satisfação e a segurança do consumidor.

Não se nega que as indenizações devam, e assim o são, ser arbitradas pelo Judiciário, nada havendo em contrário a essa prática. Contudo, os elementos balizadores para o arbitramento das indenizações por dano moral precisam ser melhor aplicados. Para se chegar ao objetivo que é inibir o fornecedor infrator contumaz a repetir seus ilícitos na relação de consumo, o caminho deve ser escalado até chegar ao valor das indenizações, com a reavaliação na aplicação dos

princípios aplicáveis para seu arbitramento. Por outro lado, é evidente que ninguém deve se enriquecer sem uma causa devida, muito menos ser esta causa uma demanda judicial, sendo esta prática repugnada não só por qualquer pessoa de bom-senso, como também, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, necessária uma sensível reavaliação pelo Judiciário na aplicação de princípios por ocasião dos arbitramentos dos valores das indenizações por danos morais nas demandas em que são parte os fornecedores de massa, infratores contumazes na relação de consumo, para que as condenações ao pagamento de indenizações não deixem de surtir efeito de evitar as incontáveis demandas repetitivas. Evidente que não se defende uma benevolência do Judiciário ao consumidor por ser ele a parte reconhecidamente vulnerável diante dos fornecedores na relação de consumo. É o próprio Código de Defesa do Consumidor que se encarrega de diminuir as diferenças e, uma vez aplicado na forma da lei e no entendimento jurisprudencial na defesa das partes – fornecedor e consumidor – em juízo crê-se que não há reclamações sobre privilégios tanto para um quanto para outro lado. O que se busca é o equilíbrio na relação de consumo, conforme foi a finalidade da criação da Lei 8.078/90, não sendo aceita a postura que seja para beneficiar, pura e simplesmente, o consumidor, do contrário seria o mesmo que perder o norte na procura pela aplicação da Justiça.

Porém, isso não impede que haja uma reavaliação na aplicação do princípio do enriquecimento sem causa, não se tratando de seu afastamento como nivelador para arbitramento do valor das indenizações por dano moral, mas que seja ele utilizado para, no atual contexto econômico do país, demonstrar aos grandes fornecedores que o capitalismo, além de estar fundado no investimento do capital pela busca do lucro, também implica na assunção do risco pelo empresário. Todavia, o empreendimento de novas tecnologias para conseguir a segurança e a qualidade necessária para atingir e proteger o consumidor dos riscos devem ser absorvidos somente pelo fornecedor. Risco que é do próprio fornecedor não somente em pagar eventuais indenizações derivadas de decisões judiciais, mas em corrigir os erros administrativos, estruturais, de planejamento, marketing, que vem causando danos constantes à sociedade.

As indenizações por dano moral arbitradas nos patamares atuais vêm estimulando a manutenção dos erros e ilicitudes dos fornecedores, como é o caso das constantes e intermináveis negativas de dados dos consumidores de forma indevida pelas instituições financeiras, as longuíssimas e humilhantes esperas do usuário nas tentativas de cancelar uma linha telefônica, os indevidos e corriqueiros cortes de energia elétrica na residência de um consumidor por falta de pagamento de conta quando na verdade a conta já foi paga, e as incontáveis faltas de atendimento por plano de saúde com a alegação de doença pré-existente quando nunca fora feito exame prévio para admitir o consumidor no quadro dos segurados. São ações ou erros grosseiros que, por si, já deveriam sofrer a devida sanção pecuniária – indenização – em valor bem maior do que vem sendo arbitrado como de costume nos Tribunais. O que dirá quando este mesmo fornecedor é punido com uma decisão judicial e, paga a indenização, nada faz o fornecedor para fazer cessar as abusivas infrações, sendo isso uma constante em todas as regiões da Federação brasileira, não havendo a mínima preocupação dos fornecedores em realmente sanar o fato do serviço ou do produto.

O que se percebe é que, com ou sem indenização por danos morais, o serviço e o produto são e continuam sendo pagos pelo consumidor, fazendo com que o fornecedor de massa tenha uma estimativa de lucro, identificado em seu orçamento, que entrará em seus cofres mesmo levando em consideração a existência um número “x” de indenizações a serem pagas nos valores que costumeiramente os Tribunais concedem. Ou seja, o valor da indenização, em relação aos fornecedores de massa, passa a integrar, inclusive em relação a casos futuros, o custo do serviço ou produto. Apesar de tantas condenações ao pagamento de indenizações, ainda resta uma margem grande de lucro em favor dos fornecedores que, por isso. A condenação por dano moral, portanto, não tem sido um elemento para estimular o fornecedor para corrigir desvios em relação ao fato do serviço ou do produto e, dessa forma, reduzir os prejuízos dos consumidores.

Nesse quadro, o que fazer para impedir ou pelo menos diminuir essa prática?

O presente estudo busca reavaliar os critérios para fixação e arbitramento da indenização por danos morais contra fornecedores de massa, visando frear os repetitivos danos causados por eles causados aos consumidores. O valor da

indenização deve pesar na política institucional do fornecedor, para que haja uma modificação em sua postura, de modo que não compensem para ele novas e repetidas incursões nos mesmos erros. O Estado, através do Judiciário, deve exercer a função de fiel da balança, visando efetivamente para equilibrar a relação de consumo.

O arbitramento do dano moral em valores mais expressivos seria uma forma de melhorar e valorizar a relação de consumo, passando o fornecedor a efetivamente arcar com os prejuízos por ele provocados e obrigando-o de modo prático a respeitar o consumidor e o mercado onde atua.

No caso dos fornecedores de massa, uma gama enorme de consumidores tem interesse na questão. É só perguntarmos qual consumidor não tem uma conta em banco, não usa aparelho celular, não tem plano de saúde, não se serve de serviço de água e energia e não tem seguro, pois todos eles são lesados cada vez que os fornecedores repetem os mesmos ilícitos pelos quais já foram centenas e milhares de vezes condenados em casos similares ao pagamento de indenização por danos morais ao consumidor.

Sem modificação legislativa, cabe ao Judiciário a analisar o caso concreto e arbitrar os valores a serem pagos como indenização por dano moral.

Caso não haja uma modificação no valor das indenizações através de seu arbitramento sob o prisma da finalidade da defesa do consumidor prevista na Lei 8.078/90, não haverá as necessárias correções dos fornecedores em suas atividades empresariais, que tanto mal causam aos consumidores.

Isso não significa, porém, que o mero aborrecimento do consumidor deva ser punido por meio da indenização por dano moral.

Por outro lado, não pode passar em branco a useira e costumeira prática abusiva repetida e até condecorada com um arbitramento que nem chega perto de causar abalo intimidador ao fornecedor praticante de costumeira infração ao consumidor desde antes da entrada em vigor da Lei 8.078/90.

Visa-se com o trabalho analisar o equilíbrio e o respeito às relações de consumo, inclusive com proposição para que o Poder Judiciário reveja a forma por ele usualmente aplicada no arbitramento dos danos morais que, apesar de virem na forma de condenações judiciais, não têm tido o poder inibidor para prevenir e evitar as repetidas lesões a um número indeterminado de consumidores que dependem do fornecimento de produtos ou serviços no imenso mercado consumerista.

O trabalho está dividido em quatro partes, a primeira tratando da relação de consumo no Código de Defesa do Consumidor, a segunda enfocando a responsabilidade civil, a terceira analisando a indenização e a última relativa às conclusões obtidas.

O método utilizado para a elaboração do trabalho é o hipotético-dedutivo, com apoio na doutrina, legislação e jurisprudência dos Tribunais brasileiros, bem como em decisões administrativas proferidas pelo PROCON - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo.

1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Embora as relações entre produtores e consumidores remontem à Idade Antiga, apenas nos dois últimos séculos iniciaram-se os movimentos visando à proteção específica do consumidor, como ocorreu, por exemplo, com o Sherman Anti Trust Act, de 1872, nos Estados Unidos da América, tendo como principais finalidades reprimir fraudes praticadas no comércio e proibir o comércio desleal.

No Brasil, até meados dos anos 1970 inexistiam instrumentos normativos próprios visando a proteção do consumidor, quando lesados em razão de atos praticados pelos fornecedores.

O movimento consumerista é implementado concretamente no Brasil em 1976, quando se intensificou no Estado de São Paulo estudos “para a implantação do sistema estadual de defesa do consumidor, que resultou na instalação do Procon, que hoje denomina-se Fundação de Proteção ao Consumidor”, órgão da Secretaria de Justiça” (TORTOLA, 2003).

Em 1985 a Organização das Nações Unidas (ONU), em sua 106ª Sessão Plenária, por meio da Resolução n. 39/248, positivou o princípio da vulnerabilidade do consumidor no plano internacional.

A orientação preconizada pela ONU em 1985 foi acompanhada pelo Brasil.

No âmbito legal, em 1985 é editada no Brasil a Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, tendo como objeto a proteção dos interesses difusos e coletivos.

Ainda no ano de 1985 é criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, contempla a garantia de defesa do consumidor, ao dispor em seu art. 5º, inciso XXXII, “que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Em 1990 é editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), dispositivo esse de cunho principiológico, cujo principal objetivo é proteger de forma ampla todas as situações relacionadas ao consumo de produtos e serviços.

A partir de 1990 o consumidor brasileiro passa a ser detentor de um instrumento normativo próprio e sistematizado que lhe assegura a proteção de direitos consumeristas ameaçados ou violados por abusos ou ilegalidades praticadas por fornecedores.

O CDC foi elaborado inicialmente por um grupo de juristas que, após a promulgação da Lei 8.078/90, conseguiu elevar o instituto de defesa do consumidor como parâmetro para que outros países nele pudessem se espelhar (LIZ, 2012, p. 93), produzindo ou reformando suas próprias leis de proteção às relações de consumo.

1.1. DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Antes da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, a oferta de produtos e até a prestação de serviços – estas com menos intensidade – eram realizadas, com muita frequência, de forma artesanal, apesar de ser um ofício específico dos fornecedores da época. Eram as chamadas “corporações”. Ainda que tivesse o domínio de uma apurada técnica, isso se devia ao fato de que as habilidades e as ferramentas do fornecedor não eram suficientes para atendimento de uma demanda maior que as limitações de sua oficina. Era com esses elementos e com uma clientela bastante seletiva (que pudesse pagar o preço do produto ou serviço) que o fornecedor daquela época planejava a construção, confecção e a oferta de seu produto com pouca ou quase nenhuma tecnologia que visasse atender um número bem pequeno e específico de consumidores, circunstâncias que encareciam demasiadamente o valor de custo e de venda do bem, além de ser demorada sua produção.

É possível imaginar-se que um fornecedor daquela época, para fazer um par de sapatos, deveria realizá-lo nas medidas específicas de um único cliente. Nesse contexto, o artesão demorava dias para produzir os sapatos ao gosto e às necessidades do comprador, pois somente após inúmeros ajustes é que a

encomenda era entregue. Em vista disso, bastante comum era a singularidade da coisa ou produto, não havendo igualdade e repetição na produção do bem, sendo cada produto único, em vista de ser artesanal, razão pela qual seu custo era demasiadamente alto e, conseqüentemente, a clientela era naturalmente seletiva e pequena.

E, como a época era de primitivos recursos tecnológicos, apesar do responsável pela corporação ter razoáveis rendimentos, a proteção ao consumidor passava longe de uma existência, pois não se obtinha uma garantia e nem se amenizava os variados vícios que o produto viesse a possuir. E, uma vez apresentados os vícios, o consumidor insatisfeito não tinha qualquer proteção, não tendo a quem reclamar a não ser ao próprio artesão produtor, o que significava uma provável absorção de prejuízo pelo consumidor.

Com a implantação de máquinas na linha de produção, tendo como marco a Revolução Industrial na Inglaterra, o interesse do fornecedor passou a ser produzir e colocar no mercado os produtos que industrializava, fazendo uma compensação entre custo e produção em série (NUNES, 2011, p. 214).

A partir da Revolução Industrial a produção deixou de ser artesanal ou em nível de corporação, assemelhada a pequenas oficinas de fundo de quintal, para passar a produzir um único produto em um número elevado, chegando a centenas e, mais tarde a milhares. Era o início da chamada produção em série ou em massa. Tal produção teve grande apogeu nos Estados Unidos com a otimização da indústria automobilista no século XX. Tal sistema de produção tinha como meta multiplicar a produção em série, ou seja, aumentar inúmeras vezes a oferta de produtos no mercado de consumo. Mas, para que isso fosse possível, necessário também seria diminuir o custo e o tempo de fabricação do produto industrializado. Com isso em mente, o fornecedor produzia um único produto com o fim de servir de base para o restante da produção. Era a matriz de uma produção em série. Em seguida, com ajuda de maquinários especiais e mão-de-obra operária, produzia-se o mesmo produto milhares de vezes, sendo colocados no mercado por um preço menor, com a intenção de aumentar os lucros do fornecedor.

Sendo os artigos produzidos em série, conseqüentemente, otimizava-se a produção, pois o que antes levava um tempo enorme para se produzir um único

produto, passou a ser em tempo menor com a diferença de poder colocar no mercado um número extremamente grande de bens. Por conseguinte, os contratos realizados para a compra e venda de cada bem dessa produção tinham a mesma natureza desta, visto que (NUNES, 2011, p. 268)

o contrato de adesão é típico das sociedades de massa, construídas a partir de um modelo de produção. O crescimento da sociedade de consumo, com sua produção em série, estandarizada, homogeneizada, a contratação de operários em massa, especializadíssimos, o implemento da robótica, informática, etc., exigiu a utilização dos contratos-formulários, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa.

Todavia, tal linha de produção em série não era sinônimo de qualidade e garantia ou de segurança na oferta, principalmente no uso daqueles bens pelos consumidores, o que não amenizava os problemas existentes com os produtos e serviços lançados no mercado. Com o aumento da oferta, a procura era maior e, conseqüentemente, isso significava aumento de produtos defeituosos.

Há de se considerar, ainda (NUNES, 2011, p. 215),

o indelével fato de que as produções em séries envolvem milhares de componentes físicos que se relacionam, operados por outros milhares de mãos humanas que os manuseiam direta ou indiretamente. A falha é inexorável: por mais que o fornecedor queira, não consegue evitar que seus produtos ou serviços cheguem ao mercado sem vício/defeito.

Os consumidores, embora já naquela época fossem os alvos do empresariado, continuavam órfãos de uma proteção adequada, pois continuavam sem ter respaldo protetivo por qualquer lei ou mesmo de quaisquer órgãos estatais.

Com o aumento de consumo no século XX, principalmente após a 2ª Grande Guerra Mundial, a falta de proteção adequada ao consumidor diante do grande número de vícios e defeitos apresentados nos produtos e serviços postos à disposição no mercado, deu ensejo a um movimento para que o consumidor tivesse uma real proteção.

Os Estados Unidos da América, como grande país capitalista, tinham interesse direto em criar leis que fossem direcionadas à proteção e defesa dos direitos do consumidor, visto que sua produção de bens e disponibilidade de serviços no mercado estava a todo vapor, o que, entretanto, não evitava acidentes e levava a um custo altíssimo dos produtos em razão dos prejuízos causados. Além do interesse de haver a exigência de qualidade e garantia de proteção física na oferta de bens e serviços ao consumidor, também se exigia que órgãos especializados fossem criados para que o consumidor insatisfeito pudesse reclamar e ver seus direitos protegidos. Assim, em 15 de março de 1962 o então presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, discursou na Organização das Nações Unidas¹ destacando a importância da existência de uma legislação especial que fosse direcionada à segurança, à informação, à escolha e a ser o consumidor ouvido. Tal discurso provocou uma onda de discussões mundiais, favorecendo estudos nesse sentido em vários países, o que levou a ser considerado um marco na defesa dos direitos dos consumidores. Mais tarde, em 1985, a própria Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral, adotou os Direitos do Consumidor como Diretrizes das Nações Unidas, conferindo-lhes legitimidade e reconhecimento internacional.

No Brasil, apesar de todo esse movimento em defesa do consumidor, somente após a promulgação e com determinação expressa na Constituição Federal de 1988 foi possível a instituição de mecanismos legislativos próprios para a proteção do consumidor.

Nos termos do art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor”.

¹ Ao longo dos séculos as relações de consumo crescem em complexidade, culminando, em 15 de março de 1962, com a criação do Dia dos Direitos do Consumidor pelo presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy. Com Kennedy ficam consagrados quatro direitos básicos ao consumidor, ou seja, a segurança, a informação, a opção e ser ouvido (PROCON, 2014).

A defesa do consumidor também está prevista como um dos princípios gerais da atividade econômica, conforme previsto no inciso V do art. 170 da Constituição Federal.

O Código de Defesa do Consumidor veio a lume somente em 11 de setembro de 1990, através da Lei. 8.078/90, e entrou em vigor 180 dias depois da publicação da lei, conforme dispôs o art. 118 do CDC, ou seja, apenas em 11 de março de 1991 entrou em vigor. Apesar do atraso, o CDC foi bem recepcionado pela sociedade, visto que houve um enorme avanço na proteção do consumidor, uma vez que o dispositivo normativo traçou importantes diretrizes na relação de consumo.

Na sequência, integrando o capítulo denominado “da relação de consumo”, serão abordadas questões concernentes ao consumidor e ao fornecedor.

1.2. DO CONSUMIDOR

1.2.1. NOÇÕES GERAIS E CONCEITO DE CONSUMIDOR

De maneira prática e objetiva, dispõe o “caput” do art. 2º da Lei 8.078/90, de forma clara e objetiva, dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Entretanto, apesar do conceito de consumidor estar estampado no “caput” do art. 2º do CDC, ele não se encontra isolado, visto que há também em seu parágrafo único uma equiparação a consumidor, quando a coletividade venha sofrer, de alguma forma, alguma intervenção nas relações de consumo. De igual modo, o art. 17 da Lei 8.078/90 equipara todas as vítimas de eventos relacionadas a fatos característicos de relação de consumo, bem como o art. 29 do CDC equipara a consumidor todas as pessoas, físicas ou jurídicas, expostas a práticas comerciais, devendo obter a mesma proteção já dispensada àqueles que, efetivamente, de alguma forma, realizaram contratos de consumo.

Ainda, há que se considerar, existência de relação de consumo no que tange ao serviço público, conforme se extrai do disposto no art. 22 da Lei 8.078/90, que dispõe que a relação de consumo também “abrange todos os serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou por empresas privadas”

(TARTUCE; NEVES, 2013, p.106). Dessa forma, todos aqueles que tratarem com o Estado ou suas concessionárias, por exemplo, terão a proteção do CDC para os casos de defesa de seus direitos com consumidores (BRASIL, 2014a).

O primeiro tipo de consumidor, descrito no “caput” do art. 2º do CDC, é considerado como consumidor “standard” (CABRAL, 2008, p. 37), sendo o agente que diretamente realiza uma relação de consumo contratual com o fornecedor, onde o elemento teológico (finalístico) do conceito desse tipo de consumidor é o de ser ele o destinatário final do produto ou da prestação de serviço.

Outros tipos de consumidores são aqueles descritos no parágrafo único do art. 2º do CDC, que trata de uma espécie de consumidor equiparado, que é a coletividade de pessoas, mesmo que de modo indeterminado, tenha intervindo, de certo modo, nas relações de consumo. No tocante ao foco do dispositivo (FILOMENO, 2004, p. 38),

o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, desde de que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídicos processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis,

Além das espécies citadas, também há aquelas que se encontram no artigo 17 e 29 do CDC, todas considerados como “bystanders” (CABRAL, 2008, p. 37), assim reconhecidas por equiparação, porque apesar de não terem uma relação direta na contratação com o fornecedor, acabam sofrendo os efeitos de uma relação de consumo realizada por terceiros. Estes, de forma alguma realizaram qualquer tipo efetivo de negócio com o fornecedor, porém, de alguma maneira sofreram algum tipo de influência numa relação direta existente entre o fornecedor e terceiros (art. 17 do CDC), ou ainda aquela que tenha o caráter de potencial relação consumerista,

sendo o caso de uma oferta ou exposição contratual, ainda que seja a terceiros sem que ele próprio adira a qualquer tipo de contratação (art. 29 do CDC).

Todavia, a questão antes levantada não causa muita celeuma, pois, de acordo com o art. 2º do CDC, só poderá ser considerado consumidor aquele que “adquire ou utiliza produto como destinatário final”. Embora isso possa parecer irrelevante, acaba tendo importância para a defesa do adquirente de produto ou de serviço no caso da existência de uma demanda em juízo.

Diversas são as correntes doutrinárias que procuram explicar a questão antes deduzida, entre essas se destacando as correntes de pensamento denominadas minimalistas, maximalistas (MARQUES, 1992, p. 67-69)² e finalistas.

1.2.2. ÓTICA MINIMALISTA

A primeira corrente de pensamento, a dos minimalistas, ao tratar do consumidor, leva em consideração a forma literal que está expressa no art. 2º do CDC, ou seja (CABRAL, 2008, p. 45),

deve ser interpretado de forma restritiva e a tutela do CDC só existe para o consumidor considerado vulnerável nas relações contratuais de mercado (art. 4º, inc. I), a partir da definição de destinatário final (finalismo). Para essa corrente são consumidores apenas aqueles que adquirem ou utilizam o bem ou serviço em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal familiar ou doméstica e não para a revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva. A restrição se faz necessária, pois o CDC não considera o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, mas tem também a finalidade precípua de munir o consumidor de uma maior igualdade de condições com o fornecedor. A aplicação ampliada do CDC faria com que se desvirtuasse a verdadeira finalidade do Código, que é a proteção da parte vulnerável da relação de consumo.

Nesse sentido foi o entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Alcides Leopoldo e Silva Júnior (SÃO PAULO, 2009), que negou a aplicação do CDC em favor da empresa Kiroplast Indústria de Artefatos Ltda, ajuizada em face da Eletropaulo Metropolitana, onde a primeira reclamava a repetição em dobro do indébito pago em vista do aumento da tarifa de energia de forma ilegal, fundamentando-se no parágrafo único do art. 42 do CDC. Embora o

² No mesmo sentido: FILOMENO, 2004, p. 33-34.

aumento fosse considerado pela Corte como indevido, conforme reconhecido no acórdão, não houve aplicação do CDC em favor da empresa Kiroplast tendo em vista que a relação dela com a Eletropaulo não era de consumo, pois a energia utilizada pela empresa era consumida não da mesma forma que qualquer outra pessoa, seja física ou jurídica, mas como insumo para a transformação da matéria-prima que utilizava em sua produção.

No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2009).

A crítica que se faz a essa corrente doutrinária é que restringi muito o conceito de consumidor, além do que o próprio CDC adotou como finalidade de proteção especial a alguém vulnerável. Para essa corrente, o profissional liberal que retira um produto do mercado, um computador, por exemplo, para aplicar em sua atividade profissional ou produtiva, ainda que não fosse repassada a terceiros, de forma alguma poderá se valer das normas da Lei 8.078/90 em sua defesa. Neste caso, para os minimalistas o uso do computador na atividade produtiva do advogado significaria um incremento na sua forma de prestação de serviço não sendo, portanto, considerado como consumidor final, porém, um empreendedor.

1.2.3. ÓTICA MAXIMALISTA

Para os maximalistas, a interpretação do art. 2º do CDC é objetiva, sendo que o destinatário final da relação de consumo é aquele que suficientemente retira o produto do mercado ou se serve de alguma prestação de serviço, seja pessoa física ou jurídica, seja com ou sem o fim de lucro. Trata-se de dar uma interpretação ao termo “destinatário final” ao consumidor que tão somente, e nada mais do que isso, adquire e retira o produto ou serviço do mercado. Para essa corrente, a destinação do produto ou serviço não tem a menor relevância ao conceito de consumidor (CABRAL, 2008, p. 43). Se analisarmos as bases desta posição doutrinária e confrontá-las com o que foi a finalidade para a criação do CDC, concluiremos que há certo exagero na proposta de extensão do conceito de consumidor.

É que o consumidor, por ser vulnerável diante da relação de consumo, precisou de uma proteção especial, ou seja, o consumidor é um elemento na

sociedade que sofre de uma natural fragilidade, - o que não se confunde com a hipossuficiência requisitada pelo inciso VIII, do art. 6º do CDC, visto que essa se relaciona à produção de prova em juízo - sendo a razão para um tratamento adequado, específico e diferente dos demais, da mesma forma que foram os casos da criança e adolescente, dos idosos, etc.

Logo, se estendêssemos o conceito de consumidor de acordo com esta proposta, a maximalista, a especialidade desapareceria pelo simples fato de se adquirir produto ou serviço, independente da finalidade a que se destinou o negócio, em vista deste ato ser comum a todos na sociedade. Neste enfoque, a especialidade, elemento que firma a regra por ser exceção, passaria a ser generalizada, tornando-se a própria regra, visto que o especial passaria a ser comum. Sem dúvida, feriria o espírito, finalidade e a razão de ser da defesa do consumidor previstas no CDC.

1.2.4. ÓTICA FINALISTA

O entendimento de conceito de consumidor tem evoluído bastante, e para os casos em que há a utilização de bens mistos, ou seja, que podem ser usados no desempenho profissional e de produção e principalmente naqueles que não haverá repasse pela empresa adquirente ao consumidor final, a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela necessária aplicação do CDC em tais questões.

A existência da relação de consumo, para a corrente de pensamento finalista, dar-se-á quando a pessoa jurídica ou o profissional liberal utilizar produtos ou serviços de forma privada e para si, mesmo que diretamente utilizado em sua atividade econômica ou profissional, visto que (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 416),

não há como negar que bens e serviço utilizados nos chamados consumo intermediário, situam-se na última etapa do processo produtivo, pois, são retirados de circulação para uso privado da empresa, caso em que não age como fornecedora nem como produtora ou intermediária. Embora o custo desses bens e serviços seja repassado ao público, não estão, todavia, destinados ao consumidor. Seu custo é repassado ao consumidor, mas sua utilidade não.

Em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador do Tribunal de Justiça Paulista, José Malerbi, considerou a aplicação do CDC em um caso em que uma dentista pleiteava indenização por danos materiais e morais em face da Gnatus Equipamentos Odontológicos Ltda, em vista de ter ocorrido problemas com a cadeira de uso profissional e exclusivo para pacientes dentários. De acordo com a fundamentação do julgado (SÃO PAULO, 2015d),

a relação jurídica é de consumo quando o adquirente retira o bem da cadeia produtiva, ou seja, quando não servirá de insumo às atividades do comprador. Aplica-se ainda a norma consumerista quando ficar evidenciada a vulnerabilidade de uma parte perante a outra, ainda que se trate de aproveitamento do bem como insumo, de tal modo que resulte em intolerável desequilíbrio na relação contratual. É a jurisprudência mitigando o rigor do conceito finalista da relação de consumo.

O mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que considera consumidor o taxista que adquire veículo para uso profissional para transporte de passageiros (BRASIL, 2001), pois, diante de uma forma híbrida na utilidade do bem, não pode ser desconsiderado como consumidor tendo em vista que este mesmo taxista utiliza o veículo para o lazer e suprimento das necessidades de locomoção de sua família e dele próprio.

Segundo Tartuce (2013, p. 73),

na essência, a teoria finalista ou subjetiva foi a adotada expressamente pelo art. 2º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor para a qualificação do consumidor, pela presença do elemento da destinação final do produto ou do serviço. Tem prevalecido no Brasil a idéia de que o consumidor deve ser destinatário final fático e econômico.

Desse modo, devemos entender como corrente finalista aquela que defende a tese de que é a finalidade do bem ou do serviço que o adquirente retira do mercado é que vai demonstrar se há ou não uma relação de consumo, conforme o próprio uso da coisa ou do serviço. Esta corrente acaba mitigando o que seria considerado como

a existência ou não de uma relação de consumo nas duas correntes de pensamento anteriores.

1.2.5. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Até a segunda metade do século XX o consumidor era órfão de proteção. Esse fato sempre ficou enfaticamente visível diante dos problemas que os produtos e os serviços adquiridos por ele no mercado apresentavam após sua aquisição. As grandes questões sempre foram: O que fazer? A quem reclamar? Quem irá me indenizar pelos danos que suportei? E eu, que nunca tive relação alguma com aquele grupo de consumidores e fornecedores, mesmo assim acabei sendo prejudicado e terei que assumir o prejuízo? O consumidor sempre existiu, mas não tinha o menor respaldo legal para a proteção de seus direitos. Em contrapartida, o fornecedor, fosse de produtos ou serviços, mantinha-se no mercado sem uma limitação a ser obedecida, no que correspondesse a investimentos na qualidade do produto ou serviço e segurança do consumidor na utilização de ambos.

A necessidade de produzir, a busca ilimitada de lucro e a falta de proteção ao consumidor faziam com que o fornecedor não adotasse um adequado e suficiente planejamento na elaboração do projeto, nos testes e na qualidade do que estava sendo oferecido no mercado, o que implicava em total falta de garantia no uso do produto ou serviço, ficando para o consumidor a assunção completa dos riscos pelo fracasso da empreitada do consumidor, apesar dele nunca ter participado de qualquer etapa da linha de produção ou de planejamento para que tais ofertas fossem colocadas à sua disposição no mercado e, conseqüentemente, chegassem a suas mãos. Naquela época já era evidente a vulnerabilidade do consumidor, visto que ele não detinha o poder econômico ou técnico para saber e conhecer que tipo de produto ou serviço estava sendo colocado à sua disposição no mercado. O pior é que o consumidor também não tinha em seu favor qualquer proteção jurídica, em vista do total desinteresse do Estado em regular as relações de consumo.

O movimento mundial pela criação de defesa dos interesses do consumidor na segunda metade do século XX e a criação de um instituto jurídico-nacional que realizasse a referida regulamentação da relação de consumo no Brasil tiveram a

finalidade de equiparar fornecedores e os consumidores no mundo das relações de consumo. Vários foram os princípios que nortearam a criação dos direitos do consumidor, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da proteção à vida, saúde e segurança, o da transparência que obriga o fornecedor a dar ao consumidor a possibilidade, prévia à contratação, de conhecer os produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado, o da liberdade de escolha, o da intervenção do Estado, o da boa-fé objetiva, a reparação efetiva dos danos materiais e morais, etc.

O primeiro dos princípios, matriz para os demais, é o da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, visto que “é ela, a dignidade, o último arcabouço da guarda dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional” (NUNES, 2011, p. 64). E, de fato, assim é, pois não existe nenhum outro fundamento jurídico que possa ser o ponto central de um leque de incontáveis alternativas jurídicas, visto que a dignidade é (NUNES, 2011, p.66)

a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ainda que não seja definida é visível sua violação, quando ocorre. Ou, em outros termos, se não se define dignidade, isso não impede que na prática social se possa apontar as violações reais que contra ela se realizam.

Tão amplo é o sentido desse princípio, que Sarlet (2011, p. 44) assevera que,

nesta perspectiva a dignidade da pessoa humana (independente do nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.

A respeito dos direitos humanos em geral, leciona Barros (2012, p. 37) que,

direitos humanos são poderes-deveres de todos para com cada um e de cada um para com todos, a fim de realizar o ser humana em cada indivíduo humano com a dignidade alcançada pela civilização da humanidade no momento histórico presente. São fundamentais não só para realizar, mas também para garantir a humanidade assim realizada.

A dignidade da pessoa humana é o princípio que nos garante, pelo menos exige em nosso favor, um piso vital mínimo para nossa sobrevivência.

Em especial, um desses princípios, além do da dignidade da pessoa humana, que tem relação direta com a criação do CDC e sua aplicação na prática, como na produção e inversão do ônus da prova, é o da vulnerabilidade do consumidor, que se encontra descrito no próprio texto da Lei 8.078/90, em seu art. 4º, inciso I, declarando que faz parte da Política Nacional das Relações de Consumo “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. E, a razão desse dispositivo declaratório é clara, em vista dos abusos que o consumidor era obrigado a suportar diante de sua fraqueza (técnica e econômica) em face do fornecedor e da falta de proteção jurídica para sua defesa em juízo (debilidade jurídica). Sendo, por essas razões, um elemento especial na sociedade, o consumidor precisava de proteção jurídica da mesma natureza, pois sua vulnerabilidade sempre foi evidente.

Mas, o que é essa vulnerabilidade? Em nossa língua portuguesa, “qualidade de vulnerável” (DICIONÁRIO, 2015a). Por sua vez, ser vulnerável é “Que se pode vulnerar. **2** Diz-se do lado fraco de uma questão ou do ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado” (DICIONÁRIO, 2015b). Esse, realmente, foi o sentido que a Lei 8.078/90 considerou para proteger o consumidor diante de um fornecedor todo poderoso e sem limitações ou responsabilidades a cumprir. Mas, nas relações de consumo a interpretação de vulnerabilidade tem algumas especialidades mais.

Para Filomeno (2004, p. 62):

no âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é quem detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucros.

Razão pela qual (TARTUCE, 2005, p. 82), “diante da vulnerabilidade patente dos consumidores, surgiu a necessidade de elaboração de uma lei protetiva própria, caso da nossa 8.078/90, que instituiu entre nós o Código de Defesa do Consumidor”.

Por ser expressa no próprio texto do CDC, no inciso I do art. 4º, conforme entendimento de Cabral (2008, p. 384), a vulnerabilidade é princípio de direito material, referindo-se “à menor condição (técnica, econômica ou jurídica) de um dos sujeitos da relação jurídica de direito material (a relação de consumo formada entre fornecedor e consumidor)”.

Sem dúvida, trata-se de previsão expressa para sanar a evidente e histórica fraqueza do consumidor diante da superior vantagem do fornecedor em toda e qualquer área, abrandando, inclusive, o rigor da teoria finalista (minimalista) sobre o conceito de consumidor. Abrandamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010), no sentido de que,

não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. Cite-se, a respeito, recente precedente da 4ª Turma, pioneira na adoção do critério finalista: o Resp. 661.145, de relatoria do Min. Jorge Scartezini, julgado em 22/02/2005, do qual transcrevo o seguinte excerto, porque ilustrativo: “Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou

utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

Ainda, a respeito de vulnerabilidade do consumidor, decidiu o Tribunal de Justiça Gaúcho (RIO GRANDE DO SUL, 2009), em ação revisional de contrato bancário onde o autor não dispunha do referido documento para apresentá-lo em juízo, pela inversão do ônus da prova em seu favor com o fundamento de que não era cabível a este trazer aos autos os contratos firmados entre as partes, pois, na maioria das vezes, não são fornecidos ao cliente, sendo a inversão necessária em vista da situação apresentar uma flagrante vulnerabilidade do consumidor para praticar esse ato.

Vale lembrar que a finalidade do reconhecimento pela Lei 8.078/90 dessa vulnerabilidade do consumidor não tem um fim em si mesmo, menos ainda a intenção de supervalorizar a fraqueza do consumidor e, em contrapartida, ser um instrumento para aplicação parcial de justiça em seu favor. Seria o mesmo que inverter o peso da balança com o único fim de reavivar o desequilíbrio nas relações de consumo, mas agora privilegiando o consumidor, o que seria um absurdo. Isso não é identificado em dispositivo algum de seu texto, muito menos foi intenção do legislador quando de sua criação. Se assim fosse, o CDC já nasceria fadado ao fracasso, visto que atentaria contra os princípios da atividade econômica (artigo 170 da Constituição Federal) e, tudo indica, seria considerado inconstitucional.

O que há, realmente, é a determinação de aplicação prática da equiparação de forças na relação de consumo, pois o fornecedor também tem direitos resguardados dentro do CDC, visto que abusos por parte de alguns consumidores e o desejo de outros de ver aplicado o CDC em situações em que não há relação de consumo são repudiadas no Judiciário.

Portanto, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, atributo que é presumido pelo art. 4º, inciso I do CDC, só será aplicado no caso concreto se realmente existir uma relação de consumo, o que não implica em qualquer desvantagem ao fornecedor, tendo em vista que a aplicação desse princípio visa alcançar a equiparação de forças entre as partes nas relações de consumo.

1.2.6. O CONSUMIDOR EM JUÍZO

Com a entrada em vigor da Lei 8.078/90, ficou mais fácil ao consumidor proceder à defesa de seus direitos e interesses em juízo, o que não era o caso até a promulgação e publicação da referida lei. É que na falta de uma lei especial para a promoção da proteção do consumidor, a legislação aplicada à época era completamente inadequada aos propósitos de quem precisasse de uma efetiva defesa em face de algum fornecedor, haja vista que o Código Civil que regia de forma geral a matéria na ocasião, era do ano de 1916, sem que tivesse acompanhado a contento a dinâmica da evolução comercial, do mercado e das relações de consumo que se verificaram principalmente na segunda metade do século XX.

Por sua vez, o CPC não trata de questões de direito material, menos ainda de assuntos que são ou devem ser previstos em leis especiais, de modo que, mesmo sendo o caso de flagrante violação à relação de consumo, inclusive em ações de massa, tinha tal matéria o mesmo tratamento processual dispensado aos demais assuntos, de cunho, em regra, individual. Evidente, portanto, a falta de ferramentas jurídicas adequadas ao consumidor para se defender em face do fornecedor. Em suma, a relação de consumo não tinha regras específicas e básicas e, conseqüentemente, não protegia o consumidor.

Com a Lei 8.078/90 a proteção jurídica foi alcançada, principalmente com o reconhecimento, não somente de um instituto como instrumento de defesa do consumidor, mas de um sistema de leis que passou a lhe oferecer uma proteção adequada. Tal sistema está descrito no art. 7º do CDC que dispõe (BRASIL, 1990):

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei essencialmente principiológica (BRASIL, 2001, p. 111).

O tema objeto do trabalho alcança uma gama de situações que envolvem milhares de consumidores em todo o país, tendo em vista o próprio seguimento de cada ramo do mercado consumerista acaba englobando o fornecimento de produtos e serviços a todo tipo de pessoas. Todavia, a repetição de ilícitos transforma o consumidor em vítima constante de infrações similares ou iguais, ou seja, ainda que o consumidor proponha uma demanda e seja vencedor numa ação que vise o recebimento de indenização por danos morais, os ilícitos não param de serem produzidos e repetidos pelos fornecedores de massa. Neste caso os baixos valores das indenizações acabam premiando o fornecedor infrator, que não promove um investimento na segurança e qualidade do que ele oferece no mercado, compensando, de certo modo, a falta de melhorias diante das baixas indenizações que é condenado a pagar, pois ainda assim é bem menos oneroso tal situação para ele, diante dos valores módicos que são fixados como indenização.

E, como todas as questões de valores de indenizações devem passar pelo Judiciário, até porque é dele a responsabilidade de arbitrá-las, o fato de elevar tais valores acabará beneficiando todos os consumidores. Não com a intenção de obter um enriquecimento sem uma causa devida, mas sim, mais para diminuir os danos causados pelos fornecedores aos consumidores. Mas não é só isto, pois, o próprio Judiciário experimentaria um número de processos menor em seu dia-dia devido ao fato de ocorrer uma modificação de postura do fornecedor que resolveu, diante das duras reprimendas espalhadas pelo país por razão de sutil elevação nos valores das indenizações, que causaram um impacto financeiro que demonstra não ser recompensável permanecer no erro, mas sim, melhorar o fornecimento aos consumidores.

Ao nos referirmos a “interesse e direitos” devemos, devemos levar em consideração o que estabelece o art. 81 da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por

circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, precisamos interpretar alguns termos utilizados no Código. Quando lemos os termos “interesses e direitos”, devemos entender que são sinônimos e devem ser tratados de modo igual (NUNES, 2011, p. 777).

Para Zavascki (2006, p. 575), direito difuso “é direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo”.

Desse modo, os titulares desses direitos não são apenas indeterminados, porém, indetermináveis, porque são muitos os atingidos em número extremamente alto de consumidores por serem os infratores os grandes fornecedores de massa que distribuem produtos e serviços que não dá para se medir e contar aqueles que são atingidos. Com uma pequena diferença, são os direitos coletivos, pois estes apresentam titulares também indeterminados, mas, podendo ser determináveis, pois, neste, o titular pode ser uma comunidade determinada por um grupo, classe, ou categoria de pessoas.

Mas, o artigo 82 da Lei 8.078/90 estatui que (BRASIL, 1990):

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Desse modo, há uma legitimação dos titulares para o fim de propositura de alguma demanda que tenha natureza de direito difusos e coletivos. Porém, é de se

objetar: Em que aspecto, seja difuso ou coletivo, tem influência na questão de recuperação do caráter punitivo da indenização? E, cabe outra pergunta: quem é esse consumidor? É todo aquele que contrata ou não – consumidor por equiparação - com o fornecedor de massa e que tem passado inúmeras humilhações sem esperança que este quadro mude, senão, através da recuperação do caráter punitivo da indenização contra o fornecedor. E, mais: por qual razão deixaria de ser um direito difuso esta busca em defesa do consumidor? Para preservar tal direito, não seria necessária nenhuma ação por alguma parte legitimada para isto, porém, com aplicação de princípios no momento do arbitramento do valor da indenização em favor do consumidor, pois, ainda assim, pode e deve assim ser interpretado porque a defesa do consumidor nos termos do art. 7º da Lei 8.078/90 e nada impede que aplicação de princípios a um caso concreto seja a forma adequada para isto.

Nunes (2011, p. 110) discorre que:

Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior -, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar.

E, continua Nunes (2011, p. 110-111):

Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então, inexistente no Sistema Jurídico Nacional.

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que posse ser caracterizada como a de consumo e que esteja também regrada por uma outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros, etc.), porém, estão tangenciados por todos os princípios e regras de lei 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perderem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

E mais principalmente o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados.

Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

Assim, e conforme já apontamos, à frente de todos está o superprincípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível e, claro, a toda e qualquer norma de hierarquia inferior.

Como não podemos perder de vista que a proteção ao consumidor é cláusula pétrea, conforme inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal é claro que o aumento no valor das indenizações é o meio que deve ser aplicado com o fim de recuperar o caráter punitivo das indenizações por danos morais que sofrem os consumidores todos os dias no mercado de consumo por um grupo grande e forte de fornecedores que já se acostumou a pagar tais indenizações, pois tais indenizações já estão embutidas nos custos de seus serviços e produtos, fazendo com que sua postura e aplicação em novos investimentos sejam pequenas visando melhorar a segurança do consumidor e a qualidade do produto e serviço prestado pelo fornecedor. Tudo para a manutenção do respeito à relação de consumo nacional e, principalmente, ao consumidor cansado de ser e continuar sendo lesado pelos mesmos fornecedores de sempre e desde sempre.

Desse modo (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 374),

não se pode ver a lei protetiva dos direitos do consumidor, portanto, fora do contexto criado pela Constituição para assegurar a livre-iniciativa, a propriedade privada e a livre-concorrência. O contrato de consumo, destarte, não se afastou das linhas clássicas que delineiam sua função social de proporcionar, com segurança, a circulação das riquezas, atendendo harmonicamente os interesses tanto dos produtores quanto dos consumidores.

Neste mesmo sentido, assevera Khouri (2013, p. 25) que,

como diploma especial regulador de um direito fundamental, qualquer norma que cuide, de alguma forma, de qualquer interesse do consumidor deve ser compatível com os princípios e normas do CDC. Uma vez que a norma seja compatível, pode-se dizer que ela integra

o microsistema jurídico de defesa do consumidor, cujo centro é o CDC. Caso contrário, dá-se o conflito, ou a antinomia de leis, devendo prevalecer, na relação de consumo, a lei especial do CDC. Qualquer dispositivo da Lei 8.078/1990 só pode ser afastado por outra lei especial posterior que expressa ou implicitamente de relação de consumo.

Um exemplo prático do que acima foi descrito, e levando em consideração a existência desse microsistema quanto à proteção de um número indeterminados de consumidores, está relacionado às (REMÉDIO, 2012, p. 596)

disposições constantes da Lei 8.078/90, relativamente à coisa julgada nas ações coletivas, são mais favoráveis para a adequada proteção dos interesses e direitos transindividuais do que as disposições previstas na Lei 7.347/85; no caso, a coisa julgada relativa à ação civil pública da Lei 7.347/85 deve ser regida pelas disposições da Lei 8.078/90 (CDC), sem aplicação direta, inclusive, do CPC.

Logo, além de seus dispositivos, o próprio Código elevou qualquer lei ou dispositivo que se encontre nos termos acima descritos como integrante de um “sistema consumerista próprio”, que vise dar proteção à relação de consumo, de modo que. Assim (FILOMENO, 2004, p. 157),

não se pode dizer que haja um ‘Direito do Consumidor’, assim como existe um ‘Direito Penal’, ‘Direito Civil’, ‘Direito Comercial’, etc. cuida-se, em última análise, de um microsistema jurídico, na medida em que não apenas convive com outros institutos já preexistentes e encerrados nos corpos de normas mencionados, como também cria enfoque próprio (cf. art. 4º) e aperfeiçoa outros institutos jurídicos, como no caso dos vícios redibitórios, responsabilidade civil, teoria geral dos contratos e tutela coletiva dos consumidores. O que se procurou fazer, até pela amplitude do tema, foi a sistematização dos direitos dos consumidores com a conservação dos institutos do Direito Civil, Comercial e Penal, além de normas do Direito Administrativo espalhadas por inúmeros diplomas legais, e, ao mesmo tempo, com a modificação de outros que no entender da comissão elaboradora do anteprojeto e dada a larga experiência prática de seus membros já não mais atendiam as exigências dos consumidores.

Tudo isso sem esquecer que (NUNES, 2011, p. 723),

por 'sistema' de proteção ao consumidor há que se entender todas as normas, além da n. Lei 8.078 que atingem e regulam as relações de consumo, tais como a Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/51), a Lei Delegada (Lei n. 4/62), a Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90, a Lei de Plano e Seguro-Saúde (Lei n. 9.656/98). E, no que respeita ao regime e subsistema próprios do CDC, recoloque-se que são vários os princípios que devem ser respeitados, conforme já apontamos.

Dessa forma, havendo uma quebra na relação de consumo – no que envolva produtos ou serviços – abre-se ao consumidor o direito de ação nos moldes do art. 3º do CPC, que prevê que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, porém, com respaldo e regras específicas de direito do consumidor. Aliás, frise-se que apesar de ser a causa derivada de uma relação de consumo, não significa que será afastada a aplicação das normas processuais do CPC, salvo quando a Lei 8.078/90 preveja aplicação de específico dispositivo e, ainda assim, mais benéfico para o consumidor, como é o caso de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do art. 6º do CDC. Claro que alguns benefícios materiais e processuais foram previstos no texto da Lei 8.078/90, mas não impede que outros sejam criados, previstos **e aplicados** em outras leis em virtude do art. 7º da Lei 8.078/90.

Desse modo, num passado não muito distante o consumidor que não tinha a mínima proteção, ou, se tinha, era inadequada, e, nos tempos atuais, uma vez em juízo, o consumidor pode lançar mão de mecanismos materiais e processuais que lhe valham como defesa de seus interesses, tanto aqueles que estão dispostos na Lei 8.078/90, quanto aqueles que não se encontram no CDC, mas que o próprio instituto, através de seu art. 7º, aponta como elemento de um microsistema que pode ser usado em prol do consumidor regulando a relação de consumo, podendo utilizado em prol do consumidor toda e qualquer norma que a ele seja mais benéfica e que se aplique a uma relação de consumo, evidentemente.

E, qualquer providência a favor do consumidor poderá ser de modo individual ou coletivo, nos termos do art. 81 da Lei 8.078/90. Há, ainda, normas que contêm determinações expressas para a defesa do consumidor em juízo, como é o caso de aplicação do art. 91 do CDC em conjunto com o art. 21 da Lei 7.347/85, que trata da

ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Remédio (2011, p. 724-725), ao tratar da questão de defesa do consumidor no âmbito coletivo e difuso, traz algumas importantes anotações quanto à matéria, comparando o CDC com a nova lei do mandado de segurança (Lei n. 12.16/2009):

Os interesses ou direitos individuais homogêneos previstos no Código de Defesa do Consumidor, no dizer de Marta Casadei Momezzo, são contingentes ou acidentalmente coletivos, porque não possuem natureza de interesse coletivo, mas sim de interesse individual, sendo tratados na jurisdição coletiva “para evitar que o Judiciário fique sobrecarregado com demandas múltiplas, para evitar que a decisão judicial caia no descrédito, para evitar situações de injustiça e principalmente situações de contradição prática”.

Uadi Lamego Bulos, ao tratar dos interesses individuais homogêneos, previsto no art. 81, III do CDC, menciona que os interesses de origem comum são aqueles que possuem identidade com a causa petendi.

(...)

Afastando-se parcialmente da disposição constante da Lei n. 8.078/90, deixou a Lei n. 12.016/2009 de contemplar os interesses e direitos difusos como objeto de proteção do mandado de segurança coletivo.

Ainda de acordo com Remédio (2011, p. 726),

o mandado de segurança coletivo integra o microsistema que compõe o processo coletivo, cujos contornos básicos estão estabelecidos na Constituição Federal, na Lei n. 7347/85 e na Lei n. 8.078/90 (CDC), que por sua vez, protege os interesses e direitos difusos, de sorte que tais interesses e direitos também deveriam contar com a proteção do mandado de segurança coletivo.

Não cabe à norma infraconstitucional reduzir o objeto de proteção do mandado de segurança coletivo, quando a própria Constituição que criou o writ, não o fez.

E, a visão do autor acima citado encontra guarida não somente no fato de ser integrar a defesa do consumidor um microsistema, mas nos desdobramentos que isso lhe acarreta, pois todas e quaisquer questões que sejam restritivas aos

interesses do consumidor devem ser interpretadas de forma mais benéfica a ele (BRASIL, 2011c), sejam elas no caso de propositura de mandado de segurança coletivo, interpretação de cláusulas contratuais, ou mesmo quaisquer outras ações.

1.3 DO FORNECEDOR

O conceito de fornecedor, diferentemente do conceito de consumidor, não apresenta tanta dificuldade, controvérsia ou polêmica para sua elaboração.

Nos termos do art. 3º do CDC, fornecedor pode ser (BRASIL, 1990)

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

Toda pessoa jurídica ou física que expõe no mercado a venda de produtos ou a oferta de serviços a terceiros, desde que estes tenham a finalidade de consumir o produto ou o serviço oferecido como consumidores finais, estão enquadrados no conceito consumerista de fornecedor.

Para se identificar o fornecedor em uma relação de consumo basta identificar a sua relação entre o negócio que oferece no mercado, seja a venda de mercadorias ou prestação de serviços, e a destinação de sua oferta, que poderá variar conforme as intenções e a finalidade que cada aderente tem em realizar o negócio com o ofertante.

Todavia, embora quem vende produtos ou presta serviços é, de forma geral, um fornecedor, nem sempre poderá ser assim considerado na ótica consumerista. É que a presença de um fornecedor em uma relação negocial não significa que esta seja uma relação de consumo se quem está do outro lado da contratação não for um consumidor. Exemplo disso é o caso de um Banco que é contratado por um grupo de empresários com o fim de financiar a construção de um grande shopping center. Claro que apesar de ter ocorrido o contrato de financiamento e as instituições

financeiras estarem enquadradas no art. 3º do CDC, no caso não existiu a figura do consumidor final e, portanto, tal relação não é amparada pelo CDC, mesmo sendo o Banco o fornecedor do financiamento. Na hipótese, não houve uma relação de consumo na ótica consumerista, visto que os contratantes realizaram o negócio com a intenção de empreender e incrementar sua atividade empresarial (BRASIL, 2009).

Por outro lado, se uma pessoa contrata com o mesmo Banco um financiamento para comprar o seu automóvel na concessionária “X”, a relação existente entre eles é de consumo, visto que de um lado há a figura do consumidor final e, de outro lado, a figura do fornecedor, ou seja o Banco e a concessionária “X” (RIO GRANDE DO SUL, 2008). Mas, se o financiamento foi realizado entre o Banco e o consumidor para este adquirir o automóvel de um amigo, não comerciante, mesmo com a existência de uma relação de consumo entre o Banco e seu cliente, além de sua intenção ser a de consumidor final na compra do veículo, neste caso o vendedor do automóvel não será fornecedor, não na ótica do Código de Defesa do Consumidor, pois o negócio teria sido entabulado entre particulares sem haver relação de consumo.

De se observar que a relação de consumo também pode existir no que tange à prestação de serviços públicos, nos termos do art. 6º e 22 da Lei 8.078/90, o que torna o Estado ou aquele que em seu nome atuar como fornecedor. Neste caso a discussão quanto a ser o Estado considerado ou não como fornecedor se encontra na prestação de serviço ser própria ou na da natureza em que somente o próprio Estado é que tem o dever de prestá-lo com é o caso da segurança nacional que se mantém com a arrecadação de tributos e, assim, foge à competência do CDC.

São considerados impróprios, também sujeitos ao CDC, aqueles que podem ser prestados pelo Estado de forma direta ou por pessoas que atuam com autorização, como permissionárias ou concessionárias, sempre custeados por pagamento de taxas ou tarifas, como é o caso da prestação de energia elétrica, por exemplo (ALMEIDA, 2000, p. 99-100).

Em regra, para o conceito de fornecedor, na visão consumerista, é necessário que haja na relação a presença do consumidor final, visto que a existência daquele corresponde à existência deste, do contrário a relação não será a

de consumo, porém de outro ramo do Direito, podendo ser uma relação civil ou comercial.

1.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A AS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei essencialmente principiológica (2001, p. 111) e, entre os princípios que o norteiam, está o da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, conforme estatui art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, insere-se entre os princípios fundamentais e se identifica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Sarlet (2006, p. 60) conceitua a dignidade da pessoa humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ainda de acordo com Sarlet (2006, p. 60), a dignidade da pessoa humana possui caráter multidimensional,

considerando sua dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica), sua dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia ainda agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais (...)

A Política Nacional das Relações de Consumo, conforme dispõe o art. 4º da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990),

tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Infraconstitucionalmente, “a indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 2012c).

A título de exemplo de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em ações de indenização concernentes às relações de consumo, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em caso relacionado a empresa de telefonia que omitia informações relevantes aos consumidores, que (BRASIL, 2012c):

configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação por danos morais coletivos e difusos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos termos do “caput” do art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

E, em conformidade com o parágrafo único do referido art. 927 do Código Civil, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Diniz (1993, p. 29) oferece a seguinte definição de responsabilidade civil:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio do imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal.

A responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal, sendo que o legislador teve a intenção de proteger de forma diferente o bem da pessoa que foi lesado. Podemos afirmar que o Estado pode e deve promover a proteção de um bem extremamente relevante, não somente a um cidadão, mas também à sociedade, de modo que a infração a este bem gera uma sanção chamada “pena”. Tal responsabilidade fugirá do âmbito privado e encontrará repouso no público, sendo o caso de análise sob a responsabilidade penal do agente. Por outro lado, se o agente se vê em situação que causou uma lesão a terceiros de interesse totalmente privado, não restam dúvidas de que ele deverá responder de modo a pagar indenização e reparar o dano, o que significa que ele será avaliado no que concerne à responsabilidade civil (REMÉDIO; FREITAS; LOZANO JÚNIOR, 2000, p. 2).

Mas, não é somente este tipo de diferença existente entre uma e outra responsabilidade que nos interessa, tendo em vista que, no caso da

responsabilidade civil, há também a chamada responsabilidade contratual e extracontratual. A primeira presume a existência de obrigação em contrato e que foi desobedecida e quebrada pelo agente. A segunda, também chamada “aquiliana”, é aquela que lei define o comportamento lesivo de um agente em que sua conduta acaba causando dano ou prejuízo a terceiros (RODRIGUES, 2001, p. 8). Tal comportamento lesivo a terceiros vem definido, além do art. 927 do Código Civil, também no art. 186 do mesmo estatuto substantivo civil, que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E, neste caso, será levada em conta a culpa (dolo ou culpa) do agente para ser, de fato, responsabilizado. Assim, segundo Melo (2012, p. 10), podemos depreender, dessa conceituação, “que a expressão ação ou omissão voluntária está diretamente ligada à vontade consciente de agir ou de não agir do agente, caracterizando assim o dolo; enquanto que a negligência ou imprudência está diretamente ligada à culpa”.

Ainda a respeito do entendimento antes expressado, Tartuce (2014, p. 450) assevera que a responsabilidade civil contratual ou negocial se encontra

nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390, e 391 do atual Código Civil. Como visto no capítulo anterior desta obra, o art. 389 trata do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 391 do atual Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento respondem todos os bens do devedor.

E, Tartuce (2014, p. 450) conclui que para os casos de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, o atual Código Civil prevê para os atos ilícitos o art. 186 e ao abuso de direito o art. 187 deste Diploma.

Quanto ao abuso de direito, Venosa (1998, p. 252 e 257) narra que

não se situa, e nem deve situar-se em texto de direito positivo. A noção é supralegal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar o limite de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda em virtude de constituir uma violação de princípios de finalidade da lei e da equidade.

Ainda, importante observar que não podemos perder de vista a responsabilidade subjetiva e a objetiva. A primeira é aquela que “é pressuposto para o dever de indenizar que o fato tenha sido causado por culpa do agente. É a chamada subjetiva porque é dependente do comportamento do sujeito” (REMÉDIO; FREITAS; LOZANO JÚNIOR, 2000, p. 4). Já a segunda, a responsabilidade objetiva, “basta a existência da ação ou omissão, do nexo causal e do resultado, sendo despicienda a indagação sobre a culpa do causador do dano” (REMÉDIO; FREITAS; LOZANO JÚNIOR, 2000, p. 4).

No caso do Direito do Consumidor, a Lei 8.078/90 adotou, via de regra, a responsabilidade objetiva e, como exceção, a responsabilidade subjetiva para apurações que dizem respeito aos profissionais liberais.

2.1 DANO MORAL

Com o fim de iniciar o tratamento sobre a responsabilidade do fornecedor, e sem deixar de lado o fato de ser a defesa do consumidor um microsistema e que não se encontra necessariamente tratado de forma exclusiva na Lei 8.078/90, o Código Civil traz o dispositivo constante no art. 927 que estatui que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por sua vez, a Lei 8.078/90, no inciso VI do art. 6º, estabelece ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Desse modo, a indenização por dano moral em favor do consumidor (STOCO, 2007, p. 450),

guarda coerência como preceito constante do art. 5º, X da CF/88, estabelecido como regra geral e cogente, que assegura a inviolabilidade de honra e imagem das pessoas, em quaisquer circunstâncias, sob pena de indenização por dano material e moral, e com regra do inc. XXXII que impõe ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor.

E essa defesa não é retórica. Há de ser efetiva, secundada por uma sanção, sem a qual transformar-se-ia a regra em mero enunciado sem consequência prática ou poder de imposição.

Essa garantia encontra-se reiterada no art. 170, V, da Carta Magna, ao declarar ao direito de todos a uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e ao assegurar, mais uma vez, o princípio da defesa do consumidor.

Diante dessa messe de garantias efetivas esculpidas na Lei maior, desnecessária até seria a disposição da lei infraconstitucional garantindo a indenização por dano moral.

Fê-lo, contudo, para espancar qualquer dúvida e assegurar efetiva proteção ao consumidor, entregando-lhe arma eficiente para defesa de seus direitos.

Evidente que tais diplomas legais, assim como quaisquer outros, não têm a obrigação de realizar a construção de conceitos e interpretações para esclarecer, ainda que não haja entendimento obscuro, o que prevê os citados dispositivos. E nem poderiam trazer o conceito de dano moral, bem como suas características, ficando por conta da doutrina e jurisprudência o estudo e esclarecimento de ambos.

E, são variados os conceitos de dano moral que se apresentam na doutrina.

O primeiro, um tipo de conceito negativo, preconiza ser “el perjuicio moral es ‘el que no ateeñe em modo alguno al patrimonio y causa tan solo um dolor moral’” MAZEUD; LEON, 1961, p. 424).

Há quem diga que esse dano, o dano moral, seria “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária” (SAVATIER, 1951, p. 92).

Para De Cupis (1975, p. 122),

el daño no patrimonial no puede ser definido más que em contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, em consonância com el valor negativo de su misma expression litera, es todo daño privado que no puede comprenderse em el daño patrimonial, por tener por objeto um iteres no patrimonial, o sea, que guarda relacion a um bien no patrimonial.

Segundo Pontes de Miranda (2006, p. 30), o “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

Alvim (1965, 165) segue a mesma linha dizendo que “dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua seu patrimônio”.

Todos esses conceitos, bem como alguns outros na doutrina e que seguem a mesma linha estrutural, possuem uma visão exclusiva, ou seja, aquela que, primeiro, vai procurar se houve ou não algum tipo de prejuízo no patrimônio material da pessoa que fora lesada, caso isso não tenha ocorrido, mas ficou evidente a lesão, essa corrente vai apontar como sendo moral o prejuízo. Todavia, faz-se crítica (ANDRADE, 2006, p. 37) a esta corrente, porque não há uma evolução no conceito de dano moral, somente há a ênfase de que ele não é patrimonial, não chegando a conclusões mais aprofundadas.

Uma segunda corrente doutrinária adota como sendo o dano moral aquele afeto às questões que se relacionam ao estado anímico da pessoa, seu lado psicológico, espiritual, aquilo que está ligado à dor, seja física ou emocional, e que expresse os sentimentos de sofrimento, de tristeza, humilhação, decepção, amargura, vergonha, etc. É a lesão direcionada e ocorrida no íntimo da pessoa e que, por conseqüência, a faz sofrer de alguma forma exteriorizando a lesão que já existe no particular. Alsina (1993, p. 237) ensina que

podemos definir entonces em daño moral como la lesion en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a lãs afecciones legítimas, y em general toda classe de padecimientos insusceptibles de apresación pecuniária.

Rodrigues (2001, p. 206) encara o dano e prejuízo moral como sendo “a dor, mágoa, a tristeza infligida injustamente a outro”.

Para Bittar (1994, p. 31) dano moral é aquilo que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.

Todavia, a crítica (ANDRADE, 2006, p. 39) que se faz a esta corrente é que as questões patrimoniais também causam sofrimento, dor e expectativa angustiante, e, por esta razão, há questões que se resolvem com indenização por danos materiais, e não o moral. Seria o caso de uma obra que atrasou, o carro que foi abalroado, a dívida que não foi paga, etc., que podem ou não afetar o lado moral do dano.

Mas, há ainda uma terceira corrente de pensamento que vê o dano moral como sendo aquele que afeta interesses e direitos, mas que causam efeitos exatamente na alma e sistema psicológico do homem, não podendo ser confundido o dano, mas com os efeitos que acarretam ao ser humano. Segundo Brebbia (1967, p. 57) diz que,

de todas las classificaciones que se formulan de los daños reconocidos por El Derecho, es, sin dejar lugar a la menor Duda, La más importante, La clasificucion que se efectúa teniendo em cuenta La natureza Del derecho subjetivo violado, o, lo que es lo mismo, del bien juridico menoscabado.

De acordo com Cavalieri Filho (2002, p. 74), “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”

Conforme Cahali (1998, p. 20), o dano moral se caracteriza “... como a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”.

De acordo com Santos (2001, p. 57), “o homem como epicentro do Direito, o reconhecimento do dano moral como entidade passível de gerar indenização é o coroar o reconhecimento dos direitos da personalidade”

Consoante Gomes (1983, p. 123), “os danos morais são lesões praticadas contra os direitos considerados essenciais à pessoa humana, denominados direitos da personalidade”.

Diante da reparação do dano moral, Tartuce (2014, p. 54-55) anota que, no que se refere à responsabilidade civil na ótica consumerista, “o regramento fundamental é a reparação integral dos danos, que assegura aos consumidores as efetivas prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais, individuais, coletivos e difusos”.

Mas, um tipo de dano moral nos chama a atenção por ele ser ligado a mais de uma pessoa, mais precisamente a uma categoria de interesses na reparação do dano moral. São os chamados interesses metaindividuais que são aqueles que estão ligados a grupos e classe vinculados por fatos ou direito. Remédio, Freitas e Lozano Júnior (2000, p. 34) explicam que,

tais interesses podem ser coletivos, quando se referem de uma categoria determinada ou determinável de pessoas, e difusos, quando se referem a um grupo indeterminado de indivíduos, que não podem ser indicado, por serem dispersos no meio social. Tendo a doutrina delineado esta nova categoria de interesses, que não se enquadra na divisão tradicional de interesses públicos e privados, estando, porém, a exigir proteção eficaz, adquiriram certos entes a titularidade de ação civil pública. ‘Tem legitimidade ad causam o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, bem como as associações privadas que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção de interesse considerados coletivos e difusos’.

Nesse sentido, podemos entender que direitos difusos são (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2014, p. 507)

metaindividuais, de natureza indivisível, comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em razão de uma situação de fato.

Na conceituação legal de direito difusos, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da ausência entre eles de relação jurídica base (aspecto subjetivo) e pela indivisibilidade do bem jurídico (aspecto objetivo).

Os direitos difusos são materialmente coletivos. Não é a lei que lhes impõe esta característica plural, e sim o fato de serem necessariamente usufruídos por número indeterminado de pessoas.

Por sua vez, direitos coletivos (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2014, p. 508)

são os transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo determinável de pessoas (categoria de pessoas) ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Não estão necessariamente vinculados e organizados em torno de entidade associativa (sindicato, associação de consumidores, etc.), pois, a relação jurídica base pode ocorrer em relação ao fornecedor (exemplo, contrato padrão de plano de saúde), ou seja, à parte contrária, como deixa claro o parágrafo único, II, do art. 81.

Remédio, Freitas e Lozano Júnior (2000, p. 34), trazendo um exemplo de Carlos Augusto de Assis, explicam que:

Imagine-se o caso de a classe dos advogados sofrer vigorosa campanha difamatória. Independente dos danos patrimoniais que podem se verificar (e que também seriam de difícil individualização) é quase certos que os advogados, de uma maneira geral, experimentaríamos penosa sensação de desgosto, por ver a profissão a que se dedicam desprestigiada. Seria de se admitir que a entidade de classe (no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil) pedisse indenização pelo dano moral sofridos pelos advogados considerados como um todo, a fim de evitar que este fique sem qualquer reparação em face da indeterminação das pessoas lesadas.

E, por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles que decorrem de uma origem comum.

Tartuce (2014, p. 580) explica que o inciso III, do parágrafo único do art. 81 do CDC

foi bastante sucinto no conceito de direitos individuais homogêneos, prevendo apenas como exigências que decorram de uma origem comum. A singeleza do dispositivo, entretanto, limita-se ao aspecto literal, havendo séria divergência a respeito de seu conteúdo.

Diante do conceito legal é imprescindível que se determine o alcance da expressão origem comum. Para Kazuo Watanabe, a origem comum pode ser de fato e de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a origem comum de todos eles.

Não devemos esquecer a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, o que não era considerado há tempos atrás. A razão era que, devido à sua natureza, ela não sofria das mesmas dores que uma pessoa natural. De modo que não se cogitava o dano em sua honra ou intimidade. Contudo, pode-se observar que a pessoa jurídica sofre dano em sua privacidade e em sua imagem, causando-lhe problemas em seu desenvolvimento e manutenção no mercado. A celeuma foi afastada e a controvertida questão foi devidamente pacificada com a edição da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Por tal razão, restou superada a questão relativa ao cabimento ou não de dano moral em favor da pessoa jurídica.

Estatui o art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O art. 927 do mesmo diploma dispõe que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Portanto, é perceptível que não é possível uma reparação sem que tenha existido um dano anterior.

Inicialmente não podemos perder de vista o significado da palavra “dano”, sendo correspondente a algo que teve estrago ou prejuízo naquilo que se perdeu e os prejuízos foram resultantes e por consequência da falta daquilo que fora perdido, etc (DICIONÁRIO, 2015c). Desse modo, a doutrina (STOCO, 2007, p. 128) vê o dano como sendo o

elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originária de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva e subjetiva.

Gonçalves (2003, p. 529), citando Agostinho Alvim, afirma que

dano, em sentido amplo, vem ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em

vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Assis Neto (1998, p. 31), buscando apresentar uma definição mais atual de dano, assevera que “este é uma diminuição ou subtração de um bem jurídico. Tal conceito é mais amplo, tendo em vista que ao se tratar de bem jurídico, pode-se vislumbrar, analiticamente, a existência de dano moral”.

Indenizar significa (DICIONÁRIO, 2015d): “1 Dar compensação ou reparação a, por perda ou dano sofrido”; 2 Ressarcir”. De modo que “indenização” pode ser interpretada como o ato de tornar a pessoa que foi lesada “sem dano”, diante da natural intenção do legislador que sempre procura legislar com o fim de promover a harmonia na sociedade. Sem a existência de dano não haverá possibilidade de pleitear indenização, visto que o próprio pedido para a condenação do fornecedor seria o de deixar o consumidor sem dano que no nosso caso é direcionado à infração moral e, conseqüentemente, tudo que se entende e que dentro dela está inserido.

Seria um contrassenso o pleito de indenização por dano moral se esta, a própria moral, não sofresse nenhum tipo de mácula. Mas, no mundo prático e onde as pessoas naturalmente existem não é incomum ver demandas que, por causa desse pequeno, porém, elementar detalhe não observado, já nascem fadadas à extinção. É claro que ninguém está proibido de procurar o Judiciário para pleitear aquilo que achar melhor e que, em sua concepção, tenha direito, principalmente porque as portas deste Poder do Estado estão abertas a todos. Contudo, do ponto de vista processual, faltará ao requerente, nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil³, o interesse por inexistência do dano ou, se assim entender o magistrado e fundamentar adequadamente, resolver o mérito com improcedência do pedido nos termos do inciso I, do art. 269 do Código de Processo Civil.⁴

³ Nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

⁴ Nos termos do inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, haverá resolução de mérito “quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”.

Todavia, há uma observação importante para que não haja problemas no entendimento entre uma coisa e outra, pois, o que se falou acima foi sobre a existência ou não de dano ao consumidor para poder ter ele o direito a uma indenização. Mas, duas questões devem ser analisadas com muito cuidado quanto ao consumidor ter ou não direito à indenização e que se referem à existência do dano: a) quando o dano deve ser comprovado pelo consumidor; b) quando este dano não precisa de provas por ser ele “in re ipsa”.

No primeiro caso, a prova do dano é imprescindível (STOCO, 2007, p. 148), pois, não pode o fornecedor ser condenado de qualquer modo, independente se houve ou não a prova de que o consumidor sofreu o dano moral que disse ter suportado. Entretanto, uma vez provado o dano e havendo nexos causal entre este e o fornecedor, é de rigor a condenação deste, como é o caso de uma instituição bancária que nega o saque de valores por procurador de correntista que além de portar poderes para isto, ainda, goza de outros poderes maiores, especiais e ilimitados para movimentar a vida financeira do mandante. Claro que neste caso o deslinde da causa depende de análise da procuração, levando em conta seu conteúdo, validade da assinatura, etc., além de outros transtornos que se deram por exigir do consumidor uma verdadeira via cruzes para realizar suas movimentações bancárias. Trata-se da prova que o consumidor prejudicado tem que fazer em juízo e, uma vez realizada e confirmada, não há alternativa ao Judiciário, senão, condenar o banco por danos morais diante do transtorno, inclusive, com fundamentos de desvio produtivo do consumidor em vista de um prejuízo pelo tempo desperdiçado para a solução de seu problema (SÃO PAULO, 2014c), o que explica que só terá direito à indenização se for provado seu direito e, conseqüentemente, o dano que só foi considerado pelo Judiciário diante de sua demonstração em juízo, ou seja, a demonstração da prova que confirma as alegações do consumidor.

De modo inverso favorece ao fornecedor, como foi no caso da decisão que entendeu não haver dano moral à gestante de oito semanas que se apresentou ao médico com dores abdominais, sendo-lhe determinada a realização de exame de ultra-som, marcado para o dia seguinte, mas que, uma vez realizado, constatou a morte do feto. A consumidora propôs ação indenizatória por danos morais em que, para o deslinde da causa dessa natureza não há outra prova a ser produzida, senão a pericial, que confirmou em seu laudo que o atendimento clínico se deu segundo a

conduta recomendada, sendo a consumidora vítima de um aborto inevitável, pois, de acordo com o expert, o exame de ultra-som realizado no dia seguinte em nada alterou o prognóstico da gestação. Em outras palavras, o êxito na causa dependia de prova pericial que confirmasse as alegações da consumidora e, uma vez realizada, demonstrou-se que a consumidora não tinha razão em reclamar (SÃO PAULO, 2014a).

Em ambos os exemplos valoriza-se o equilíbrio da relação de consumo onde o fornecedor não pode ser condenado ao pagamento de indenização pura e simplesmente nos termos do pedido do consumidor. O dano, em casos deste tipo, precisa ser demonstrado.

O segundo caso, por sua vez, é aquele que descreve ser a prova do dano moral desnecessária, ou seja, “in re ipsa”, que significa ser prescindível a prova do dano por este ser presumível e bem notório (GONÇALVES, 2003, p. 552), embora deva ser configurado o nexos causal entre este e o fornecedor, como foi o caso da consumidora que fora internada e submetida às pressas para realização de parto prematuro em caráter de urgência e aceita pelo plano de saúde. O bebê não nasceu com vida. Mais tarde, com a cobrança das despesas pelo hospital e de toda a prestação do serviço, o fornecedor – plano de saúde – negou-se a cobrir os gastos com a internação e com os procedimentos a que foi submetida a gestante alegando carência da seguradora. Claro que num caso como este há flagrante ofensa à lei, ao dever de boa-fé e às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, sendo obrigação do fornecedor pagar as despesas médico-hospitalares da paciente (SÃO PAULO, 2013), sendo que, no mínimo, o plano de saúde deveria ter avisado a consumidora da suposta carência alegada em juízo, sendo a omissão ocorrida no momento da internação da paciente. Neste exemplo não se discute se a mãe teve dor, sofrimento ou ferimento em sua moral com a perda do bebê, visto ser este dano mais do que evidente. Trata-se de quebra da boa-fé objetiva do fornecedor e que foi muito bem analisada e reprimida no julgado apresentado no exemplo, tendo em vista que (CONSELHO, 2005) “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”.

E, sendo a indenização decretada por ser o dano presumido, aplica-se a mesma razão no caso em que houve atraso de vôo passando a ser desnecessária a demonstração do dano, cabendo a responsabilidade do fornecedor de modo “*in re ipsa*”, diante de óbvio desconforto da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro (BRASIL, 2014b). Preserva-se, assim o equilíbrio da relação de consumo, pois, não há como o Judiciário exigir do consumidor prova daquilo que é óbvio e presumido e, em contrapartida, admitir a desídia do fornecedor naquilo que sabe ser obrigação sua, mas mesmo assim ele resiste em fornecer a prestação.

Segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012b):

Diz a doutrina – e confirma a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – que a responsabilização civil exige a existência do dano. O dever de indenizar existe na medida da extensão do dano, que deve ser certo (possível, real, aferível). Mas até que ponto a jurisprudência afasta esse requisito de certeza e admite a possibilidade de reparação do dano meramente presumido. O dano moral é aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa. Doutrinadores têm defendido que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios fatos). Pela dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar em determinados casos que o prejuízo aconteceu – por exemplo, quando se perde um filho.

Quanto à moral, é normalmente ensinado que direito e moral não devem ser confundidos. Todavia a questão que aqui é analisada é a própria moral como bem jurídico a ser protegido e, caso maculada, macula-se em consequência o direito, razão pela qual poderá pleitear e ser indenizado aquele que foi lesado em sua moral. Ela não se exterioriza da forma material como é o caso de algum objeto que apresenta forma física, podendo ser tocado e manuseado da maneira que for desejável por alguém, como é o caso de um caríssimo vaso Ming, e se assim não for possível tendo em vista o tamanho, peso e se está ou não fixo ao solo, como é o caso de um grande prédio arranha-céu no centro de São Paulo. O primeiro pode cair e se quebrar e o segundo pode sofrer um acidental incêndio e ruir. Ambos os exemplos se tratam de bens materiais que seguem o caráter de indenização nestes termos e bem diferente do modo como se chega ao valor aos casos de indenização por danos morais. Tartuce (2014, p. 489) afirma que

a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as conseqüências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais.

Portanto, a moral está ligada diretamente a aspectos não materiais, porém que tem valoração desde o nascimento. São aqueles elementos que tem ligação à personalidade, paz, reputação, dignidade, integridade, etc., valores objetivos e subjetivos que devem ser respeitados, pois, faz parte dos elementos da existência de uma pessoa, não que sem eles alguém possa deixar de existir, todavia, uma vez feridos tais elementos da pessoa esta poderá suportar gravíssimos prejuízos no meio em que vive e convive com os demais. De modo que todas as vezes que há uma lesão a estes pontos da pessoa humana há um dano em sua moral que por esta razão é passível de ser indenizada.

Rizzardo (2005, p. 19) aponta que

dano moral ou não-patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, reclama dois elementos, em síntese, para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio. Apresenta-se como aquele mal ou dano que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranqüilidade de espírito, a reputação, a beleza, etc.

No caso do consumidor, o que não falta é o dano e a afronta à sua moral nas inúmeras relações de consumo que ocorrem em todo o país. Principalmente naqueles casos em que o fornecedor é um daqueles gigantes que oferecem serviços ou produtos em massa e para uma infinidade de pessoas espalhadas pelo país. A falta ou a falha na prestação dos serviços ou produtos, por si só, não gera nenhum tipo de dano moral. É necessário entender que apesar de uma massificação na produção é compreensível que um ou outro produto ou serviço, num universo de cem, apresente vício em cinco, não significando incapacidade técnica do fornecedor,

muito menos um dano presumido ao consumidor. Tudo depende do caso concreto e como o fato se desenrolou e produziu efeitos.

Entretanto, o modo pelo qual o fornecedor escolhe como o problema será resolvido, por ele próprio ou às custas do consumidor, bem como a sua repetição, mesmo com decisões judiciais em casos similares que lhe são desfavoráveis, é o cerne da questão e ponto nevrálgico a ser solucionado. Por exemplo, é comum empresas que atuam na área de telefonia realizarem a negativação de dados de pessoas em serviços de proteção ao crédito alegando inadimplência no pagamento do serviço prestado. Nenhum problema teria nessa prática se, pelo menos, este desafortunado fosse cliente da operadora, coisa que não é, e mesmo assim o consumidor foi negativado de forma indevida (SÃO PAULO, 2014d) e ofendido em sua moral.

2.2 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Naquilo e no sentido jurídico que nos interessa, a palavra “responsabilidade” pode ser encarada como sendo a imputação a alguém para fazê-lo responsável por alguma coisa, “fazendo-o responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que devia e podia ter agido de outro modo” (TOMAZSEWISKI, 2004, p. 245).

O Código Civil tem vários dispositivos para o tratamento da responsabilidade civil. Com o fim de sermos específicos quanto a isso, separamos dois que nos interessam no momento para demonstrar a imputação legal da responsabilidade a outrem, sendo o primeiro o art. 186, que estatui que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e o segundo, sendo uma repetição do anterior e que inicia o capítulo “Da Responsabilidade Civil” no Código, que é o que consta no art. 927, que dispõe que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Conforme a leitura dos dispositivos acima, percebe-se que a regra geral prevista no Código Civil é que a responsabilidade a ser aplicada é a subjetiva, ou

seja, aquela que aponta para a necessidade da demonstração de culpa do agente causador do dano, devendo a parte que reclamar em juízo fazer a prova de que a outra teve culpa no prejuízo por ela suportado, devendo, por esta razão, ser o infrator considerado responsável pela prática do ilícito.

Todavia, há exceções, conforme previsto no próprio parágrafo do art. 927 do Código Civil que estatui que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Por sua vez, o Código do Consumidor adotou a regra da Responsabilidade Objetiva do Fornecedor, sendo que, nestas condições, este responde independente de culpa quanto aos danos sofridos pelo consumidor, sendo este eximido de responsabilidade, no caso de fornecimento de produtos, se demonstrar: a) que não colocou o produto no mercado; b) que, embora o tenha feito não exista defeito ou; c) se demonstrar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Para os casos relativos à prestação de serviço deve o fornecedor provar que: a) não haja defeito no serviço prestado; b) ou demonstre culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.⁵

Duas coisas, porém, chamam muito a atenção.

A primeira delas é que a exclusão da responsabilidade do fornecedor depende de que este demonstre que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro. E, a palavra “exclusiva” deve ser interpretada de modo literal, ou seja, não pode deixar de haver responsabilidade do fornecedor com a fundamentação de culpa concorrente, pois, se não existe, nem mesmo previsão para abrandamento desta, que dirá eximir o fornecedor de responsabilidade em casos assim. Trata-se de dispositivos “*numerus clausus*”, ou seja, de lista conclusiva sem abrir possibilidade de interpretação extensiva ou analógica para defender os interesses do fornecedor (BENJAMIN; MAQUES; BESSA, 2014, p. 178). Desse modo, havendo a culpa concorrente do consumidor só caberá ao magistrado condenar o fornecedor ao pagamento de indenização nos termos proporcionais que o caso apresentar (NUNES, 2011, p. 361), porque, por sua vez, haverá, ainda que em parte, a culpa

⁵ Lei 8.078/90, § 3º do art. 12 e § 4º do art. 14.

concorrente do fornecedor, não sendo justa e despropositada sua isenção quando a Lei 8.078/90 não a prevê (BRASIL, 2013b).

A segunda observação está no fato de que o Código de Defesa do Consumidor não prevê a isenção de responsabilidade do fornecedor pela existência de caso fortuito ou de força maior. Tal matéria é uma das mais controvertidas na doutrina e jurisprudência, visto que a corrente que defende a não isenção de responsabilidade do fornecedor por estes casos se fundamenta na taxatividade do rol, sendo ele “*numerus clausus*”, não se admitindo excludentes quando a própria lei não a prevê.⁶ Por outro lado, e acirrando a controvérsia temos os apontamentos de Severiano (2007, p. 312), Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que

o caso fortuito e a força maior enquadram-se, portanto, como causa de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, embora não previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor. O fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, via de regra, após a colocação do produto no mercado, tendo força suficiente para romper a relação de causalidade.

Neste mesmo sentido, assevera Denari (2004, p. 190), um dos autores do anteprojeto da Lei 8.078/90, que,

as hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no art. 393 do Código Civil como eximentes da responsabilidade na ordem civil, não estão elencadas entre as causas excludentes da responsabilidade civil pelo fato do produto.

Mas a doutrina mais atualizada já advertiu que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam do evento danoso o controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo.

Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-lo para se subtrair à responsabilidade por danos.

⁶ Tartuce e Neves (2013, p. 191) apontam como sendo os adeptos desse entendimento os seguintes doutrinadores: Cláudia Lima Marques, Antonio Hermam V. de Benjamim, Bruno Miragem, Rizzato Nunes, Nelson Nery Jr, Rosa Maria Nery, Roberto Senise Lisboa.

(...)

Por outro lado, quando o caso fortuito ou de força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre a ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade dos fornecedores pela inocorrência dos respectivos pressupostos.

O fim da celeuma sobre a isenção de responsabilidade do fornecedor se dará, sob nossa ótica, com uma discussão ampla a respeito do tema e com o conseqüente acréscimo – ou não – das isenções no Código de Defesa do Consumidor. Por hora, acreditamos ser aplicado ao caso aquilo que previu o legislador em favor do consumidor, pois, se não foi posto por ocasião de sua construção é porque o legislador desejava equilibrar a relação de consumo dessa forma, não se justificando a aplicação de defesa ao fornecedor naquilo que a defesa do consumidor não previu. Isto ocorre porque tanto o caso fortuito como força maior não são considerados excludentes de causalidade, considerando-se que o CDC adota a teoria do risco integral em relação à responsabilidade civil (NUNES, 2011, p. 218).

Ainda no tocante à responsabilidade do fornecedor, estatui o § 4º do art. 14 da Lei 8.078/90 que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Isto se refere somente aos profissionais liberais, conforme § 4º do art. 14 da Lei 8.078/90 e suas excludentes são as mesmas no caso da responsabilidade objetiva, ou seja, que tendo prestado o serviço o defeito não existe e sendo a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme o § 3º do art. 14 do CDC. Desta maneira, a adoção da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor é uma regra geral excepcionada por este dispositivo, dependendo da demonstração de culpa do fornecedor quanto à infração praticada contra o consumidor. Continuando sobre a responsabilidade do fornecedor, nossa Constituição Federal prescreve que todo empreendimento poderá ser devidamente explorado, porém, sob a regulação de princípios constantes no art.

170,⁷ onde garante a livre iniciativa privada como um dos princípios da atividade econômica de modo que a responsabilidade do fornecedor nos casos que envolvem as relações de consumo é objetiva em face dos fornecedores de produtos e serviços, conforme estabelecido no art. 12, 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor. E, um dos fundamentos para essa responsabilidade objetiva se explica porque na montagem de seu empreendimento, com o fim de buscar o lucro, o fornecedor automaticamente assume o risco de sua atividade. É a teoria do risco da atividade empresarial de responsabilidade objetiva, pois quem auferir lucros de certa atividade tem de suportar os riscos decorrentes da mesma atividade relativos aos prejuízos e danos que possam causar a terceiros (MELO, 2012, p. 31).

Sendo o Brasil um país capitalista, em tese oferece a oportunidade ao empreendedor para investir seu capital e energia no ramo de atividade que bem entender, sempre cumprindo os requisitos que a lei eventualmente exigir. De modo que é o empreendedor quem escolhe o ramo de sua atividade, podendo até modificá-la, se assim o desejar, abandonando um filão profissional para assumir outro, caso lhe interesse.

Entretanto, esta liberdade de investimento e de escolha impõe ao empresário a necessidade de um planejamento e desenvolvimento que se encaixe no ramo comercial escolhido, tanto no período de preparação quanto no próprio desenvolvimento e manutenção de sua atividade, pois agregar estratégia, capital e investimento físico-intelectual, além de ser responsabilidade de todo investidor que se preze, também será crucial para alcançar o sucesso em suas metas. E este sucesso é a obtenção do lucro, que é o objetivo de toda atividade empresarial no

⁷ Nos termos do art. 170 da Constituição Federal. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios :I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

mundo capitalista, visto ser impensável, por exemplo, encontrar alguém que pretenda montar uma farmácia no centro da cidade de São Paulo somente para suprir as necessidades de moradores de rua que, por estarem expostos em demasia, vivem com constantes enfermidades. Num país capitalista não há romantismo que convença alguém a realizar tamanha proeza, pois, se é o lucro o fim de um empreendimento comercial, pressupõe-se que valor bruto obtido foi mais do que suficiente para pagar os custos gerados pela atividade escolhida pelo fornecedor, sobrando aquilo que é sua finalidade e que justifica um pesado investimento de tempo e dinheiro para o fornecedor, ou seja, o lucro.

Não há empreendimento que se justifique somente para pagar as despesas, muito menos algum que além de não visar o lucro ainda absorva os custos, fato que contraria os princípios do próprio capitalismo. As exceções são as entidades filantrópicas, as instituições de caridade, etc., porém, são exceções às regras do capitalismo. É o lucro que em regra move o fornecedor. Por isso, o elemento crucial no desenvolvimento desta atividade é o risco assumido pelo empresário, pois o investidor sabe, ou pelo menos deveria saber, dos perigos e cautelas que deve tomar para não ver seu investimento ir por água abaixo.

De modo que o cálculo que deve fazer o fornecedor é se haverá lucro diante custo do empreendimento e do risco a ser assumido. Razão pela qual (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 124),

deve ficar bem claro que, como a responsabilidade objetiva consumerista é especificada em lei, não se debate a existência ou não de uma atividade de risco, nos termos da segunda parte do comando, que consagra a chamada cláusula geral objetiva. Na verdade, o CDC adotou expressamente a idéia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe ao risco outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as conseqüências de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Em qualquer país capitalista a atividade econômica é devidamente incentivada através da livre iniciativa, sendo que o consumo tem uma grande

responsabilidade na geração e circulação de riqueza, visto que o empresário investe, a indústria fabrica, o consumidor compra e o Estado recebe tributos para devolver em prestação de serviços essenciais através de suas políticas públicas. Se, assim não é, deveria ser. Trata-se de uma coisa que se chama modo de produção (BARROS, 2008, p. 4), em que

a constituição da sociedade é condicionada pela necessidade de produzir socialmente a vida humana. Daí, por que a expansão das forças produtivas no processo em que se produz o sustento da matéria da vida humana, processo de produção é o principal fator condicionante do evoluir social e, por isso, do direito constitucional.

E, em nosso caso, o modo de produção é o capitalista diante da exploração da propriedade privada, o liberalismo (RIBEIRO JÚNIOR, 1994, p. 97-98) econômico e político, a livre iniciativa, etc., tudo para garantir o bom andamento da relação do empreendedor com o seu próprio empreendimento e sem ou com a mínima intervenção do Estado.

Em cima de tudo isso, podemos afirmar que o fornecedor tem total e amplo domínio sobre a estratégia, planejamento de compras, vendas, para pensar sobre o tempo, estação, local mais apropriado, logotipo da marca, etc., enfim, para colocar em execução seu projeto. Se ele é fornecedor de roupas, por exemplo, é ele quem vai resolver e decidir que tipo de roupa vai vender em seu estabelecimento comercial, qual fornecedor vai abastecê-lo e de qual tipo de tecido as roupas que venderá serão feitas e apresentadas ao consumidor. Porém, há de objetar de modo elementar quanto à responsabilidade do fornecedor: Em que momento o consumidor é consultado para fazer parte deste planejamento no fornecimento deste produto? A resposta é bem clara: nenhum, obviamente. É que, se o risco do empreendimento é todo do fornecedor o consumidor só aparecerá no momento em que houver a venda desta mercadoria, levando à óbvia conclusão de que o consumidor só participa no momento de adesão à oferta posta no mercado pelo fornecedor.

Assim, seguindo o exemplo dado, a única coisa com que o consumidor contribui nessa rede de atos realizados pelo fornecedor se encontra no momento da aquisição do produto ou serviço com sua escolha e conseqüente adesão à oferta.

Escolher cor, tamanho, modelo etc., é o que pode fazer o consumidor porque todo o restante foi realizado pelo fornecedor sem participação daquele. Portanto, um dos motivos que faz o fornecedor responder de forma objetiva nas demandas relativas às relações de consumo é que se o total planejamento de sua atividade é de responsabilidade dele, o risco de seu empreendimento também deve ser derivado da atividade comercial que escolheu para atuar no mercado.

Todavia, se assim é, outra pergunta há de se fazer: E se o consumidor, participar da escolha e da feitura do produto ou do serviço a ponto do fornecedor fazê-lo nos moldes sugeridos? Seria, por exemplo, o caso de um vestido encomendado a uma fábrica de grife e internacionalmente renomada, mas que produz peça única nos termos, moldes, tecidos, desenho, cor, e detalhes sugeridos e planejados em conjunto pela própria consumidora. Tudo é idéia dela, só fazendo questão da etiqueta. Seria, por razão de vício do produto, o caso de afastar a responsabilidade objetiva do fornecedor diante da ampla participação da consumidora na realização deste vestido? De jeito algum, pois, se o fornecedor escolheu dar esta abertura a esta singular consumidora foi uma decisão dele e que não afasta o risco de sua atividade comercial, pois, mesmo no exemplo dado, este continua sendo do fornecedor, acrescido, ainda, pelo fato de que é a própria Lei 8.078/90 que presume a vulnerabilidade do consumidor em seu inciso I, do art. 4º, colocando-o sempre em desvantagem perante o fornecedor merecendo, por esta razão, dispositivos que o proteja e promova o verdadeiro equilíbrio na relação de consumo, sendo a responsabilidade objetiva do fornecedor uma delas.

E, ainda neste raciocínio, e sobre o exemplo dado, a responsabilidade do fornecedor prestador de serviço não se exclui porque não se enquadra em qualquer dos incisos do § 3º do artigo 14 Código Consumerista, de modo que, no máximo, e mesmo assim com uma análise cuidadosa do caso concreto, poderíamos admitir somente uma culpa concorrente, que não afasta a obrigação de indenizar do fornecedor fabricante da peça. Assim, devemos entender que (GONÇALVES, 2003, p. 21):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a

responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Da mesma forma (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2014, p. 173):

Uma das grandes inovações do Código foi exatamente a alteração do sistema tradicional da responsabilidade civil baseada em culpa. A responsabilidade do réu passa a ser objetiva, já que responde, “independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados pelos consumidores” (art. 12, caput).

A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica em dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando “for verossímil a alegação” ou quando o consumidor for “hipossuficiente”, sempre de acordo com “as regras ordinárias de experiência” (art. 6º VIII). Recorde-se, por último, que o consumidor não necessita provar o defeito (art. 12, § 3º, II).

Podemos concluir que, de acordo com o que prevê a Lei 8.078/90, naquilo que se observa quanto ao histórico econômico-político e a legislação nacional, os fatores predominantes para a adoção da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor seria a produção em massa, a vulnerabilidade do consumidor, a insuficiência da responsabilidade subjetiva, existência de antecedentes legislativos um pouco limitados relativos a algumas atividades e, por fim, o fato de que o fornecedor responde pelos riscos diante do que os produtos ou serviços oferecem no mercado.

Ainda, tal responsabilidade do fornecedor denota a proteção que a Lei 8.078/90 deu ao consumidor. Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 84) ensinam que:

Este valor de proteção efetiva dos consumidores é tão grande que o CDC permite mesmo a quebra do dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios. É o art. 28 do CDC, o qual prevê a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em prol dos interesses dos consumidores, mesmo em casos que não há abusos (compare como art. 50 do CC/2002).

No CDC, como vimos, a todos os fornecedores na cadeia de fornecimento, solidariamente, são imputados (de forma objetiva, independentemente de culpa) deveres de proteção dos direitos dos consumidores. Assim, o art. 28, caput e § 5º, permite a desconsideração de toda e qualquer sociedade em casos de abuso de direito e “sempre que a sua personalidade jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento” dos consumidores.

De modo que, em regra, as excludentes da responsabilidade objetiva são, para o caso de fornecedor de produtos, o fato de não ter colocado o produto no mercado, apesar de ter colocado o produto à disposição do consumidor, não exista defeito ou a culpa pelo vício ou defeito seja do consumidor ou de terceiros, tudo conforme incisos I, II, III do § 3º, do art. 12 do CDC. Já para os casos de fornecimento de serviços, as excludentes são que não haja defeito no serviço prestado e que a culpa seja exclusiva do consumidor ou de terceiros, conforme incisos I e II do § 3º do art. 14 do CDC.

2.3. ARBITRAMENTO DO VALOR DO DANO MORAL

É bastante controvertida a questão relativa à responsabilidade pelo arbitramento do dano moral, seus critérios e, conseqüentemente, quanto ele vale a título indenizatório.

Nesse passo, é importante abordar a questão, ou seja, a identificação do responsável pelo arbitramento do dano moral e o valor de sua fixação.

O primeiro dos assuntos a ser tratado é sobre o responsável pelo arbitramento pelo dano moral. É quase invariável o pedido constante nas petições iniciais realizado pelo consumidor para que o juiz determine a condenação nos termos que ele apresentou em seu pedido, fazendo-o de duas possíveis formas: a) em valor certo e determinado, como é o caso em que numa causa indenizatória em

face de uma instituição financeira peça-se o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), que corresponda a uma negativação indevida que ocorreu no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); b) que o valor apontado para se chegar ao da indenização seja seguindo um parâmetro que foi utilizado, por exemplo, numa causa onde se pediu que o julgador utilizasse o raciocínio que vem sendo corriqueiro na jurisprudência e, portanto, o valor a ser arbitrado seria o de 100 (cem) vezes o valor da negativação de um cheque de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Exemplos e valores acima que propositadamente foram dados para que pudéssemos pensar nas disparidades existentes no dia-dia forense. É bem verdade que é o pedido que delimita a demanda e limita a ação do juiz diante daquilo que foi requerido.⁸

Todavia, o juiz não fica preso ao pedido para conceder exatamente o quê e na quantidade que o consumidor está requerendo, principalmente no tocante à fixação do valor do dano moral. É que toda questão que for levada ao Judiciário deve ser analisada pelo julgador de modo que ele consiga oferecer uma decisão que traga às partes ao estado de harmonia social, ainda que tal decisão desagrade um ou o outro, ou até ambos. Fato é que nenhum juiz é, em sua atribuição, um robô ao ponto de não possuir o mínimo de liberdade para julgar. Aliás, julgar depende de desprendimento do julgador em todos os sentidos e de cognição plena daquilo que seu intelecto e seus sentidos vão captar e se debruçar na causa até se chegar à conclusão que, na forma e nos limites legais, o juiz vai exarar sua decisão.

Se assim não fosse, serviria plenamente a aquisição de máquinas para conceder as decisões judiciais em que adotassem fórmulas matemáticas e tabelas para se chegar a tudo aquilo que desejamos, o alcance da Justiça, sendo coisas de suma importância para condenar alguém ao pagamento de indenização por danos morais e, conseqüentemente, reconhecer em decisão judicial o direito que alguém teve em ser indenizado. De modo que o arbitramento do dano moral, em sentidos práticos (GONÇALVES, 2003, p. 571),

cabe sempre ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente (arts. 125 e s) dos

⁸ Nos termos do art. 2º do CPC, “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias fáticas e fixar indenização adequada aos valores em causa.

No mesmo diapasão é o entendimento de MICHELAZZO (1998, p. 13), ou seja,

a dosagem e mensuração da indenização por dano moral, é incumbência do magistrado, que agindo com equidade, correição e parcimônia, dará tratamento justo à matéria, considerando, para o quanto, a posição social, política, grau de escolaridade das partes, a intensidade do ânimo de ofender e da culpa, a gravidade e a repercussão da ofensa, o prejuízo sofrido pela vítima e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano.

Importante é a lição de Esteves (1999, p. 98), no sentido de que:

A Constituição Federal não dispõe sobre a limitação do valor da indenização por danos morais nem remete ao legislador ordinário a tarefa de discipliná-la.

Se o legislador ordinário não tem autorização para prefixar o valor da indenização por dano moral, também ao legislador é vedado tarifá-la.

Nessas circunstâncias, exigir-se que o autor fixe o valor que pretende receber por dano moral fere a Constituição porque caracteriza uma hipótese de limitação prévia, o que não se afeiçoa ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Uma estimativa do lesado, feita na inicial, após a instrução processual poderá ser considerada insuficiente. Diante disso, torna-se impossível atender ao comando constitucional, no sentido de que se indenize todo o dano, e não parte dele. O juiz, nessa hipótese, não poderá atender à satisfação integral do dano, sob pena de deferir decisão ultra petita, o que é vedado pelo art. 460 do Código de Processo Civil, a saber: “É defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

No mesmo sentido é a lição de Antônio dos Santos Jeová (2001).

Estabelece o parágrafo único do art. 944 do Código Civil que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. É importante ressaltar que cabe ao magistrado

arbitrar a indenização de acordo com as circunstâncias do caso concreto, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (SÃO PAULO, 2015a). Neste mesmo passo, devemos nos ater que apesar do Judiciário ser um Poder do Estado e se encontrar em sua indivisibilidade, os órgãos jurisdicionais não têm vinculação plena a ponto de “engessar” a decisão e não poder ela ser reformada ou anulada, sendo o raciocínio contrário, um verdadeiro contra-senso à possibilidade que o próprio Código de Processo Civil concede para a interposição de recurso com o fundamento de que existe insatisfação natural e, por esta razão, tem ele o direito de ver reformada ou anulada a decisão que, em sua concepção, foi injusta.

Portanto, nada impede que os Tribunais possam alterar o valor do dano moral arbitrado em Primeiro Grau de Jurisdição.

Todavia, como é o responsável pela atribuição de arbitrar o valor do dano moral, o magistrado deve observar elementos norteadores para que chegue a uma decisão justa às partes, por não se saber com exatidão a extensão do dano e o que realmente sofre a pessoa lesada, sendo extremamente difícil obter um valor igualmente correspondente sem usar critérios para o arbitramento. Assim, o arbitramento do juiz é o que se espera para se chegar ao justo valor de uma indenização, e não arbitrariedade, devendo o magistrado se ater em suas fundamentações com equidade e razoabilidade (STOCO, 2007, p. 1704).

Nunes (2011, p. 370) elenca uma séria de critérios a serem perseguidos pelos julgadores e levados em conta no momento do arbitramento do valor do dano moral, sendo eles: a natureza específica da ofensa sofrida; a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido; a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido; a existência de dolo por parte do ofensor na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; a situação econômica do ofensor; a capacidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido; a necessidade de punição.

Tudo isto não é difícil de ser conhecido pelo juiz, que pode fazer uma análise histórica do processo e contextual do caso.

Todavia, é de se reconhecer que em muitas ocasiões o magistrado acaba tendo certa dificuldade em realizar tal conhecimento diante da falta de informações que o consumidor deixou de inserir durante toda a instrução do processo, fornecendo apenas o mínimo necessário para ganho da causa. É sempre bom lembrar que o juiz deve evitar realizar provas no processo devido à necessidade de se manter imparcial no feito, porém, pode ele utilizar pesquisas que, apesar de constituir o mérito, ou seja, o quantum, não dizem respeito à responsabilidade ou não do fornecedor, com o fim de promover um conhecimento do perfil da situação para se chegar ao valor da indenização já determinada como condenação.⁹

O segundo assunto a ser tratado se refere ao valor da indenização arbitrado pelo juiz, correspondente ao dano moral reconhecido em sentença ou decisão. É necessário levar em conta que o valor da indenização deve possuir caráter compensatório, pedagógico e punitivo. O primeiro se liga diretamente ao consumidor lesado que teve um aproveitamento de injusto prejuízo causado por fornecedor infrator. Não se trata de crer na existência de uma vantagem advinda de uma situação ilícita que alguém praticou contra o lesado. A palavra “compensação” significa trazer de volta e ao estado anterior aquilo que por responsabilidade de alguém, causou dano a outrem, ou seja, deixar este último num estado sem dano, totalmente compensado pela perda ou lesão suportada. Logo, vantagem alguma há em ser compensado.

Quanto ao critério para alcance do valor do dano, faz-se necessário observar que não existe uma tarifação para se alcançar o quantum do dano moral, embora já houvesse esse tipo de quantificação num passado não muito distante. É que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei. 4.117/62), tratou de estabelecer parâmetros que variavam de cinco a cem salários mínimos. Na sequência ao citado diploma normativo, surgiu a Lei 5.250/67 que elevou o teto indenizatório de cem para duzentos salários mínimos. Todavia, este tipo de quantificação saiu do cenário jurídico nacional com a entrada em vigor da Constituição de 1988 que dispõe em seu inciso X, do art. 5º: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

⁹ De acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil, “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. De modo que, se a própria Carta Magna não previu tabelamento, também não pode uma lei infraconstitucional assim o fazer, da mesma forma que a interpretação doutrinária e jurisprudencial não pode privilegiar um entendimento que não se sustenta de modo algum (GONÇALVES, 2003, p. 570).

Nesse sentido, segundo Rizzardo (2005, p. 225),

Não é conveniente que venha um tarifamento da dor moral, dada a diferença de situações, de sentimentos entre uma pessoa e outra, de grau de dor, de estados emocionais, de idades dos indivíduos. O critério mais apropriado é que seja arbitrável, elevando-se a verba em razão da gravidade, da intensidade da profundidade do padecimento, seguindo a linha orientadora do Tribunal de Alçada do Paraná: “Na fixação do dano moral, uma vez que a dor verdadeiramente não tem preço, deve-se ponderar sobre as condições sócio-culturais e econômicas dos envolvidos, grau de culpa, trauma causado e outros fatores, como o de servir de desestímulo à prática de novo ilícito, e de compensação amenizadora, de modo que a quantia arbitrada não seja tão irrisória que nada represente, nem tampouco, que implique em sacrifício demasiado para uma parte e locupletamento para outra”. É seu norte orientador: compensar a sensação de dor da vítima comum bem que traga uma sensação agradável em contrário; ou serve a reparação não para contrabalançar a dor íntima, da alma.

Mas, não se deve confundir a inexistência de tarifação com parâmetro a ser adotado. É que a tarifação estabelece a procura de um valor para indenização do dano moral entre dois limites, mínimo e máximo, em algum diploma do ordenamento jurídico. No caso de parâmetro, o julgador procura uma comparação que identifica o dano moral com a equivalência do quantum a ser estabelecido por ele, sempre seguindo princípios que devam ser levados em consideração para acertar no valor a ser arbitrado. É o caso, por exemplo, a fixação do valor da indenização por dano moral em salário mínimo, não havendo qualquer problema quanto a isso. A própria Súmula nº 490 do STF declara que “a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores”.

Da mesma forma, a Suprema Corte brasileira reconheceu que “o quantum indenizatório, em casos tais, deve, preferencialmente ser um valor certo, estabelecido em números de salários mínimos” (BRASIL, 2015).

Também não podemos esquecer que qualquer indenização por dano moral deve ser levada em consideração para não se perder o norte do alcance da Justiça, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio está ligado diretamente à personalidade do homem, não somente porque eventualmente alguém possa ter construído, durante determinado período de tempo, um patrimônio ao redor daquilo que ele próprio exterioriza para a sociedade, mesmo que seja material ou não. Trata-se de princípio que acompanha todos os seres humanos, independente de quaisquer coisas que possam diferenciá-los dos demais, pois ele acompanha o homem desde o nascimento até sua morte e, uma vez infringido, é a própria existência da valoração humana que sofre uma mancha, ofendendo a todos nós.

Em resumo, a pessoa humana não pode sofrer, nem conviver com qualquer tipo de humilhação. A dignidade corresponde a valor que não se prende à relação de tempo, local e nação, devendo ser devidamente pensada e arrazoada sua aplicação para não ofender culturas. Todavia, uma vez observada a necessidade para aplicação do dano moral, não poderá haver inibição nem timidez quando demonstrada a ofensa à dignidade da pessoa humana.

Nos casos em que naturalmente e sem o menor conflito flui o respeito à pessoa humana, não há o mesmo destaque que naqueles em que se evidencia a afronta ao princípio da dignidade, que é a base para todos os outros princípios. A falta de sua aplicação para contrapor e reduzir a pó as infrações constantes contra o homem, gera mais destaque do que naqueles em que sua existência é respeitada. Razão pela qual, “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1999, p. 1149). Logo, o valor de uma indenização também tem relação direta com esse princípio que, uma vez mal arbitrada, poderá prevalecer uma injustiça por vários sentidos, seja por ser muito, ser pouco, mas que poderá determinar à parte vencedora amargar uma vitória acompanhada por mais uma humilhação, que foi o final de sua longa jornada dentro de um processo quase infindo para ter o direito de ver como indenização um valor ínfimo e desproporcional a seu caso.

2.4 OS GRANDES FORNECEDORES INFRATORES

O fato de ter ocorrido uma decisão que venha a condenar um grande infrator fornecedor ao pagamento de indenização em favor de um único consumidor, pura e simplesmente, não resolve o problema de um contexto com infundadas repetições das infrações praticadas pelo fornecedor no mercado. Diga-se que é mais do que comum a aparição dos mesmos ilícitos milhares de vezes e espalhados por todo o país após ser, mesmo sabendo o grande fornecedor, que foi e que será novamente condenado. Porém, antes de adentrarmos mais a fundo neste tema é necessário identificarmos quem são e qual o perfil dos grandes fornecedores infratores em face dos consumidores espalhados pelo país.

De início, não devemos perder a noção de quem são os grandes fornecedores e de onde partem os mais corriqueiros ilícitos contra os consumidores, o quê nos remete a fazer uma diferenciação entre aqueles e os pequenos fornecedores atuantes no mercado de consumo. Não se enquadram nesse apontamento os pequenos empresários que realizam um pequeno investimento para a subsistência dele e de sua família. Assim, o dono de um simples mercadinho em bairro de periferia de uma cidade pequena e do interior do Estado de São Paulo, por exemplo, não seria o alvo de nossa exposição e apontamentos, pois o número de relações com os consumidores é bem pequeno em comparação com os outros grandes empreendedores e, conseqüentemente, com volume de dinheiro movimentado, expressivos danos causados ao consumidor, etc.

Da mesma forma, é o que ocorre com outros tipos de fornecedores e que se assemelham em tamanho e influência no mercado de consumo com o exemplo dado, sendo o caso dos estabelecimentos farmacêuticos, das casas lotéricas, dos “pets shoppings”, dos açougues, etc. Não que estes não sejam importantes ou não desenvolvam considerável papel na economia – empreendimentos, empregos, circulação de riqueza, etc. - mas não são estes os grandes protagonistas nos casos que envolvem inúmeras e desenfreadas lesões ao consumidor.

E, se pensarmos bem, até mesmo um grande fornecedor como é o caso de um supermercado de certa cidade, mas que não faz parte de uma rede e que abasteça o Estado, não tem tanto poderio financeiro e técnico para ser comparado

aos gigantes fornecedores da relação de consumo, como seria o caso, por exemplo, da empresa de automóveis General Motors do Brasil, da empresa telefônica Vivo, do Banco Santander, da SABESP, etc.

De modo que, para a ênfase do caráter compensatório, pedagógico e punitivo das indenizações, passa a ser desinteressante qualquer discussão que envolva esta grande parcela de pequenos, médios, e mesmo grandes comerciantes locais, mas que não representam uma considerável parcela de um seguimento que vem, continuamente, causando grande estrago no mercado consumerista, ainda que punidos, pois os gigantes do mercado e alvos a serem tratados aqui são aqueles que ao mesmo tempo que se envolvem numa nítida e disputada concorrência, também demonstram um igual interesse em lucros e vantagens coletivas porque afetam e englobam uma clientela de massa que consome os serviços e produtos de forma incondicional e de modo ininterrupto devido à característica de sua prestação de serviço e oferta de produtos no próprio mercado. Desse modo, não são alvos aqueles primeiros tipos de fornecedores, embora devamos cobrar, também em casos como estes, o caráter punitivo das indenizações, para que não paire uma ofensa ainda maior ao consumidor no caso de procura pelo Judiciário para a condenação do fornecedor infrator.

Por outro lado, fazem parte da análise no trabalho os fornecedores que são os grandes investidores no mercado consumerista de produtos e serviços, espalhados, se não em todas, em boa parte do território nacional, e que acabam tendo um investimento enorme, às vezes até bilionário, para alcançar e suprir uma demanda igualmente grande. Não se trata de individualizar os fornecedores para se saber quem mais lesa o consumidor em sua atuação na relação de consumo. Trata-se, realmente, de identificação de seguimentos nas relações de consumo que ocorrem não somente em determinado lugar, mas, pela essencialidade do produto ou do serviço, acabam se destacando nas infrações que são praticadas. Isto significa que a concorrência dentro dos seguimentos de mercado não afasta ou diminui as infrações praticadas por seus membros, fazendo com que a somatória dos atos ilícitos praticados por todos os fornecedores que preencham aquele universo de relações de consumo ocorra devido à repetição dos mesmos atos praticados por um rival. Exemplo disso são as intermináveis e corriqueiras negativações indevidas de um inestimável número de consumidores pelas

instituições financeiras. No exemplo, o primeiro fato que deve nos chamar a atenção é o de haver um seguimento de fornecedores que com suas práticas idênticas acabam gerando ao consumidor um prejuízo quando estes realizam determinados contratos – seja de prestação de serviço ou de produtos – e que há fato do produto ou do serviço, diariamente.

Portanto, se considerarmos o Banco “A”, por exemplo, que promove inúmeras negativações, este não o faz de forma isolada no ramo em que atua, pois os Bancos “B”, “C” e “D” também funcionam do mesmo modo e no mesmíssimo mercado. De modo que, apesar deles serem concorrentes, não há nada que obste o interesse coletivo no resultado em que um deles obtenha no mercado, sejam eles pontos positivos ou negativos, pois a avaliação individual de alcance de prosperidade pode ocorrer por interesse particular, entretanto, a avaliação de prosperidade do seguimento é realizado com a reunião de todos os resultados e de todos aqueles fornecedores que participam de determinado seguimento de distribuição de mercadoria ou prestação de serviço.

Conforme o exemplo anteriormente dado, cada um tem seus lucros e despesas, porém todos os bancos têm interesse direto em uma pequena condenação de seu concorrente por uma indenização por danos morais por razão de uma negativação indevida justamente porque todos eles praticam o mesmo ilícito no mercado, pois suas prestações de serviços são as mesmas, bem como é o mesmo o perfil de sua clientela espalhada por todo o país, de modo que as práticas de suas atuações acabam obedecendo a regras estabelecidas para o mercado financeiro, sendo que as diferenças entre elas são sutis e bem pequenas, não sendo suficientes para afastá-los do seguimento e ramo de atuação que fazem parte.

Por estas razões todos acabam tendo o mesmo interesse no resultado de demandas que não participam, mas que faz parte dela um concorrente, por ter praticado ilícito idêntico ao daquele que ficou de fora, pelo menos neste momento, de uma demanda judicial com pedido indenizatório.

Da mesma forma, são as várias companhias de telefonia espalhadas no país e que detêm, de modo individual, as concessões de atuação sobre determinada região. As reclamações contra tais fornecedores são sempre as mesmas porque elas participam de um seguimento exclusivo para quem atua no ramo, obedecendo

regras que servirão de disciplina em seu funcionamento. Assim, igualmente às instituições financeiras, tais companhias de telefone oferecem no mercado a prestação de serviço a milhares de consumidores no Brasil inteiro, com a sua atuação cada vez mais aquecida devido ao altíssimo número de linhas habilitadas para aparelhos celulares no país. Claro que há a concorrência entre as empresas e, por esta razão, enfrentam-se numa disputa veloz diante da comunicação global que cresce a cada momento. As ofertas são por melhor e mais fluente comunicação, melhores aparelhos multiusos, extensão maior do sinal, bônus, etc., tudo para alcançar o consumidor que a cada data comemorativa – natal, por exemplo – procura por um aparelho novo e até por uma nova operadora diante dos problemas que acabou suportando durante o período em que esteve sob a utilização daquele antigo provedor.

Não há como o consumidor insatisfeito com o provedor de sua linha para aparelhos celulares deixar de obter outro plano com outro provedor que não seja do mesmo ramo, evidentemente. E, quando o consumidor se dá conta do que fez, às vezes se arrepende, porque sua nova operadora lhe dá a mesma dor de cabeça que a anterior, além de outros e novos problemas. Assim também ocorre com o novo aparelho de celular adquirido, que tem quase uma infinidade de funções, mas que apresenta o mesmo defeito do anterior e que foi a razão da mudança de marca e modelo de seu celular. É esse ciclo de vícios e defeitos dos fornecedores de um mesmo seguimento que acaba mantendo ou até dando lucro às empresas fornecedoras que pertencem a um mesmo ramo de atividade comercial. Trata-se de um rodízio de clientela, mas, ao mesmo tempo, cativa, visto que as opções que o consumidor tem para determinados serviços e produtos são, obviamente, do mesmo seguimento, o que acaba tornando-o refém de uma espécie de oligopólio. Esta é uma das razões que não nos custa lembrar que (KHOURI, 2013, p. 37),

O objetivo do CDC, ao proteger o consumidor, não é a simples proteção pela proteção em si, mas a busca permanente do equilíbrio do contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços. Esse, em princípio, o mais fraco economicamente, e em condições de impor sua vontade, num ambiente propício à conquista de uma maior vantagem econômica contra aquele reconhecidamente vulnerável, o mais fraco dessa relação. O CDC nada mais é do que uma tentativa de reequilibrar essa relação, tendo em vista a posição econômica favorável do fornecedor; impondo-se a necessidade de um equilíbrio

mínimo em todas as relações contratuais de consumo. Outorgam-se direitos aos consumidores e não aos fornecedores, porque há uma desigualdade flagrante nessa relação, que sempre favoreceu estes últimos. É uma forma de atingir uma igualdade material, tratando desigualmente os naturalmente desiguais.

Entretanto, são os grandes fornecedores que acabam levando vantagem nessa luta, muitas das vezes inglória para o consumidor, pois, mesmo o consumidor saindo vencedor em uma demanda, acaba se sentindo derrotado porque o remédio seria sempre o de propor uma ação quando não deveria ser assim.

Mas, é de se perguntar: quem são as empresas fornecedoras campeãs na prática de ilícito contra os consumidores?

Como base e amostragem, tomamos como informações o PROCON de São Paulo onde se concentra o maior volume de dados sobre reclamações no país, tudo sem desconsiderar os demais.

Assim, o PROCON de São Paulo (PROCON, 2013) relata o seguinte sobre os grandes seguimentos infratores contra o consumidor:

Em 2013, o Grupo Claro / Embratel / NET (América Móvil) liderou o ranking de reclamações junto O ranking aqui divulgado lista as 50 empresas ou grupos empresariais que geraram maior número de reclamações fundamentadas, isto é, o maior número de casos em que as demandas dos consumidores não foram solucionadas na etapa inicial dos atendimentos, de forma mais simples e mais célere (casos que integram o nosso Ranking Online, atualizado e divulgado diariamente no site da Fundação Procon-SP).

Em 2013, 790.476 consumidores recorreram aos Procons integrados ao Sistema (61,71% na capital, 38,29 no interior), tendo seus atendimentos registrados em função da natureza das demandas, como consultas, orientações, atendimentos preliminares, CPIs, e reclamações.

Foram emitidas 254.126 Cartas de Informações Preliminares (CIPs) e realizados 59.009 atendimentos preliminares Estes dois tipos de registros, que totalizaram 313.135 expedientes, geraram 84,64% de solução para os casos apresentados pelos consumidores. 48.110 demandas (15,36%), pelo fato de não terem sido solucionadas por meio dos procedimentos preliminares acima destacados, seguiram para uma segunda etapa, passando a integrar, assim, o Cadastro Estadual de Reclamações Fundamentadas, do qual constam 8.054 fornecedores, e de onde foram extraídas, para este material, os 50 mais reclamados, formando o ranking aqui divulgado. O Cadastro informa, para cada empresa ou grupo empresarial reclamado, quantas reclamações fundamentadas foram atendidas e quanto não

foram. Em 2013, deste total de 48.110 reclamações fundamentadas 45,78% foram atendidas, gerando um índice total de resolutividade, no ano, de 91,67%.

Uma vez mais, os setores de telecomunicações e financeiro lideram o ranking: 9 das 10 empresas ou grupos com maiores números de registros pertencem a esses segmentos. Esse resultado enfatiza algo que, há anos, os órgãos de defesa do consumidor vêm constatando e apontando, publicamente: nos setores regulados da economia, ainda não é dado o devido tratamento aos interesses e direitos dos consumidores.

Logo, é perceptível que os grandes fornecedores que causam repetidos ilícitos contra os consumidores se encontram nos grandes seguimentos de fornecimento de produtos ou serviços e que abraçam uma fatia extremamente grande nas relações de consumo, o que explica as indiferenças em suas atitudes quanto às condenações que acabam acumulando, advindas do Judiciário, porque não lhes falta clientes e freguesia diante de uma “essencialidade do produto ou do serviço”, gerando mais do que uma compensação em relação ao suposto prejuízo advindo das decisões judiciais, apesar de serem objetivas suas responsabilidades neste caso. Diga-se “suposto prejuízo” porque os ilícitos contra os consumidores são repetidamente os mesmos, havendo somente uma troca em quem está no topo, revezando-se os fornecedores de ano para ano nas listas dos PROCONS de todo o país.

Note-se que é o lucro que motiva o empresário a investir, não havendo cabimento acumular tantas decisões judiciais contrárias sem que haja uma “recompensa”, e esta se refere a que o líquido da empresa esteja assegurado, não havendo outra explicação para a permanência inarredável na postura desses fornecedores contra os consumidores.

Não pode ser perdido de vista que (FRAZÃO, 2011, p. 252):

Já se viu que a finalidade de toda sociedade empresária é a obtenção de lucros e demais benefícios econômicos por meio da realização de seu objeto social. Este é um dos aspectos primordiais do aspecto social, ao qual os gestores continuam vinculados. Contudo, a função social da empresa determina que, nessa busca, terão que sopesar todos os demais interesses na atividade empresarial, para o fim de atendê-los e protegê-los adequadamente, não lhes causando danos injustificáveis ou desproporcionais.

Desse modo, a função social da empresa visa todo tipo de desenvolvimento que possa realizar, como o econômico, cultural, social, e principalmente desenvolver práticas empresariais sustentáveis em respeito ao meio ambiente e de proteção ao direito do consumidor (COELHO, 2013, p. 56).

A questão do valor das indenizações e o caráter compensatório, pedagógico e punitivo nas condenações serão abordados em capítulo próprio. Contudo, não podemos perder de vista que por aí já se vê que apesar de qualquer reprimenda financeira contra o contumaz infrator fornecedor, consegue ele garantir os lucros, que são a finalidade da empresa. Razão da necessidade da ênfase pelo Judiciário na valorização do caráter punitivo das indenizações, do contrário, no atual quadro não haverá modificação com as mesmas situações de constrangimento em face do consumidor.

Em análise sobre o fenômeno do grande número de demandas repetitivas, também na área de direito do consumidor, o Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa encomendada à Fundação Getúlio Vargas, chegou à conclusão que há alguns fatores para sua proliferação. Um deles é que (CONSELHO, 2015)

a legislação processual que estimula o tratamento individual de demandas de massa ao invés de tratá-las coletivamente e evitar a proliferação de casos repetitivos; e a freqüente ausência de uniformização jurisprudencial dos Tribunais Superiores a respeito de matérias envolvendo conflitos entre o consumidor e instituições financeiras, acompanhada da constante variação da jurisprudência nos Tribunais Estaduais de todo o país.

Uma das alternativas para combater as demandas repetitivas está nas denominadas súmulas vinculantes, com previsão no art. 103-A da Constituição Federal, que dispõe:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública

direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, por sua vez, evidencia a necessidade de se combater as demandas repetitivas, sendo que, para tanto (EXPOSIÇÃO, 2010, p. 20-21):

- a) foram criadas figuras para evitar a excessiva dispersão da jurisprudência, possibilitando com isso “atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional”;
- b) entre os instrumentos previstos “está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos”, que também passa “a abranger a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento”;
- c) com os mesmos objetivos, foi criado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, “que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”, e que “é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes”.

Ainda há as ações coletivas, já referidas no presente trabalho, que se encontram previstas no art. 81 da Lei 8.078/90, dispondo que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

2.5 EQUIDADE

É o magistrado quem detém o poder de arbitrar o valor do dano moral a servir de condenação em face dos fornecedores que praticam ilícitos contra os

consumidores. Tais ilícitos, para o nosso caso e interesse, são aqueles que ferem a moral do consumidor, devidamente protegido pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Claro que no Código Civil – capítulo da responsabilidade civil -, e no Código de Defesa do Consumidor – artigo 6º, inciso VI -, temos dispositivos normativos que também o protegem.

Todavia, o arbitramento do valor das indenizações não se trata somente de pura aplicação de dispositivos legais para se alcançar ou chegar o mais próximo daquilo que seja justo dentro do caso concreto. Assim, para Diniz (1997):

Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma INDENIZAÇÃO. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico.

A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da INDENIZAÇÃO, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

Perceptível que algumas palavras ou termos são chaves na assertiva de Diniz, tais como “equitativo ou justo”, “prudente arbítrio”, “moderadamente”, “parâmetros razoáveis” e “enriquecimento”. Todos são termos que exigem um juízo de valor do julgador para se chegar o mais próximo do seu objetivo que é conceder uma decisão justa. Entretanto, algumas das ferramentas que o magistrado deve utilizar por ocasião da elaboração de sua decisão não podem deixar de serem usadas neste momento. A equidade é uma delas e de suma importância nas questões de arbitramento do dano moral, pois todo o contexto deve ser analisado pelo julgador de modo que nada escape de seu alcance.

A respeito da equidade, Khouri (2013, p. 131) assevera que:

A equidade é um novo critério fornecido pelo legislador para identificar a cláusula abusiva. Por equidade deve-se entender, diante do caso concreto o que é manifestamente justo. Ou seja, a cláusula manifestamente injusta será considerada abusiva por ser incompatível com a equidade.

Em hermenêutica, o juiz decide por equidade diante da lacuna da lei. Decidir por equidade, então, significa criar a norma para o caso concreto, dando ao caso suma solução justa. Aqui, não se trata de decidir por equidade com base na lacuna da lei. Pelo contrário, a lei existe e diz que é nula toda cláusula contrária à equidade. Trata-se tão somente de afastar do contrato toda cláusula que seja manifestamente incompatível com equidade.

Apesar do texto acima se referir a contratos nas relações de consumo, não pode deixar de ser aproveitado para as questões de arbitramento de valores para indenizações por danos morais. Trata-se, no caso, de busca por um resultado justo, ou pelo menos, o mais justo que possa ser alcançado. De modo que se nula é a cláusula que contraria a equidade, pela mesma “ratio” também deveria ser considerada nula a decisão que fosse prolatada por qualquer magistrado que assim não se comportasse, pois deveria ela ser afastada do mundo da validade das decisões judiciais, porque uma vez longe e incompatível com a equidade seria o mesmo que dizer que também bem longe estaria do alcance da justiça.

Claro que a coisa não deve ser pensada de modo tão simples assim, haja vista que sobre decisão injusta cabe recurso ao órgão Judiciário competente, podendo-se falar até sobre a relativização da coisa julgada, desde que para cada recurso esteja o pedido devidamente adequado aos requisitos exigidos pela lei. Mas, sem prejuízo, vale o fundamento no sentido de que (NUNES, 2011, p. 69-70):

A justiça soma-se ao princípio da intangibilidade da dignidade humana, como fundamento de todas as normas jurídicas, na medida em que qualquer pretensão jurídica deve ter como base uma ordem justa. Valem aqui as conhecidas palavras de Eduardo Couture no seu Os mandamentos dos Advogados:

“Teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

A justiça é, assim, o objetivo de República e fundamento da ordem jurídica, como condição de sua possibilidade de realização histórica. Por isso, na aplicação das normas jurídicas em casos concretos, muitas vezes tem-se de atenuar os rigores do texto normado, mitigando seu apelo formal: é necessário agir com equidade.

(...)

A equidade supre o erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. Ela é, portanto, a justiça levada a cabo no caso concreto.

Portanto, em nada deve ser afastada a aplicação da equidade para os casos de arbitramento do valor do dano moral, visto ser este elemento fundamental para o alcance da Justiça.

Sem ela, a equidade, não se pode falar em decisão razoável e bem fundamentada no caso de aplicação da condenação por danos morais aos grandes campeões de ilícitos contra o consumidor, que insistem em permanecer inertes e sem o menor interesse em evitar as repetições que vêm praticando há muito tempo no mercado de consumo.

Age com equidade o magistrado que busca os seguintes critérios para arbitrar o valor de uma indenização (BRASIL, 2012a):

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso.

E, nem poderia ser diferente, pois se é o Judiciário que detém o poder de arbitrar o valor das indenizações, que assim o faça de modo diligente, respeitando a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, claro, tudo com o uso da equidade.

3. INDENIZAÇÃO

O juiz, além de aplicar a equidade ao caso concreto, também deve levar em conta, no caso de condenação por dano moral, o caráter punitivo da indenização, uma vez que tal postura contribui para impedir a repetição da prática ilícita pelo fornecedor.

A indenização deve sempre ter o caráter punitivo, sem prejuízo de compensar o dano suportado pela vítima em um caso isolado, transmitindo a ideia de que não compensa repetir o ilícito no futuro, seja pelo próprio fornecedor ofensor, seja por terceiros que praticam as mesmas infrações legais. A indenização, no caso, tem o nome de “punitive damages”,¹⁰ que teve origem no Direito Inglês, dentro da “common law”.

De acordo com Andrade (2006, p. 195):

Os *punitives damages* são definidos como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo. São também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave

¹⁰ Como explica Andrade (2006, p. 186), a expressão *punitive damages* é comumente e impropriamente traduzida entre nós como “danos punitivos” (*daños punitivos* em espanhol), em caso típico de metonímia, em que se emprega a causa (danos) pela consequência (indenização). Uma tradução mais técnica e fiel ao sentido originário da expressão seria “indenização punitiva”. Como já observado em nota anterior, o vocábulo *damages*, no plural, significa “indenização”. A noção de “dano” é dada pelo vocábulo *damage*, no singular. Daí porque se afigura mais exata a transposição da expressão *punitive damages* para o português com “indenização punitiva”, que é empregada no presente trabalho.

negligência, milícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages*, mostra-se imprópria.

Além das denominações antes indicadas, outras, menos usuais, são empregadas para fazer referência ao instituto, dentre as quais: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imagynari damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages*, *retributory damages*.

O propósito geral dos *punitive* ou *exemplary damages* é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros.

Não podemos perder de vista as características da indenização por dano moral, de modo que quando trazemos este assunto à baila tratamos diretamente de sua natureza jurídica. Esta tem tido uma atenção da doutrina, prevalecendo o entendimento de que sua natureza jurídica é a de compensar o lesado, punir infrator e educar toda a sociedade, sendo compensatória, punitiva e pedagógica.

A primeira característica, consiste em compensar a vítima do mal que sofreu, procurando deixá-la sem dano, na tentativa de trazê-la ao status anterior ao fato que lhe trouxe prejuízo moral.

A segunda característica, a punitiva, tem relação direta com o ofensor para que sofra uma penalização correspondente ao dano causado, e que deixe de repeti-lo diante de uma situação que o desestimula por saber que será penalizado por ser o causador do ato delituoso (GONÇALVES, 2003, P. 566-567).

Diniz (1993, p. 248), por sua vez, disserta que:

a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando uma diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga pelo ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado imprudentemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda da sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem

ao ofendido, pois, ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender as satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

A jurisprudência também tem aplicado referido entendimento (SÃO PAULO, 2015b):

Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela sofreu. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento. Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação.

A punição ao infrator não representa nenhum tipo de vingança ou exagero na busca pelo valor da indenização.

Segundo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2015b), há

dois propósitos bem definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que as duas faces de uma moeda: a punição tende a prevenir; a prevenção se por meio de uma punição.

E, no mesmo diapasão, não podemos perder de vista os princípios que regem o andamento do empreendimento do fornecedor que, por ser uma empresa, um deles é sua função social. A respeito, assevera Frazão (2011, p. 194) que:

relaciona-se com todos esses princípios, destacando-se que o fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal finalidade (sócios, empregados, colaboradores e consumidores) e também para com a coletividade. Por estes motivos, há atuação considerável do legislador nos assuntos descritos no art. 170, da Constituição, buscando concretizar vários desses princípios por meio de uma regulação jurídica específica.

E, é com a consciência nesta importância, da função social da empresa, que o fornecedor perceberá que tem a liberdade de empreender, mas com correspondentes obrigações, sendo uma delas a de respeitar o consumidor numa relação que ele mesmo – fornecedor – iniciou quando ofereceu seu produto ou serviço no mercado. Porém, infelizmente não é isto que acontece em um número extremamente alto, pois ainda há fornecedores que agem como quem diz ao consumidor na primeira situação de confronto: “vá procurar os seus direitos!”.

Claro que em parte das vezes o consumidor não tem razão, sendo o motivo para tantas ações propostas, porém frustradas em juízo. Claro também que essa estimativa é meramente especulativa, pois também sabemos que nem todo magistrado conhece bem o Código de Defesa do Consumidor, da mesma forma que diversos juízes atuam em Varas Judiciais cumulativas e preferem especialização em outro ramo do Direito. Todavia, independente disso, se respeitado o caráter dúplice da indenização, já começaremos a colocar fim a várias situações de um novo constrangimento ao consumidor, por ser baixíssimo o valor arbitrado para o dano moral suportado pelo consumidor diante do fornecedor de massa que, parte das vezes, domina o mercado ou faz parte de um seguimento de distribuição de produtos ou serviços essenciais ou de utilizada pública.

3.1 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Que ninguém deve se enriquecer com uma ação judicial, não resta dúvida. Embora o caráter punitivo da indenização deva sempre ser alcançado pelo magistrado no momento de seu arbitramento, há um princípio que também deve ser observado e utilizado na mesma ocasião que tem o fim de suavizar referido valor da indenização para que não haja um exagero. Lembremos que o Código de Defesa do Consumidor não visa privilegiar o consumidor em detrimento do fornecedor, pois a relação de consumo depende de uma harmonia entre essas partes, porque é vital para a economia do país.

Trata-se do uso do princípio do enriquecimento sem causa, que tem por fim evitar que o autor de uma ação indenizatória obtenha um enriquecimento sem uma causa devida, visto que, se a palavra “indenização” significa deixar alguém que experimentou um injusto prejuízo sem o dano correspondente, não tem razão para a fixação de um valor indenizatório que vá além do valor estimado para o próprio dano. Isto seria um exagero e transformaria as ações judiciais numa fonte de riqueza que atrairia muitos ambiciosos e gananciosos por um lucro fácil, mesmo com a morosidade de tramitação dos processos no próprio Judiciário. Juntamente com dois outros princípios, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, o do enriquecimento sem causa é utilizado como contraponto ao da característica do caráter punitivo da indenização (GOMES, 2000, p. 101).

Contudo, vale uma crítica. Quando observamos os constantes ilícitos praticados pelos grandes campeões de infrações em face dos consumidores, percebemos que as infrações não têm fim. Se considerarmos um marco na história como sendo o da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor até os dias de hoje, veremos que, por exemplo, as negativas indevidas praticadas pelas instituições financeiras foram, são e, como tudo indica, continuarão sendo repetidas indefinidamente, mesmo quando as empresas são condenadas ao pagamento de indenização por consequência do fato. Se resolvermos voltar para antes da Lei 8.078/90 e apontarmos o Código Civil de 1916 como o marco comparativo entre a produção desses danos ao consumidor até os dias de hoje, veremos que vem de muito longe a falta de respeito dos fornecedores para com os consumidores, período em que não tínhamos um diploma e ferramentas adequadas para sua proteção.

Assim, a crítica que se faz não é por razão do uso desses princípios para arbitramento do valor da indenização, porém, ela tem relação direta com o próprio valor arbitrado para o dano que é desproporcional ao mal praticado pelos fornecedores de massa no mercado consumerista, assim como a inibição em mudança de postura mesmo com uma centena de condenações idênticas já registradas no passado forense desse fornecedor. As condenações são decretadas no Judiciário de modo acertado, visto que as provas, a responsabilidade objetiva, a culpa, e mais outros fatores não deixam de ser observados pelo julgador que acompanha o processo e tem que decidir sobre ele. Não há crítica quanto a isso.

Todavia, percebemos que as indenizações são extremamente baixas, sem o menor poder de intimidação ao infrator, que continua realizando os mesmos, bem como outros ilícitos, porque não faz para ele a menor diferença o valor da condenação, pois seu lucro continua ocorrendo. Tratam-se dos grandes fornecedores de massa e que suas estimativas de lucro já contam com este prejuízo que não afeta o objetivo da empresa. É simples de se compreender. Apesar do fato de serem baixos os valores das indenizações, há esperança que isso seja modificado, como demonstra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou o valor indenizatório adequado sem ferir o princípio do enriquecimento sem causa, para prestigiar a garantia da função punitiva e compensatória da reparação (BRASIL, 2011) em caso que envolvia um consumidor. Não há dúvidas de que a equidade, no caso referido, foi muito bem utilizada para a modificação de uma decisão de segunda instância, principalmente no que diz respeito ao valor indenizatório.

Vejamos uma concessionária que assume a responsabilidade de cuidar e manter uma importante rodovia, em que boa parte da produção nacional passa por toda sua extensão diariamente, e que abastece dezenas de cidades às margens da importante estrada. Para cumprir suas responsabilidades o fornecedor do serviço cobrará uma tarifa em suas praças de pedágio que cobrirá, com o valor recolhido a seus cofres, todos os gastos reais e imaginários, não havendo lugar para erro contábil e de estimativa e, se acaso este houver, que seja para mais e nunca para menos, do contrário, haverá prejuízo.

Do mesmo modo é o banco que cobra todas as tarifas pelos serviços prestados ao consumidor, em que nos valores recolhidos estão computados todos os custos que o desenvolvimento de seu trabalho pode gerar.

Igualmente é o caso de uma companhia de telefonia que, ao cobrar a assinatura do serviço de telefone fixo, o consumidor paga somente para deixar seu aparelho no gancho, sem ligar para ninguém, garantindo-se à fornecedora, assim, uma fonte de renda só pela conexão da linha entre a rede de comunicação e sua residência. Além disso, ainda há o valor do minuto caso o consumidor deseje realizar uma ligação. Valor da tarifa que variará de acordo com a natureza da ligação: local, intermunicipal ou estadual e internacional.

Em todos esses serviços encontram-se os valores das tarifas que cobrem os custos que as empresas têm com a prestação de serviços aos consumidores. Mas, que custos seriam estes? Todos, e sem exceção! Até mesmo aqueles que não são reais para aquele momento serão incorporados às despesas da empresa diante de uma projeção de prejuízo para o futuro, como é o caso de uma ação indenizatória que condenou o fornecedor ao pagamento de certo valor, mas que não ocorrera o trânsito em julgado da decisão e que leva tempo para que a execução da sentença se inicie, quando somente com o fim da execução haverá o depósito do valor cobrado.

Veja que tanto a concessionária, o banco e a companhia de telefone cobram tarifas que garantem o pagamento de todos os custos das empresas, alcançando todos os impostos, manutenção em seu patrimônio físico, pagamentos de salários aos funcionários, despesas com ações trabalhistas, ações indenizatórias, manutenção com carros, diárias de seus gerentes em viagens, aluguéis de prédios, seguro contra danos, pagamento de serviços contratados a outras empresas, custo com confraternizações em datas festivas, marketing, etc. Nada fica de fora da tarifa, principalmente a coisa que movimenta o fornecedor quando ele decide e entra no mercado: o lucro. Todo negócio de massa tem gigantescas despesas que levam o fornecedor a cobrar um preço altíssimo do consumidor, mas como sua clientela se resume a milhares este preço também poderá ser fracionado pelos milhares que fazem parte de sua freguesia, parecendo ser baixo, ou relativamente baixo o valor do serviço ou produto. Todavia, o consumidor paga um preço altíssimo, ainda que desembolse pouco diante do grande lucro do fornecedor.

E, ainda que o ponto de vista seja outro quanto a isto, mesmo assim o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo de modo presumível e reconhecido no inciso I, do artigo 4º da Lei 8.078/90. De forma que o consumidor sempre vai pagar as despesas do fornecedor, incluindo a da própria indenização por danos morais que venceu ou vencerá diante daquela empresa que continua prestando serviço para ele, pois tal condenação será embutida no custo das atividades da empresa.

Por acaso o consumidor lesado em seu direito não tráfegaria mais por aquela estrada em que a concessionária responsável por mantê-la foi a mesma que lhe

causou danos e que por esta razão foi condenada a pagar-lhe indenização? Não há obrigatoriedade na troca de fornecedor pelo consumidor e as coisas podem e às vezes, inevitavelmente, vão continuar sendo assim, mesmo contra a vontade do consumidor. Ele continua sofrendo os efeitos benéficos ou não pela prestação de serviço de determinados consumidores, até porque, ainda que ele não contrate serviço ou aquisição de produto, é o próprio Código de Defesa do Consumidor que define que alguns consumidores que não contratam diretamente com o fornecedor têm relação com eles de modo equiparável, conforme demonstra o parágrafo único do artigo 2º e os artigos 17, e 29 deste diploma.¹¹

Desse modo, ainda que nenhum contato direto tenha o consumidor com o fornecedor, ou se por alguma razão ele não mais contratar com os prestadores de serviço nos exemplos dados acima, é bem provável que continue recebendo os efeitos da prestação de serviço nos termos dos dispositivos legais antes citados.

Tudo isso foi importante abordar para trazer à razão o fato de que o grande fornecedor retira do consumidor os valores de suas despesas. Portanto, ele nunca perde frente ao consumidor e este sempre acaba pagando ao mesmo fornecedor que lhe causou dano. Então, vale perguntar: nos atuais patamares das indenizações arbitradas aos consumidores, quem se enriquece, o consumidor ou o fornecedor? O princípio do enriquecimento sem causa tem sido e continuará servindo como elemento moderador nos arbitramentos de valores nas causas indenizatórias movidas pelos consumidores. Contudo sua utilização precisa ser reavaliada pelo Judiciário devido ao contexto das relações de consumo desenvolvidas no país.

Uma coisa é a pessoa se interessar por uma boa oportunidade para ganhar uma quantia extra de dinheiro às custas de um fornecedor que é infrator, independente da situação, através de uma ação judicial. Tal comportamento é repugnante e deve ser afastada tal idéia do consumidor com o arbitramento em valor proporcional e razoável ao contexto em que se deu o caso. Todavia, como vimos

¹¹ Parágrafo único do artigo 2º do CDC: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Artigo 17 do CDC: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Artigo 29 do CDC: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

acima, o Judiciário precisa garantir uma punição exemplar e que não fuja nem do razoável nem do proporcional, diante da necessidade de haver uma reprimenda eficaz contra o contumaz fornecedor infrator, para que ele pense duas vezes em manter a mesma desrespeitosa postura no mercado consumerista. Desse modo, se não pode o Judiciário agir sem razoabilidade e proporcionalidade por ocasião de arbitramento do valor indenizatório, também não poderá deixar de ser justo e disciplinador, pois em suas mãos está o bom andamento das relações de consumo no país.

3.4 OS BAIXOS VALORES ARBITRADOS PARA O DANO MORAL

Principalmente em face da aplicação do princípio do enriquecimento sem causa, as indenizações têm sido arbitradas, a nosso ver, num patamar muito baixo para uma pretensão de se harmonizar o quadro social no que diz respeito às relações de consumo. Diga-se isto pelas sistemáticas repetições de ilícitos que ocorrem todos os dias nos mais diversos seguimentos de fornecedores no país. Claro que não há nenhum interesse em realizar aqui uma apologia a um enriquecimento sem uma causa, e isto de modo algum pode ocorrer, principalmente utilizando o Judiciário. Todavia, têm sido automáticas as condenações com o quase chavão “com o fim de se evitar um enriquecimento sem causa, arbitra-se a indenização em tanto”. Na verdade, deve-se olhar para o potencial do fornecedor, seu histórico e arbitrar a indenização em valor mais elevado. Tudo com o fim de se evitar o despropósito dos valores arbitrados – nem para mais, nem para menos – às indenizações por danos morais aos consumidores que, principalmente, buscam produtos e serviços oferecidos no mercado à massa popular.

Segundo Andrade (2006, p. 253):

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como relação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade senão através da

imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade.

Razão pela qual a própria jurisprudência nacional tem entendido a necessidade de observação e aplicação do caráter punitivo da indenização por danos morais.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em que, de modo muito equilibrado, sinaliza que (BRASIL, 2013a)

a finalidade da indenização é justamente a de compensar o ofendido pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o agressor, no futuro, praticar atos semelhantes. Além disso, a indenização não pode gerar enriquecimento ilícito da parte lesada e nem pode ser ínfima, de forma a não compensar os prejuízos causados pela ofensa. Na fixação do dano moral, deve-se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica da vítima e a repercussão do dano. O que se está a indenizar é o transtorno, o aborrecimento e a insatisfação que o evento causou. Disso não deve importar vantagem exagerada ou o seu enriquecimento imotivado.

Do mesmo modo é o posicionamento do Tribunal Paulista (SÃO PAULO, 2014b):

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Necessita, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na reparação devida. Alcança-se assim a justiça real, e não nominal, que os valores em jogo impõem.

Quanto à necessidade de se buscar o caráter punitivo da indenização, Nunes (2011, p. 382-383) ensina que:

O aspecto punitivo do valor da indenização por danos morais deve ser especialmente considerado pelo magistrado. Sua função não é satisfazer a vítima, mas servir de freio ao infrator para que ele não volte a incidir no mesmo erro.

Esse aspecto ganha relevo nas questões de massa, como são, em regra, as que envolvem o direito do consumidor. Se, por exemplo, um banco vier a ser condenado a indenizar um consumido, que teve seu talão de cheques furtado da agência bancária, o que gerou toda a sorte de problemas (cheque voltou, foi “negativado” nos serviços de proteção ao crédito, etc.) e de conseqüência causou danos morais, na fixação da indenização o magistrado tem de considerar o fato de que, se o banco não for severamente punido, poderá tomar nenhuma providência para que o mesmo evento não torne a ocorrer. E o risco de causar o mesmo dano para dezenas, centenas de consumidores existe, ele é real. Por isso. O quantum deve ser elevado. A condenação tem de poder educar o infrator, que potencialmente pode voltar a causar o mesmo dano.

E, como explica Andrade (2006, p. 272-273):

Nas relações de consumo, onde são freqüentes as condutas ilícitas movidas pelo intuito de lucro, a indenização punitiva pode revelar-se instrumento de grande eficácia.

Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios seriam muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. Nesse cálculo, levam em conta a circunstância de que muitas vítimas de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço deixam de ir a juiz, por razões variadas, que vão da dificuldade de identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes. Além disso, os grandes fornecedores, por serem litigantes habituais, normalmente contam com um corpo de advogados preparados e especializados, o que também contribui para a redução dos valores indenizatórios. As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma “racionalidade estritamente econômica”, pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber porque a sanção meramente compensatória não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços.

Devemos levar em conta o papel que a indenização punitiva teria na aplicação ao caso concreto: compensaria e consolaria o consumidor lesado, ao

mesmo tempo que impediria um lucro excessivo do fornecedor, evitando sua manutenção na prática irregular.

Para isto, alguns aspectos devem ser levados em conta pelo Judiciário no momento do arbitramento dos valores das indenizações em favor dos consumidores quando, do outro lado, encontram-se os grandes fornecedores de massa.

Sugestão interessante é apresentada por Melo (2012, p. 431-432):

Em face de tudo quanto argumentado é que defendemos uma nova teoria para apuração do quanto indenizatório nas ações por reparação por danos morais, com o caráter predominantemente punitivo.

Por essa nova teoria, a definição da verba indenizatória, a títulos de danos morais, deveria ser fixada tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima, o caráter punitivo para o causador do dano e o caráter exemplar para a sociedade.

Para a vítima esse caráter compensatório nada mais seria do que lhe ofertar uma quantia capaz de lhe proporcionar alegrias que, trazendo satisfações, pudesse compensar a injusta agressão sofrida.

No tocante ao agressor, o caráter punitivo teria uma função de desestímulo que agisse no sentido de demonstrar ao ofensor que aquela conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que não voltasse a reincidir no ilícito.

Quanto ao caráter exemplar, a condenação deveria servir como medida educativa para o conjunto da sociedade que, cientificada de que determinados comportamentos são eficazmente reprimidos pelo Judiciário, tenderia a ter maior respeito aos direitos personalíssimos do indivíduo.

Em face deste trinômio e tendo em vista o caráter da efetividade da condenação por danos morais, defendemos que, na fixação do quantum, o juiz, além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-compensatório, poderia adicionar outro componente, qual seja, um plus que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos como condenações aos infratores por danos morais.

E, isto vale ser destacado porque, por ocasião do arbitramento do valor do dano moral, alguns critérios precisam ser levados em consideração para haver uma quantificação do valor da indenização por danos morais adequados e da forma como se espera advinda de uma quebra e desrespeito à relação de consumo.

De modo que a condição econômica do fornecedor – e como neste trabalho estamos tratando dos grandes fornecedores de massa – para majorar a indenização deve ser levada em conta, pois (NUNES, 2001, p. 377)

Evidente que quanto mais poder econômico tiver o ofensor, menos ele sentirá o efeito da indenização que terá de pagar. E, claro, se for o contrário, isto é se o ofensor não tiver poder econômico algum, o quantum indenizatório será até mesmo inexecutável (o que não significa que não se deve fixá-lo).

De modo que é importante lançar um olhar sobre a capacidade econômica do responsável pelo dano. Quanto mais poderoso ele for, mais se justifica a elevação da quantia a ser fixada. Sendo que o inverso é verdadeiro.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2015d).

Também deve ser observado o critério de que o fornecedor envolvido na infração ao consumidor também pode voltar a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso, o que geraria as constantes demandas repetitivas já faladas no presente trabalho. Isso se daria pela capacidade do fornecedor de continuar produzindo o mesmo ilícito, sem que a condenação ao pagamento de indenização o inibisse a investir na qualidade de seu produto ou serviço e na segurança do consumidor. É o caso das intermináveis e repetitivas negativas indevidas realizadas pelas instituições financeiras em face dos consumidores que, obviamente, tem que ter o quantum indenizatório elevado (SÃO PAULO, 2015e).

José Antonio Remedio, José Fernando Seifarth de Freitas e José Júlio Lozano Junior (2000, p. 299-359), em amplo estudo jurisprudencial realizado a respeito da fixação do dano moral pelos Tribunais brasileiros, no qual são citadas dezenas de julgados, demonstram que, em regra, os valores arbitrados a título de dano moral em relação às ofensas praticadas contra consumidores (tanto em relação ao fornecimento de produtos como à prestação de serviços pelos fornecedores), em especial envolvendo instituições financeiras, são bastante reduzidos.

A título de exemplo, de acordo com os autores citados (2000, p. 318), são inúmeros os precedentes judiciais em que o valor do dano moral, nos casos de

protesto indevido de título de crédito por instituição financeira, é arbitrado no valor corresponde ao dobro do valor do título.

O que se constata, é que a fixação do valor do dano moral em valores módicos ou irrisórios acaba não contribuindo para que o grande fornecedor altere sua forma de agir nas hipóteses em que é lesiva ao consumidor, uma vez que o caráter punitivo do arbitramento do dano, no caso, deixa de surtir qualquer efeito prático.

Diante do exposto, acreditamos que só haverá a modificação do quadro de desrespeito à relação de consumo pelos grandes fornecedores se forem devidamente observados os critérios antes citados para arbitrar o quantum das indenizações por danos morais a favor do consumidor, com a elevação dos valores usualmente aplicados pela Justiça, com base no caráter punitivo, compensatório e educativo da indenização.

4. CONCLUSÃO

Trata-se da necessidade de reavaliar os valores que estão sendo arbitrados pelo Judiciário como indenização por danos morais em favor dos consumidores em face dos grandes fornecedores na relação de consumo nas demandas indenizatórias. Tem o fim de sugerir e apontar como solução às repetitivas demandas indenizatórias a real eficácia do caráter punitivo da indenização a um contumaz fornecedor de massa e infrator que, mesmo condenado, não tem se inibido em repetir os ilícitos contra o consumidor. Os baixos valores arbitrados por dano moral como indenização pelo Judiciário contra os grandes fornecedores acabam lhes concedendo enorme vantagem no mercado, inclusive pelo fato das ações serem demoradas e por eles gozarem de poder para contratar grandes escritórios de advocacia para defendê-los. Também, mesmo quando o consumidor vença a demanda, o valor indenizatório por dano moral fica aquém daquilo que realmente deveria ser arbitrado a título de punição para que o erro do fornecedor não volte a se repetir. Assim, o caráter preventivo e punitivo das indenizações por dano moral acaba desaparecendo e favorecendo o fornecedor, promovendo um desequilíbrio muito grande na relação de consumo. É o caso de se ampliar o valor das indenizações por danos morais, para que o mercado consumerista passe a ter o verdadeiro equilíbrio que o Código de Defesa do Consumidor deseja e o fornecedor deixe de produzir as infimas repetições de danos aos consumidores normalmente fixados em valores pequenos.

A tecnologia da informação, na atualidade, avança em velocidade e eficiência nos mais variados sentidos, possibilitando que todo e qualquer evento, grande ou pequeno, seja uma oportunidade para o fornecedor se colocar no mercado econômico de alguma forma, seja oferecendo produtos, seja distribuindo serviços.

Até o final da década de 1980 não tínhamos no Brasil instrumentos legais eficientes e capazes para proteger o consumidor nas constantes e variadas relações de consumo envolvendo o fornecedor.

De um lado, o Código Civil de 1916, então em vigor, retratava aspectos jurídicos, sociais e políticos destoantes do momento então vivido pelo país e, de outro lado, o Código de Processo Civil de 1973, apesar de ser a principal ferramenta processual civil à época, não conseguia trazer equilíbrio nas relações entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 - Lei 8.078/90 -, o consumidor passou a ter ferramentas capazes de trazer justiça ao mundo da relação de consumo de produtos e serviços.

Entretanto, apesar do Código de Defesa do Consumidor ser um diploma normativo que prima pela proteção do equilíbrio na relação de consumo, o consumidor ainda se vê fragilizado em determinadas questões que há muito tempo deveriam ter sido superadas.

Entre os abusos pode ser citada a interminável repetição pelo fornecedor, de produção de danos morais ao consumidor, que adquire produtos ou se vale de serviços de massa junto a grandes fornecedores, os quais, apesar de terem conhecimento do ilícito normalmente praticado, não se inibe e nem se sente intimidado com as constantes decisões judiciais contra ele proferidas, ou seja, embora haja repetidas condenações, o fornecedor de massa não se abala na prática dos ilícitos que dão ensejo à indenização por dano moral em favor do consumidor, não tomando qualquer providência para alterar sua forma de agir visando minorar o prejuízo do consumidor, em regra hipossuficiente na relação de consumo.

Os grandes prestadores de serviços e fornecedores de produtos de massa, agindo nos mais variados ramos, como é o caso, entre outros, das companhias de telefonia, de energia elétrica, de fornecimento de água, dos bancos, dos planos de saúde e das companhias de seguros, que prestam serviço para um número indeterminado de pessoas e que atingem todas as classes sociais indiscriminadamente, acabam se beneficiando de sua impunidade em diversos casos de abuso contra os consumidores, principalmente no tocante à condenação ao pagamento de indenização por danos morais, normalmente arbitrada em valores módicos.

O Poder Judiciário, na prática, tem recebido milhares de demandas indenizatórias dentro do âmbito da relação de consumo, normalmente com objeto e pedidos semelhantes, assim como tem proferido repetidas condenações contra os respectivos infratores, em regra os fornecedores.

É o que se verifica, por exemplo, em relação às constantes negativas de dados dos consumidores de forma indevida pelas instituições financeiras, das longas e humilhantes esperas do usuário nas tentativas de cancelar uma linha telefônica, dos indevidos e corriqueiros cortes de energia elétrica na residência de um consumidor por falta de pagamento de conta quando na verdade a conta já foi paga, e das incontáveis faltas de atendimento por planos de saúde sob a alegação de doença pré-existente quando nunca fora feito exame prévio para admitir o consumidor no quadro dos segurados.

Embora haja milhares de decisões indenizatórias contra os fornecedores, o valor módico das condenações concernentes aos danos morais acaba por não transmitir a mensagem de que a condenação seja uma ferramenta eficaz como elemento inibidor de novas infrações praticadas pelos fornecedores.

Os valores módicos concedidos judicialmente nos casos de condenações por dano moral, além de não inibirem a atuação ilícita dos fornecedores, acabam estimulando-os a não tomarem qualquer medida visando evitar a prática de atos ilícitos e lesivos aos consumidores, já que as condenações, em face do porte das empresas fornecedores, não atingem efetivamente seu patrimônio.

O que se propõe, no caso de condenação dos fornecedores de massa em favor dos consumidores, é que o arbitramento das indenizações por danos morais, além de evitar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes, também leve em consideração a equidade e o caráter punitivo, compensatório e educativo da medida.

Necessário, portanto, sensível reavaliação pelo Judiciário na aplicação de princípios jurídicos que regem a matéria por ocasião do arbitramento dos valores das indenizações por danos morais nas demandas em que são partes os fornecedores de massa, infratores contumazes na relação de consumo, e os consumidores, a fim de que as condenações ao pagamento de indenizações não deixem, além de outros aspectos, de surtir efeito de evitar as incontáveis demandas repetitivas.

Isso não significa, todavia, que deva existir uma benevolência do Judiciário em favor do consumidor, por ser ele a parte vulnerável diante dos fornecedores na relação de consumo. O que se busca é o equilíbrio na relação de consumo,

conforme foi a finalidade da criação da Lei 8.078/90, não sendo aceita a postura que seja para beneficiar, pura e simplesmente, o consumidor, do contrário seria o mesmo que perder o norte na procura pela aplicação da Justiça.

O arbitramento do dano moral em valores mais expressivos é uma forma de melhorar e valorizar a relação de consumo, passando o fornecedor a efetivamente arcar com os prejuízos por ele provocados e obrigando-o de modo prático a respeitar o consumidor e o mercado econômico onde atua.

O valor das indenizações por dano moral, sob nossa ótica, deve ser aumentado para causar o impacto que elas deveriam ter, mas que, em razão de sua modicidade, não traz a eficácia pretendida pelo Judiciário. Claro que os princípios devem ser respeitados, como é o caso do enriquecimento sem causa, da proporcionalidade e da razoabilidade. Entretanto, o consumidor ferido em seu direito e, mais precisamente em sua moral, precisa ser respeitado em seu dia-dia no que diz respeito à relação de consumo. Tal modificação de parâmetro se faz necessária porque o fornecedor de massa está cada vez mais rico e o consumidor cada vez mais exposto aos ilícitos que as grandes empresas vêm repetido todos os dias no país.

O trabalho, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, valendo-se para tanto de análise documental, teve como objeto o estudo do dano moral, principalmente sobre a ótica do Código de Defesa do Consumidor, como instrumento inibidor de demandas de massa ou causas repetitivas, decorrentes de ações ou omissões perpetradas por grandes fornecedores em relação aos consumidores.

Em síntese, a ampliação dos valores arbitrados judicialmente a título de dano moral, seguindo-se os parâmetros antes expendidos, possibilitará que a indenização eventualmente aplicada possua tanto caráter preventivo e educativo, visando inibir novas práticas ilícitas da mesma natureza pelos fornecedores, como caráter repressivo, com aspectos compensatório e punitivo, permitindo que o consumidor seja indenizado de forma justa e que o fornecedor seja responsabilizado de forma a suportar economicamente as consequências danos de seus atos ilícitos na relação de consumo.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2000.

ALSINA, Jorge Bustamente. **Teoria general de la responsabilidad civil**. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. São Paulo: Forense, 2006.

ASSIS NETO, S. J. de. **Dano moral: aspectos jurídicos; doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. São Paulo: Bestbook, 1998.

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorin. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Milenium, 2008

_____ *et al.* **Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Verbatim, 2012.

BENJAMIM, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em 10 nov. 2014.

_____. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral.** 2. ed. Córdoba: Orbir, 1967.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor.** São Paulo: Método, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 3. ed. Malheiros: Rio de Janeiro, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso em 3 fev. 2015.

CONSELHO SUPERIOR DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 26 aprovado na I Jornada de Direito Civil. 2005. Disponível em: >http://www.professorcristianosobral.com.br/apoio/justificativas_enunciados_codigo_civil.pdf>. Acesso em 10 mar. 2015.

DAROITE, Moacir. Coluna nosso dinheiro, nossos direitos - fórum nacional dos direitos civis do consumidor. Disponível em: <http://www.forumdoconsumidor.org.br/colunas_ler.php?coluna=35>. Acesso em 10 nov. 2014.

DE CUPIS, Adriano. **El daño: teoría general de responsabilidad civil**. Barcelona: Bosh Editorial, 1975.

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/vulnerabilidade>>. Acesso em 7 mar. 2015a.

_____. Disponível: <em <http://www.dicionariodoaurelio.com/vulneravel>>. Acesso em 7 mar. 2015b.

_____. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dano>>. Acesso em 3 mar. 2015c.

_____. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/indenizar>>. Acesso em 3 mar. 2015d.

DINIZ, Maria Helena. Indenização por dano moral. **Revista Jurídica Consulex** nº 3, ano 1, p. 29-32, mar. 1997.

_____. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ESTEVES, Paulo, et al. **Dano moral**. São Paulo: Editora dos Autores, 1999.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – 2010. Brasília. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 3 fev. 2015

FILOMENO, Geraldo Brito. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense universitária, 2004.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussão sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. Rio de Janeiro, 1983.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIZ, Jorge Pegado. A nova diretiva sobre direitos dos consumidores. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor**, Curitiba, Bonijuris, Vol. II, nº 1, p. 93, mar. 2012.

MARMITTI, Arnaldo. **Perdas e danos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZEUD, Henry; LEON, Tunc André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y Contratual**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1961.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MICHELAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral**: teoria, legislação, jurisprudência e prática. São Paulo: Lexbook. 1998.

MOREIRA, Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de processo*. São Paulo, v.27, n.105. p. 183-190. jan./mar. 2002.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo 26. São Paulo: Bookseller, 2003.

PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - 2014. Disponível em <http://educaproconsp.blogspot.com.br/2014/03/15-de-marco-dia-internacional-do.html>. Acesso em 3 dez. 2014.

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - 2013. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/kit_imprensa_2013.pdf>. Acesso em 3 fev. 2015.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. Ano 16 de Janeiro de 1975. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf>. Acesso em 12 fev. 2015.

REMÉDIO, José Antônio. **Direito administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012.

_____. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; FREITAS, José Fernando Seifarth de; LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Dano moral**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Pessoa, estado e direito**. Campinas: Copola, 1994.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0033111-85.2005.8.19.0004 (2009.001.45175). Desembargado Gilberto Dutra Moreira. Julgado em 11.11.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003A79F22D57A3E6F1BF34C5824165ECD3553C4022F1462>>. Acesso em 3 fev. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 70030593156. Desembargador Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Rio Grande do Sul: **Diário da justiça**, 23 out. 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.cr%3A4.crr%3A461&partialfields=n%3A70030593156&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 7 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso n. 71001287895. Desembargadora Nara Leonor Castro Garcia. Julgado em 31 jan. 2008. Disponível

em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71001287895%26num_processo%3D71001287895%26codEmenta%3D2204195+71001287895++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71001287895&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=31/01/2008&relator=Nara%20Leonor%20Castro%20Garcia&aba=juris>.

Acesso em 7 out. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 18. ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

_____. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0002476-40.2011.8.26.0191. Desembargador Reinaldo Miluzzi. São Paulo: **Dje**, 21 out. 2014a. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7950874&cdForo=0>>. Acesso em 30 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0010615-76.2011.8.26.0224. Desembargador Carlos Alberto Garbi. São Paulo: **Dje**, 9 out. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7080555&cdForo=0>>. Acesso em 3 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0004444-30.2011.8.26.0604. Desembargador Mendes Pereira. São Paulo: **Dje**, 11 nov. 2014b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8005333&cdForo=0&vIcPta=NiPiQ>>. Acesso em 10 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0084637-58.2012.8.26.0002. Desembargador Helio Faria. São Paulo: **DJe**, 9 mar. 2015a. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8266110&cdForo=0&vICaptcha=SemXY>>. Acesso em 10 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0176096-46.2009.8.26.0100. Desembargador Fábio Podestá. São Paulo: **Dje**, 15 out. 2014c. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7934498&cdForo=0&vICaptcha=Ncikc>. Acessado em 17 out. 2014.

_____. Apelação n. 1002739-43.2014.8.26.0161. Desembargador Fábio Quadros. São Paulo. **Dje**, 28 out. 2014d. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7971882&cdForo=0&vICaptcha=TmTFs4a>>. Acesso em 3 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1000515-08.2014.8.26.0073. Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci. São Paulo: **Dje**, 6 mar. 2015b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8262923&cdForo=0>>. Acesso em 10 mar 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1003228-61.2014.8.26.0038. Desembargador Edson Luiz de Queiroz. São Paulo: **Dje**, 9 mar 2015c. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8265937&cdForo=0>>. Acesso em 10 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 7088695200. Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Julgado em 21 ago. 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4016531&cdForo=0&vICaptcha=jsSyx>>. Acesso em 03 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Sem Revisão n. 992060025130 (1040504000). Desembargador José Malerbi. Julgado em 10 ago. 2015d. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4034151&cdForo=0&vICaptcha=CweXU>>. Acesso em 3 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1001461-96.2014.8.26.0196. Desembargador Edson Luiz de Queiroz. São Paulo. **DJe**, 9 mar. 2015e. Disponível

em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8266518&cdForo=0>>. Acesso em 10 mar. 2015.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français**. 2. ed. Tomo 2, n° 525. Paris: LGDJ, 1951.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SEVERIANO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n. 2012/0100300-2. Ministro Castro Meira. Brasília: **Dje**, 24 abr. 2013a. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27956880&num_registro=201201003002&data=20130424&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 362.436/SP. Ministro Herman Benjamim. Brasília: **Dje**, 23 set. 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17320789&num_registro=201101454034&data=20110923&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 7 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial n. 294.866 / RS. Ministro Marco Buzzi. Brasília: **Dje**, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44691485&num_registro=201300328725&data=20150304&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n. 2012/0118216-0. Ministro Benedito Gonçalves. Brasília: **Dje**, 5 set. 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23687490&num_registro=201201182160&data=20120905&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 mar. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.253.696/SP. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília: **DJe**, 24 ago. 2011c. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16980054&num_registro=201101087654&data=20110824&tipo=91&formato=PD>. Acesso em 4 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 479.632-MS; Ministra Assusete Magalhães. Brasília: **Dje**, 3 dez. 2014a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41699651&num_registro=201400397086&data=20141203&tipo=51&formato=PD>. Acesso em 7 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 231.208-PE. Ministro Rui Rosado de Aguiar. Brasília: **Diário de Justiça**, 19 mar. 2001, p. 114. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=245799&num_registro=199900843843&data=20010319&formato=PDF. Acesso em 3 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 476.428/SC. Ministra Nancy Andrighi. Brasília: **Dje**, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19294610/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5-stj>>. Acesso em 1º jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 701.370/PR. Ministro Jorge Scartezini. Brasília: **Diário de Justiça**, 5 set. 2009, p. 430. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7204621/recurso-especial-resp-701370-pr-2004-0159026-2/inteiro-teor-12952640>>. Acesso em 23 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.280.372/SP. Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva. Brasília: **DJe**, 10 out. 2014b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38623349&num_registro=201101935635&data=20141010&tipo=51&formato=PDF>. Acessado em 15 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.291.213-SC. Ministro Sidnei Beneti. Brasília: **DJe**, 30 ago. 2012c. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1168442&tipo=0&nreg=201102695090&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120925&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 18 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.349.894 / SP. Ministro Sidnei Beneti. Brasília: **DJe**, 11 abr. 2013b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26265883&num_registro=201201694393&data=20130411&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 15 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça define em quais situações o dano moral pode ser presumido. 2012a. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255#>. Acesso em 3 mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao novo código civil. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMAZSEWISKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**: a tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Paulistana Jur., 2004.

TORTOLA, Cláudia Andréia. **Dos direitos básicos do consumidor**. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=3299&>. Acesso em 18 abr. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Abuso de direito. FMU/Direito: **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**. V. 2, n. 2, p. 251-270, mar. 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.