

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
DA CONFIGURAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL
DECORRENTE DO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

LUIZ PAULO FOSTER

RIO DE JANEIRO

2008

LUIZ PAULO FOSTER

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
DA CONFIGURAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL
DECORRENTE DO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Angélica Teresa Pereira

RIO DE JANEIRO

2008

FOSTER, Luiz Paulo.

Responsabilidade civil nas relações de consumo: da configuração à reparação do dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e do serviço. / Luiz Paulo Foster – 2008. 65 f.

Orientadora: Angélica Teresa Pereira

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 65 .

1. Direito do consumidor – Monografias. 2. Dano extrapatrimonial nas relações de consumo. I. PEREIRA, Angélica Teresa. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.5

LUIZ PAULO FOSTER

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
DA CONFIGURAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL
DECORRENTE DO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / _____

Banca Examinadora:

Angélica Teresa Pereira - Presidente da Banca Examinadora
Professora da Faculdade de Direito da UFRJ – Orientadora

Sônia Barroso Brandão Soares – Membro da Banca Examinadora
Professora da Faculdade de Direito da UFRJ

Para minha Miranda, alma iluminada que faz o amor valer a pena.

AGRADECIMENTOS

Ao Criador pela vida e por este momento.

Aos meus pais pelo exemplo, apoio incondicional e estímulo para continuar sempre.

Aos meus irmãos que apesar da distância sempre estiveram tão perto.

Aos meus filhos que apesar de tudo nunca deixaram meu coração.

À minha família carioca que transforma minha vida num constante exercício de afeto, entrega e partilha.

Aos meus sogros pelo carinho e confiança.

Aos professores da Faculdade Nacional de Direito pela dedicação a ofício tão nobre.

À minha orientadora, Professora Angélica, pelos ensinamentos e pela paciência.

A todos que acreditaram que seria possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida e por este momento.

Aos meus pais pelo carinho, exemplo e dedicação.

Aos meus irmãos que, apesar da distância, sempre estiveram perto.

Aos meus filhos que, apesar de tudo, nunca deixaram meu coração.

À minha família carioca por uma vida de afeto, entrega e partilha.

Aos meus sogros pelo carinho e confiança.

Aos professores da Faculdade Nacional de Direito pela dedicação ao magistério.

A minha orientadora, Professora Angélica, pelos ensinamentos e pela paciência.

A todos que acreditaram que seria possível.

“Deus, dê-me serenidade para aceitar o que não posso mudar; coragem para mudar o que posso; e sabedoria para reconhecer a diferença.”

RESUMO

FOSTER, Luiz Paulo. Responsabilidade civil nas relações de consumo: da configuração à reparação do dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e do serviço. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho analisa a questão da responsabilidade civil do microssistema de direito do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu dois regimes de responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo. O primeiro trata dos defeitos do produto ou serviço e protege o consumidor em sua esfera físico-psíquica; o segundo trata dos vícios do produto ou serviço e objetiva a proteção do consumidor em sua esfera patrimonial. A lesão aos direitos de personalidade do cidadão que ultrapasse os limites dos dissabores ou aborrecimentos normais do cotidiano pode configurar dano extrapatrimonial. Embora não haja consenso doutrinário ou jurisprudencial, nas relações de consumo a reparação do dano extrapatrimonial deve ser buscada no regime de responsabilidade dos defeitos do produto ou serviço. Para consolidar este entendimento, de acordo com os princípios que regem as relações jurídicas dos agentes de consumo, é fundamental a atuação dos Juizados Especiais Cíveis como principal via de acesso do consumidor na busca de seus direitos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Direito do Consumidor; Vícios do Produto ou do Serviço, Dano Extrapatrimonial.

ABSTRACT

FOSTER, Luiz Paulo. Responsabilidade civil nas relações de consumo: da configuração à reparação do dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e do serviço. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work analyses the civil responsibility issue of consumer's right microsystem. The Consumer's Defense Code established two modes of responsibility of contractor in the consumption relationship. The first is about the goods or services defects and protects the consumer in its psychophysical ambit; the second is about of goods or services vicious and it has in view the protection of consumer in his patrimonial ambit. The injury to citizen personality rights that exceeds the limits of normal displeasures and disgusts of the quotidian can configure moral damage. Although there is no doctrine or jurisprudence agreement, in the consumers relationships the repair of the moral damage must be research in the responsibility mode of goods and services defects. To sum up with this knowledge, in accordance with the principles that rule consumers agents of the juridical relationships, it is essential the Special Civil Court performance as the principal way of consumers in the search their rights.

Key-word: Civil Responsibility; Right Consumer's; Goods or Service Defects; Moral Damage.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	12
2.1 Elementos da relação de consumo.....	12
2.1.1 O Consumidor.....	12
2.1.2 O Fornecedor.....	13
2.1.3 O Produto.....	14
2.1.4 O Serviço.....	15
2.2 Responsabilidade civil pelo vício do produto	16
2.3 Responsabilidade civil pelo vício do serviço.....	18
2.4. Responsabilidade civil pelo fato do produto.....	20
2.5. Responsabilidade civil pelo fato do serviço.....	21
2.6 Excludentes de responsabilidade.....	22
3. DANO MORAL.....	27
3.1 Conceito.....	27
3.2 Dano moral antes de 1988.....	31
3.3 Dano moral após 1988.....	33
3.4 A fixação da reparação por dano moral.....	34
3.4.1 Finalidade da reparação.....	34
3.4.2 Tarifação do dano moral.....	36
3.4.3 Fixação pelo arbítrio do juiz.....	38
3.4.4 Dano moral nas relações de consumo.....	41
4. DANO EXTRAPATRIMONIAL EM ESPÉCIE.....	42
4.1 Aspecto doutrinário.....	42
4.2 Aspecto jurisprudencial.....	44
4.3 Dano extrapatrimonial pelo vício do produto.....	46
4.4 Dano extrapatrimonial pelo vício do serviço.....	50
4.4.1 Bancos e instituições financeiras.....	50
4.4.2 Operadoras de cartão de crédito.....	53
4.4.3 Planos de saúde.....	54
4.4.4 Supermercados e shoppings centers.....	56
4.5 Dano extrapatrimonial e juizado especial cível.....	57
5. CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

As lesões ao direito do consumidor que configuram danos patrimoniais e extrapatrimoniais têm importância prática no dia-a-dia de todos cidadãos e, por sua complexidade, despertam discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais.

O presente trabalho pretende verificar a possibilidade da configuração do dano extrapatrimonial nos casos de vício do produto ou serviço e os critérios utilizados para sua reparação. Para atingir tal objetivo, no primeiro capítulo, serão identificados os elementos subjetivos e objetivos da relação jurídica de consumo conceituando-se consumidor, fornecedor, produto e serviço.

Posteriormente, será estudado o sistema de responsabilidade civil objetiva adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) que se divide em: responsabilidade nos casos de vício, que afeta a função econômica do produto ou serviço, e responsabilidade pelo defeito, que pode causar dano patrimonial e extrapatrimonial ao consumidor e terceiros. Encerrando o capítulo serão identificadas e exemplificadas, através de jurisprudência selecionada, as causas excludentes de responsabilidade admitidas pelo CDC.

No capítulo seguinte será abordado o dano extrapatrimonial. Inicialmente, com enfoque nas principais correntes doutrinárias, será apresentada a evolução do conceito a partir de sua aceção negativa, em contraposição a um dano material, até a sua conceituação atual, vinculada ao princípio da dignidade humana. Também será identificado o aperfeiçoamento do instituto, na legislação pátria, até sua consolidação na Constituição de 1988.

No prosseguimento verificar-se-á como é realizado a fixação do *quantum* da reparação por dano extrapatrimonial através do estudo de sua finalidade, tarifação e fixação pelo arbítrio do juiz. Ainda, neste capítulo, será feita uma breve remissão ao dano extrapatrimonial nas relações de consumo.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado ao dano extrapatrimonial em espécie. Primeiramente, com a exposição das principais divergências doutrinárias sobre o cabimento do dano extrapatrimonial nos casos de vício do produto ou serviço. Após isso, com o estudo do acórdão do Recurso Especial nº 324.629/MG, do Superior Tribunal de Justiça, que faz uma interpretação jurisprudencial sobre a matéria.

Neste capítulo será verificada ainda, com base em abundante coletânea jurisprudencial, a falta de consenso na aplicação da responsabilidade civil dos fornecedores nos casos de reparação do dano extrapatrimonial pelo vício do produto ou serviço. Encerrando o capítulo será destacada a importância da atuação dos Juizados Especiais Cíveis para a efetividade dos direitos do consumidor.

O CDC trouxe novos fundamentos e princípios para as relações jurídicas. O fornecedor é responsável pelos vícios de qualidade que tornem os produtos ou serviços impróprios para o consumo ou lhes diminuam o valor. Caso estes vícios não sejam sanados, o consumidor prejudicado poderá optar pelas alternativas legais de compensação. As hipóteses de não cumprimento das alternativas ou execução que não atendam as expectativas do consumidor geram um dano que deve ser reparado.

Sob qual regime de responsabilização será realizada esta reparação e qual seu alcance é o que se passa a investigar.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Elementos da relação de consumo

2.1.1 O consumidor

Para o estudo da aplicação da responsabilidade nas relações de consumo é necessário estabelecer com exatidão seus elementos. Doutrinariamente, relação jurídica é o vínculo ou liame de direito estabelecido entre duas partes através do qual se viabiliza a transmissão provisória ou permanente de algum bem.¹ Quando sobre esse vínculo incidem as normas do CDC verifica-se uma relação de consumo. O legislador consumerista não definiu essa relação, mas estabeleceu seus elementos subjetivos (o fornecedor e o consumidor) e objetivos (o produto ou o serviço). Segundo Roberto Senise Lisboa, deve-se acrescentar ainda, como elemento subjetivo, o consensualismo responsável (a causa).²

Assim, consoante o artigo 2º do CDC, consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.³ O conceito codificado de consumidor tem sido motivo de conflito de interpretação, principalmente quanto ao significado da expressão *destinatário final*. Destaca-se a existência de duas correntes. A *minimalista* entende que a legislação deve proteger apenas o economicamente mais fraco, não se incluindo as pessoas jurídicas como consumidoras, salvo no caso de aquisição de produtos ou serviços por entidades sem fins econômicos e de pessoas jurídicas que não integram a cadeia produtiva. Para a *maximalista* a legislação deve ser aplicada de forma ampla pois o CDC é norma de interesse social e os direitos básicos do adquirente do produto e serviço devem ser resguardados pois eles derivam da concepção de que a defesa do consumidor constitui-se direito fundamental e princípio geral da ordem econômica.⁴

A fim de afastar a dúvida no entendimento do termo *destinatário final* na relação de consumo, de acordo com a *teoria da causa final*, não incide a legislação consumerista quando a

¹ ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 7ª reimpr. Coimbra: Almedina, 1987. v. 1. p. 2-5, apud LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 139.

² LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 146.

³ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; SAAD, Ana Maria C. Branco. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006. p. 53.

⁴ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 160 e 161.

pessoa, física ou jurídica, adquire o produto ou utiliza o serviço e procede à recolocação do bem ou atividade no mercado de consumo, ainda que mediante a especificação ou a transformação. Como exemplo, não há relação de consumo entre o fornecedor da farinha adquirida pelo fabricante de biscoitos pois a farinha será recolocada no mercado de consumo, ainda que transformada, mas há relação de consumo quando o fabricante de biscoitos adquire uma máquina que será usada na produção do gênero alimentício.⁵

Na jurisprudência verifica-se a maior abrangência no conceito de consumidor:

A relação jurídica qualificada por ser de consumo não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para a 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 fica evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.⁶

O código protege também as pessoas que, mesmo sem integrar a relação de consumo, são atraídas por oferta ou publicidade que não se confirma no ato do consumo, ou são vítimas dos efeitos danosos de acidentes de consumo. São os consumidores por equiparação tratados no artigo 17 e 29 do CDC.

2.1.2 O fornecedor

Fornecedor é o elemento subjetivo da relação de consumo conceituado no artigo 3º do CDC. Depreende-se que fornecedor é quem exerce atividade econômica com continuidade. Segundo Rubens Requião a atividade não é acidental ou intermitente, mas atividade “especializada e profissional, que se explica através de mecanismos econômicos permanentes nela predispostos”.⁷

Da interpretação extensiva do dispositivo em comento verifica-se que fornecedor é o fabricante, o vendedor ou o prestador de serviço. É também, o poder público federal, estadual ou

⁵ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 166.

⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª turma, Recurso Especial nº 476428, DJ 09/05/2005, p. 390. apud SAAD, Eduardo Gabriel Op. cit. p. 64.

⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 14ª ed. São Paulo. Saraiva. 1984. t. I. p. 47. apud SAAD, Eduardo Gabriel e outros autores. Op. cit. p. 74.

municipal, direta ou indiretamente através de autarquias, empresas públicas, concessionárias, permissionárias, sociedades de economia mista, associações e fundações públicas. Ainda, quem exerce atividade rural com fim econômico, entes despersonalizados como sociedades irregulares, sociedades de fato, consórcios, a massa falida, espólios e heranças jacentes.

Nas situações em que o consumidor não possui as informações necessárias para saber se a pessoa que atuou como fornecedora estaria regularmente representando a entidade fornecedora do produto ou serviço é aplicada a *teoria da aparência*, ou seja, considera-se fornecedor aquele que assim se apresenta aos olhos do consumidor.⁸

Finalmente, a distinção do fornecedor imediato e mediato tem relevância para a fixação da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Aquele que constitui a relação de consumo diretamente com o destinatário final do produto ou serviço é o fornecedor imediato ou direto. Já os fornecedores que contribuíram para que o produto ou serviço chegasse ao fornecedor direto são considerados fornecedores mediatos.

Para atender a função social do contrato e de se obter a reparação do consumidor lesado, o CDC mitigou o *princípio da relatividade dos efeitos* (a vinculação do negócio jurídico atinge apenas as partes diretamente envolvidas, não interferindo no direito de terceiros) e estendeu a responsabilidade civil nas relações de consumo a todos os fornecedores, mediatos e imediatos, ampliando as possibilidades de reparação do dano em favor do consumidor.⁹

2.1.3 O produto

As relações jurídicas do direito civil são estabelecidas como vínculo entre partes para a transmissão de um objeto, que pode ser qualquer bem suscetível de valor econômico, inclusive a atividade humana. No CDC o objeto da relação de consumo foi dividido em duas categorias: o produto e o serviço. A distinção é feita pela natureza jurídica, considerando-se o elemento nuclear do vínculo de direito, *a obrigação de dar* caracteriza o produto, *a obrigação de fazer*, o serviço.¹⁰

O § 1º do artigo 3º do CDC define produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Segundo Eduardo Gabriel Saad, o CDC:

⁸ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p.150.

⁹ Ibid. p.155.

¹⁰ Ibid. p. 188 e 189.

Só se refere ao bem jurídico, objeto de direito subjetivo, aquele que goza da tutela jurídica e que tem natureza patrimonial. De conseguinte, se o patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa com valoração econômica, o bem a que alude o dispositivo sob comentário é o bem econômico.¹¹

Para o professor Cavaliere:

Se tomarmos as definições de bem materialmente consumíveis (alimentos, vinho, azeite, etc) e de bens juridicamente consumíveis (mercadorias e dinheiro), feitas pela doutrina sob a ótica do Código Civil, veremos que o Código de Defesa do Consumidor não quis excluir de seu regime os bens juridicamente consumíveis. O Código de Defesa do Consumidor não distinguiu entre bem material ou juridicamente consumível, de modo que não é lícito ao intérprete distinguir. Assim, tanto uma como outra categoria de bem consumível estão sob a regência do Código.¹²

Desta forma, o legislador optou pelo conceito abrangente de produto, mesmo porque, para relação de consumo, o produto é o todo bem que é colocado no mercado pelo fornecedor como sujeito que exerce profissionalmente tal atividade. Para o bem colocado em circulação fora dessa condição não importa a qualidade do produto porque, não há relação de consumo.¹³

2.1.4 O serviço

Da definição do código se distinguem duas modalidades de serviço: por natureza e por força de lei. Nesta se incluem *as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária e naquela, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração*. Não constituem relação de consumo as atividades humanas sem contraprestação e as relações trabalhistas.

Apesar da expressa disposição legal, quanto à aplicação do CDC às relações bancárias o posicionamento doutrinário e jurisprudencial foi polêmico. Arnaldo Wald entendeu:

Que a Lei 8.078/90 não contemplou nem dinheiro, nem o crédito, como objetos de uma relação de consumo, razão porque não incidiria essa legislação às operações de produção, poupança e investimento, isto é, à captação de recursos por instituições financeiras; e ainda, não incidiria a lei em referência sobre as operações de empréstimo e outras análogas, pois dinheiro é mero instrumento ou meio de pagamento.¹⁴

Já Carlos Alberto Bittar lecionava que “a instituição bancária, por sua atividade profissional complexa e massificada, é empresa que assume os riscos e responde por danos

¹¹ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit. p.87.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 456.

¹³ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p.189 e 190.

¹⁴ WALD, Arnaldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação à instituições financeiras*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 7. apud LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 201.

causados à vítima, independentemente da existência de culpa”.¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que as normas de defesa do consumidor são aplicáveis aos contratos bancários, inclusive a caderneta de poupança vinculada à conta-corrente remunerada pelo consumidor. No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, que o § 2º do artigo 3º do CDC é constitucional.

Também estão incluídos na definição de serviço as instituições de previdência privada e os serviços públicos remunerados diretamente pelo consumidor a título de prestação correspondente.

2.2 Responsabilidade civil pelo vício do produto

Nos elementos objetivos das relações de consumo podem existir defeitos ou vícios que afetam as relações jurídicas de consumo. Para Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin o consumidor é protegido dentro de duas órbitas: na primeira, físico-psíquica, figuram os vícios por insegurança (fato do produto ou serviço) que causam danos a sua saúde e segurança. Na segunda, patrimonial, encontram-se os vícios por inadequação (vícios do produto ou serviço).¹⁶

No magistério do desembargador Cavalieri, a distinção é feita considerando-se o defeito:

No fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si, um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.¹⁷

Segundo o entendimento do professor Roberto Senise:

A grande diferença entre as responsabilidades pelo fato e pelo vício não reside na expressão utilizada, mas no bem juridicamente tutelado que foi ofendido ou se encontra na iminência de ser violado. Se o bem for suscetível de valoração econômica e o dano for meramente patrimonial, haverá responsabilidade pelo vício. Se o bem lesado for

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil dos bancos na prestação de serviços*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 33 – 37 apud LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 204.

¹⁶ VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo. Saraiva. 1991. p. 46. apud SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 4.ed. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2006. p. 328 – 330.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 460.

insuscetível de valoração econômica, o dano será extrapatrimonial, e a repressão se dará conforme o regime estatuído para a responsabilidade pelo fato.¹⁸

Diante do exposto, de acordo com tipo de defeito apresentado pelo produto ou serviço, o CDC criou dois sistemas para tratar da responsabilidade civil do fornecedor. O vício intrínseco, “defeito próprio da coisa, que normalmente não se encontra em outra da mesma espécie”¹⁹, que afeta a função econômica desse; e o vício extrínseco, que extrapola a esfera da coisa e pode atingir direitos patrimoniais e extrapatrimoniais do consumidor e de terceiros. O primeiro, vício do produto ou do serviço, é tratado nos artigos 18 a 25 e o seguinte, fato do produto ou do serviço, nos artigos 12 a 14 do CDC.

Os vícios do produto referem-se à inadequação do produto por qualidade, quantidade ou informação. Podem ser de difícil constatação (ocultos) ou de fácil verificação (aparentes). Em todos os casos fica evidenciada a frustração da expectativa do consumidor com relação ao produto adquirido. A interpretação da legislação consumerista sobre vício é mais abrangente que a dos vícios redibitórios do Código Civil. Esses são vícios ocultos, graves e pré-existentes na coisa que foi objeto de uma prestação contratual, requisitos dispensáveis para a responsabilidade do fornecedor no CDC.

Os vícios de inadequação por qualidade têm previsão no artigo 18. O dispositivo normatiza o direito do consumidor de exigir dos fornecedores, que se obrigam solidariamente, a sanar o vício com a substituição das partes viciadas em até trinta dias, ou alternativamente, a substituição por outro produto de mesma espécie (troca), a redibição (desfazimento do negócio) ou o abatimento proporcional do preço (estimação). Os produtos não compósitos (que não são formados pela justaposição de peças ou componentes) dão ao consumidor a imediata faculdade de exigir qualquer das alternativas expostas.²⁰

A substituição das partes refere-se a produto compósito, formado pela justaposição de componentes, como automóveis e móveis. Nesse caso o consumidor tem que conceder o prazo em benefício do fornecedor que, ao realizar o reparo, de forma satisfatória, se exonera do cumprimento da obrigação. É possível, ainda, a alteração convencionada pelas partes no prazo

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 219.

¹⁹ HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2007. p. 864.

²⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. cit. p. 331.

legal de trinta dias, desde que observado a necessidade do consumidor e a possibilidade do fornecedor (*princípio da razoabilidade*). Observa Vasconcellos e Benjamin que:

É de se observar que o prazo para a substituição da parte viciada conferido ao fornecedor não deve frustrar a justa expectativa do consumidor de utilização da coisa para o fim colimado. Como, por exemplo: comprar um televisor para assistir à Copa do Mundo de futebol, ou obter, no inverno, um chuveiro elétrico para tomar banho. Afinal, o produto é adquirido ou utilizado pelo consumidor para satisfação imediata dos seus interesses. Logo, não é razoável entregar o televisor consertado após o torneio de futebol; ou o chuveiro elétrico, após um mês.²¹

Os vícios de inadequação por quantidade, com previsão no artigo 19 do CDC, se referem a peso, número de unidades ou medidas em desacordo com o especificado na embalagem ou publicidade do produto. O consumidor também tem as garantias alternativas de estimação, complementação do peso ou medida, troca ou redibição. Segundo o professor Scavone Junior nesse dispositivo:

O conceito é muito mais amplo, superando a clássica distinção entre negócio *ad corpus* (pelo objeto em si, independentemente de medida) e negócio *ad mensuram* (por medida). Por conseguinte, a regra no Código de Defesa do Consumidor é o negócio *ad mensuram*.²²

Os vícios de inadequação por informação estão relacionados ao dever que o fornecedor tem de informar ao público consumidor sobre todas as características dos produtos que comercializa. Esse dever é o corolário da boa-fé objetiva e está previsto nos artigos 6º, inciso III, 8º, 30 e 31 do CDC.

2.3 Responsabilidade civil pelo vício do serviço

Da mesma forma que no vício do produto, no vício do serviço não se confirma a expectativa do consumidor com uma atividade remunerada fornecida que pode lhe causar prejuízo patrimonial, sendo a responsabilidade objetiva e solidária. O artigo 20 descreve duas modalidades de vício de inadequação do serviço: de qualidade ou de informação.

²¹ VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Op. cit. p. 89. apud LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 225.

²² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. cit. p. 332.

Inadequação por qualidade diz respeito ao vício que torna o serviço impróprio ao consumo ou lhe diminui o valor, em resumo, o consumidor não atinge a finalidade que motivou a aquisição da atividade fornecida mediante remuneração. Inadequação por informação é o vício relativo às ofertas e publicidade enganosa ou omissão sobre características e riscos que o serviço pode causar.²³

O vício do serviço, quando causa dano patrimonial, garante ao consumidor, alternativamente, as seguintes medidas reparatórias: reexecução do serviço, redibição ou estimação. Quanto a reexecução, consoante o § 1º do artigo 20 do CDC, é possível ser realizada por terceiros sob responsabilidade do fornecedor.

Aqui também se observa o *princípio da razoabilidade* no sentido de que, em determinadas situações, não se pode exigir do fornecedor que a sua atividade alcance resultado plenamente satisfatório. É o caso do serviço advocatício, pois não é razoável exigir do advogado que perdeu a causa a reparação do dano econômico sofrido pelo cliente. Nesse caso, o vício de qualidade do serviço só se configura quando o advogado deixa de observar prazos processuais ou falta a audiências, em resumo, com sua desídia influi no resultado da causa.²⁴

As regras do CDC não se aplicam, indistintamente, a todos os serviços. Alguns serviços públicos, a despeito da responsabilidade civil do Estado e dos demais entes da Administração ser objetiva, não configuram relação de consumo. É o caso do serviço público custeado por tributos e aqueles prestados diretamente pelo Estado e não suscetíveis de delegação a terceiros (segurança pública, educação pública, saúde pública, iluminação de logradouros e assistência social).

Aplica-se a legislação consumerista ao serviço público em que a forma de pagamento é direta, e não por tributos; e nos serviços públicos impróprios, custeados por preço público (energia elétrica, água, comunicação telefônica, correio, gás, pedágio). O padrão de prestação desses serviços consta no artigo 22 do Código de Processo Civil.²⁵

²³ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 245 e 246.

²⁴ Ibid. p. 239.

²⁵ Ibid. p. 247 a 249.

2.4 Responsabilidade civil pelo fato do produto

O CDC trata, em seus artigos 12 e 13, da proteção do consumidor sob o ponto de vista da sua saúde e segurança. Reportando-se ao item 2.2 supra, o produto com vício por insegurança (fato do produto) tem como características: não atender as expectativas do consumidor e apresentar potencialidade para provocar acidente de consumo. Esse, na definição de Rosana Grinberg:

É a manifestação externa e danosa de um defeito pré-existente, causado por um produto ou por um serviço, que esteja em circulação no mercado de consumo, carente da segurança que legitimamente os consumidores deles esperam, ou decorrente da deficiência ou falta de informações sobre sua fluência ou riscos.²⁶

O caput do artigo 12 do CDC descreve os defeitos que podem ser de fabricação (fabricação, montagem, manipulação e acondicionamento), de concepção (projeto, construção e fórmulas) e de comercialização (informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos). Além disso, se refere à responsabilidade objetiva do fornecedor que responde, independente de culpa, pelos danos causados ao consumidor. Sobre defeito, Eduardo Gabriel Saad entende que:

É a inaptidão do objeto ao uso para o qual tinha sido vendido ou comprado, uso determinado pela comum intenção das partes”.²⁷ Em outro enfoque, “defeito é a falta de capacidade do fabricante de eliminar os riscos de um produto sem prejudicar sua utilidade”.²⁸

O conceito de segurança legitimamente esperada é relativo porque muitos produtos são naturalmente perigosos, tendo uma normal aptidão para provocar danos. Assim, existe a diferença entre produtos com periculosidade inerente e com periculosidade adquirida. Os riscos que os produtos intrinsecamente perigosos apresentam são inerentes a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Por exemplo, uma faca de cozinha que quanto mais afiada (maior risco) mais útil se apresenta. Já os produtos de periculosidade adquirida se tornam perigosos por um

²⁶ GRINBERG, Rosana. *Fato do produto ou serviço: acidentes de consumo*. Revista de direito do consumidor nº 35. Jul – Set 2000. p. 147.

²⁷ SAAD, Eduardo Gabriel e outros autores. Op. cit. p. 280 e 282.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 462.

defeito de concepção, de fabricação ou informação, colocando em risco a saúde e a segurança do consumidor.²⁹

No fato do produto o defeito pode gerar efeitos sobre os direitos da personalidade do consumidor e da pessoa equiparada a consumidor. Essa ofensa a um direito extrapatrimonial cumulada ou não com um dano patrimonial é o fundamento legal da responsabilidade do fornecedor (fabricante, produtor, construtor e o incorporador).

O CDC adotou a *teoria do risco do empreendimento*:

Todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços.³⁰

E o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança constante no artigo 12, § 1º, do CDC.

2.5 Responsabilidade civil pelo fato do serviço

O artigo 14 do CDC disciplina a responsabilidade advinda dos danos eventualmente causados aos consumidores em razão da prestação de serviços defeituosos, dando-lhe natureza objetiva, independente da existência de culpa, com exceção do profissional liberal que poderá responder por culpa nos casos previstos no artigo 14, § 4º. Assim, a responsabilidade do fornecedor depende da ocorrência tão-somente dos pressupostos: defeito do serviço, acidente de consumo e relação de causalidade entre o defeito e o dano.

Esta responsabilidade objetiva é mitigada, porque a lei permite a isenção de responsabilidade do fornecedor: quando se prova culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; que não há defeito no serviço prestado ou quando se adota uma nova técnica para a execução do serviço. Como exemplo: a construtora que para se eximir de responsabilidade afirma que o prédio desabou por culpa dos moradores que realizaram reformas nos prédios, porém, a

²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 131.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 459 e 460.

responsabilidade do fornecedor permanece porque cabe ao mesmo a informação (dever que lhe é inafastável), desde o momento da oferta do produto no mercado até a entrega da obra, de que não poderiam ser feitas tais reformas.³¹

Ao disciplinar a responsabilidade por fato do serviço o legislador fez referência ao fornecedor, gênero que engloba todos os partícipes da cadeia produtiva que respondem solidariamente.

2.6 Excludentes de responsabilidade

A doutrina estabeleceu como pressupostos para a responsabilidade civil nas relações de consumo: o defeito do produto ou serviço, o dano patrimonial ou extrapatrimonial e o nexo causal entre o defeito e o dano. O professor Paulo de Tarso Vieira Sanseverino destaca também o nexo de imputação, que é o vínculo entre a atividade do fornecedor e o defeito do produto ou serviço.³²

As causas de exclusão de responsabilidade, relacionadas no CDC, são presunções *iuris tantum* que somente poderão ser elididas pelo fornecedor mediante prova. Para o fato do produto foram relacionadas: a não-colocação do produto no mercado; inexistência do defeito; culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Existe o entendimento que as duas primeiras seriam apenas hipóteses de ausência de nexo de causalidade enquanto a terceira configuraria excludente de responsabilidade.³³

A primeira causa diz respeito à não-colocação do produto em circulação, consciente e voluntariamente, pelo fornecedor. Quanto aos fabricantes de matéria prima ou parte componente, a responsabilidade pelos danos do produto final é solidária, consoante o § 2º do artigo 25 do CDC. Na situação em que ocorrem testes antes do lançamento do produto (v.g., *test drive*) a responsabilidade é do fornecedor porque o produto já reúne condições para ser inserido no mercado de consumo.

³¹ GRINBERG, Rosana. Op. cit. p. 158.

³² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 118.

³³ BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 123. apud LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 314.

Um exemplo da não aplicação da eximente foi o caso do anticoncepcional Microvlar, ocorrido em 1998, quando laboratório Schering do Brasil alegou, como uma das teses defensivas, a não-colocação do produto no mercado. Porém, provado onexo causal entre o consumo habitual do anticoncepcional e a gravidez indesejada, não foi acolhida a alegação de ingresso acidental do produto no mercado e sim reconhecida a responsabilidade do laboratório pelo acidente de consumo.³⁴

A segunda causa eximente de responsabilidade é a inexistência do defeito. Nessa hipótese, o fornecedor deve comprovar um fato negativo, a não existência de um dos defeitos relacionados no caput do artigo 12 do CDC. Na análise do caso concreto são consideradas a natureza do defeito, o tipo do produto, sua utilização, a ação deletéria do tempo e a correta informação sobre riscos e forma de utilização do produto.

A causa seguinte é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. O fato culposo do prejudicado interfere diretamente no nexo causal entre o defeito e evento lesivo. O consumidor ou terceiro que faz uso inadequado do produto, é negligente no seu manuseio, não segue as instruções de utilização ou adquire produto na validade mas o consome com validade vencida, entre outras circunstâncias, assume a responsabilidade pelo acidente de consumo.

As mesmas regras excludentes de responsabilidade são válidas para o fato do serviço que relaciona no § 3º do artigo 14 do CDC: a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Reportando-se a jurisprudência, destacam-se as sentenças abaixo:

1 - Conforme precedentes desta Corte, em relação ao uso do serviço de conta-corrente fornecido pelas instituições bancárias, cabe ao correntista cuidar pessoalmente da guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal no momento que deles faz uso. Não pode ceder o cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros. Ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos de sua conduta, que contribui a toda evidência para que seja vítima de fraudadores e estelionatários. 2 – Fica excluída a responsabilidade da instituição financeira nos casos em que o fornecedor de serviços comprovar que o defeito inexistente ou que, apesar de existir, a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro (art.14, § 3º, do CDC). 3 – Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença.³⁵

Morte de chinchilas em decorrência de choque metabólico. Falta de energia elétrica, desacionando o sistema de refrigeração do estabelecimento do autor. Ausência de comunicação sobre o corte de fornecimento. Deficiências das instalações, que não contribuíram para o evento lesivo. Artigos 22, parágrafo único, e 14, parágrafo 3º,

³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 276.

³⁵ BRASIL. STJ, 4ª Turma, REsp. 601.805/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, Acórdão de 20-1-2005, v.u., Diário da Justiça, Brasília, 14-11-2005, p.328. apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p.285.

incisos I e II, CDC. Lucros cessantes indeferidos ao autor corretamente. A indenização não pode se transformar em fonte de lucros indevidos. Critério adequado de atualização monetária, em face das peculiaridades do caso. Verba honorária bem distribuída entre as partes. Redefinição das responsabilidades atinentes a custas.³⁶

No primeiro caso, a conduta culposa do consumidor (correntista) eximiu a responsabilidade da instituição financeira. No segundo, o Tribunal de Justiça não reconheceu a alegação da empresa fornecedora de energia elétrica de que houve culpa exclusiva ou concorrente do prejudicado.

Quanto ao aspecto da culpa concorrente do consumidor, a doutrina tem dois posicionamentos. A maioria dos autores entende que seria inadmissível pela falta de previsão legal e por ser incompatível com a responsabilidade objetiva adotada no CDC. Sílvio Ferreira da Rocha destaca que:

Melhor seria que o Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do direito italiano, português ou alemão, tivesse admitido a culpa concorrente do consumidor como fato hábil a reduzir a indenização do fornecedor. Entretanto, não o fazendo, apenas a culpa exclusiva do consumidor será considerada fato idôneo a afastar a responsabilidade do fornecedor por defeito de produto colocado em circulação.³⁷

Por outro lado, alguns autores entendem que é admissível a culpa concorrente do consumidor como causa de atenuação de responsabilidade do fornecedor. Francisco Cavalcanti argumenta que “o CDC não descarta a concorrência de culpa como minorante, anotando que o § 3º do art. 12 do CDC regula apenas as excludentes da responsabilidade do fornecedor, enquanto a culpa concorrente é uma causa de atenuação”.³⁸ O desembargador Cavalieri Filho entende que é possível a concorrência de culpas, desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido a causa preponderante do acidente de consumo. Argumenta que o STJ já se inclinou pela admissão da culpa concorrente no julgamento:

Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes – Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor – Art. 12, § 2º, III, do Código de Defesa do Consumidor. A agência de viagens responde

³⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 1ª Câm. civ. AC 596234922, Rel. Dês. Armínio Abreu Lima da Rosa, Acórdão de 15-4-1998, v.u. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.33, n. 191, p. 369-74, dez. 1998, apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 286.

³⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 106. apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 288.

³⁸ CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. *Responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 121. apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 288.

pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante pacote de turismo. Recursos providos e providos em parte.³⁹

Diante do exposto, a culpa concorrente é compatível com a responsabilidade objetiva do CDC e pode ser admitida como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor. A culpa concorrente do ofendido deverá ser valorada no momento da fixação da indenização. Como as culpas não se compensam, deve-se apenas reduzir da indenização a sua parcela de contribuição para o dano.⁴⁰

Para a exclusão de responsabilidade por culpa de terceiro também é necessário que o fornecedor prove que o acidente de consumo não teve como causa defeito do produto ou serviço. O terceiro é pessoa que não tem vínculo com o fornecedor ou com a vítima, completamente estranho à cadeia de consumo.

Quanto ao caso fortuito e a força maior, causas tradicionais de exclusão de responsabilidade civil, existe divergência quanto à possibilidade de aplicação nas relações de consumo. Com o entendimento da não aplicação dessas causas, parte dos doutrinadores argumenta que a intenção do legislador, ao definir *numerus clausus* as eximentes de responsabilidade do fornecedor, buscou conferir maior proteção ao consumidor. Nessa linha a jurisprudência:

Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e *shopping center*. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte quatro anos. A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo *shopping center*, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. Por ser prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e *shoppings centers*, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou a integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. A condenação em danos materiais e morais deve estar adstrita aos limites do pedido, sendo vedada a fixação dos valores em salários mínimos. O

³⁹ BRASIL. STJ, 4ª Turma, REsp 287.849-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 471 e 472.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t.22, §2721, p. 197. apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 287.

termo final da pensão devida aos filhos por danos materiais, advindos de morte do genitor, deve ser a data em que aqueles venham a completar 24 anos. Primeiro e segundo recursos especiais parcialmente providos e terceiro recurso especial não conhecido.⁴¹

A contrário senso, alguns doutrinadores entendem que podem ser admitidas como causas eximentes de responsabilidade nas relações de consumo o caso fortuito e a força maior sob o argumento de que as regras dos §§ 3º dos artigos 12 e 14 do CDC não podem ser interpretadas literalmente. O regime de responsabilidade objetiva adotado pelo código não é o do risco integral, não sendo intenção do legislador elevar a responsabilidade do fornecedor ao impraticável.

Sérgio Cavalieri Filho justifica que o caso fortuito pode ser considerado excludente de responsabilidade desde que se configure como fortuito externo, isto é, aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Nesse diapasão, traz a lição de Arruda Alvim:

A ação da força maior, quando ainda dentro do ciclo de produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência de defeito juridicamente relevante (possivelmente defeito de produção, consoante a classificação que adotamos). Diversamente ocorre com a força maior quando verificada após a introdução do produto no mercado de consumo. Isto porque após o ingresso do produto em circulação não se pode falar em defeitos de criação, produção ou informação, que são sempre anteriores à inserção do produto no mercado de consumo.⁴²

Conclui-se que, como o CDC não adotou a teoria da responsabilidade fundada no risco integral, pode ocorrer caso fortuito que exonere a responsabilidade objetiva do fornecedor.

3. DANO MORAL

⁴¹ BRASIL. STJ, 3ª Turma, REsp. 419059/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.10.2004, DJ 29.11.2004, p. 315 apud LISBOA, Roberto Senise. Op. cit. p. 315.

⁴² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código do Consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 127 e 128 apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 474.

3.1 Conceito

Para uma conceituação de dano moral, preliminarmente, buscou-se a definição de dano:

Etimologicamente, dano vem de *demere*, que significa tirar, apoucar, diminuir. Portanto, a idéia de dano surge das modificações do estado de bem-estar da pessoa, que vem em seguida à diminuição ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados, extrapatrimoniais ou patrimoniais.⁴³

Jorge Mosset Iturraspe ensina que:

Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações.⁴⁴

Inicialmente, a definição de dano moral partia de um conceito negativo ou excludente em contraposição ao dano patrimonial ou material. Para Mazeaud e Tunc, doutrinadores franceses, “o dano moral é o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima”⁴⁵, e segundo Savatier, “dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária”.⁴⁶

Sob esse enfoque negativo, na doutrina nacional, Wilson Mello da Silva preleciona que danos morais são as “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”⁴⁷. Já o professor Limongi França conceitua dano moral como sendo “aquele que, diretamente ou indiretamente, a pessoa

⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais. 1999. p. 20. apud BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94.

⁴⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad civil*. p. 21. apud SANTOS, Antônio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Lejus, 1999. p. 71.

⁴⁵ MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. 1961. p. 424. apud ANDRADE, André Gustavo C. de. *A evolução do conceito de dano moral*. Revista da EMERJ. v. 6. n° 24. 2003. p. 141.

⁴⁶ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 1951. t. II. n° 525. p. 92. apud ANDRADE, André Gustavo C. Op. cit. p. 141.

⁴⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. (histórica). Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 2. apud MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 5.

física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico de seus bens jurídicos”.⁴⁸

A conceituação negativa é criticada por tentar definir *dano moral* dizendo o que *não é dano moral* ou apenas fazendo alusão ao aspecto moral do dano. Na expressão de Stiglitz e Echevesti :

Diz-se que dano moral é o prejuízo que não atinge de modo algum o patrimônio e causa tão-somente uma dor moral à vítima. Esta é uma idéia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais) e tautológica, pois ao afirmar que dano moral é o que causa tão-somente uma dor moral, repete a idéia com uma troca de palavras.⁴⁹

Após essa fase, parte da doutrina buscou um conceito de dano moral com referência no estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. O dano moral traduz a dor física e todos seus reflexos, como sentimentos negativos, tristeza, angústia, amargura, humilhação e vergonha. Para essa corrente doutrinária não há dano moral sem dor padecimento ou sofrimento (físico ou moral). Segundo Jorge Bustamante Alsina:

Pode-se definir o dano moral como lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária.⁵⁰

E Aguiar Dias, citando Minozzi, explica o conteúdo do dano moral que:

(...) não é dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.⁵¹

No entendimento de Antônio Jeová Santos: “a existência do dano moral exige a alteração no bem-estar psicofísico. Modificação capaz de gerar angústia, menoscabo espiritual, perturbação anímica e algum detrimento que não tem ênfase no patrimônio”⁵². Finalmente, para Carlos Alberto Bittar, os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações

⁴⁸ FRANÇA, R. Limonge. *Reparação do dano moral*. RT. vol. 631. 1998. p. 31. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 6.

⁴⁹ STIGLITZ, Gabriel A. e ECHEVESTI, Carlos A. *Responsabilidad civil*. 1993. p. 237. apud ANDRADE, André Gustavo C de. Op. cit. p. 142.

⁵⁰ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 1993. p. 97. apud ANDRADE, André Gustavo C de. Op. cit. p. 143.

⁵¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. atual. de acordo com o CC 2002. e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 993.

⁵² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 99. apud ANDRADE, André Gustavo C de. Op. cit. p. 143.

desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.⁵³

Essa corrente também sofreu críticas porque confunde o dano (antecedente) com a alteração (subseqüente) causada no estado psicológico, anímico ou espiritual da vítima. As dores, angústias, aflições constituem na verdade a repercussão do dano, seja ele moral ou material. Nesse sentido, Eduardo Zannoni observa que:

O que define o dano moral não é, em si, a dor ou os padecimentos. Esses serão ressarcíveis à condição de que sejam provocados pela lesão a uma faculdade de atuar que impede ou frustra a satisfação ou gozo de interesses não patrimoniais reconhecidos à vítima do evento danoso pelo ordenamento jurídico. E estes, é prudente reiterá-lo, podem estar vinculados tanto a direitos patrimoniais como a direitos extrapatrimoniais.⁵⁴

Corroborando o desembargador Cavalieri Filho quando afirma que:

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser conseqüências, e não causas. Assim como febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão a sua dignidade.⁵⁵

Assim, surge a corrente doutrinária que caracteriza o dano moral como ofensa a uma categoria de interesses ou direitos. Na colocação de Brebbia:

De todas as classificações que se formulam a respeito dos danos reconhecidos pelo Direito, é, sem deixar lugar a menor dúvida, a mais importante, a distinção que se efetua tendo em conta a natureza do direito violado, ou, o que é a mesma coisa, do bem jurídico menoscabado.⁵⁶

Com esse juízo, Almeida Costa conceitua dano “como toda a ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”⁵⁷ e Clayton Reis entende que dano é “toda lesão nos

⁵³BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 31.

⁵⁴ZANNONI, Eduardo A. *El dano em la responsabilidad civil*. 1993. p. 290. apud ANDRADE, André Gustavo C de. Op. cit. p. 145.

⁵⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 77.

⁵⁶BREBBIA, Roberto H. *El dano moral*. p. 94. apud ANDRADE, André Gustavo C de. Op. cit. p. 145.

⁵⁷COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direitos das obrigações*. Coimbra: Livraria Almedina. 1991. p. 477. apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 215.

interesses de outrem tutelados pela ordem jurídica, quer os interesses sejam de ordem patrimonial, quer sejam de caráter não patrimonial”.⁵⁸

No cotejo dessa distinção, Jorge S. Fugita conceitua dano moral como sendo “as lesões a um bem integrante da personalidade, como a liberdade, a honra, a saúde, a integridade psicológica”⁵⁹. Maria Helena Diniz entende que dano moral pode consistir “na lesão a um interesse jurídico extrapatrimonial relacionado aos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem)”⁶⁰ e Wilson Melo da Silva complementa que “danos morais, pois, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal”.⁶¹ E conclui o mestre Cavaliere Filho:

Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.⁶²

Conclui-se que numa fase anterior a aceitação da reparação por dano moral, o sentido de perda, diminuição, prejuízo deu suporte à *teoria da diferença*, que conceituava dano como resultado de uma operação de subtração entre o patrimônio da vítima antes e depois do fato gerador. Posteriormente, com a *teoria do interesse*, o dano passou a representar a lesão a um interesse juridicamente protegido.

3.2 Dano moral antes de 1988

⁵⁸ REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 3 apud BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94.

⁵⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Responsabilidade civil: apostilas do curso de pós-graduação da UniFMU*. São Paulo. 2002. cap 11. p. 1. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 6.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. 16. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 81 e 83 apud Loc. cit.

⁶¹ SILVA, Wilso Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. (histórica). Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 2. apud Loc. cit.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 77.

No período anterior a Constituição Federal de 1988 existia referência indireta ao dano moral em legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei das Estradas de Ferro, Decreto-lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Dessa lei destaca-se o artigo:

Art 21. No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada *uma indenização conveniente*. (grifo nosso)⁶³

Também no Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, havia menção expressa ao dano moral em seu artigo 81: “Independente de ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria, cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no juízo cível, a reparação por dano moral(...)” e artigo 84: “Na estimação do dano moral, o juiz(...)”.

Outro importante marco é a Lei de Imprensa, Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que nos seus artigos 12 e 49 preceituava a responsabilidade por dano moral:

Art 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Art 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I – os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, ns II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias; II (omissis).⁶⁴

Quanto ao Código Civil de 1916, o entendimento de doutrinadores é que a base da reparação do dano moral estaria no artigo 76: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

A reparabilidade dos danos, que decorressem de lesão a bens imateriais, dividiu a doutrina em três correntes apoiadas nas teorias: negativista, eclética e positivista. A primeira não aceitava a indenização dos danos morais com os argumentos: da falta de efeito penoso durável, incerteza de se haver violado um direito, impossibilidade de avaliação material do dano e

⁶³ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 52.

⁶⁴ Idem. Op. cit. p. 53.

imoralidade de compensar a dor com dinheiro. Foram filiados a teoria negativista: Lafaiete Rodrigues Pereira, Nelson Hungria, Tito Fulgêncio, João Arruda e Sá Pereira.⁶⁵

Os adeptos da teoria eclética só aceitavam a ressarcibilidade do dano moral quando esse fosse causa eficiente de dano material, ou fosse originado de delito criminal ou nas situações expressamente especificadas na lei. Defenderam esse posicionamento: Luis Frederico Carpenter, Jaime Landim, Arnaldo Medeiro da Fonseca e Jorge Americano.⁶⁶

A admissibilidade da indenização por danos morais, sem qualquer restrição, era a tese defendida pelos positivistas, dos quais destacaram-se Texeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Orozimbo Nonato, Wilson Melo da Silva, Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Yussef Said Cahali, Carlos Alberto Bittar entre outros.⁶⁷

Já na jurisprudência, majoritariamente, o movimento no sentido de reconhecer o dano moral puro foi gradual. Num primeiro momento, o ressarcimento era inaceitável e nas palavras do desembargador Marcelo Fortes Barbosa:

A tese vencedora era a que proclamava a irressarcibilidade do dano moral, inclusive no STF (RF 138/452, cuja ementa é a seguinte: *Não é admissível que os danos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material*).⁶⁸

Aos poucos, a aceitação da reparabilidade ganhou espaço nos tribunais de onde se destaca a ementa:

A tese da reparabilidade do dano moral, sem qualquer ressalva, sem nenhuma divergência, e sem entrar em justificativas que implicassem em restrições a sua admissibilidade, foi proclamada em acórdão unânime do Tribunal Pleno, relatado pelo ilustre Moacyr Amaral Santos (RTJ 56/786), orientação reafirmada em outras decisões do Pretório Excelso (RTJ 57/786; 62/102; 62/255).⁶⁹

A despeito da divergência doutrinária e da falta de previsão em legislação própria, a questão do cabimento da reparação por danos morais estava consolidada na jurisprudência.

3.3 O dano moral após 1988

⁶⁵ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 58.

⁶⁶ Ibid. p. 59.

⁶⁷ Ibid. p. 60.

⁶⁸ Ibid. p. 56.

⁶⁹ Ibid. p. 57.

Com a Constituição Federal de 1988 o dano moral pode ser verificado sob quatro aspectos. No primeiro, como preceito constitucional no artigo 5º, inciso V - “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e inciso X - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”⁷⁰

No segundo, ao estabelecer a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Wanderson Marcello Moreira Lima, o legislador constituinte:

Colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, fazendo dele a primeira e decisiva realidade, transformando seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos, de tal sorte a afirmar que temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade, a qual deu ao dano moral uma nova feição diante do fator de ser ela a essência de todos os direitos personalíssimos.⁷¹

No terceiro aspecto, face à previsão constitucional, a legislação infraconstitucional inseriu dispositivos específicos sobre a proteção aos direitos extrapatrimoniais, a exemplo do CDC em seu artigo 6º, inciso I - “a proteção à vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos e nocivos”, e inciso VI - “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”⁷²

E como último aspecto, foram derogados os dispositivos da legislação ordinária que tarifavam o quantum indenizatório da reparação por dano moral, como por exemplo o artigo 51 da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que limitava em salários-mínimos a responsabilidade civil do profissional que concorresse para danos por negligência, imperícia ou imprudência. Atualmente, os preceitos constitucionais vedam a limitação ao dever de indenizar por dano moral.

3.4 A fixação da reparação por dano moral

⁷⁰ BRASIL. *Constituição (1988)*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 40. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

⁷¹ LIMA, Wanderson Marcello Moreira. *Dano moral: uma visão constitucional*. Júris Síntese nº 26 apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 63.

⁷² SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit. p. 194.

3.4.1 Finalidade da reparação

Superada a questão da admissibilidade do dano moral, outro ponto de destaque sobre o tema é a fixação do valor indenizatório. Nesse sentido, a indenização pelo dano moral deve ser atribuída em valor razoável e suficiente para compensar a dor sofrida pela vítima e para desestimular o agente a praticar novamente a conduta. Nas palavras do civilista Nehemias Domingos de Melo: “o dano moral é insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.”⁷³ Complementa o mestre Yussef Said Cahali:

A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfatória.⁷⁴

Assim, a função da indenização pode ser analisada sob três aspectos distintos: compensatório, sancionador e pedagógico. O primeiro diz respeito à necessidade de minimizar os sacrifícios suportados por força dos danos ocorridos ou, de reconstituir a situação pessoal. A doutrina, em passado próximo, envolveu-se na discussão acerca da impossibilidade da reparação ao argumento de que seria inaceitável a atribuição de um preço ou valor à dor, *pretium doloris*.

Entretanto, o fim almejado pela reparação do dano moral não é o de reparar, em sentido literal, a dor, pois esta, a toda evidência, não tem preço. O que se pretende é aquilatar um valor compensatório que possa amenizar essa dor. Por essa razão é que conclui o Professor Wilson Mello da Silva que:

Reparar, em verdade, o dano moral, seria assim buscar, de um certo modo, a melhor maneira de se contrabalançar, por um meio qualquer, que não pela via direta do dinheiro, a sensação dolorosa infligida à vítima, ensejando-lhe uma sensação outra de contentamento e euforia, neutralizadora da dor, da angústia e do trauma moral.⁷⁵

E, ainda, Clayton Reis, citando Alcino de Paula Salazar, esclarece que:

Com a prestação pecuniária o que se visa não é diretamente extinguir a dor com a aplicação de um preço ou antídoto; não é extrai-la pondo-lhe no lugar a moeda, como

⁷³ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 7.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 42.

⁷⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. (histórica). Rio de Janeiro: Forense. 1999. apud REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. São Paulo: Forense, 1998. p. 134.

ficou esclarecido. O que se faz é outra coisa, é procurar para o lesado um conjunto de sensações agradáveis, motivo de satisfação e de emoções, segundo a sua inclinação e o seu temperamento, de sorte a criar condições que, se não chegam a suprimir o sentimento de pesar, de certo podem atenuá-lo, tornando-o mais suportável e menos prolongado.⁷⁶

Quanto ao aspecto sancionador, argumentava-se na doutrina sobre a incompatibilidade da imposição de pena com o direito privado. Além disso, alguns estudiosos sequer reconheciam a possibilidade da composição do dano moral, pois afirmavam que a única finalidade da indenização seria a sancionadora. Mas, atualmente, prevalece o entendimento de que o ressarcimento ou a reparação caracteriza-se por sua natureza mista: de um lado compondo danos, de outro, impondo certa sanção.

Yussef Said Cahali assevera que:

Na solução dos interesses em conflito, o direito, como processo social de adaptação, estabelece aquele que deve prevalecer, garantindo-o mediante coerção até mesmo física, preventiva ou sucessiva, que não é desconhecida, também, do direito privado. Assim, pode acontecer que, para induzir alguém a que se abstenha da violação de um preceito, o direito o ameace com a cominação de um mal maior do que aquele que lhe provocaria a sua observância.⁷⁷

Finalmente, o terceiro aspecto, o pedagógico, visa o ofensor e a sociedade. Com efeito, a simples possibilidade de condenação na reparação do dano moral, não se pode negar, produz efeitos pedagógicos em relação ao que praticou a ofensa à medida que desestimula a reincidência e alerta a coletividade sobre o resultado negativo da conduta reprovável. A punição para aquele que descumprir o dever de não praticar conduta capaz de provocar no outro a dor moral resulta na diminuição das violações.

3.4.2 Tarifação do dano moral

Levando-se em conta a tríplice finalidade da indenização para reparação do dano moral, a doutrina tem dois posicionamentos quanto à adoção de um sistema tarifado do *quantum* indenizatório. A favor, o professor Humberto Theodoro Junior entende que através da tarifação poderia:

⁷⁶ REIS, Clayton. Op. cit. p. 134.

⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 37.

Evitar-se o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de *lege ferenda*, seria o de dispor-se em lei acerca de parâmetros e tarifas, sempre flexíveis para que as peculiaridades do caso concreto pudessem também ser valorizadas pela sentença (...) enquanto isto não ocorrer, a sociedade ficará intranquã e submetida aos humores e tendências pessoais de cada juiz. Casos absolutamente iguais receberão tratamento absurdamente diverso. As causas de dano moral se apresentarão, como é habitual, com um caráter puramente lotérico.⁷⁸

Ainda nessa linha de raciocínio, Hélio Apolinário Cardoso argumenta que:

Mostra-se viável, a formulação de uma tabela real e variável, dentro de parâmetros susceptíveis de serem flexionados pelos julgadores, cujo objetivo é harmonizar e homogeneizar o valor das indenizações por danos morais, pondo fim, de uma vez por todas, com a grande divergência de valores tão prejudiciais à imagem do Poder Judiciário, uma vez que os jurisdicionados nunca entendem o porque de tanta heterogeneidade nas decisões judiciais, muito embora a heterogeneidade, para os do meio, seja marco fundamental para a formação da norma jurídica.⁷⁹

Com esse posicionamento encontra-se na jurisprudência:

Transporte Aéreo. Danos pessoais. Ação de Indenização. Dano Moral. Conforme o entendimento da turma, a indenização “há de ser restrita ao valor legalmente tarifado”. Voto vencido do relator: em tal caso, a indenização limitada não exclui a indenização por dano moral. Recurso especial não conhecido, vencido, em parte, o relator.⁸⁰

Responsabilidade Civil – Acidente Ferroviário – Vítima Fatal – Dano moral – Hipótese em que é patente a dor moral da esposa e filhos menores da vítima – Adoção do critério estabelecido no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) – Fixação com base em quarenta salários mínimos, cabendo 20 a esposa e 20 aos filhos menores – Recurso desprovido.⁸¹

Compete à prestadora de serviços a prova da utilização dos pulsos, não bastando a alegação de confiabilidade do sistema de medição. Aplicação do art. 6º, VI, do CDC, uma vez que o autor é pessoa física, não possuindo conhecimentos técnicos necessários para a produção da prova do fato constitutivo de seu direito. A existência dos danos morais independe de dilação probatória, porque advém da experiência comum. No presente caso, contudo, devem estes ser reduzidos para quinze (15) salários mínimos, tendo em vista o critério estabelecido pela Lei no 4.117/62 - Código Brasileiro de Telecomunicações e o pouco tempo em que o autor ficou privado do serviço. Recurso parcialmente provido.⁸²

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. In Revista Síntese, n 12, p. 14. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 166 e 167.

⁷⁹ CARDOSO, Hélio Apolinário. *Quanto vale o dano moral*. In Júris Síntese n. 36, não paginado, jul/ago 2002. apud Loc. cit.

⁸⁰ BRASIL. STJ, 3ª Turma, RESP 51372/94 RJ, Rel. Min Nilson Naves, DJ 19.12.94. p. 35313. apud JUIS (Jurisprudência Informatizada Saraiva) v.7.

⁸¹ SÃO PAULO. 1º TAC, 6ª Câmara, Rel. Carlos Roberto Gonçalves, RT 128/172 apud STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 819.

A contrário senso, posiciona-se a corrente doutrinária que repele qualquer tentativa de tarifação sob o argumento de que os dispositivos de legislações que estabeleciam parâmetros de fixação para as indenizações por dano moral foram derogados pela Constituição de 1988. Luiz Antonio Scavone Junior afirma que “o juiz não está, de forma alguma, bitolado por critérios de fixação, podendo arbitrar o valor da reparação em patamares superiores aos existentes em leis extravagantes em virtude da ausência de tarifação possível, o que decorre da Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X)”.⁸³

No mesmo sentido o professor Cavaliere Filho leciona que:

Outra consequência que se extrai dos dispositivos constitucionais supracitados é a derrogação dos limites indenizatórios do dano moral até então previstos na Lei de Imprensa e outras leis especiais. Se a Constituição não estabeleceu limite indenizatório para o dano moral, nenhuma lei infraconstitucional poderá fazê-lo.⁸⁴

Ainda, em seus ensinamentos, Antônio Jeová Santos afirma:

Que qualquer tentativa de tarifar a indenização por danos morais pode redundar em rotunda inconstitucionalidade. O princípio geral de não causar dano a outrem, o *neminem laedere*, tem hierarquia constitucional. Em consequência, não existe possibilidade de por limitação à indenização do dano moral.⁸⁵

Na jurisprudência, de forma majoritária, podem ser encontradas decisões no sentido da negação da indenização tarifada:

Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalecem nem o prazo decadencial, nem a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e a dignidade das pessoas.⁸⁶

A indenização por danos morais na forma mais ampla possível está hoje consagrada no texto da Constituição de 1988 e não se submete aos limites previstos na lei de imprensa.⁸⁷

⁸² SÃO PAULO. TJ, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão, Rel Gomes Varjão, 13.08.2008 apud Portal de Serviços do TJSP. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em 27 set 2008.

⁸³ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Obrigações: abordagem didática*. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 237.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Visão constitucional do dano moral*. Revista Justiça e Informação. ano 3. nº 6. 1º semestre/99. p. 206 a 211.

⁸⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 170. apud MELO, Nehemias Domingos Op. cit. p.168.

⁸⁶ BRASIL. STJ, RESP 72343/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 04.02.2002. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. Cit. p. 165.

⁸⁷ RIO DE JANEIRO. TJ, 8ª Câmara, Rel. Des. Carpena Amorim, J. 06.12.94 apud STOCCO, Rui. Op. cit. p. 820.

O arbitramento do dano fica ao inteiro arbítrio do Juiz que, não obstante, em cada caso, deve atender a repercussão econômica dele, a dor experimentada pela vítima e ao grau ou culpa do ofendido.⁸⁸

Sendo assim, majoritariamente, a doutrina e jurisprudência inclinam-se pela não tarifação das indenizações por danos morais.

3.4.3 Fixação pelo arbítrio do juiz

Como a tarifação é incompatível com o atual ordenamento jurídico, o cálculo do *quantum debeatur* para a indenização dos danos morais se fará de acordo com o arbitramento judicial, que deve ser pautado por critérios como bom senso prático, justa medida das coisas e princípios de razoabilidade e proporcionalidade, verificando-se, no caso concreto, o grau de reprovabilidade da conduta, a intensidade e duração do sentimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido.

É o que afirma Sérgio Cavalieri Filho: “cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia de reparação pelo dano moral” e complementa: “deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para a reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.”⁸⁹

A doutrina tem indicado regras a serem seguidas para quantificar o dano moral. Antônio Jeová Santos, adaptando os ensinamentos de Jorge Mosset Iturraspe a realidade brasileira, desenvolveu as seguintes *pautas para mensuração do dano moral*:

1. O dano moral é incomensurável, 2. Um piso flexível, 3. Um teto prudente, 4. Dentro do contexto econômico do país, 5. Uma prova convincente, 6. Capacidade moderada do juiz, 7. Critério da equidade e das circunstâncias particulares, 8. Necessidade do consenso, 9. Segurança jurídica e, 10. Coerência das decisões.⁹⁰

De modo similar, Rui Stoco destaca as seguintes regras:

- a) o magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

⁸⁸ SÃO PAULO. TJ, 8ª Câmara, Rel. Des. Felipe Ferreira, J. 28.12.94, RT 717/216. apud STOCCO, Rui. Op. cit. p. 708.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 88 e 90.

⁹⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 178 - 185. apud MELO, Nehemias Domingos Op. cit. p.169.

- b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
- c) não deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
- d) a indenização não deverá ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para que recebe;
- e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio, através do critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;
- f) na indenização por dano moral o preço de *afeição* não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
- g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
- h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.⁹¹

Como exemplo de arbitramento judicial destaca-se, na jurisprudência:

DANOS MORAIS. INJUSTA NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO DEVIDA EM VALOR PROPORCIONAL. Comprovadas a imprudência e negligência da empresa ao providenciar a negativação do nome do cliente em cadastros de inadimplentes, causando-lhe constrangimento no comércio, cabe a esta indenizá-los pelos danos morais sofridos. Na fixação do dano moral, deverá o juiz levar em conta os critérios da proporcionalidade e razoabilidade na apuração de seu valor, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, eis que a finalidade da indenização é exclusivamente compensatória e não para causar o enriquecimento ilícito da parte favorecida. Assim sendo, o valor desproporcional fixado na sentença deve ser reduzido.⁹²

RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VIA AÉREA – LIMITES DE FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – 1. Verifica-se o dano moral susceptível de reparação em face da humilhação, do sentimento de desconforto suportado pelo usuário de serviço de transporte aéreo advindos do extravio de bagagem. (precedente do STF, RE 172720/RJ) 2. A fixação dos danos morais deve dar-se com moderação, cabendo ao magistrado, diante do caso concreto, fixar, mediante prudente arbítrio, o valor da indenização; cumpre avaliar, em face do critério de proporcionalidade, o grau de culpa do agente levando em conta a capacidade sócio econômica das partes e as circunstâncias em que se deu o evento.⁹³

⁹¹ STOCO, Rui. Op. cit. p. 816.

⁹² DISTRITO FEDERAL. TJ, Turma Recursal dos Juizados Especiais, AC nº 57598, Rel. Juiz Roberval Casemiro Belinati, J. 24.11.98, pub. no DJDF de 25.02.99. apud BOLSON, , Simone Hegele. Op. cit. p. 152.

⁹³ DISTRITO FEDERAL. TJ, APC 19980110617765 – DF, 5ª Turma Cível, Rel Des. Dácio Vieira , DJU 09.10.2002 , p. 70. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 173.

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE POR MOTIVO DE INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS – FIXAÇÃO DE *QUANTUM* – CRITÉRIO DE EQUIDADE DO MAGISTRADO – Na fixação do valor da indenização por dano moral o juiz deve levar em consideração dentre outros elementos, as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que o *quantum* indenizatório não constitua lucro fácil para o lesado, nem seja irrisório para o lesante. Em outras palavras, o magistrado ao apreciar o caso concreto submetido ao exame, fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu.⁹⁴

BANCO – CARTÃO DE CRÉDITO – RENOVAÇÃO DO CONTRATO SEM CONSENTIMENTO DOS CORRENTISTAS – COBRANÇA DE ANUIDADE – ILEGALIDADE – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO EM MONTANTE INSUFICIENTE – ELEVAÇÃO DO VALOR PELO JUÍZO *AD QUEM* – É indevida a cobrança de anuidade incidente sobre cartão de crédito cuja renovação não foi consentida pelos correntistas, máxime quando o banco/réu não logrou provar a utilização e sequer o recebimento dos referidos cartões pelos autores. De outra parte, a inscrição dos nomes dos suplicantes nos serviços de proteção ao crédito, em decorrência do não pagamento da taxa ilegalmente cobrada, constitui dano moral que reclama reparação civil, mediante indenização a ser fixada em quantia que sirva de desestímulo à repetição da prática abusiva, cujo montante pode ser elevado pelo juízo *ad quem* quando arbitrado em valor insuficiente. Apelo do réu improvido por maioria. Apelo do autor provido por maioria para elevação do *quantum* indenizatório.⁹⁵

Verifica-se que os critérios para a correta dosagem da quantificação indenizatória visam a não ocorrência de decisões com valores irrisórios ou exorbitantes.

3.4.4 Dano moral nas relações de consumo

Após o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se a admissibilidade da indenização por danos morais como reparação pela violação aos direitos da personalidade. Quando essa lesão tem origem nas relações de consumo, consoante o sistema de responsabilidade objetiva adotado pelo CDC, o consumidor necessita apenas comprovar o nexo de causalidade e o dano, que pode ter causa nos vícios por insegurança ou por inadequação do produto ou serviço.

Segundo Nehemias Domingos de Melo:

⁹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada, AP 0346566-5 – Poços de Caldas – 4ª Câmara Cível – Rel. Juiz Alvimar de Ávila – J. 06.11.2001. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 174.

⁹⁵ PERNAMBUCO. TJ, AC 62765-2 – Rel. Des. Etério Galvão – DJPE 04.09.2002. apud Ibid. p. 176.

O dano moral nas relações de consumo pode decorrer da relação de consumo propriamente dita (responsabilidade contratual) ou naquelas relações em que, por ficção legal, a coletividade ou o ofendido individualmente seja considerado consumidor, ainda que por equiparação (responsabilidade extracontratual).⁹⁶

O dano moral causado por vício (inadequação) do produto ou serviço pressupõe a existência de um vínculo contratual entre o fornecedor e o consumidor. Já nos casos de defeito (insegurança), basta que o consumidor se exponha aos efeitos nocivos do produto ou serviço para que seja legitimado a buscar reparação integral dos prejuízos que tenha sofrido.⁹⁷

A jurisprudência tem se orientado no sentido de resguardar o cidadão de situações que caracterizem violações aos direitos de personalidade do consumidor, como por exemplo: situações vexatórias por falhas de segurança em bancos, inclusão indevida em cadastro de dados, cobrança de dívida já paga, pagamento de cheque falso, devolução indevida de cheque, remessa de cartão de crédito sem solicitação do destinatário, negativa de plano de saúde em autorização para internação ou tratamento, overbooking, extravio de bagagens, propaganda abusiva ou enganosa e outros casos.

4. DANO EXTRAPATRIMONIAL EM ESPÉCIE

4.1 Aspecto doutrinário

Quanto ao regime de responsabilidade civil aplicado aos artigos 18 a 25 do CDC, existem algumas divergências doutrinárias resumidas em três correntes. Na primeira, contrária ao entendimento de que os vícios do produto ou serviço acarretam danos extrapatrimoniais, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin defende que:

Quando se trata da responsabilidade civil do fornecedor, o aspecto fundamental não é das desconformidades de consumo que afetam a esfera da incolumidade econômica do consumidor (vícios de qualidade por inadequação), mas o das que atingem a órbita de sua incolumidade físico-psíquica (vícios de qualidade por insegurança), ou seja, os

⁹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 70.

⁹⁷ Loc. cit.

denominados acidentes de consumo, que na maioria das vezes acarretam danos que transcendem à esfera econômica dos consumidores.⁹⁸

Outro posicionamento, já referido neste trabalho, é o de que o sistema da responsabilidade civil aplicado aos artigos referidos, que tem como objetivo a tutela da esfera econômica do consumidor pelos vícios por inadequação e quantidade, também pode ser utilizado para reparar o dano extrapatrimonial. Assim entende a professora Simone Hegele Bolson quando afirma que:

O dano moral poderá advir dos vícios dos produtos e serviços quando esses atingirem os direitos da personalidade do homem consumidor, conquanto a ocorrência de dano patrimonial seja a mais comum, justamente porque, *a priori*, os vícios dos produtos e serviços somente atingiriam o bolso do consumidor (esfera econômica), excluindo a reparação do dano moral. Entretanto, o artigo 6º, VI, do CDC autorizou a reparação efetiva de quaisquer danos, não discriminando o dever de reparar dano moral ou patrimonial.⁹⁹

Porém, é com a análise mais aprofundada do sistema da responsabilidade que se verifica a possibilidade de outra interpretação para a questão da reparação do dano extrapatrimonial nos casos de vício do produto ou serviço. *Primus*, do conceito da responsabilidade civil se extrai seu objetivo que é tornar indene o prejudicado pelo descumprimento de um dever. Nas relações de consumo este objetivo é atingido com a vinculação do patrimônio do fornecedor à plena reparação dos danos decorrentes da existência de vícios ou acidentes de consumo.

Secundus, o dano não se confunde com o vício. Aquele é a modificação, para pior, na situação patrimonial ou moral de alguém, enquanto o vício só modifica a situação patrimonial ou moral de uma pessoa se estiver associado a uma troca (alienação ou transferência onerosa de um bem; ou prestação remunerada de um serviço). O que acarreta a diminuição do patrimônio da vítima é a troca e não o vício em si.¹⁰⁰

Tertius, o legislador buscou assegurar, através das alternativas dadas nos artigos 18 e 20 do CDC, a legítima satisfação do consumidor quanto à funcionalidade e valoração do produto ou serviço adquirido. Infere-se que o vício em si não é causa imediata da responsabilidade, mas causa mediata nos casos em que o dano é consequência do não cumprimento daquelas alternativas pelo fornecedor. Conclui o professor José Guilherme V. Werner:

Se o dano não pode ser identificado com o vício, é forçoso concluir que a indenização não pode de referir à diminuição patrimonial dele decorrente. Afinal, o dano estará, invariavelmente, coberto pelas alternativas previstas nos arts. 18 e 20. Através de

⁹⁸ BOLSON, Simone Hegele. Op. cit. p. 140.

⁹⁹ Ibidem. p. 141.

¹⁰⁰ WERNER, JOSÉ GUILHERME VASI. *Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade*. In: Revista do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n° 58. 2006. p. 102.

qualquer delas o consumidor estará garantido contra a diminuição patrimonial causada pela transferência, contra o enriquecimento indevido do fornecedor: (i) ao se valer da alternativa de substituição, o déficit deixa de existir, (ii) ao se valer do abatimento do preço, é compensado; e (iii) ao se valer da restituição com a conseqüente resolução do negócio, o déficit é coberto. Resta claro que a indenização prevista nos arts. 18 e 20 não se presta a reconstituir ou reparar o dano patrimonial decorrente da própria existência do vício.¹⁰¹

Assim, a indenização pelos danos por vício do produto ou serviço está vinculada ao uso das alternativas à disposição do consumidor. Pela lógica do sistema adotado pelo CDC, que não trata com distinção a responsabilidade do fornecedor, também se aplicaria tal vinculação nos casos de danos extrapatrimoniais.

Com base neste raciocínio uma terceira corrente doutrinária entende que não existe dano patrimonial ou extrapatrimonial pelo vício do produto ou serviço, o que existe é a responsabilidade pelo exercício de uma das alternativas colocadas à disposição do consumidor nos artigos 18 e 20 do CDC. Quando um produto ou serviço torna-se impróprio para o consumo ou tem reduzido seu o valor por causa de um vício pode-se extrapolar o âmbito da adequação para o âmbito da segurança e o vício ser absorvido pelo defeito. “O vício que gera dano moral por si mesmo deixa de ser mero vício e erige-se em defeito.”¹⁰²

4.2 Aspecto jurisprudencial

O estudo do Acórdão do REsp 324.629/MG, do STJ, servirá de base para identificar de que forma os tribunais reconhecem o dano extrapatrimonial pela existência do vício no produto ou serviço e como a matéria causa controvérsia.

O caso em concreto refere-se à aquisição de veículo automotor zero-quilômetro que apresentou vários defeitos ao longo de onze meses de uso. O consumidor requereu indenização por danos materiais e extrapatrimoniais. O pedido foi negado pelo Juiz *a quo* sob fundamento de que os defeitos apresentados pelo carro foram solucionados no prazo de 30 (trinta) dias, conforme dispõe o artigo 18, do CDC.

¹⁰¹ Ibidem. p. 108.

¹⁰² WERNER, JOSÉ GUILHERME VASI. *Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade*. In: Revista do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n° 58. 2006. p. 113.

O Tribunal *a quo* conferiu parcial provimento ao recurso de apelação e condenou a montadora em danos morais, fixados em 100 (cem) salários mínimos, sob fundamento de que os vícios apresentados pelo produto, a despeito de solucionados no prazo previsto no artigo 18 do CDC, provocaram, *in casu*, dano moral ao consumidor, de acordo com o teor da ementa:

O consumidor que adquire veículo zero quilômetro não pode pedir a restituição das parcelas pagas quando os defeitos ocorridos com o automóvel são sanados no prazo de 30 (trinta) dias previsto em lei. A reparação a título de danos morais é devida pelo aborrecimento, desconforto e angústia sofridos pelo consumidor, aliados à afronta por parte da empresa ao princípio da confiança.¹⁰³

Nas razões de recurso especial o recorrente (montadora) aduziu, inicialmente, que houve afronta ao artigo 18 do CDC uma vez que este dispositivo legal confere ao consumidor apenas o direito à solução do defeito, no prazo de 30 (trinta) dias, e nunca o direito à indenização por danos morais. Sustentou, ainda, que o *quantum* fixado implicaria em enriquecimento sem causa por parte do consumidor pois equivaleria ao valor de um automóvel zero quilômetro.

No julgamento do recurso especial pelo STJ foi reconhecida que a responsabilidade do fornecedor por danos morais decorrentes do vício do produto seria sempre possível, já que as restrições do artigo 18 são aplicáveis apenas à responsabilidade por danos patrimoniais, conforme o voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi:

A regra estabelecida no art.18 do CDC deve ser interpretada em contexto *sistemático* com os demais dispositivos do CDC, em especial com o art. 6º, que trata dos direitos básicos do consumidor e cujo inciso VI acolhe o princípio da reparação *integral* dos danos causados ao consumidor, seja a título *material* ou *moral*. Nesses termos, deve-se entender que o art. 18 cuida do regime legal atinente à reparação dos danos *materiais* causados ao consumidor pela existência de *vício* de qualidade ou quantidade no produto. Não solucionado o *vício* em 30 (trinta) dias, terá o consumidor direito à indenização pelos danos *materiais* decorrentes, exigível por meio de uma das três modalidades previstas nos incisos do § 1º do art. 18 do CDC: substituição do produto, restituição ou abatimento do preço pago. O regime previsto no art. 18 do CDC, entretanto não afasta o direito do consumidor à reparação por *danos morais*, nas hipóteses em que o vício do produto ocasionar ao adquirente *dor, vexame, sofrimento ou humilhação*, capazes de ultrapassar a esfera do mero *dissabor* ou *aborrecimento*.¹⁰⁴

Adiante, cita os precedentes do Tribunal no sentido que:

A reparação por danos materiais decorrentes de vício do produto ou serviço não afasta a possibilidade de reparação por danos morais, desde que comprovado o fato e demonstrado, pelas regras da experiência comum, a ocorrência de efetivo constrangimento à esfera moral da vítima. Como exemplos tirados dos precedentes acima mencionados, podemos citar: a) produção de lesões severas no corpo da vítima

¹⁰³ BRASIL. STJ, 3ª Turma, REsp 32462972343/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 10/12/2002, DJ 28/04/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 18 out 2008. p. 3. Acesso em 13 out 2008.

¹⁰⁴ BRASIL. STJ, 3ª Turma, REsp 32462972343/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 10/12/2002, DJ 28/04/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 18 out 2008. p. 4. Acesso em 13 out 2008.

(REsp nº 174.382/SP), o atraso em viagem aérea, extravio de bagagem e descumprimento de compromissos avançados em pacotes turísticos (REsp nº 235.678/SP, REsp nº 304.738/SP, REsp nº 305.566/DF, REsp nº 173.526/SP, REsp nº 328.182/RS e REsp nº 300.190/RJ) e e) automóvel zero-quilômetro que apresenta, em seus primeiros meses de uso, diversos defeitos (REsp nº 286.202/RJ).¹⁰⁵

Por fim, conclui:

In casu, constitui fato incontroverso nos autos que o recorrido adquiriu automóvel zero quilômetro, o qual, em seus primeiros meses de uso, apresentou mais de 10 (dez) defeitos, em distintos componentes: sistemas hidráulico, caixa de direção, bateria, portas, painel, limpador de pára-brisa, vidros elétricos, bancos, antena, porta-luvas e sistema de freio. Pode-se afirmar, com base nas regras de experiência comum, como bem apontou o v. acórdão recorrido (fls 146/148), que o número de defeitos apresentados pelo veículo (dois dos quais no sistema de freios, o qual falhou com o veículo em pleno movimento) ultrapassou em muito, a expectativa nutrida pelo recorrido ao adquirir seu automóvel novo. Pode-se inferir, em consequência, que a excessiva quantidade de defeitos *in casu* apresentados (os quais não se limitaram a reduzir apenas a utilidade do bem, mas também a *segurança do veículo* e de seus ocupantes) causaram ao recorrido frustração, constrangimento e angústia, elementos configuradores do dano moral.¹⁰⁶

O voto da Ministra Relatora foi acompanhado pelos Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro. Foram vencidos os votos dos Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Direito, que deu provimento ao recurso com o argumento:

Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Ari Pargendler. Não consigo detectar nenhuma diferença com relação a precedente envolvendo a mesma matéria, ou seja, defeito no veículo. O Acórdão recorrido justificou a condenação por dano moral tendo em vista o aborrecimento, o que, sob todas as luzes, não dá ensejo à condenação por dano moral no tipo apresentado nestes autos. Por essas razões, fico com o recente precedente da Turma e conheço do recurso especial e lhe dou provimento, em maior extensão, acompanhando o voto do Senhor Ministro Ari Pargendler.¹⁰⁷

Destaca-se, ainda, que a Ministra Relatora fez uma aplicação sistemática do CDC, considerando seus princípios e normas dinamicamente e em conjunto, a fim de que se alcançasse a justiça no caso concreto. Porém, tal interpretação é feita com a partição do regime da responsabilidade, com uma resposta quanto aos danos materiais (artigo 18) e outra quanto aos danos morais (artigo 6º). Tal entendimento fere a lógica do sistema, que é incompatível com muitas ressalvas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Idem p. 5.

¹⁰⁶ Idem p. 6.

¹⁰⁷ BRASIL. STJ, 3ª Turma, REsp 32462972343/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 10/12/2002, DJ 28/04/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 18 out 2008. p. 4. Acesso em 13 out 2008. Idem p. 14.

¹⁰⁸ WERNER, JOSÉ GUILHERME VASI. Op. cit. p. 112.

Os precedentes citados no Acórdão em estudo são, na realidade, casos de defeito do produto ou serviço com previsão nos artigos 12 e 14 do CDC. Complementa José Guilherme V. Werner que “pelo esquema do Código, o vício em si não pode gerar dano, seja patrimonial ou moral. A chamada *responsabilidade por vício* é, em verdade, uma responsabilidade pelo exercício das alternativas previstas nos artigos 18 e 20”.¹⁰⁹

O sistema de responsabilidade civil do fornecedor no CDC pode ser esquematizado por duas circunferências. A menor, onde se inserem os vícios do produto ou serviço (artigos 18 e 20), inscrita na circunferência maior, onde estão os defeitos (artigos 12 e 14). Quando se reconhece dano moral decorrente de vício rompe-se a circunferência menor e o tratamento do caso passa a ser de defeito.

4.3 Dano extrapatrimonial pelo vício do produto

Conforme o artigo 18 do CDC, os vícios do produto, que podem ser de qualidade ou de quantidade, tornam este produto impróprio para o consumo ou lhe reduzem o valor. Casos comuns de vício do produto são os de produtos alimentícios ou farmacêuticos com validade vencida, previstos no inciso I, do § 6º, do artigo em comento.

Tais vícios também configuram crime contra a relação de consumo, a teor do inciso IX, do artigo 7º, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990: “vender, ter em depósito para a venda ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias para consumo. Pena – detenção de dois a cinco anos, ou multa.”¹¹⁰

A lei consumerista também faz referência aos casos de produtos deteriorados, alterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, em desacordo com as normas de fabricação, distribuição ou apresentação e, ainda, aos produtos que se revelam inadequados ao fim a que se destinam.

Em vários casos a jurisprudência não reconhece o direito à indenização por dano moral, restringindo a responsabilidade do fornecedor à prestação das alternativas elencadas na lei:

Correto é o desfazimento do negócio, com repetição do preço pelo produto defeituoso que, durante a garantia, não é consertado no prazo legal de trinta dias (art. 18, § 1º,

¹⁰⁹ WERNER, JOSÉ GUILHERME VASI. Op. cit. p. 113.

¹¹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit. p. 370.

CDC). Defeito em telefone celular configura acidente de consumo que, por si só, não gera dano moral indenizável. Correção monetária a contar da entrega para conserto, que marca a privação do uso e conseqüente prejuízo ao consumidor. Juros que se contam à taxa legal vigente junto com o Código Civil de 2002, de 12% ao ano. Recurso da ré desprovido. Recurso do autor provido parcialmente.¹¹¹

1. Comprado o veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor. 2. Afastada a ilegitimidade passiva e considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a existência dos danos, é possível passar ao julgamento do mérito, estando a causa madura. 3. A indenização por danos materiais nos casos do art. 18 § 1º. 4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos está no âmbito dos dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte.¹¹²

Direito do Consumidor. Responsabilidade por vício do produto. Ação proposta em face da empresa vendedora e da que presta assistência técnica, postulando a substituição do produto e danos morais. Sentença de procedência parcial do pedido; rejeitado o dano imaterial. Apelação. Desprovimento. Em se tratando de vício do produto, porque o defeito que lhe é inerente resultou apenas o seu não-funcionamento, há, na forma do art. 18 do CDC, uma responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante; daí que contra este o consumidor também pode demandar. Entretanto, a só demora na substituição do produto não configura dano moral, senão meros aborrecimentos, porque não gera qualquer sentimento capaz e interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo comum.¹¹³

Em outros, a jurisprudência concede a reparação do dano moral pelo vício do produto:

Atraso da fornecedora em colocar em perfeitas condições de uso, bem móvel adquirido pelo consumidor. Desídia que caracteriza, além do vício no produto, o vício na prestação do serviço. Conduta que gerou desconforto ao autor, visto que ficou privado da utilização de produto essencial ao seu bem estar, a ensejar desgaste emocional, passível de reparação. Dano moral caracterizado e fixado em R\$ 3.000,00, em obediência ao critério do lógico-razoável. Sentença que se reforma. Recurso conhecido e provido.¹¹⁴

Apelação cível. Direito do consumidor. Vício do produto. Aparelho de telefonia celular defeituoso. Art. 12, § 3º, I, II e III, do CDC. Responsabilidade do fabricante e do fornecedor. Solidariedade. Assistência técnica prestada que não solucionou o problema. Indenização por dano moral fixada em R\$ 3.800,00. Patamar adstrito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Jurisprudência de nosso Tribunal sobre os temas

¹¹¹ RIO GRANDE DO SUL, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado nº 71000613018, DJ 23.2.2005. *idem*. p. 387.

¹¹² BRASIL. STJ, RESP 554876, RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 3.5.2004, p. 159. *apud* SAAD, Eduardo Gabriel. *Op. cit.* p. 379.

¹¹³ RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Terceira Câmara Cível, Proc 2008.001.48864, Apelação Cível, Des. Nametala Machado Jorge, Julgamento 24.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 20 out 2008.

¹¹⁴ RIO DE JANEIRO. TJ, Sétima Câmara Cível, Proc 2008.001.41834, Apelação Cível, Des. Ricardo Couto, Julgamento 01.10.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 20 out 2008.

trazidos no apelo. Recurso manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência indicada. Seguimento negado. Art. 557, caput, do CPC.¹¹⁵

Aquisição de Veículo usado. Vício do produto. Adulteração do hodômetro. Devolução da quantia despendida com obtenção de novo Manual e reparação moral, em razão do vício do produto e do serviço ao mesmo tempo. Aborrecimentos e transtornos anormais da vida de relação. Reparação moral que se arbitra em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), justa e proporcional ao dano infligido. Provimento do recurso para essa finalidade. Unânime.¹¹⁶

Após relatada e discutida a matéria objeto da impugnação recursal, ACORDAM os Desembargadores que integram a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento aos dois recursos de apelação, nos termos do voto do Relator. VOTO Trata de ação ordinária de responsabilidade com base em vício do produto onde a sentença reconheceu o vício e determinou a devolução do que foi gasto com o bem e condenou a ré em danos morais fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais). O dano moral foi justificado na Sentença em razão dos percalços sofridos pela consumidora na busca da solução que ultrapassou o mero aborrecimento. A primeira Apelante Casas Bahia diz que os fatos narrados na inicial não possuem a gravidade apontada e que não chegou a cometer qualquer ato ilícito capaz de gerar a responsabilidade. O vício de qualidade do produto está consubstanciado no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor definindo-o como aquele que, dentre outra características não oferece a segurança que dele poderia esperar consumidor, lhe diminua o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade entre a mensagem publicitária e o que foi efetivamente encontrado pelo consumidor. O legislador então confere um prazo para o fornecedor sanar o vício e este é de trinta dias e em não ocorrendo oferece ao consumidor um leque de opções que seria a substituição por outro produto da mesma espécie, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Deve ser destacado ainda que o produto tem que oferecer a segurança que dele se espera observando-se o uso e os riscos que dele se originam. No caso em tela, a defesa processual da primeira apelante assumiu o vício de qualidade do produto, contudo, tentou remeter a responsabilidade para o fabricante confundindo a defesa do vício do produto do artigo 18 da lei 8078/90 com a do fato do produto do art. 12 do mesmo diploma legal. O que diferencia o fato do produto do vício do produto é que no primeiro ocorre um defeito do produto que se exterioriza para a sociedade gerando um acidente de consumo atingindo o consumidor em sua incolumidade física, psíquica ou econômica e no segundo o vício continua insito no produto, ou seja, não gera um acidente de consumo sendo conseqüentemente somente um vício de qualidade ou de quantidade. Esta é a hipótese do presente processo e por isso o legislador previu a responsabilidade solidária de todos os membros da cadeia de consumo no vício do produto sem excetuar a figura do comerciante como nos casos de acidente de consumo. O que deve ser ressaltado neste processo é a lição que a jurista Cláudia Lima Marques fala em seu livro ao tratar do princípio da proteção da confiança que o produto despertou legitimamente no consumidor graças a uma estratégia de venda que o indicava como reconhecido na contestação como apto a ser consumido no mercado de consumo. Este dever de qualidade quando frustra a expectativa do consumidor merece reparação através da competente ação de responsabilidade civil. Diz a professora Cláudia Lima Marques: A imposição deste novo dever legal tem seus limites definidos no CDC, o dever de qualidade liga-se ao princípio da proteção da confiança esta depositada pelo consumidor no resultado da atividade produtora do fornecedor, por seu produto ou serviço, como duas facetas da

¹¹⁵ RIO DE JANEIRO. TJ, Sexta Câmara Cível, Proc 2008.001.44873, Apelação Cível, Des. Wagner Cinelli, Julgamento 23.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 20 out 2008.

¹¹⁶ RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Nona Câmara Cível, Proc 2008.001.47789, Apelação Cível, Des. Marília de Castro Neves, Julgamento 23.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 20 out 2008.

mesma realidade. Outro aspecto que deve ser destacado é que a responsabilidade objetiva do fornecedor acarreta o que os doutrinadores chamam de inversão do ônus da prova ope legis, ou seja, independentemente de decisão neste sentido o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto com vício de qualidade no mercado ou que sanou o vício dentro do prazo que a legislação lhe confere. A devolução do valor pago pelo consumidor, portanto, não merece qualquer reparo. Quanto ao dano moral fixado em R\$ 3.000,00 e combatido na primeira apelação por não se materializar qualquer ofensa a dignidade da autora apelada deve ser mantido. Aqui o dano moral está diretamente ligado ao vício do produto e vai ser quantificado ou não de acordo com a agilidade do fornecedor em reparar o vício de qualidade o que foi efetivamente demonstrado pela doura sentenciante ao dizer que o dano moral extrapolou as divisas do mero aborrecimento diante da falta de atuação hábil para sanar o defeito devendo responder por tal conduta até porque um refrigerador se trata de um bem de primeira necessidade. O dano moral - extra rem existe de per si, desvincula-se do vício redibitório, guardando com ele apenas vínculo indireto e é o fornecedor o seu fato gerador. Diante disso voto no sentido de conhecer do primeiro recurso, mas negar-lhe provimento para manter a sentença tal como lançada. A segunda Apelação de Nair Gomes Chagas autora da demanda é tão somente para majorar o dano moral fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais) para R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais). Também esta apelação não merece provimento visto que sentença aplicou corretamente a chamada lógica do razoável privilegiando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Diante disso voto no sentido de conhecer de ambos os recursos, mas negar-lhes provimento para manter a sentença tal como lançada. Conheço, portanto, ambos os recursos e nego provimento aos dois.¹¹⁷

O descaso com os direitos de personalidade do consumidor, muitas vezes envolvendo serviços de assistência técnica e pós-venda, pode gerar a reparação por danos morais, porém, fora do sistema da responsabilidade por vício do produto.

4.4 Dano extrapatrimonial pelo vício do serviço

Os vícios de qualidade podem afetar o serviço resultando em sua diminuição de valor ou impropriedade para o consumo. É considerado vício de quantidade a disparidade entre o divulgado em oferta ou publicidade e o que realmente é colocado à disposição do consumidor. De acordo com o artigo 20, § 2º, do CDC, configura-se o vício quando o serviço não está adequado dentro do que razoavelmente se espera ou quando não atende normas regulamentares.

Destaca o desembargador Sérgio Cavalieri Filho que:

Tal como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço, o número de casos de vício do serviço é muito superior ao do vício do produto; o campo de incidência daquele é

¹¹⁷ RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Terceira Câmara Cível, Proc 2008.001.36173, Apelação Cível, Des. Rossidilio Lopes da Fonte, Julgamento 06.08.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 21 out 2008.

bem mais amplo: serviços públicos (luz, telefonia, gás), serviços profissionais de todo gênero, serviços bancários, financeiros, securitários, médico-hospitalares, transportes, estacionamentos, etc. Basta abrir diariamente os jornais, nas colunas ou páginas que tratam da defesa do consumidor, para termos uma visão da quantidade e variedade de casos relacionados com vício do serviço.¹¹⁸

Embora de incidência mais comum, existem poucos casos de reparação por dano extrapatrimonial pelo vício do serviço, como no exemplo abaixo:

Apelante que estava matriculada em pré-vestibular, freqüentando as aulas, quando o curso fechou as portas. Os alunos não foram previamente avisados, nem sequer remanejados para outra instituição de ensino. Considerando-se a natureza consumerista da relação jurídica mantida entre as partes, ficou caracterizado o vício de qualidade na prestação do serviço, impondo-se a aplicação do art. 20, II do CDC. Danos materiais e morais devidamente comprovados. Quantum indenizatório que foi arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Honorários advocatícios que não foram arbitrados em percentual excessivo, considerando-se os critérios estabelecidos nas alíneas a, b, e c do § 3º do art. 20 do CPC, e principalmente o valor da condenação, devendo ser mantidos. DESPROVIMENTO DO RECURSO.¹¹⁹

Por sua natureza, é mais freqüente a ocorrência de reparação por danos extrapatrimoniais nos defeitos do serviço, como nas seguintes situações:

4.4.1 Bancos e instituições financeiras

Após mais de uma década de controvérsias quanto à aplicação das normas do CDC às instituições bancárias, financeiras e de crédito, o STF, em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade realizado em 7 de junho de 2006, decidiu que são aplicáveis aos bancos, sem nenhuma restrição, as regras da lei consumerista. A matéria também é sumulada pelo STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”¹²⁰

A responsabilidade objetiva do banco compreende o dever de segurança e de qualidade na prestação de serviços, tanto para os clientes como para terceiros. No aspecto da segurança, os casos mais comuns de reparação por dano moral referem-se à retenção em porta giratória, equipamento essencial que deve ser usado dentro dos critérios de razoabilidade para não expor os usuários a situações vexatórias. O dano moral não se caracteriza pelo simples bloqueio de acesso à agência e sim pelos desdobramentos que extrapolam as medidas preventivas e se tornam fonte

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 485 e 486.

¹¹⁹ RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Oitava Câmara Cível, Proc 2008.001.44855, Apelação Cível, Des. Célia Meliga Pessoa, Julgamento 23.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 22 out 2008.

¹²⁰ MELO, Nehemias Domingos. Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 121.

de humilhação e constrangimento. O dever de segurança não pode exceder os limites de urbanidade e respeito aos direitos personalíssimos dos clientes. Verificam-se na jurisprudência:

Ação Indenizatória. Porta giratória de Banco. Autor que ao ingressar na agência, foi barrado na porta giratória, passando a sofrer constrangimento segundo a narrativa da inicial. Argola de aço na bolsa portada pelo autor, responsável pelo travamento da porta giratória. Alegação de ter ocorrido danos imateriais de forma a ensejar indenização. Sentença que acolheu o pedido. Inconformismo do autor com o valor fixado como indenização e irresignação do Banco com a condenação advinda em razão daquilo que alega ser, exercício de um direito. Demanda que se subsume aos ditames do CDCON. Razões recursais do Banco que são acolhidas, haja vista se tratar realmente de exercício regular de direito que rechaça a ilicitude da conduta, descaracterizando a responsabilidade civil, uma vez que não restou evidenciado nenhum abuso. Prova oral colhida que não foi suficiente a corroborar eventual excesso quando do exercício do direito, tampouco tratamento discriminatório. Ausente além da ilicitude, o próprio dano moral, já que a situação não ultrapassou o que se tolera razoavelmente pela vida em sociedade. Situações corriqueiras e cotidianas a que todos estão submetidos, que não ensejam reparação por dano moral. Questão amplamente debatida nas Câmaras Cíveis, inclusive perante a Décima Terceira Câmara Cível, o que autoriza o exame e decisão pela Relatoria, nos termos do art. 557, § 1º do CPC, razão pela qual DOU PROVIMENTO AO RECURSO interposto pelo apelante 2, BANCO ABN AMRO REAL S/A (réu), para reconhecer que não houve abuso quando do exercício do direito, reformando na íntegra a sentença recorrida, invertendo os ônus sucumbenciais, com observância da gratuidade de justiça deferida ao autor.¹²¹

O dano moral se configura pelo tratamento desrespeitoso dispensado ao usuário-consumidor que fica retido em porta giratória.

No aspecto da qualidade na prestação do serviço, o dano moral se configura quando as instituições financeiras excedem os limites do exercício regular de um direito ingressando no campo do ilícito. Os exemplos mais comuns são: a inclusão indevida em banco de dados de serviços de proteção ao crédito, a cobrança de dívida já paga, o pagamento de cheque falso, a devolução indevida de cheque, os saques com cartão magnético clonado ou roubado, a abertura de contas com documentos falsificados, falha no processamento de depósito em caixas eletrônicos. Alguns casos da jurisprudência se destacam:

1. Havendo quitação da dívida oriunda de empréstimo bancário com o objetivo de aumentar a margem consignável do salário do consumidor, almejando a celebração de outro contrato, configuram-se como indevidos os descontos e cobranças de parcelas que foram abrangidas pelo cálculo da quitação anterior.
2. Devolução em dobro que se impõe, com aplicação do disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, não se caracterizando hipótese de engano justificável.
3. O débito indevido das parcelas quitadas anteriormente no contracheque do consumidor restringiu seu orçamento doméstico e seu sustento, o que ultrapassa o simples aborrecimento e caracteriza dano moral.
4. Valor fixado a título de danos morais em atenção aos princípios da proporcionalidade e da lógica razoável.
5. Desprovimento do recurso.¹²²

¹²¹ RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Terceira Câmara Cível. Apelação 2008.001.07701, Des. Sirley Abreu Biondi, Julgamento em 10.03.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 12 out 2008.

Ação de indenização por dano moral decorrente de compensação de cheque em conta corrente encerrada e cuja emissão não foi reconhecida pela ex-correntista o que acarretou a inclusão do seu nome nos cadastros restritivos. Procedência parcial do pedido determinando a exclusão do nome da Autora dos cadastros restritivos de crédito além da declaração de que a tarifa referente à devolução do cheque é indevida, reconhecida a sucumbência recíproca. Apelação da Autora. Falha na prestação de serviço. Inexistência de prova de quaisquer das excludentes de responsabilidade previstas no art. 14, § 3º da Lei 8.078/90. Dever de indenizar. Devolução de cheque que ensejou a negativação do nome da Autora. Dano moral configurado. Quantum indenizatório fixado em R\$ 3.000,00, observados critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Indenização que deve ser corrigida monetariamente a contar do acórdão e acrescida de juros de mora a partir da citação. Ônus da sucumbência que devem ser impostos ao Réu. Provimento da apelação.¹²³

O Autor teve sua conta bancária acessada e movimentada por terceiros, os quais lograram realizar, sem qualquer autorização, saque em caixa eletrônico, fato que ensejou ao correntista o desequilíbrio de seu saldo bancário e a falta de provisão de fundos para a cobertura de seus débitos ordinários. No caso, restou caracterizada inegável hipótese de fortuito interno, ou seja, de falha inerente à prestação do serviço, a qual, por conseguinte, não é capaz de elidir ou afastar a responsabilidade civil objetiva que recai sobre os prestadores de serviços (verbete sumular nº 94, TJERJ). Como cediço, a indenização por danos morais deve ser fixada com razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, a fim de que a verba arbitrada represente valor satisfatório à reparação do dano causado, porém, sem que caracterize o enriquecimento sem causa do ofendido. Na espécie, afigurou-se justa e suficiente a quantia arbitrada pelo juízo a quo, sendo o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) absolutamente adequado, razoável e proporcional diante das peculiaridades do caso concreto, sobretudo antes os desdobramentos lesivos ensejados ao consumidor. Desta feita, merece ser integralmente mantida a sentença monocrática, por seus próprios e judiciosos fundamentos, negando-se provimento ao apelo interposto pelo Banco sucumbente.¹²⁴

A negligência na prestação de serviços pelo banco pode causar ao cliente dissabores e constrangimentos como, por exemplo, a inclusão de seu nome em cadastros de proteção ou restrição de crédito, em conseqüência, o cidadão lesado pode pleitear indenização por danos extrapatrimoniais.

4.4.2 Operadoras de cartão de crédito

O cartão de crédito pode ser causador de situações constrangedoras para o consumidor nas hipóteses de furto ou extravio, cancelamento ou bloqueio sem autorização e remessa sem solicitação. Aqui também, o que configura o dano moral é a negligência na prestação do serviço pelas administradoras e a falta de respeito pelos direitos básicos do consumidor.

¹²² RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Sétima Câmara Cível, Apelação 2008.001.35745, Des. Elton Leme, Julgamento em 06.08.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 12 out 2008.

¹²³ RIO DE JANEIRO. TJ, Oitava Câmara Cível, Apelação 2008.001.39002, Des. Ana Maria Oliveira, Julgamento em 16.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 12 out 2008.

¹²⁴ RIO DE JANEIRO. TJ, Segunda Câmara Cível, Apelação 2008.001.49009, Des. Elisabete Filizzola, Julgamento em 09.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 12 out 2008.

Quando o consumidor comunica a administradora o furto ou extravio do cartão, a mesma passa a ter responsabilidade pelo seu uso indevido. Antes da comunicação, a responsabilidade pelas despesas eventualmente realizadas é do titular do cartão. Assim é o entendimento dos tribunais: “Em caso de furto de cartão de crédito, é válida a cláusula contratual que estabelece ser o titular o responsável pela compras efetuadas, até a comunicação do fato à administradora.”¹²⁵

O bloqueio ou cancelamento do cartão nos casos em que o cliente encontra-se adimplente configura o dano moral pela falta de transparência e boa-fé na prestação do serviço. De acordo com a jurisprudência:

O cancelamento ou bloqueio indevido de cartão de crédito, sem que tenha sido precedido da devida comunicação, dá ensejo à indenização por dano moral porque causa constrangimento ao consumidor, face a impossibilidade de concretização das compras pretendidas, e por frustrar a legítima expectativa criada quando da contratação dos serviços oferecidos pela administradora.¹²⁶

As operadoras que remetem cartões de crédito sem solicitação realizam prática abusiva descrita no CDC, artigo 39, “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; (...)”¹²⁷ Ainda, as operadoras não podem cobrar qualquer taxa ou anuidade visto que o fato descrito se amolda ao parágrafo único do artigo em comento: “Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.”¹²⁸

Por fim, quando as administradoras colhem os dados do consumidor para a confecção e remessa de cartão de crédito também praticam a violação da privacidade do cidadão. Alguns casos que se destacam na jurisprudência:

Apelação cível. Indenizatória. Danos Morais. CDC. Cartão de Crédito Bloqueado Indevidamente. Ausência de comunicação prévia. Sentença Julgando Procedente o pedido, condenando a Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 4.000,00. Recursos conhecidos e não providos.¹²⁹

Ação indenizatória ajuizada com o objetivo de ver reconhecida a responsabilidade civil do banco réu pela remessa não solicitada de cartão de crédito e cobrança indevida de

¹²⁵ SÃO PAULO. 1º TACSP, Ap. 833.357-1, 1ª C., j. 18.3.2002, Rel. Juiz Ciro Bonilha, RT, 802/232. apud MELO, Nehemias Domingos. Op. Cit. p. 175.

¹²⁶ MINAS GERAIS. TAMG, Ap 0409747-2 (85077), Belo Horizonte, 7ª C. Civ., 0409747-2 (85077), Belo Horizonte, 7ª C. Civ., Rel. Juiz D. Viçoso Rodrigues, j. 4.12.2003. apud MELO, Nehemias Domingos. Op. cit. p. 180.

¹²⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit. p. 512.

¹²⁸ Ibid. p. 513.

¹²⁹ RIO DE JANEIRO. TJ, Sexta Câmara Cível, Apelação 2008.001.06549, Des. Gilberto Rego, Julgamento em 09.04.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 13 out 2008.

valores a ele referentes. Pretensão de ver cancelado o cartão, declarada a inexistência do débito e ressarcido o dano moral. Sentença de parcial procedência que deixou de acolher o pedido de indenização por dano moral. Apelação da Autora. Relação de consumo. Presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil objetiva, evidenciados na prática de conduta vedada pelo art. 39, III, do C.D.C. e pela cobrança indevida de valores que só não foi a causa suficiente da inscrição do nome da Apelante em cadastro desabonador por se tratar de cidadã consciente de seus direitos e que tomou as medidas preventivas cabíveis, acionando o Poder Judiciário para evitar maiores danos à sua esfera jurídica. Verba reparatória que se arbitra em R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), acrescidos de correção monetária a partir da data desta decisão e juros moratórios a partir da data da citação. Ônus sucumbenciais a serem suportados pelo Apelado, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação. Recurso ao qual se dá provimento.¹³⁰

As operadoras de cartões de crédito são responsáveis pela qualidade do serviço prestado assim como pelos excessos cometidos em desfavor do consumidor.

4.4.3 Planos de saúde

Os contratos de planos de saúde e a prestação de serviços por eles estabelecida estão submetidos às normas do CDC. Cláudia Lima Marques destaca ainda que:

Da relação contratual estabelecida entre a operadora e seus associados surge uma obrigação de resultado, devendo o serviço possuir a qualidade e adequação impostas face a nova doutrina contratual. Por esse contrato a operadora se obriga a prestar serviços médicos, reembolsar quantias, fornecer exames, alimentação, medicamentos e internações, independentemente de o consumidor se curar ou não.¹³¹

Nesta prestação de serviço pode ocorrer dano extrapatrimonial por negativa de autorização para internação ou tratamento. Existem três posicionamentos doutrinários que tratam a questão. O primeiro diz que não cabe dano moral pois a hipótese seria de mero inadimplemento contratual que geraria apenas indenização por dano material. O segundo, do professor Yussef Said Cahali, para quem:

A reparação por dano moral só se justifica se ficar evidenciado que a seguradora agiu com manobras protelatórias, com o uso abusivo do direito ou de má-fé, sendo que o paciente deverá provar de forma cabal que a conduta da seguradora lhe impingiu sofrimento, angústia ou mesmo aflição.¹³²

O terceiro é de que a negativa de autorização para internação ou tratamento tem reflexos de natureza extrapatrimonial por levar o consumidor a uma situação de frustração e ansiedade. O STJ, em julgamento, já se manifestou através do voto do Ministro Fernando Gonçalves:

¹³⁰ RIO DE JANEIRO. TJ, Oitava Câmara Cível, Apelação 2008.001.28532, Des. Orlando Secco, Julgamento em 01.07.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 13 out 2008.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 125. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 215.

¹³² CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 584.

Os danos morais não decorrem do simples inadimplemento contratual, mas da própria situação vexatória (*in re ipsa*) criada pela conduta da seguradora, marcada pelo descaso e pelo desprezo em, no momento que a segurada mais precisava, omitir-se em providenciar o atendimento por médico de seus quadros e autorizar a necessária cirurgia, preferindo, em vez disso, deixar a doente sofrendo dores insuportáveis em uma emergência de hospital, tendo a associada de submeter-se ao tratamento cirúrgico em hospital público, quando tinha direito líquido e certo de ser atendida na rede conveniada.¹³³

Também pode ocorrer o dano extrapatrimonial pela limitação temporal da internação, matéria que se encontra sumulada pelo STJ: “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado” (súmula 302), e pela negativa de atendimento sob alegação de doença preexistente. Da extensa jurisprudência sobre o tema destaca-se:

Ação de condenação em obrigação de fazer (fornecimento de produto para cirurgia) cumulada com pedido de indenização por danos morais, com pleito de antecipação de tutela. Agravo retido em face da decisão concessiva da antecipação da tutela. Sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos, tornando definitiva a decisão que antecipou os efeitos da tutela de mérito, e condenando a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a quantia de R\$ 7.000,00, que deverá ser corrigida monetariamente e acrescida de juros legais, a partir do trânsito em julgado. Condenou ainda a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Apelação da ré. Recurso que não merece prosperar. Sendo o produto utilizado quando da realização do ato cirúrgico, é obrigação do plano de saúde fornecê-lo. Inteligência do art. 12 L. 9656/98. A injustificada recusa do plano em autorizar produto a paciente de 68 anos portador de doença óssea, às vésperas do ato cirúrgico, causa danos morais. Verba indenizatória - R\$ 7.000,00 que não merece redução. Agravo retido a que não se conhece, desprovendo-se a apelação.¹³⁴

Não pode a prestadora de serviços de saúde recusar a autorização para procedimento de internação e cirurgia, sob o fundamento da ainda não ter sido cumprido o período de carência, que se mostra irrelevante, quando evidenciado o caráter de urgência da medida, decorrente de gestação de alto risco, conforme laudo médico.¹³⁵

Depreende-se que nas situações em que ocorre prejuízo ao usuário-consumidor, pela expectativa de tratamento ou de restabelecimento da saúde, também existe a possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais.

4.4.4 Supermercados e shoppings centers

Os estabelecimentos comerciais também têm o dever de segurança e de qualidade na prestação de serviços aos clientes. Nas ocorrências que ensejam reparação por dano moral são

¹³³ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 217.

¹³⁴ RIO DE JANEIRO. TJ, Quarta Câmara Cível, Apelação 2008.001.46622, Des. Horácio Marcos S. Ribeiro Neto, Julgamento em 07.10.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 14 out 2008.

¹³⁵ MATO GROSSO DO SUL. TJ, ACO 2004.011433-8/0000-00 – Campo Grande, 4ª T. Civ., Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 5.9.2006. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 222.

comuns os casos de falsa acusação por furto, disparo de alarme antifurto e falhas no dever de segurança. Quando o cliente passa por uma situação constrangedora ou por um dissabor que extrapola os limites do razoável o fornecedor será responsabilizado. A jurisprudência atual tem os precedentes:

Indenizatória. Disparo de alarme antifurto na saída de supermercado. Mercadoria paga e cuja nota fiscal foi exibida pela consumidora. Constrangimento ilegal. Procedência parcial do pedido, com a fixação do dano moral no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Inconformismo da empresa ré. Entendimento desta Relatora no sentido de ratificar a culpa da empresa ré, ante a desídia em atender a regra do artigo 333, II, do CPC. Ausência de exibição das imagens do circuito interno de vigilância. Aliado a isto, a testemunha da ré afirmou em seu depoimento de fls.95, . que às vezes o alarme da loja apresenta defeito. Falha mecânica que desautoriza a abordagem vexatória. No que tange à compensação da dor subjetiva, este Colegiado firmou o posicionamento de que o valor justo e correto é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos casos de inscrição indevida em cadastro de devedores, bem como de constrangimentos ilegais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 710.876/RJ, REsp 327679/SP e REsp 552381/MG. Correção de ofício da sentença, para acrescentar sucumbência recíproca, prevista no artigo 21, do CPC. PROVIMENTO DO RECURSO, para reduzir o dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tendo em vista estar parte da sentença manifestamente em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC.¹³⁶

Arrombamento de veículo e furto de cd-player no estacionamento de supermercado. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. Enunciado 130 do verbete de súmula do Superior Tribunal de Justiça. Solidariedade entre supermercado e empresa administradora do estacionamento. Dano moral devidamente configurado com majoração em observância aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso desprovido.¹³⁷

Acidente em interior de centro comercial. Teto de gesso que se desprende e cai sobre usuária do shopping. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas requeridas que se mostram desnecessárias. Imprevisibilidade do acidente que não afasta a responsabilidade do prestador de serviço. Dano e nexos causais configurados. Dano moral que exige indenização. No caso concreto, como bem asseverou o julgador monocrático, as lesões sofridas foram de natureza leve. Na mesma direção, verifica-se desnecessária a diminuição da punição educativa imposta à apelante, que demonstrou conduta irrepreensível no trato da vítima após a ocorrência danosa. Indenização já fixada em valor condizente com tais circunstâncias. APELO IMPROVIDO.¹³⁸

Os exemplos confirmam a predominância dos defeitos do serviço em relação aos vícios do serviço.

¹³⁶ RIO DE JANEIRO. TJ, Vigésima Câmara Cível, Apelação 2008.001.30179, Des. Conceição Mousnier, Julgamento em 20.08.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 21 out 2008.

¹³⁷ RIO DE JANEIRO. TJ, Vigésima Câmara Cível, Apelação 2008.001.30185, Des. Marco Antonio Ibrahim, Julgamento em 10.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 21 out 2008.

¹³⁸ RIO DE JANEIRO. TJ, Décima Quinta Câmara Cível, Apelação 2008.001.39371, Des. Celso Ferreira Filho, Julgamento em 16.09.2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 21 out 2008.

4.5 Dano extrapatrimonial e juizado especial cível

Os Juizados Especiais Cíveis (JEC) são competentes para conciliação, instrução e julgamento das ações de indenização por danos extrapatrimoniais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo. A competência também se estende para a execução da sanção pecuniária contida nas sentenças condenatórias por eles proferidas. A Lei nº 9.099/95, que criou os juizados, tinha por objetivo a rapidez e eficiência na tutela jurisdicional nas causas cíveis de menor complexidade.

Esta pretensa celeridade aliada à irresponsabilidade processual face à eventual sucumbência e a isenção de qualquer pena decorrente, nos termos da Lei em seu artigo 55 “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé (...)”¹³⁹, transformou os JEC no principal caminho para solucionar as causas que envolvem ressarcimento de danos extrapatrimoniais.

O incremento na quantidade de ações com esse tipo de pedido fez surgir o questionamento sobre a existência de uma *indústria indenizatória do dano moral*, também chamada por alguns juízes como *tese generosa do dano moral*. Na verdade, o aumento de demandas é conseqüência do despertar de cidadania da população brasileira, através da consciência de seus direitos, e pela incidência, cada vez maior, da violação da intimidade das pessoas, principalmente pela impessoalidade das relações negociais.¹⁴⁰

O número de processos relativos à matéria que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça aumentou quase sete vezes entre 2001 e 2005. A multiplicação é por 500 (quinhentos) caso a comparação seja feita com o início da década de 90. Segundo o entendimento do Juiz Alceu Torres Júnior, da 4ª Vara de Fernandópolis, São Paulo: “o crescimento das ações por danos morais é uma tendência natural, evidentemente, existem alguns abusos nos pedidos por danos morais, mas cabe à Justiça identificá-los.”¹⁴¹

Outro argumento foi levantado pelo desembargador Araken de Assis:

Considere-se também o fato de que historicamente, pelo menos no Brasil, nunca se deu muita importância aos valores atinentes ao patrimônio moral de indivíduo. Sempre atribuímos mais valor às coisas materiais do que à pessoa ou ao espírito. Não se

¹³⁹ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal, São Paulo: Saraiva. 2007. p. 1156.

¹⁴⁰ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 281.

¹⁴¹ JÚNIOR, Helder. *A indústria do dano moral* In Revista Visão Jurídica, São Paulo, Editora Mercado Editorial. nº 23. p. 52. 2008.

indenizam com tanta freqüência, por exemplo, as ofensas pessoais ou espirituais que possam ter atingido o cidadão, no entanto, indenizam-se os danos materiais decorrentes de qualquer fato. Quer dizer, uma bicicleta, um automóvel e tantos outros bens materiais têm mais valor que a honra, a imagem, a privacidade e a boa fama do cidadão.
¹⁴²

Face o exposto, pode-se concluir que as inúmeras demandas propostas com o pedido de ressarcimento de dano extrapatrimonial estão inseridas em um processo de amadurecimento democrático em que o cidadão tem reconhecido seus direitos.

5. CONCLUSÃO

Tratou-se de discutir a possibilidade da configuração do dano extrapatrimonial nos casos de vício do produto ou serviço bem como os critérios utilizados para sua reparação. As principais assertivas, de caráter conclusivo, estruturadas com base na análise das questões controvertidas acerca do tema, seguem abaixo de forma reduzida.

O CDC não define relação de consumo mas conceitua os elementos subjetivos e objetivos desta relação jurídica. A doutrina define a relação de consumo *stricto sensu* como a que decorre de um contrato ou vínculo obrigacional e a relação de consumo em sentido amplo como a que decorre de um *contato jurídico* entre fornecedor e consumidor (consumidor em potencial). Também integra a relação de consumo o fornecedor mediato ou indireto, que não se relacionou diretamente com o consumidor.

O sistema de responsabilidade civil do fornecedor é objetiva e divide-se em dois regimes: a responsabilidade pelo vício e a responsabilidade pelo fato. Considera-se vício o que afeta a

¹⁴² ASSIS, Araken de . *Indenização do dano moral* In Revista Jurídica. nº 236. p. 5. apud MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 283.

função econômica do produto ou serviço e pode gerar dano patrimonial. O fato (defeito) afeta o aspecto da segurança do produto ou serviço e pode gerar dano patrimonial e extrapatrimonial para o consumidor e terceiros.

Na responsabilidade pelo vício do produto vigora a regra da solidariedade de todos os fornecedores que integram a cadeia econômica, enquanto na responsabilidade pelo fato do produto, a regra da responsabilidade direta do fornecedor (mediato ou indireto).

Na responsabilidade pelo vício do serviço vigora a regra da responsabilidade direta do fornecedor de serviços, que poderá ser solidária no caso da participação de mais de um fornecedor para o evento danoso, já na responsabilidade pelo fato do serviço, a regra da responsabilidade direta do prestador da atividade.

Quanto as excludentes de responsabilidade, apesar de definidas *numerus clausus* no Código, entende-se que pode ser admitida, como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor, a culpa concorrente do consumidor. Como o Código não adotou a teoria do risco integral, o caso fortuito pode ser admitido desde que o fato não guarde nenhuma relação com a atividade do fornecedor.

A reparação do dano extrapatrimonial foi garantida pela Constituição Federal e pelo CDC, que abrigou o princípio da *restitutio in integrum*, não fazendo distinção entre dano patrimonial ou extrapatrimonial. No âmbito das relações de consumo, as violações aos direitos da personalidade do cidadão-consumidor podem ensejar o dano extrapatrimonial.

A reparação do dano extrapatrimonial deve ter a tríplice função: compensatória, sancionadora e pedagógica. No aspecto da quantificação, em obediência ao mandamento constitucional, não é possível a qualquer forma de tarifação, sendo estabelecido o *quantum debeatur* de acordo com o prudente arbítrio do Juiz.

A responsabilidade dos fornecedores tem como fundamento a *teoria da qualidade*, dever de qualidade dos produtos colocados no mercado e dos serviços prestados. Para a proteção do consumidor contra a frustração das expectativas de consumo o Código prevê, nos artigos 18 e 20, o regime da responsabilidade pelos vícios. Neste, o equilíbrio da relação de consumo é alcançado através da escolha do consumidor entre as alternativas de substituição ou refazimento, abatimento ou restituição do preço com a resolução do contrato.

O não cumprimento das alternativas no prazo legal poderá ensejar repercussão patrimonial sempre que houver prejuízo de qualquer natureza para o consumidor. Neste caso, a indenização do prejuízo tem por fim reparar o equilíbrio patrimonial quebrado pelo dano decorrente do inadimplemento das alternativas e não pela existência do vício em si. Desta forma, a ocorrência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial estaria fora do regime de responsabilidade por vícios.

Quando o vício gera lesão extrapatrimonial para o consumidor verifica-se uma impropriedade que extrapola o âmbito da funcionalidade do produto ou serviço, ensejando o tratamento no regime de responsabilidade pelo defeito, com a aplicação das regras dos artigos 12 e 14 do CDC.

A jurisprudência sobre o tema revela que nos casos de vício do produto ou serviço, ora o dano extrapatrimonial é concedido no regime de responsabilidade dos artigos 18 ou 20, ora é concedido no regime de responsabilidade dos artigos 12 ou 14. Esta diferença de tratamento tem repercussão na execução, porque para a responsabilidade por vício vigora a regra da solidariedade de todos os fornecedores que integram a cadeia econômica.

A atuação dos Juizados Especiais Cíveis é fundamental como instrumento de efetivação dos direitos do consumidor. O aspecto quantitativo das demandas deve-se a consolidação do processo democrático com o reconhecimento da cidadania plena.

Após a análise dos aspectos doutrinários e jurisprudenciais, conclui-se que não cabe reparação por dano extrapatrimonial nos casos de vício do produto ou serviço.

Ressalte-se, porém, que a conclusão reflete o entendimento do monografista, não se constituindo em verdade absoluta, porque esta não é encontrada, de forma geral, no estudo do Direito, ciência “não exata” sempre sujeita a divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Face o exposto, resta a certeza de que o tema não se esgota aqui. Por sua importância as discussões permanecerão, contribuindo para uma possível uniformização de entendimentos e para o aprimoramento do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios do produto no Código de Defesa do Consumidor.** In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 2. s/d.

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito de dano moral.** Revista da EMERJ. v.6. nº 24. 2003.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. **A defesa do consumidor em juízo.** In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v.5. janeiro/março – 1993.

BERTI, Silma Mendes. **O Código de Defesa do Consumidor e a proteção dos direitos da personalidade.** In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 23-24. julho/dezembro – 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo.** In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 22. abril/junho – 1997.

_____. **Reparação civil por danos morais.** 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BITTAR, Eduardo. **Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações.** Revista de Direito do Consumidor 33, São Paulo: RT, jan-mar, 2000.

BOLSON, Simone Hegele. **Direito do consumidor e dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério. **Questões controvertidas no código de defesa de consumidor: principiologia, conceitos e contratos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. **Constituição (1988).** Promulgada em 5 de outubro de 1988. 40. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULGARELLI, Waldírio. **Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 1993.

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

CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e Cidadãos.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

CARIGÉ, W. A. **Dicionário de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1999.

- CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- DENARI, Zelmo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. v.7,1998.
- _____. **A responsabilidade civil por dano moral**. In: Revista Literária de Direito. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. n.9. janeiro/fevereiro, 1996.
- EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Trad. de Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1988.
- FARIA, José Eduardo (organizador). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación económica del dano**. Proceso de consumo, ahorro y generación de riqueza. Reparación em dinero. Renta. Lesiones. Valor da vida humana. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.
- GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou serviço: acidentes de consumo**. Revista de Direito do Consumidor nº 35. Jul-Set 2000.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- HORCAIO, Ivan. **Dicionário jurídico referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.
- KENNEDY, Paul. **Ascensão e queda das grandes potências**. Rio de Janeiro: Campus,1989.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v.16. Outubro/dezembro – 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 5.ed. ver. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PORTANOVA, Ruy. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

QUEIRÓZ, Odete Novaes Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço: Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11/09/1990**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Dano moral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

RODRIGUES, Sílvio. **Curso de direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1993, vol.4.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; SAAD, Ana Maria C. Branco. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SALDANHA, Heron José. **Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Antônio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Lejus, 1999.

SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antônio. **Obrigações: abordagem didática**. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3.ed. (histórica). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

WERNER, JOSÉ GUILHERME VASI. **Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. nº 58. 2006. p. 98 a 115.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REFERÊNCIAS NA INTERNET

<<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em 12, 13, 14, 20, 21, 22 out 2008.

<<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 18 out 2008.

<<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em 27 set 2008.