

O DANO MORAL *IN RE IPSA* NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: OS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO E A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Adrieno Reginaldo Silva¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que o reconhecimento do dano moral presumido ou *in re ipsa* pelo Poder Judiciário e a facilidade do acesso à justiça não têm o condão de modelar de imediato o comportamento no sentido de promoção de práticas inibidoras ou atenuadores da repetição de atos ilícitos que afrontam a relação consumerista. Apesar da evolução do conceito de dano moral como um direito da personalidade, até o seu reconhecimento, o que foi reforçado a partir da promulgação da Constituição de 1988, observa-se uma diluição do *quantum* indenizatório no reconhecimento ao dano, em face do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa e as condições socioeconômicas das partes litigantes. O estudo mostra, por meio da revisão bibliográfica, que ainda é preciso evoluir nesse sentido para o fim último de garantir a efetiva proteção do consumidor propugnada pelo código que leva o seu nome e está garantido constitucionalmente.

Palavras-Chave: Relação de consumo. Dano moral presumido. Vulnerabilidade. Quantificação. Critérios.

MORAL DAMAGE *IN RE IPSA* IN CONSUMER

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub; graduado em Engenharia de Computação, Engenharia Elétrica/Telecomunicações e em Direito, pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); pós-graduado em Engenharia de Segurança do Trabalho, pela Universidade Cândido Mendes, em Contabilidade Governamental, pela Faculdade AVM, e em Engenharia de Energia, pela FEAD-MG.

RELATIONS: CRITERIA FOR DAMAGE QUANTIFICATION AND THE EFFECTIVENESS OF CONSUMER PROTECTION

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that the recognition of presumed or in re ipsa moral damage by the Judiciary and the ease of access to justice do not have the ability to immediately model behavior in order to promote inhibiting or attenuating practices of repetition of illicit acts that confront the consumer relationship. Despite the evolution of the concept of moral damage as a right of the personality, until its recognition, which was reinforced from the promulgation of the 1988 Constitution, there is a dilution of the quantum of damages in recognition of the damage, in view of the principle that prohibits unjust enrichment and the socioeconomic conditions of the disputing parties. The study shows, through the bibliographic review, that it is still necessary to evolve in this direction for the ultimate purpose of guaranteeing the effective protection of the consumer advocated by the code that bears his name and is constitutionally guaranteed.

Keywords: Consumer relationship. Presumed moral damage. Vulnerability. Quantification. Criteria.

1 INTRODUÇÃO



proteção do consumidor está disposta na Constituição como direito fundamental (art. 5º, XXXII, CRFB/88), em perfeita harmonia com competência concorrente atribuída à União e às unidades federativas para legislar sobre responsabilidade por danos causados ao consumidor (art. 24, VIII, CRFB/88). Tal preceito é reforçado pela ordem econômica que tem a defesa do consumidor como um dos seus princípios, que objetivam

proporcionar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, V, CRFB/88).

Essa proteção de índole constitucional está refletida na Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), instrumento jurídico que visa garantir e proporcionar a concretude desses direitos e constitui-se em um verdadeiro microssistema de proteção do consumidor, bem como ferramenta de estímulo ao exercício da cidadania, voltada para as relações jurídicas assentadas no mercado de consumo.

Esse microssistema, dentre vários outros direitos e mecanismos de proteção, reconhece como direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais”; bem como o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação desses danos (art. 6º, VI e VII, CDC).

A fonte de proteção basilar do CDC tem como pressuposto a vulnerabilidade do consumidor verificada na cadeia produtiva, cenário típico de uma sociedade massiva onde impera a assimetria nas relações travadas entre consumidores e fornecedores, de forma que estes estão, via de regra, em posição de superioridade comparativamente àqueles.

É justamente no contexto da vulnerabilidade, em face da proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao consumidor, que exsurge a análise do dano moral presumido, também chamado de dano moral *in re ipsa*, nas relações de consumo para saber se os critérios utilizados ou adotados para julgamento, quantitativos e qualitativos, atendem a finalidade buscada pela norma, qual seja, em derradeiro desiderato, moldar comportamentos, com vistas a conferir maior proteção do consumidor no mercado de consumo.

Para isso, serão analisados apenas os aspectos relativos ao dano moral, especialmente aqueles presumidos, bem como os critérios de qualificação e quantificação adotados pela doutrina e jurisprudência, e ainda as situações fáticas que ensejam o

pronto reconhecimento de danos dessa natureza.

Delineado esse panorama, é possível averiguar se há uma proliferação de tais institutos (demandas por dano moral *in re ipsa*) ou uma redução, de forma a constatar a efetividade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por meio de decisões judiciais que visam, acima de tudo, a proteção da parte mais vulnerável da relação consumerista.

Essa análise permite a adoção, por meio de políticas públicas, de instrumentos e mecanismos que busquem conferir maior proteção à harmonia nas relações de consumo, bem como o desejável equilíbrio material, que ordenamento busca suprir. Essas ações visam permitir que comportamentos sejam moldados e estabelecidos em proteção à parte mais vulnerável da relação, o que pode ser acompanhado pelo número de demandas judiciais que versem sobre o tema em comento.

Todo esse cenário perpassa mormente por questões jurídicas, aspectos culturais e comportamentais, que são os pressupostos-chave para uma boa relação pautada na ética, boa-fé e confiança. Por isso, a aplicação normativa a casos concretos nos meios judiciais tem, em princípio, potencial poder de estabelecer e moldar novos comportamentos e padrões, que podem ser verificados a partir das sanções aplicadas e a reiteração sistemática ou não dos ilícitos perpetrados.

Não se pode olvidar que a análise de casos concretos de forma genérica traz situações que são extremamente peculiares, mas é preciso ter como norte um ponto médio para que o presente assunto seja útil nas tomadas de decisão, em face do que será discutido ou debatido. Isso permite a adoção e direcionamento de políticas públicas de proteção do consumidor, bem como se traduz em oportunidades de aprendizagem e amadurecimento orgânico-institucional para os fornecedores, de forma a balizar os ditames previstos constitucionalmente, em prol de toda a sociedade e, especialmente, a harmonia, paz e respeito nas relações de consumo.

O método utilizado para o presente artigo foi a revisão bibliográfica com pesquisa em sítios oficiais, artigos científicos, livros e revistas especializadas. Não se adotou um marco teórico específico, mas um compêndio de obras e autores consagrados no tocante à análise do dano moral, especialmente nas relações consumeristas, de forma a dar um sentido lógico às balizas que dão norte à questão enfrentada neste trabalho.

Neste iter, é preciso ter em perspectiva que a proteção do consumidor, parte mais vulnerável no mercado de consumo, é medida de ordem constitucionalmente reconhecida e impõe juridicamente ao Estado e aos órgãos de proteção esse poder-dever de dar concretude a essa proteção almejada.

Nesse prisma, a Justiça no seu ideário de entregar a todos a dimensão e proporção certa daquilo que é justo, para o fim de dar resposta a uma solução minimamente pacificadora e, em tese, boa para todos os litigantes, adentra na diluição dos danos e a sua socialização como forma de proteção econômica, bem como para evitar o enriquecimento ilícito e ainda fazer a justiça no caso concreto ao aplicar critérios, quantitativos e qualitativos, que talvez não reflitam o fim colimado pela norma jurídica, muito menos tenha potencial para moldar comportamento, a depender da realidade econômico-financeira do ofensor.

Em tal cenário, as situações de assimetria podem até mesmo serem agravadas, o que faz alastrar situações de desequilíbrio, visto que alguns fornecedores detêm imenso poder econômico, sendo os custos das sanções judiciais menores que a adoção de providências para inibir as situações ilícitas ou danos injustos verificados. Significa dizer: os critérios de quantificação dos danos morais presumidos precisam de mecanismos que coíbam a reiteração de práticas observadas. A valoração e quantificação do dano moral presumido pode ser uma delas.

Para corroborar a tese acima estampada, o presente artigo conjuga três tópicos, quais sejam: a elasticidade do conceito de dano moral como instrumento de proteção do consumidor, que

evidencia a evolução do instituto para dar resposta jurídica às demandas consumeristas; o acesso facilitado à Justiça como mecanismo de defesa e proteção do consumidor, que dá ideia da pulverização do número de demandas judiciais e a busca de solução, o que sobrecarrega o Poder Judiciário; e a diluição do valor dos danos morais na proteção do consumidor, como resposta necessária à pretensão dos consumidores, tendo como contrapartida a diluição dos *quanta* indenizatórios (compensatório seria o termo mais apropriado), em face da proibição do enriquecimento sem causa e das condições socioeconômicas das partes litigantes.

Não se pretende esgotar o tema proposto, assaz contemporâneo e controverso, nas poucas laudas deste simples artigo, mas tão somente trazer a questão à tônica do debate para o fim de que o assunto seja enfrentado, inclusive pela Justiça, na busca de conferir efetividade na proteção do consumidor, bem como estabelecer e moldar novos comportamentos na sociedade de consumo.

2 A ELASTICIDADE DO CONCEITO DE DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

No campo da responsabilização civil, o reconhecimento do dano moral como instrumento de proteção do consumidor, como todo fato de natureza evolutiva da sociedade, perpassou por vários momentos cuja elasticidade do conceito ganhou força com a dignidade de pessoa humana e a proteção constitucional conferida ao consumidor, a partir da Constituição de 1988, o que foi reforçado com o Código de Defesa do Consumidor.

Tangenciar a história, suas fases, o conceito e o significado de dano moral, até culminar no tipo específico, qual seja, o dano moral *in re ipsa*, é perscrutar a evolução até o reconhecimento desse instituto, que hoje se revela como mecanismo de

proteção do consumidor por atos ilícitos ou danos injustos perpetrados na cadeia de consumo por fornecedores.

A história mais longínqua evidencia a gênese daquilo que viria ser a ideia de compensação extrapatrimonial (que tem projeção e reflexos na noção de conceito de dano moral) por atos inquinados ou ofensas perpetradas contra outra pessoa. Nesse sentido, Wilson Melo da Silva (1969 apud THEODORO JÚNIOR, 2010) ressalta que:

A abordagem ao tema do dano moral, com efeito, já se fazia presente no Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 antes de Cristo, onde ao lado da vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia, também a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever, nisso, a presença embrionária da ideia que resultou, modernamente, na “teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais (SILVA, 1969 apud THEODORO JÚNIOR, 2010, p.4).

Theodoro Júnior (2010, p. 5) preleciona que no decorrer da história do direito moderno, a elaboração de uma teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral revelou-se penosa e árdua. Houve resistência daqueles que “negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor”. Nesse cenário, somente era admitido pagamento de indenização para as lesões extrapatrimoniais quando houvesse prévia e expressa previsão de sanção civil pecuniária (*numerus clausus*).

No entanto, com a ascensão e o reconhecimento dos chamados direitos de personalidade, ocorreu uma proliferação dos defensores dos direitos essenciais da pessoa humana, cuja corrente defensiva culminou com a posição de destaque da plena reparabilidade das lesões à pessoa, na esfera extrapatrimonial (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 5).

Delgado (2011, pp. 126-138) elenca três fases da evolução do dano moral no direito brasileiro: a primeira, não havia aceitação da indenização (não se admitia a possibilidade de dar um valor à dor – *pretium doloris*); a segunda; era necessária haver repercussão patrimonial (o dano moral ficava sem

ressarcimento, por via oblíqua); e a terceira, em que há a plena aceitação da indenização dos danos morais (deixar um dano sem reparação atinge a própria dignidade da pessoa, além de colocar em risco a própria estabilidade do sistema social).²

Gustavo Tepedino (2001 apud SOARES, 2006, p. 48) já afirmava a necessidade da releitura do direito civil à luz da Constituição, de forma a privilegiar os valores não patrimoniais e, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma corrente, Melo (2010, p. 81) pontua que o Estado Democrático de Direito tem por fundamento, dentre outros, a dignidade humana (CF, art. 1º, III). Nesse caminho, é possível observar o “que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade, com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que os valores que compõem a dignidade humana”.

Esses valores são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa (direito à vida, à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana) que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais (MELO, 2010, p. 81).

Sérgio Cavalieri Filho (2002 apud MELO, 2010, p. 78) afirma que “dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade”. Nesse sentido, o dano moral, hodiernamente, não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, o que implica na extensão de sua tutela a todos os bens personalíssimos, “razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial”.³

Soares (2006, p. 37) esclarece que a tutela constitucional

² Leonardo Roscoe Bessa informa a existência de três fases, vislumbradas em perspectiva histórica: 1) fase da irreparabilidade do dano moral; 2) admissão, desde que fosse reflexo do dano material; 3) reconhecimento do dano moral autônomo; e 4) possibilidade de cumulação de danos material e moral (BESSA, 2011).

³ Nesse sentido, o autor conclui que “em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização” (MELO, 2010, p. 78).

do consumidor decorre da “consciência da historicidade do Direito e da modificação do fatos sociais”, “mormente após a Revolução Industrial e, mais recentemente, à Revolução Tecnológica e culmina com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor” frente a produtos e serviços, típicos de uma sociedade massiva.

Nesse cenário, o autor ensina que a modificação das formas das relações sociais de consumo, com o advento da sociedade de massa, fez com que o Estado abandonasse a posição neutra e liberal, observada no período posterior à Revolução Francesa, para assumir um papel tipicamente intervencionista, de forma a corrigir as assimetrias e distorções observadas das relações de consumo. Esse enfoque revela a vulnerabilidade do consumidor como a espinha dorsal de toda a atuação protetiva e equilibradora estatal e, portanto, a base na qual se constrói a proteção jurídica do consumidor (SOARES, 2006, p. 39).

O Código de Defesa do Consumidor, surgido das relações assimétricas e distorções observadas da relação de consumo, tem como viga mestre o pressuposto de que “consumidor é um sujeito vulnerável ao adquirir produtos e serviços ou simplesmente se expor a práticas do mercado”. Essa vulnerabilidade traduz-se na insuficiência e na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas mercadológicas lesivas sem a intervenção estatal e mecanismos aptos para a sua proteção (BESSA; FAIAD, 2010, p. 39).

Nessa esteira, dada a relevância deste conceito (vulnerabilidade), ele permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor.

Bessa e Faiad (2010) são enfáticos ao afirmarem que:

Por vulnerabilidade deve-se entender o princípio mais importante do CDC, pois a partir dele é reconhecido que os consumidores são sujeitos que precisam da proteção especial do Estado quando se relacionam com os fornecedores, pois sem este auxílio não ficam em pé de igualdade e passam a sofrer vários prejuízos pessoais e econômicos (BESSA; FAIAD, 2010, p. 54).

Soares (2006, p. 63) relata que a vulnerabilidade é, a um só tempo, requisito para definição de consumidor e atributo inerente à pessoa. Assim, “somente o vulnerável pode ser reconhecido consumidor, que é intrinsecamente vulnerável”. Pontua ainda a importância de não se confundir vulnerabilidade, aspecto afeto a todos os consumidores, independentemente do nível econômico, com hipossuficiência, situação típica de pessoas com poucos recursos materiais e culturais em sentido amplo.⁴

Delineada a questão da vulnerabilidade do consumidor, é preciso perscrutar o conceito de dano moral para compreender a repercussão desse instituto bem como a sua aplicação.⁵

Theodoro Júnior (2010, pp. 2-3) ensina que os danos morais, em sentido lato, são aqueles ocorridos na “esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal)”, ou o da reputação ou da consideração social, ou seja, a própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua.

Nesse caminho, danos morais são “práticas atentatórias à personalidade humana”, de forma que se traduzem em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido (THEODORO JÚNIOR, 2010, pp. 2-3).

Wilson Melo da Silva (1999 apud MELO, 2010, pp. 77-

⁴ James Marins (1993 apud SOARES, 2006, p. 63) informa que “a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência, que é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis, veem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou como ocorre com frequência, ambas.”

⁵ Hector Valverde Santana afirmar, com muita propriedade, que “o conceito de dano moral é tarefa que ocupa doutrinadores nacionais e estrangeiros, contudo não há consenso em relação aos vários aspectos do tema. Ressalta-se que a noção de um instituto jurídico, ou ao mesmo a tentativa de defini-lo, é obra essencial à delimitação do objeto de análise científica. O conceito de um instituto jurídico colabora para estabelecer parâmetros seguros para a discussão acadêmica, identificar os seus elementos fundamentais e distingui-los dos institutos semelhantes” (SANTANA, 2019, pp. 132-133).

78) informa que os danos morais são as “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal”, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo aquilo que não seja susceptível de valoração econômica, em sentido oposto ao patrimônio material.

Bessa e Faiad (2010, p. 52) reforçam que os danos morais, geralmente, são associados a sentimentos negativos originados de determinado fato como constrangimento, tristeza, vergonha, frustração, mágoa etc.

Os autores ponderam ainda que alguns juristas entendem que pode haver danos morais pela mera violação a determinados valores como a honra, privacidade, imagem, integridade física, mesmo que o fato não gere sentimentos negativos (BESSA; FAIAD, 2010, p. 52).

Mazeud e Mazeud (1993 apud THEODORO JÚNIOR, 2010, pp. 3-4) afirma que o objetivo da teoria da responsabilidade civil pelos danos morais “não é apagar os efeitos da lesão, mas reparar os danos”.⁶

Melo (2010, p. 78) conceitua dano moral com a seguinte digressão:

Cotejando os avanços doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, ousamos afirmar que o dano moral é toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, ou mesmo da coletividade, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade” (MELO, 2010, p. 78).

⁶ O autor ainda esclarece que “[q]uando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feitio apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral” (THEODORO JÚNIOR, 2010, pp. 3-4).

Cianci (2013, pp. 26-27) resume o conceito de dano moral como “todo dano que atinja exclusivamente o patrimônio ideal da vítima”, sendo, portanto, aquele dano causado injustamente a outrem, desde que não atinja ou diminua o patrimônio material do ofendido.⁷

Há uma nítida contraposição entre os conceitos de patrimonialidade ou não patrimonialidade dentro de uma classificação da riqueza em bens materiais, avaliável em dinheiro ou equivalente, ou imateriais, com função compensatória, respectivamente.⁸

A partir desse contraconceito é possível definir “o caráter da reparação do dano moral como restauração compensatória, do que defluem consequências que merecem análise individualizada”.

A referida autora ainda esclarece que “por longo tempo foi defendido o aspecto punitivo a ser acrescido” na reparação por dano moral, tomando-se em consideração o sentido pedagógico da imposição, tendo por finalidade inibir a reincidência. Essa tese foi inaugurada no direito pátrio por Carlos Alberto Bitar com a diretriz que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em um montante que represente advertência ao lesado e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido ou evento lesivo” (CIANCI, 2013, p. 27).

Apesar dessa tese, que propugnava uma “quantia economicamente significativa, em razão das peculiaridades do

⁷ Segundo Wilson Melo da Silva (1969 apud CIANCI, 2013, p. 26), o patrimônio ideal é o conjunto de tudo aquilo que não seja susceptível de valoração econômica, assim considerado em contraposição com o patrimônio material.

⁸ Carlos Roberto Gonçalves (2000 apud CIANCI, 2013, p. 27) afirma que a expressão dano moral deve usada para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Nesse sentido, havendo consequências patrimoniais, ainda que por repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Em explicação do termo, Delgado (2011, p. 217) pontua que o termo “danos extrapatrimoniais” ganhou força por situar-se fora do vernáculo “patrimônio”, na sua acepção puramente material. O patrimônio moral não poderia ser indenizado (dano moral puro), já que isso representaria um preço à dor (*pretium doloris*), o que seria imoral.

patrimônio do lesante”, Cianci (2013, p. 28) aponta que, esse critério então largamente utilizada na jurisprudência “sofreu sérias e fundadas críticas doutrinárias”. A essa questão, cita Humberto Theodoro Júnior que assevera que tal tese deveria ser acolhida com moderação no campo da responsabilidade civil, eis que tema afeto a direito privado, que não compete reprimir condutas, que “na ordem geral tornam nocivas ao interesse coletivo”.

Tal aspecto é imanente ao direito público, como ocorre com o direito penal. Nesse mesmo caminho, a autora colaciona Antônio Jeová dos Santos que argumenta que se deve evitar o argumento de ilícito enriquecimento da vítima.⁹

Observa-se que a configuração do dano moral ocorre no plano do ato ilícito ou do dano injusto. Carlos Alberto Bittar (1993 apud THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 2) ressalta que “é ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha a refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral.”

Nesse sentido, os prejuízos de natureza econômica matematicamente quantificáveis são considerados danos materiais. Já os danos morais são aqueles de natureza não-econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado” (BITTAR, 1993, p. 31).

Assim, “há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiros, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 2).

Theodoro Júnior (2010, p. 47) informa que o “o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em

⁹ Cahali (2005, p. 37) esclarece que o mérito de ter iniciado o movimento de “despenalização” total do direito privado é decorrente da jurisprudência do Direito romano, visto que esta tende a eliminar todo e qualquer elemento penalístico “com a construção de um ilícito aquiliano apenas e tão somente de caráter reipersecutório.”

conta pelo juiz *cum grano salis*”, visto que esse critério deve ser utilizado apenas a título secundário ou subsidiário (nunca como principal ou determinante do cálculo do arbitramento), sob pena de desvirtuamento da responsabilidade civil, que se mostra incompatível com sua natureza privada e reparativa da lesão individual.

Cianci (2013, pp. 143-195), ao citar Pontes de Miranda, argumenta que “tem de vir em primeiro lugar a reparação em natura” e se não isto não for possível, parte-se para a avaliação pecuniária. Ademais, enfatiza as causas de aumento e de diminuição do valor indenizatório como: culpa concorrente, demora na propositura da ação, intensidade do sofrimento e conduta do ofensor, número de ofendidos, fazenda pública e outros critérios (possibilidade de cumulação de danos materiais e morais).

O dano moral em sentido amplo possui várias categorias, que podem ser vislumbradas como espécie desse gênero. Neste cenário, exsurge o dano moral presumido ou dano moral *in re ipsa*, sobre o qual o presente trabalho discute.

A decorrência direta da configuração do dano moral *in re ipsa*, em regra, é a desnecessidade de prova do dano moral sofrido. Nas palavras de Melo (2010), a explicação sucinta e empírica desse tipo de dano moral:

O dano moral puro, por se passar no íntimo das pessoas, dispensa a necessidade de prova, contentando-se a ordem jurídica com a demonstração do ilícito. Assim provado o ilícito, configurado estaria o dano moral. É aquilo que a doutrina e a jurisprudência chamam de dano *in re ipsa* (MELO, 2010, p. 81).

Verifica-se, assim, que o dano moral *in re ipsa* (por força dos fatos), comumente denominado de dano moral presumido, prescinde de provas que demonstrem a ofensa aos direitos de personalidade da pessoa ou o abalo sofrido, no caso, pelo consumidor. Basta para constituir o dano moral em tais casos a violação de um direito, independente do sentimento negativo de angústia, tristeza, mágoa, humilhação, vexame, vergonha, etc. os quais só terão relevância para a qualificação do dano para fins

de atribuição de valor.

O dano moral pode ser entendido como aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa. Há fatos que, pela sua dimensão, se presume o dano pela força dos próprios fatos, é o chamado dano moral *in re ipsa*. Em tal cenário não se pode afastar que tenha ocorrido o efetivo prejuízo, visto ser ele presumido.

O dano moral *in re ipsa* afigura-se configurado pelo próprio fato. Nesse sentido, não é necessário provar a ofensa moral da pessoa. O próprio fato já configura o dano. Esses danos também chamados de presumidos são verificados nas seguintes situações: a) inserção de nome de forma indevida em cadastro de inadimplentes/devedores, a exemplo Serviço de Proteção a Crédito (SPC), Cadastro de Inadimplência (Cadin) e Serasa. Esses cadastros dificultam a concessão de créditos e impõe inevitavelmente restrições financeiras às pessoas.

Não há maiores discussões a respeito do elenco de situações acima caracterizarem prejuízos às vítimas, visto que há pacífica presunção de que em tais casos acarretou prejuízos às pessoas lesadas, o que ofende a dignidade da pessoa humana, tanto em sua honra subjetiva, como perante a sociedade.¹⁰

No entanto, a jurisprudência não tem considera as situações elencadas como se fossem revestidas de caráter absoluto, sendo avaliados as peculiaridades de cada caso concreto, pois há excludentes que afastam essa modalidade de reconhecimento de dano ou o efetivo prejuízo.¹¹

Cahali (2005, p. 41) registra que o fundamento ontológico da reparação de danos morais não difere substancialmente do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos

¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem assentada jurisprudência de que “a própria inclusão ou manutenção equivocada configura o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos”, conforme consta do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.379.761/SP.

¹¹ Nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.796.716/MG, de relatoria da Min. Nancy Andrighi (STJ).

patrimoniais. Nesse prisma, em ambos os institutos permanece ínsito “os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizado pelo direito moderno”.

Cahali (2005, p. 44) esclarece que no dano patrimonial busca-se a reposição em espécie ou em valor correspondente, reconduzindo o patrimônio ao estado anterior ao fato danoso. Já no dano moral a reparação se faz por uma compensação (e não ressarcimento), visto tratar-se de espécie de dano extrapatrimonial.

Os danos materiais suportados pela vítima de um direito lesionado são prejuízos de ordem patrimonial (de valor pecuniário ou economicamente aferível). Já os danos morais são “ofensas a direitos da personalidade tais como integridade física, psíquica, honra, privacidade, nome etc., independentemente de perdas econômicas” (BESSA; FAIAD, 2010, p. 169).

O vernáculo “indenização” remete à ideia de que o ofensor deve adotar providências para restituir a vítima ao estado anterior ao fato lesivo (BESSA; FAIAD, 2010, p. 52).

Grinover e Benjamin (1999 apud SOARES, 2006, p. 41) esclarecem ser a proteção do consumidor o grande desafio de nossa era, visto as evidentes relações assimétricas em face dos fornecedores, o que põe em grau de destaque a vulnerabilidade do consumidor, que pautava novo olhar para essa questão jurídica (reequilíbrio das relações).

Observa-se uma evolução do conceito de dano moral em resposta à proteção do consumidor, pautados na reconhecida vulnerabilidade e com fundamento na dignidade da pessoa humana. O dano moral *in re ipsa* reconhece um leque de situações cujo dano é presumido e, em razão disso, exige-se tão somente a prova do fato para configurar o dano injusto. Essa situação torna célere a tramitação da demanda e traz uma sensação de justiça desejável por todo aquele que clama reconhecimento perante o Poder Judiciário e busca fazer valer os seus direitos.

O próximo tópico verifica essas demandas e o seu trâmite

na justiça para o fim de aferir a efetividade da proteção do consumidor, com base no acesso facilitado ao Poder Judiciário como instrumento e mecanismo dessa proteção.

3 O ACESSO FACILITADO À JUSTIÇA COMO MECANISMO DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A facilidade de acesso à Justiça e aos órgãos de defesa evidenciam o caráter instrumental de proteção das relações de consumo, de forma a concretizar as disposições constitucionais e legais que propugnam essa proteção¹². A análise dos fatos sociais e evolução para uma sociedade de massa reforçam a necessidade instituição de mecanismos de proteção e de defesa do consumidor, o que foi realizado com o advento do próprio CDC e da Lei dos Juizados Especiais.

O microsistema de proteção consumerista, juntamente com o acesso facilitado à justiça, se reveste de potencial apto a estabelecer e moldar comportamentos ético, de respeito e boa-fé nas relações de consumo, em face das imposições ou não de sanção às demandas que levadas à resolução perante o Poder Judiciário, que, em última análise, têm o condão de alavancar a gama de proteção de uma sociedade pautada pelo consumo.

Martin Lindstom (2017) esclarece que a pesquisa de mercado, assim como a modelagem econômica, “se baseia na premissa de que as pessoas se comportam de maneira

¹² Hector Valverde Santana registra com maestria que “a dignidade é um valor interno e absoluto que não admite substituição por outro valor equivalente. Não há preço para a dignidade. Trata-se de um atributo inerente ao ser humano, superior a todos os outros e que se confunde com a natureza do ser racional, que existe como um fim e não apenas como um meio. [...] O respeito à dignidade do consumidor é um dos objetivos da política nacional das relações de consumo, conforme art. 4º, *caput*, do CDC. Deste modo, o sistema jurídico brasileiro (constitucional e infraconstitucional) estabelece de forma inequívoca que toda atividade estatal ou privada realizada no mercado deve atentar para a necessária proteção da dignidade do consumidor, que não se vincula ao aspecto material, mas refere-se aos interesses e direitos imateriais, extrapatrimoniais ou morais” (SANTANA, 2019, pp. 34 e 40).

previsivelmente racional”. E nesse sentido, aproximadamente 90% do comportamento de consumo é realizada de forma inconsciente, em face das estratégias de marketing, publicidade e propaganda adotados para fins comerciais.¹³

Bauman (2008) aponta como reflexo que “uma sociedade de consumo só pode ser uma sociedade do excesso e da extravagância – e, portanto, da redundância e do desperdício pródigo.” Assim, o excesso aumenta ainda mais a incerteza das escolhas que almeja abolir, ou pelo menos mitigar ou aliviar, de forma que o excesso, já atingido, venha a se tornar excessivo o suficiente, tem característica decorrente da transformação da sociedade de produtores em sociedade de consumidores.¹⁴

Em tal cenário, delineado pelos autores citados, no qual a sociedade de massa ganha ênfase, especialmente, no que tangencia a questão da crescente assimetria de relações entre consumidores e fornecedores, fica evidenciado nitidamente a questão da vulnerabilidade, ponto central e norte para a proteção do consumidor. Nessa vertente, é que exsurge a necessidade de mecanismos de proteção do consumidor combinado ou integrado com respostas céleres às demandas judiciais intentadas.

Justamente nesse horizonte, alinhado com os ditames da Constituição, o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁵ inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um verdadeiro microsistema de proteção jurídica e defesa do consumidor, que tem como pressuposto a vulnerabilidade nas relações de consumo.

Grinover et al (2007, pp. 19-20) esclarece que o

¹³ O autor propugna que “o neuromarketing certamente ajudará a prever certas direções e tendências que vão alterar a configuração, e o destino, do comércio em todo o mundo” (LINDSTON, 2017, p. 167).

¹⁴ O autor ainda enfatiza que “para os aplausos de alguns observadores entusiastas das novas tendências, o vácuo deixado atrás de si por cidadãos que se retiram em massa dos campos de batalhas políticas da atualidade para reencarnarem como consumidores é preenchido por um “ativismo de consumo” aparentemente apatidário e um tanto apolítico” (BAUMAN, 2008, p. 98).

¹⁵ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

microsistema jurídico de defesa do consumidor constitui-se em uma verdadeira lei de cunho inter e multidisciplinar, relacionando-se com outros ramos do Direito.

Nesse sentido, o microsistema de proteção coloca ao alcance do consumidor instrumentos processuais aptos, modernos e eficazes, para a prevenção dos danos injustos, bem como a sua reparação, em caso de ocorrência (GRINOVER et al, 2007, p. 149).¹⁶

Almeida (2003, p. 286) enfatiza a necessidade de outros mecanismos de proteção, além do instrumental legislativo, como forma de dar concretude fática ao ideal de proteção consumérista. Em tal aspecto, o autor traz a vontade política, o entrelaçamento entre órgãos de proteção e a própria educação do consumidor, além de mecanismos aptos a coibir o abuso de poder econômico, como mecanismos aptos a dotar a parte mais vulnerável na relação de consumo dos insumos necessários à concretização dos ditames da lei.

Antônio Herman Benjamin assinala que “a tutela do consumidor pelo [Ministério Público] tem como premissa básica a defesa do interesse público, algo mais abrangente que o interesse exclusivo do consumidor.” Nessa senda, está justificada a razão principal porque é o *Parquet*, e não outro órgão, a instituição

¹⁶ Cláudia Lima Marques, ao prefaciar a obra *Dano Moral no Direito do Consumidor*, traz o escólio de que “uma indenização pelo dano real, patrimonial e extrapatrimonial (art. 6º, VI, do CDC c/c art. 944 do CC/2002) seria a meu ver a única maneira pedagógica e correta de forçar a mudança da conduta no mercado e aqui não há necessidade de criar novas leis. Sé há alguma lacuna, o diálogo das fontes é suficiente para integrá-la, como ensina Héctor Valverde Santana. Mas também não há necessidade de continuarmos a abafar o direito moral do consumidor, como se reclamar por seus direitos de personalidade fosse uma ofensa aos fornecedores de produtos e serviços e não um direito fundamental de acesso à Justiça! Indenizar o dano moral, além de imperativo de Justiça de reparar (função compensatória), tem efetivamente uma função satisfatória, uma função social de exemplaridade.” Nesse sentido, conclui que os danos morais causados ao consumidor têm em comum a necessidade de exercer a função pedagógica (prevenção de casos análogos), satisfatória e exemplar para evitar a impunidade de condutas abusivas, bem como assegurar que não haja mais lucro em causar danos ao mais fraco na relação de consumo (SANTANA, 2019, pp. 22-23).

mais adequada a carrear a tarefa mediativa nas relações de consumo (BENJAMIN, 1998 apud ALMEIDA, 2003, p. 63).

Justamente, no contexto da vulnerabilidade e como forma de assegurar efetiva proteção ao consumidor, o legislador concebeu a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VII, do CDC). Esse benefício previsto no rol dos direitos básicos, constituiu-se uma das espécies do gênero “facilitação da defesa dos direitos”, que a legislação protetiva objetivou endereçar ao consumidor”. Essa disposição normativa mostra-se um mecanismo que facilita o ajuizamento de demandas de natureza consumerista (ALMEIDA, 2003, p. 103).

É nesse aspecto que, no caso de descumprimento, no campo civil, o fornecedor poderá ser condenado a indenizar danos materiais e morais causados ao consumidor.

Almeida (2003) enfatiza que “é direito básico do consumidor obter a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI), podendo para tanto valer-se dos órgãos judiciários e administrativos (art. 6º, VII)” (ALMEIDA, 2003, p. 124).

Melo (2010, p. 37) afirma que os postulados trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pautados na vulnerabilidade, são de clareza meridiana. Além disso, o autor esclarece que o intérprete não pode olvidar que a lei consumerista é norma de ordem pública e de interesse social. Nessa vertente, deve-se sempre buscar “compreendê-la, na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos”.

Observa-se que todo esse microsistema de proteção teve substancial reforço com a instituição dos juizados especiais cíveis logicamente em favor da proteção do consumidor, especialmente, em face de sua vulnerabilidade, o que foi reforçado com os critérios e princípios informadores dessa modalidade de jurisdição.

Almeida (2003, p. 61) bem ressalta que o Juizado

Especial Cível, instituído pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, “é a grande solução para o consumidor no que se refere ao acesso à justiça, constituindo-se num dos mais valiosos instrumentos colocados à sua disposição (CDC, art. 5º, IV)”, o que parece ter sido gestado sob medida para a tutela do consumidor.

O referido autor pontua ainda que, além de destinado à conciliação, processo, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade, o juizado especial cível orienta-se “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Ademais, deve ser observado que a matéria verse sobre direitos patrimoniais, bem como o limite de quarenta vezes o salário mínimo, excluídas as causas de natureza falimentar, fiscal, de interesse da Fazenda Pública e também as relativas a acidentes do trabalho, a resíduos e ao estado e à capacidade das pessoas (ALMEIDA, 2003, p. 61).

Outro ponto fulcral do juizado especial, em primeiro grau de jurisdição, é que o acesso independe do pagamento de custas, taxas ou despesas. Além disso, nas causas com valor de até vinte salários mínimos, as partes não estão obrigadas à contratação da assistência por advogados, o que ocorre só acima desse valor (ALMEIDA, 2003, p. 62).

É patente que a combinação desses instrumentos jurídicos promovem a facilidade do acesso à justiça para o fim de proteção dos direitos do consumidor e, assim, o julgador tem poder de aplicar ao caso concreto o postulado que reconhece a vulnerabilidade deste nas relações de consumo, com ponderação, equidade e justiça que deve ser realizada na situação fática.

Nesse sentido, o magistrado tem o arbítrio judicial (e não arbitrariedade), segundo poderes que a ele foram constitucionalmente, para decidir com equidade e justiça, observados os preceitos legais, a melhor solução do caso concreto. Em decorrência disso, que é possível vislumbrar e elencar padrões jurídicos, ou seja, “critérios de avaliação das relações jurídicas concretas que

exprimem a conduta social média e deriva ou da lei ou da jurisprudência” (DELGADO, 2011, pp. 416-426).

No tocante aos danos morais, Theodoro Júnior (2010, p. 8) enfatiza o relevante e fundamental papel do juiz na apreciação das ofensas à honra, tanto na comprovação da existência do prejuízo (existência de ato ilícito), quanto à estimação do seu *quantum* (quantificação do valor). Em tais aspectos, cabe ao magistrado, “com ponderação e sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação”.¹⁷

O referido autor deixa assente que magistrado tem “o poder de, caso a caso, pesquisar e comprovar a ocorrência efetiva do dano moral suportado por aquele que promove a ação indenizatória, a par do nexos causal com a conduta culposa do demandado”. O autor esclarece ainda ser questão de bom senso evitar apriorismos que inviabilizem os critérios de solução da questão. Assim, o melhor caminho é relegar ao prudente arbítrio do juiz a definição, diante dos fatos sob análise, a averiguação das circunstâncias subjetivas e objetivas em que o dano moral se operou (THEODORO JÚNIOR, 2010, pp. 16-17).¹⁸

Domingos Riomar Novaes (2017) registra que, atualmente, é pacífico que o dano moral não pode ser ignorado, apesar da difícil valoração da sua dimensão. Nessa seara, apesar de parecer bastante impróprio atribuir preço a bens imateriais,

¹⁷ Domingos Riomar Novaes, em notável obra sobre nexos causal, informa que “quando o causador do dano responde de forma objetiva, não se evidencia o mesmo juízo de reprovabilidade da conduta que serve de lastro à responsabilidade subjetiva, mas critérios outros, como o risco da atividade, a garantia social e a equidade. Esses parâmetros partem de uma racionalidade completamente distinta daquela que inspira a responsabilidade clássica e que somente se tornou socialmente justificável, de forma generalizada, em tempos muito mais recentes” (NOVAES, 2017, p. 19).

¹⁸ O autor ainda pontua que “só assim a indenização será deferida ou indeferida, segundo padrões de justiça e equidade, tanto em relação às condições da conduta do agente e da vítima, como das conseqüências e repercussões efetivamente provocadas sobre o bem psíquico que se pretende lesionado” (THEODORO JÚNIOR, 2010, pp. 16-17).

muito pior seria privar o lesado ou a vítima de uma compensação que lhe proporcionasse ou pudesse “ser revertida em alegrias ou outros estados de bem-estar psicofísicos capazes de abrandar os efeitos do dano em seu espírito” (NOVAES, 2017, p. 11).¹⁹

Cahali (2005, p. 812) informa que, de modo geral, a reparação por dano moral é representada, no aspecto principal, por uma quantia em dinheiro, sem prejuízo de outras cominações secundárias (retratação e reconhecimento de honorabilidade).²⁰

Ademais, não se pode olvidar que a relação jurídica de consumo tem duas características fundamentais: a complexidade e o anonimato de seus atores (SOARES, 2006, p. 69).

Outra questão penosa para a justiça diz respeito aos critérios de quantificação do dano moral. Essa tarefa, após reconhecido o direito do lesado à compensação por danos morais, tem o árduo labor de aferir esse dano e a sua extensão para o fim de quantificá-lo em termos monetários, questão que está diretamente relacionada à imposição de sanção à parte ré, bem como a desejável modelagem de comportamento, para o fim de coibir a reiteração de práticas que afrontem os direitos dos consumidores e lhes causem danos injustos.

Theodoro Júnior (2010, p. 41) pontua que a grande questão suscitada pela “admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido”. No caso de dano material, o cálculo é simplesmente efetuado pela redução injusta do patrimônio da vítima, e a “indenização consistirá no seu exato montante”.

¹⁹ O autor esclarece ainda que “formou-se o consenso de que seria intolerável ver um direito personalíssimo violado impunemente. Quase todos os países que promulgaram constituições no século XX inseriram nesses diplomas, entre os direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana e, implicitamente, o primado de que os danos morais também são indenizáveis. Não parece exagerado imaginar, então, que essa guinada na responsabilidade civil esteja, mais uma vez, relacionada aos fatos políticos e sociais verificados nesse século tão conturbado” (NOVAES, 2017, p. 11).

²⁰ Rizzato Nunes (2013) esclarece que ao consumidor é lícito pleitear danos morais inclusive no caso de cobrança indevida que não houve o pagamento (NUNES, 2013, p. 636).

No entanto, quando se trata de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório ganha contornos de complexidade uma vez que o bem jurídico lesado (a honra, o sentimento, o nome etc.) não tem dimensão econômica ou patrimonial, ou seja, não se mede em termos monetários. Nesse sentido, o autor esclarece que:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 41).

Theodoro Júnior (2010, p. 163) ainda esclarece que está assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “que o arbitramento judicial da indenização por dano moral é questão relevante de direito cujo reexame se comporta no âmbito do recurso especial.”

Melo (2010, p. 79) ressalta que doutrinadores renomados “consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar, frente ao caso concreto, o que vêm a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais.” Nessa seara, a jurisprudência também diverge em face de situações idênticas, o que chega a causar perplexidade, visto que para as mesmas situações é possível encontrar decisões judiciais que reconhecem a existência de dano moral e outras que negam.

O autor pontua ainda que o ponto-chave na eventual identificação do dano moral é “a prudência e o bom senso”, de forma a considerar como parâmetro o conceito de homem médio da sociedade, para o fim de “ver configurada ou não a lesão a um daqueles bens personalíssimos da pessoa humana, assim como à honra objetiva da pessoa jurídica, ou ainda, à moral média da coletividade” (MELO, 2010, p. 77).

Nesse sentido, ao aferir a lesão que autorize a compensação por dano moral, o magistrado cumpre papel de relevo, já

que, a partir das regras de experiência, irá analisar o caso concreto e adequá-lo à proteção ou norma legal, porque depende de seu livre arbítrio a fixação do *quantum* indenizatório.

Essa discricionariedade do julgador, no entanto, se pauta pelo bom senso, seguido de alguns critérios, já que haverá de sopesar o grau de culpa do ofensor, frente ao ilícito praticado, e ainda “as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo no seio social, de tal sorte que a indenização não seja tão grande que leve o ofensor à ruína, nem seja tão pequena que avilte a vítima” (MELO, 2010, pp. 79-80).²¹

Melo (2010, p. 80) ainda esclarece que o papel do magistrado não busca reconduzir as partes à situação anterior ao dano, o que seria meta impossível na reparação de danos morais. A sentença visa a deixar claro que restou lesionado algum direito de personalidade da vítima (honra, nome, reputação etc.) pela atitude inconsequente do ofensor. Por isso, a sentença busca resguardar o bom conceito de que se valia o ofendido no seio da sociedade, o que, de fato ocorre, ao declarar a idoneidade do lesado e proporcionar um reconforto à vítima, bem como ainda punir aquele que agiu, negligentemente, expondo o ofendido a toda sorte de dissabores.

Consoante visto anteriormente, a questão da fixação do valor da condenação por danos morais é tema assaz tormentoso, haja vista que inexistem critérios objetivos fixados em lei e assim, o arbitramento fica ao prudente “arbítrio do julgador que, em muitas circunstâncias, acaba por fixar valores irrisórios ou pífios a esse título e outras vezes em valores astronômicos, o que

²¹ Melo esclarece ainda que “outros autores alertam para o caráter penal que a condenação por dano moral deve conter, porque além do caráter compensatório que a indenização deve cumprir, é certo que “quem exige uma reparação do dano moral sofrido não visa tanto a recomposição do seu equilíbrio de afeição ou sentimento, impossível de conseguir, como infligir, por um sentimento de represália inato, ao seu ofensor, uma punição, por precária que seja, na maior das vezes, não encontra outro parâmetro senão em termos pecuniários” (MELO, 2010, p. 80).

desvirtua, em ambos os casos, as finalidades de tão nobre instituto” (MELO, 2010, p. 82).

Melo (2010, p. 82) informa que, na fixação do valor indenizatório por dano moral, espera-se do julgador prudência e bom senso, e uma indenização razoável (não seja pífia para a vítima e que também não importe em ruína para o ofensor). O autor esclarece que deve avaliar todos os elementos dos autos para “encontrar um valor que possa cumprir, a um só tempo, o caráter compensatório para a vítima, de desestímulo para o infrator e de exemplaridade para a sociedade.”

Nesse panorama, o *quantum* da indenização deve ser significativo para quem paga e para quem recebe como forma de evitar a reiteração do dano. No entanto, o valor da indenização por dano moral não pode extrapolar o necessário ao atendimento dos objetivos da lei nem constituir meio de obtenção de lucro para as vítimas de dano injusto, “pois isto redundaria na deturpação e desmoralização do instituto da indenização por dano moral” (MELO, 2010, pp. 82-83).

Melo (2010), ao discorrer sobre os critérios para a fixação do valor indenizatório, esclarece que:

A fixação do valor indenizatório deve ser pautada por critérios objetivos que atendam, em cada caso concreto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se, dentre outros aspectos, a situação política, social e econômica tanto da vítima quanto do ofensor; a gravidade da lesão e o grau de culpa do agente causador do dano; e, principalmente, as circunstâncias em que se deu o evento e os esforços desenvolvidos pelo ofensor para minimizar os efeitos da ofensa (MELO, 2010, p. 83).

Os critérios acima delineados acrescidos da experiência do magistrado, a respeito do que ordinariamente acontece, revelam-se aptos o bastante para que seja possível “encontrar um valor indenizatório que cumpra o papel sancionatório para o ofensor, compensatório para a vítima e de exemplaridade para a sociedade”. Além disso, não se pode afastar a flexibilidade da regra jurídica o poder de garantir a cada um o que é seu por direito

e assim realizar a justiça ao caso concreto.

Cianci (2013, pp. 270-271) apresenta critérios gerais e específicos, adotados como parâmetros para valoração e quantificação do dano moral.

No tocante aos critérios gerais, esclarece a autora, o dano moral tem caráter exclusivamente compensatório, bem como o grau de repercussão, os efeitos e a duração do dano na esfera do ofendido devem ser considerados na avaliação. Também não se considera dano moral o mero aborrecimento. Além disso, a existência de culpa concorrente reduz pela metade eventual valor fixada para indenização (CIANCI, 2013, p. 270).

Ademais, havendo fixação em razão do número de pessoas atingidas, no caso de grupo familiar, resolve-se primeiramente pela regra do litisconsórcio ativo necessário, a fim de evitar a multiplicação ou a diminuição de demandas. Em tais condições a indenização fixada dentro dos limites legais é aumentada de um terço. Apesar desse regramento, reconhece-se a possibilidade de demanda fora do grupo familiar, desde que demonstrada a ocorrência de dano moral (CIANCI, 2013, p. 271).

No tocante a critérios específicos, a autora identificou, em pesquisa jurisprudencial (precedentes reiterados), os seguintes limites:

- i) Morte - de 100 a 600 salários mínimos, aplicando-se a regra geral compensatória, a repercussão do dano e a proximidade com a vítima, além da expectativa de vida;
- ii) lesões corporais - de 10 a 300 salários mínimos, fixados de acordo com o grau de incapacidade da vítima;
- iii) dano à honra (injúria, difamação e calúnia) - de 20 a 300 salários mínimos, levados em consideração a quantidade, a amplitude e a abrangência do veículo de comunicação;
- iv) dano à honra (cobrança indevida e restrição de crédito) - de 20 a 200 salários mínimos, considerados o tempo decorrido e as providências do ofensor, a existência de outros fatos gerados de abalo de crédito em nome do

- ofendido, a repercussão objetiva representada por fatos decorrentes do ato;
- v) descumprimento de contrato – de 10 a 200 salários mínimos, se o inadimplemento implica risco à vida ou à saúde do ofendido;
 - vi) ofensa à liberdade - de 20 a 300 salários mínimos, e o tempo em que o ofendido ficou ilegalmente privado da liberdade deve ser graduado na determinação do valor.
 - vii) Demais casos, limite máximo de 500 salários mínimos, fixados segundo os critérios gerais, considerado o evento morte como o caso mais grave (CIANCI, 2013, pp. 271-274).

A doutrina caminha no sentido de que a responsabilização civil exige a existência do dano injusto. Nessa seara, o dever de indenizar guarda correlação direta com a exata medida da extensão do dano, que deve ser certo (possível, real e aferível). No tocante, a esse requisito de certeza, observa-se que há situações em que a jurisprudência afasta esse requisito e, assim, admite a possibilidade de reparação do dano moral meramente presumido.²²

Em consulta ao sítio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) há registro de demandas estatuais intentadas com pedidos de danos morais com número de 1.760.905 (26,24%), por responsabilidade do fornecedor, e 1.0001.889 (14,93%), por responsabilidade civil. Os números ocupam respectivamente, os 2º e 4º lugares em números absolutos de ações, cuja soma totaliza 41,16% do número total de todas as ações ajuizadas (todos os assuntos). Os danos morais nas relações de consumo representam quase 30%. Nessa senda, se afigura perfeitamente possível falar existência de uma “indústria do dano moral” no País.²³

²² Theodoro Júnior (2010, p. 17) pontua a dificuldade de quantificar a indenização por dano moral, quando concorrem vários interessados reclamando ressarcimento e/ou compensação em razão da dor moral provocada por um só evento.

²³ Os números são de 2016, mas traduzem um bom cenário da situação relativa ao tema danos morais em curso da justiça brasileira.

Perceba que as ações decorrentes do dano moral *in re ipsa* não mostram uma atualização ou majoração substancial de valores, conforme se verifica em simples consulta jurisprudencial. Tal fato pode ser em decorrência da própria facilidade dos mecanismos de acesso à justiça que impõem ao Poder Judiciário uma forma de tentar conter essa proliferação por meio da diluição dos danos ou a chamada solidariedade social para, de alguma forma, não deixar expandir ainda mais a “indústria do dano moral”.

Abordada a questão da análise fática dos danos morais presumidos pela Justiça bem como os critérios de quantificação e valoração desses danos, cabe mostrar a nítida tendência da diluição da valoração desses danos, o que acaba por, de certa forma, mitigar os mecanismos de proteção do consumidor, bem como distanciam qualquer possibilidade de moldar comportamento naqueles que perpetram reiterados ilícitos de natureza consumerista. Esse panorama será abordado no próximo tópico.

4 A DILUIÇÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor é norma de ordem pública, visto que fundamentado em uma vulnerabilidade fática e decorre da sociedade e produção em massa. Nesse sentido, exsurge no contexto social o reconhecimento jurídico da compensação por danos morais, como forma de reparação dos consumidores por eventual direito de personalidade lesado, bem para, por meio de possível sanção imposta, moldar comportamentos como forma de inibir a reiteração de condutas que causem danos injustos ou ofensa aos consumidores.

É justamente o reconhecimento desse instituto – a reparação por danos morais –, em face de seus critérios qualitativos e quantitativos de valoração, que observa-se uma certa diluição do *quantum* indenizatório com repercussão na distribuição

social de tais danos, nos quais parece haver possível diluição de seus valores, em contrapartida da redução ou mitigação da proteção do consumidor, bem ainda a progressiva ineficácia como técnica inibidora de comportamentos antijurídicos.

A justificativa da tutela consumerista tem como vertente de fundo a produção e o conseqüente consumo em massa, situações caracterizadoras da denominada sociedade de massa. “Isso significa dizer que o ato de uma pessoa ou de uma empresa envolve efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e categorias” (ALMEIDA, 2003, p. 21).

Almeida (2003, pp. 81-82) esclarece que a inevitabilidade de falhas no sistema de produção em série e a impossibilidade fática de sua completa eliminação culminaram com a criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos. Esse panorama atribui ao fornecer a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela decorrentes.

Essa é a gênese da teoria do risco criado, que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar os danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. Em outras palavras, faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade econômica (ALMEIDA, 2003, pp. 83-84).

Soares (2006, p. 31) registra que com o surgimento da sociedade de massa, inclusive já na era da sociedade da informação e da globalização, observou-se nítida assimetria entre as pessoas, o que fez com que o Estado atuasse com maior vigor nas relações entre particulares e na economia. Essa situação ficou bem evidenciada nas relações que envolviam fornecimento de produtos ou prestação de serviços.²⁴

²⁴ Nas sábias palavras de Lacordaire (1848 apud SOARES, 2006, p. 32): “na luta entre

Delgado (2011, pp. 258-259) entende que a “reparação do dano moral não tem como objetivo amparar sensibilidades afloradas ou susceptibilidades exageradas.” Nesse caminho, esclarece que indenizar dissabores ou meros aborrecimentos acen-tuaria duas situações, contraproducentes e desagregadoras do tecido social: a primeira, incentivaria o vitimismo, que se retroali-mentaria, agravando ainda mais a questão; segunda, negaria ao ofensor a sua própria personalidade, já que não poderia se mani-festar ou saber de antemão comportamento, palavras ou atitudes que pudessem ferir o interlocutor. Esse cenário equivaleria a de-cretar a própria falência do Estado.

Sérgio Cavalieri Filho (2002 apud MELO, 2010, p. 75) conclui que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”, assim “não haveria que se falar em indenização, ressarcimento, se não houvesse dano”.

“Nesse sentido, podemos definir dano como sendo a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabi-lidade objetiva) causa a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo” (MELO, 2010, p. 75).

Melo (2010, pp. 75-76) afirma que não se pode confundir o dano presumido com o dano imaginário, já que “o pressuposto da reparação civil está, não só na configuração da conduta” ilícita, mas, também, na prova efetiva do ônus (não se repõe dano hipotético). Nesse sentido, conclui que “o dano precisa ser real e efetivo, ainda que se possa falar em dano futuro em dadas si-tuações, sendo necessária a sua prova, bem como a repercussão no patrimônio do lesado.”²⁵

Delgado (2011, p. 222) afirma que os danos morais puros

o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

²⁵ “Quando, porém, o fato figurante na causa petendi tem natural e reconhecida po-tencialidade ofensiva na esfera psíquica, não tem a vítima que provar a lesão sofrida” (THEODORO JÚNIOR, 2010, pp. 148-149).

são espécies de danos extrapatrimoniais, sendo que aqueles devem ser individualizados para, por meio da simplificação, serem transformados em uma categoria cognoscível mais simples.²⁶

Cahali (2005, p. 22) pontua que “a expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial”, visto que na ocorrência de consequências patrimoniais, ainda que por repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Almeida (2003) informa que “a regra basilar da responsabilidade civil, no direito privado, é a responsabilidade com culpa, derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.” Assim, nos termos do art. 927, *caput*, do Código Civil, aquele que causar dano a outrem, por dolo ou culpa, está obrigado a repará-lo²⁷ (ALMEIDA, 2003, pp. 83-84).

No entanto, essa regra matriz (dolo ou culpa), apesar de eficaz no campo das relações civis, evidenciou-se inadequada nos das relações de consumo, seja pela dificuldade intransponível da demonstração da culpa do fornecedor (detentor da titularidade e controle dos meios de produção), seja pela inviabilidade de acionar o vendedor na cadeia de comercialização (ALMEIDA, 2003, pp. 83-84).

Em tais circunstâncias, o legislador nacional optou pela adoção da responsabilização objetiva, independente de culpa, para reparação dos danos pelo fato do produto ou do serviço, nas relações de consumo. Nessa seara, geralmente, o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos ou insuficiência e inadequação de informações, em relação aos produtos e serviços que

²⁶ Augusto Ferraz de Arruda (1999) conceitua dano moral puro no plano jurídico como “todo fato resultante de um ato contrário ao Direito”, com repercussão na integridade psíquica do indivíduo, de forma a provar-lhe infelicidade, transitória ou não no tempo (ARRUDA, 1999, p. 29).

²⁷ Verifica-se que o dano, no entanto, não gera dever de indenizar quando a vítima do erro já possuir registros anteriores e legítimos em cadastro de inadimplentes. A Súmula 385 do STJ esclarece a questão ao enunciar que “a pessoa não pode se sentir ofendida pela nova inscrição, ainda que equivocada.”

colocou no mercado (ALMEIDA, 2003, pp. 83-84).

Almeida (2003, pp. 83-84) observa ainda que a responsabilidade objetiva não implica necessariamente a extinção da responsabilidade com culpa, que continua a regular a extensa gama de reparações na esfera civil, mas não terá aplicação nas reparações decorrentes das relações de consumo, também numerosas, “para as quais a responsabilização objetiva mostrou-se mais eficiente e adequada” (ALMEIDA, 2003, pp. 83-84).²⁸

O dano moral *in re ipsa* trata-se de dano moral presumido, ou seja, aquele dano que é decorrente do próprio fato. Via de regra, a configuração do dano moral é adstrita à necessária prova da conduta, o próprio dano e onexo causal, nas responsabilizações de natureza cível. Já o dano moral presumido, conforme visto anteriormente, excetua essa regra, uma vez que independe da comprovação do grande abalo psicológico ou dor suportada pela vítima. Essa configuração já está presumida e decorre do próprio fato, tido como ilícito ou injusto.

No campo da solidariedade social, é possível verificar por meio de decisões e precedentes judiciais que não há uma majoração linear nos valores das indenizações por dano moral ou mesmo uma correção substancial do *quantum* ao longo do tempo, como forma de repor o poder da inflação, o que torna evidente a diluição dos danos. Nesse campo, Novaes (2017) bem esclarece que:

Em todo caso sempre se apresentarão duas soluções contrapostas: a primeira, consistente em isentar o provável causador do dano de qualquer responsabilidade; a segunda consistente em presumir, com base em indícios e no *id quod plerumque accidit*, a existência do liame causal suficiente para se estabelecer o dever de indenizar.

A escolha por qualquer dessas alternativas será

²⁸ No campo de aplicação da responsabilidade objetiva do fornecedor, não se perquire a existência de culpa (sua ocorrência é irrelevante e sua verificação desnecessária), visto que não repercute na responsabilização. Nesse iter, para a reparação de danos, basta a demonstração do evento danoso, do nexo causal e do dano ressarcível e sua extensão (ALMEIDA, 2003, pp. 83-84).

necessariamente uma opção política e ideológica, sendo possível identificar bons motivos capazes de suportar ambos os posicionamentos. Seja qual for o caminho adotado, vale desde já uma advertência: os princípios da ampla reparação da vítima e da solidariedade social, malgrado sua crescente importância, não autorizam a concessão de reparação à vítima em qualquer caso. Não compete à responsabilidade civil proteger a vítima a qualquer custo e tampouco distribuir riquezas a pretexto de realizar justiça social (NOVAES, 2017, p. 151).

Bessa e Reis ([201-]), ao escrevem artigo sobre dano moral e dor, informam que há três correntes doutrinárias majoritárias sobre o “conceito e configuração do dano moral: 1) dor psíquica; 2) violação a direitos da personalidade; 3) ofensa à cláusula geral da dignidade da pessoa humana.” Os autores ressaltam uma proximidade entre a segunda e terceira correntes que afastam a dor – afetação do estado anímico – para a caracterização do dano moral. Nesse caminho, deixam assente que a ideia dor (primeira corrente) afigura como “elemento acidental do dano moral, utilizada apenas para aumentar o *quantum* indenizatório (segunda corrente)”²⁹.

Gustavo Tepedino (2001 apud BESSA, 2009) registra que a proteção do consumidor deve ser realizada do ponto de vista instrumental na qual busca-se a proteção das relações de consumo pela via da normatização e não o consumidor como uma categoria individualizada. Bessa (2009) deixa claro que vários outros autores, como Marcelo Calixto e Rizzatto Nunes, destacam a importância da análise do CDC “a partir de uma perspectiva constitucional e com especial destaque para o princípio

²⁹ Leonardo Roscoe Bessa esclarece que “o consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas, ressalte-se, em relação a interesses patrimoniais, mas também, e com maior intensidade, em seus interesses existenciais (projeções da dignidade da pessoa humana). Historicamente, a fragilidade do consumidor intensificou-se na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações no mercado de consumo, ocorrido, particularmente, nas décadas posteriores ao término da 2ª Grande Guerra” (BESSA, 2007, p. 30).

da dignidade da pessoa humana” (BESSA, 2009, 38).

A ideia da proteção do consumidor em face de sua vulnerabilidade parece não sofrer valoração monetária suficiente nas responsabilizações por dano moral, conforme se observa dos precedentes judiciais. É possível inferir que um dos fatores seria para não servir de estímulo à multiplicidade de demandas sobre danos morais, o que reforça a diluição dos danos por meio da solidariedade social.

Anderson Schreiber (2011, p. 50) informa que o art. 944 do Código Civil “autoriza a redução equitativa da indenização em face da desproporcionalidade entre a culpa e o dano”. Nesse sentido, lembra o habitual emprego do grau de culpa na quantificação do dano moral. Assim, a redução equitativa da indenização limita a quantificação e também exclui, *a contrario sensu*, uma majoração do *quantum* indenizatório, indo justamente de encontro ao caráter punitivo. Em tal cenário, o emprego do grau de culpa como critério de arbitramento do dano moral, além de se limitar igualmente à esfera quantitativa, sequer encontra fundamento legítimo no ordenamento jurídico brasileiro.³⁰

Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 177), ao discorrer sobre aspectos evolutivos relacionados aos danos, consigna que:

Daí porque, há mais de duas décadas, O. GOMES qualificava como "a mais interessante mudança" na teoria da responsabilidade civil o que ele chamou de "giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto", que permite "detectar outros danos resarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de *ato ilícito* pela de *dano injusto*, mais amplo e mais social"

Cumpre, pois, identificar em que consiste a injustiça do dano,

³⁰ Anderson Schreiber esclarece que a atribuição de um caráter moral à noção de culpa impactou o sistema moderno de responsabilidade civil, ao impor um imperativo ético ao próprio dever de indenizar aos auspícios de ser esta uma obrigação moral, bem como de não causar prejuízo para o próximo. Nesse sentido, a vítima é titular de um direito subjetivo à reparação que figura em seu patrimônio e pode, em certas condições ser transmitido. Em outras palavras trata-se do poder de exigir o cumprimento do dever moral da reparação (SCHREIBER, 2013, p. 16).

que faz nascer a exigência da indenização. Ou, em outras palavras, será necessário "circunscrever a área dos danos ressarcíveis", de modo a evitar uma "propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória" (MORAES, 2009, p. 177).

Maria Celina Bodim de Moraes ainda esclarece que uma metodologia de interpretação "civil-constitucional" tem característica predomina das regras e princípios constitucionais às relações intersubjetivas de direito privado. Nessa vertente, a configuração do dano moral vê-se superada pelo pressuposto tradicional, visto que o ponto de partida decorre da unidade do ordenamento que é dada à tutela à pessoa humana e à sua dignidade. Portanto, em tratando-se de dano moral, o objetivo a ser perseguido é "oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado" (MORAES, 2009, p. 182).³¹

Dados do CNJ, vistos anteriormente, deixam claro haver uma miríade de demandas judiciais sobre danos morais, o que ousou-se chamar de "indústria dos danos morais". Esse fato reforça a ideia de haver alguma proteção judicial, especialmente na valoração dos danos injustos, inclusive como mecanismo para tentar conter ou até evitar a expansão ainda maior do número de demandas judiciais sobre esse mesmo tema.

Benjamim, Marques e Bessa (2017) ao ponderarem sobre o diálogo das fontes informa que não há, a princípio, falar em exclusão formal em espécies normativas distintas, mas sim em influências recíprocas. Nesse sentido, a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma complementar ou subsidiária, seja permitido a opção voluntária das partes sobre a fonte que terá prevalência (BENJAMIM;

³¹ Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que sendo o CDC uma lei entre diferentes, enquanto o Código Civil é uma lei entre iguais, "na subsunção do caso concreto deverá ser dada aplicação ao dispositivo cuja interpretação resulte mais favorável ao consumidor" (MANCUSO, 2013, p. 288).

MARQUES; BESSA, 2017, p. 160).³²

Os autores observam ainda que o espírito da teoria dos diálogos das fontes foi aceito compreendido e vista a proteção do mais vulnerável, o que impõe solução direta, expressa e simples e afasta a norma consumerista, se o valor constitucional estiver suficientemente representado (BENJAMIM; MARQUES; BESSA, p. 161).

Assim, a justificativa judicial para a manutenção do *quantum* valorativo nas indenizações por danos morais tem basicamente dois fundamentos: proibição do enriquecimento ilícito e aspectos econômicos e financeiros dos litigantes. Nota-se que a depender do porte econômico do fornecedor e da cadeia de consumo da qual integre, seria preferível continuar na prática ilícita ou injusta a adotar comportamento de respeito e proteção para com o consumidor. Em tais casos as sanções judiciais eventualmente impostas não têm o condão de moldar e estabelecer novos comportamentos, em face do poder econômico (risco calculado).

Antônio Jeová Santos (2003, p. 149) bem registra que “o grande problema dos tempos hodiernos é a quantificação do dano moral”. O autor pontua do costume e facilidade com a avaliação e quantificação do dano patrimonial e que isso não era possível aplicar a *restitutio in integrum* quando o bem lesado integra o espírito, o íntimo, a subjetividade de uma pessoa. Nesse horizonte, ressalta que foi exatamente essa dificuldade em fixar o *quantum* pelo dano moral que “conspirou para o atraso dogmático e doutrinário” desse instituto.

Em tal cenário, a valoração expressiva do dano moral pode estimular a proliferação de demandas judiciais sobre o assunto, mas, por outro lado, mitiga, de certa forma, os mecanismos de proteção e defesa do consumidor, visto que as sanções

³² Nesse mesmo sentido, Leonardo Roscoe Bessa esclarece que “o resultado hermenêutico advém necessariamente de exame sistemático e integrado de diversos diplomas legais, com relevo para a CF, em face de sua superioridade hierárquica” (BESSA, 2003, p. 234).

eventualmente impostas podem não ostentar potencial que leve a estabelecer novos comportamentos, considerado o poder econômico do fornecedor.

Santos (2003) ainda consigna que o magistrado deve observar “o caráter dissuatório no momento da fixação do dano moral”, dada a gravidade da conduta do ofensor, o menosprezo deste quanto ao resultado e consequências, agravado pelo benefício econômico derivado do ilícito perpetrado (SANTOS, 2003, p. 161).³³

Assim, Antônio Jeová Santos (2003) dá a diretriz que serve de parâmetros à determinação do *quantum* indenizatório:

A determinação do *quantum* indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas (SANTOS, 2003, p. 162).

Ademais, a doutrina rechaça a ideia de tarifação do dano moral. Essa inconveniência de determinação inflexível de quantias que serão ressarcidas é contra os critérios de justiça e equidade que, diga-se de passagem, devem estar sob o jugo, análise e ponderação do magistrado.

Santos (2003, p. 179) esclarece ainda que o montante que serve à compensação do dano moral situa-se no plano satisfativo, ou seja, que o lesado tenha alguma satisfação que compense ou mitigue o mal que viera a sofrer ou suportar pelo dano injusto contra ele cometido.³⁴

A moderna sociedade de consumo onde impera a grande circulação de bens e serviços em velocidade extraordinária, a noção de culpa se mostra insuficiente para a reparação dos danos causados pelo fornecimento de produtos e serviços

³³ O autor esclarece ainda que se observa no Direito brasileiro uma gradação do *quantum* pecuniário.

³⁴ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005), no tocante à extensão do dano, traz alguns critérios para a mensuração de bens não economicamente mensuráveis: dignidade humana, a dimensão temporal, a perenidade da lesão ou dano, a retratação, a repercussão e a extensão do dano (BERNARDO, 2005, pp. 117-118).

(BERNARDO, 2005, p, 62).

Bernardo (2005, pp. 44-46) informa a insuficiência da responsabilidade que se afasta da ideia de repressão (indenização pelo dano causado), já que se olvida do caráter preventivo que deve ter o instituto para realizar o seu desiderato social de proteção à pessoa. Em tais casos, o fundamento da responsabilidade está pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e não em um critério patrimonialista propriamente dito. Nesse aspecto, defende o binômio prevenção e repressão como instrumentos úteis na defesa da dignidade da pessoa humana, bem como a necessidade da ruptura de paradigmas.

Anderson Schreiber (2013) menciona que a solidariedade social consubstancia-se em um dos principais vetores do direito contemporâneo, influenciado pelo ideário da solidariedade e pelo reconhecimento do caráter normativo da solidariedade social. É nesse contexto que o autor esclarece:

A transferência do foco da responsabilidade civil em direção ao dano, com a relativa perda de importância da culpa e do nexó causal na filtragem das demandas indenizatórias, denota, como já repetidamente enfatizado, um afastamento do paradigma da imputabilidade moral em favor de um sistema de reparação capaz de efetivamente proteger as vítimas dos comportamentos – *rectius*: dos fatos – lesivos. A ideia de solidariedade vem, assim, se imiscuindo nas bases teóricas da responsabilidade civil e na própria filosofia que sustenta. Há cada vez mais solidariedade na culpa (todos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos danos), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos) (SCHREIBER, 2013, p. 225).

As palavras do citado autor não parecem um vaticínio, mas uma decorrência lógica do estudo que perscrutou a evolução da responsabilidade civil. Esse instituto, após intensos debates começou a ser reconhecido e vem sendo diluído gradativamente frente ao que denominou de solidariedade social na reparação. Em outras palavras, situação análoga é evidenciada na questão inerente aos danos morais, visto que integra o gênero da

responsabilidade civil, especialmente, naqueles danos ditos presumidos ou *in re ipsa*, cujos valores se mostram, de certa forma, estanques no tempo ou há considerável data.

Nesse mesmo sentido, Barbosa e Multedo informam “as dificuldades que giram em torno do tema, vão muito além, pois quando o assunto é a reparação de danos de ordem extrapatrimonial, a doutrina se mostra unânime em relação à dificuldade que permeia tonto o processo de qualificação como principalmente o de quantificação dos danos” (BARBOSA; MULTEDO; 2014).

Sérgio Cavalieri Filho (2002 apud MORAES, 2009) traz o seguinte escólio:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral (CAVALIERI FILHO, 2002 apud MORAES, 2009, pp. 160-161).

O eminente Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, registrou o excerto abaixo, proferido no Agravo em Recurso Extraordinário ARE 766.618/SP, que julgou a prevalência de norma internacional sobre compensação por danos morais em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, a atuação normativa do Poder Público, como aquela consubstanciada na legislação de defesa do consumidor, vocacionada a coibir, com fundamento na prevalência do interesse social, situações e práticas abusivas que possam comprometer a eficácia do postulado constitucional de proteção e amparo ao consumidor (que representa importante vetor interpretativo na ponderação e superação das relações de

antagonismo que se registram no mercado de consumo), *justifica-se* ante a necessidade – *que se impõe ao Estado* – *de impedir* que as empresas e os agentes econômicos em geral *afetem e agravem a situação de vulnerabilidade* a que se acham expostos os consumidores (RIZZATO NUNES, “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, p. 629/630, item n. 2.7, 6ª ed., 2011, Saraiva, v.g.), *qualquer que seja* o domínio em que exerçam as suas atividades, *inclusive no plano do transporte aéreo internacional*.

O ministro restou vencido, no entanto, é translúcido a questão controvertida do tema, bem como o alcance dessa proteção consumerista em face da Constituição. Certamente, esse tema não se esgota aqui, mas é uma luz que se acende sobre a questão, que deve ser debatida, a fim de conciliar as vertentes da dignidade de pessoa humana com a proteção e defesa do consumidor, como pontos indutores de novos comportamentos e de quebra de paradigmas. Com a palavra a justiça brasileira.

Esse tema é tão tormentoso que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) não admite recurso especial para a revisão de valores decorrentes de indenização por danos morais, a não ser que tais valores revelem ínfimos ou exorbitantes. Perceba-se que são dois extremos, não há um parâmetro ou meio termo estabelecido. Mesmo aqueles valores que foram levantados judicialmente com base em salários mínimos já não são observados ou atualizados pela jurisprudência. Isso pode revelar uma mitigação da defesa do consumidor para o fim de [tentar] conter ou dificultar a expansão da “indústria dos danos morais” (MELO, 2011, p. 117).³⁵

³⁵ O Superior Tribunal de Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que “a revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo”. Nesse sentido, são os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1284741/SP, AgInt no AREsp 1152145/DF e REsp 1715545/RS. Assim, “a alteração da indenização por dano moral apenas é possível quando o *quantum* arbitrado nas instâncias originárias se revelar irrisório ou exorbitante. Não estando configurada uma dessas hipóteses, não cabe examinar a justiça do valor fixado na indenização, uma vez que tal análise demanda incursão à seara fático-probatória dos autos”, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

A Ministra Nancy Andriahi, ao relatar o Recurso Especial nº 1.796.716 /MG, consignou em seu voto que a “caracterização do dano moral *in re ipsa* não pode ser elastecida a ponto de afastar a necessidade de sua efetiva demonstração em qualquer situação.” Nesse sentido, ainda que o tema debatido se revista de características de dano moral *in re ipsa*, tal instituto não tem aplicação automática e absoluta, visto que admite a consideração de outros fatores “a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova [...] da lesão extrapatrimonial sofrida”.

A ponderação da eminente ministra reforça a ideia defendida no presente trabalho sobre a possível existência de uma solidariedade social relativamente à quantificação dos danos morais, como mecanismos de defesa à multiplicidade exacerbada de demandas sobre indenização por danos morais.

Nessa ótica, a ordem jurídica acompanha os fatos sociais e a evolução da sociedade e é papel característico do Direito tutelar normas e moldar condutas e importa comportamentos sob pena de se imputar alguma espécie de sanção.

A sociedade de consumidores é tutelada pela Constituição e como resposta ao fundo da vedação ao enriquecimento sem causa, a capacidade econômica dos litigantes, que devem ser contrabalanceados, a balança judicial aponta para uma possível solidariedade dos danos com a diluição dos valores quantificáveis. É fato que, a depende do poder econômico dos fornecedores, isso não se mostra sanção apta e eficaz a moldar e induzir comportamentos na defesa e proteção do consumidor, bem como em quebra de paradigmas.

Por outro lado, não pode a facilidade e o acesso à Justiça estimular a chamada “indústria do dano moral”, razão pela qual, reforça-se a necessidade de análise e ponderação por magistrados nas mais variadas situações e casos concretos. Não é tarefa fácil a conciliação das questões apresentadas. No entanto, não pode a proteção e defesa do consumidor estar relegada a um

plano secundário, o pode acarretar o agravamento da situação justamente daquele que é a parte mais vulnerável na relação de consumo.

5 CONCLUSÃO

Observa-se haver uma nítida evolução do conceito e aplicação do dano moral para o fim de se reconhecer a responsabilização do fornecedor nas relações de consumo. Esse aspecto ganhou força com a Constituição de 1988 e com o advento do Código de Defesa do Consumidor ao reconhecer a vulnerabilidade dos consumidores nas relações assimétricas, características de uma sociedade e produção em massas.

O dano moral presumido ou *in re ipsa* é dito aquele dano que deriva do próprio fato, ou seja, basta provar os fatos e não os danos dele decorrentes, visto que estes são presumidos. Em outras palavras, afigura-se despicienda a demonstração ou prova dos danos que, neste caso, consideram-se decorrentes ou originados nos próprios fatos.

Restou evidenciado ainda que nos danos morais, nos quais a jurisprudência reconhece a sua presunção, a aplicação deste instituto não é absoluta, visto que pode vir a ser analisado e avaliado no caso concreto, bem como existem situações aptas a afastar essa presunção, que não é *iuris et de iure*.

No tocante aos critérios de quantificação, constatou-se que, via de regra, o poder econômico dos fornecedores frente aos danos morais causados, reforça a pulverização do instituto, bem como aponto para a sua banalização, já que as sanções judiciais aplicadas nas demandas subjetivas não parecerem moldar o comportamento dos agentes econômicos, pelo menos no tempo e celeridade desejados, o que reforma a ideia de um possível cenário de solidariedade social dos danos.

É certo que a vedação ao enriquecimento ilícito é norma impeditiva da estipulação de valores mais significativos às

sanções aplicadas, bem como o critério de quantificação, com base na situação econômica da vítima e do causador do dano. Essa situação revela um vácuo ou mesmo um fator inibidor a que outro comportamento seja adotado pelo fornecedor, visto que o pagamento das sanções impostas judicialmente pode ser mais factível economicamente para a empresa, a depender de seu porte, relativamente à adoção de outra solução, apta a coibir a perpetração ou reiteração de práticas ilícitas ou injustas na seara consumerista.

A facilidade de acesso à Justiça, em especial aos juizados especiais, nas causas que não dependem de patrono (até 20 salários mínimos) garantiu ao menos uma resposta por parte do Estado na questão consumerista, que fixou jurisprudencialmente um padrão de sanção àqueles danos reconhecidamente como presumidos. Todos esses mecanismos serviram de insumo para a proliferação da chamada “indústria do dano moral”. Por outro lado, há uma clara diluição da quantificação do valor desses danos, visto que a questão, analisada sob o prisma meramente econômico, parece haver uma redistribuição ou diluição do custo social desse dano com os demais consumidores.

A vulnerabilidade na massiva sociedade da informação deve ser atenuada mediante informação e o acesso a insumos tecnológicos que, cada vez mais, estão à disposição da população. No entanto, isso não deverá mitigar o pressuposto mestre de defesa e proteção do consumidor, já que não há como afastar na situação fática a real supremacia dos fornecedores, o que caracteriza a assimetria da relação e deixa evidente essa fragilidade na proteção do consumidor.

O Estado deve atuar para garantir esse desejável equilíbrio, bem como adotar meios, políticas públicas e instrumentos de proteção e educação do consumidor, como forma de garantir a harmonização com as diretrizes constitucionais de nossa nação para o desejável alcance do fim colimado pelos ditames da justiça social. Evita-se com isso a proliferação da chamada

indústria dos danos morais, bem como reverbera nos aspectos de valoração quantitativa dos danos injustos, o que pode gerar reflexos no estabelecimento de novos padrões de comportamento, de forma a quebrar paradigmas, que vão ao encontro da proteção e defesa do consumidor, desiderato de nossa Lei Maior.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- BARBOSA, Fernanda Nunes; MULTEDO, Renata Vilela. Danos extrapatrimoniais coletivos. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 93/2012, pp. 29-45, maio-jun. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 5. Pp. 491-495. Abr. 2011.
- _____. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____; FAIAD, Walter José. *Manual do direito do*

consumidor. 3. ed. Brasília: Secretaria de Direito Econômico/Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2010.

_____. ; REIS, Milla Pereira Primo. *Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica*. [Sl.: s.n., 201-].

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números indica temas mais demandados nos tribunais*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-indica-os-assuntos-mais-demandados-em-2016-nos-tribunais/>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). *Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.284.741/SP*. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 14 ago. 2018. Publicação: DJe 28 ago. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1284741&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. _____. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.152.145/DF*. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 15 mar. 2018. Publicação: DJe 16 nov. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1152145&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. _____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.379.761/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Luis

Felipe Salomão. Julgamento: 26 abr. 2011. Publicação: DJe 2 maio 2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1379761&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. *Recurso Especial nº 1.715.545/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 15 mar. 2018. Publicação: DJe 16 nov. 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1715545&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. *Recurso Especial nº 1.796.716/MG*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Julgamento: 27 ago. 2019. Publicação: DJe 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1796716&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 25 maio 2017. Publicação: DJe -257 13 nov. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=766618&origem=AP>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARLOS ALBERTO BITTAR. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chega até ele*. Leme, J. H. Mizuno, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado por autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Tradução: Marcello Lino. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2017.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NOVAES, Domingos Riomar. *Nexo causal como realidade normativa e presunção de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOARES, Fábio Costa. *Acesso do consumidor à justiça: os*

fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral.* 7. ed. atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.