

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DIREITO DO CONSUMIDOR E DANO MORAL

Simone Hegele Bolson

Curso de Mestrado em Direito

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Florianópolis

1999

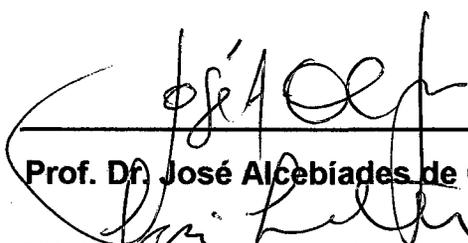
DIREITO DO CONSUMIDOR E DANO MORAL

por

Simone Hegele Bolson

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

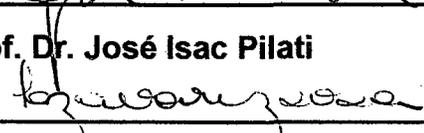
Orientador:



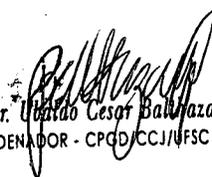
Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior



Prof. Dr. José Isac Pilati



Prof.^a Msc. Leilane Zavarisi da Rosa


Prof. Dr. Ubaldino Cesar Balbazar
COORDENADOR - CPQD/CCL/UFSC

Florianópolis, novembro de 1999.

Aos meus

**ELEANDRO, companheiro e amigo.
BIBIANA e SOLANO, o “*Furacão Loiro*”
e a “*Formiga Atômica*”, a dupla dinâmica
que me torna mais feliz.**

**TELMO e MARIA ELOÁ, meus pais,
“novos tocantinenses”, com alma e
coração gaúchos.**

Agradeço:

Aos membros da banca examinadora:

**Prof. Orientador Dr. JOSÉ
ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR,
Prof. Dr. JOSÉ ISAC PILATI e Prof.^a Msc.
LEILANE ZAVARIZI DA ROSA, pelas
contribuições ao trabalho.**

Em especial, duas pessoas brilhantes:

**AIRTON SOTT, mestre dedicado ao
Processo Civil, com uma visão moderna
e arejada do que é o Direito e a Justiça.**

**RITA ANDREATTA, ex-professora,
colega e amiga, que sempre me
incentivou a trilhar o caminho
acadêmico.**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
Capítulo I – ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	13
1.1 O movimento consumerista e a origem do Direito do Consumidor	13
1.2 Direitos dos consumidores como terceira geração de direitos, na classificação de Bobbio	24
1.3 O <i>Welfare State</i> , o Direito Social e o Direito do Consumidor	35
1.4 A inserção do Direito do Consumidor na vida cotidiana do fim do século XX	46
1.5 Direito do Consumidor e a Pós-Modernidade Jurídica	55
1.6 Reconhecimento e alcance das relações de consumo como relações típicas do fim do século XX	67
Capítulo II – RELAÇÕES DE CONSUMO: DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO	72
2.1 Breve definição no direito brasileiro e no direito estrangeiro	73
2.2 Relações de consumo <i>stricto sensu</i>	91
2.2.1 Relação entre fabricante e consumidor	92
2.2.2 Relação entre prestador de serviço e consumidor	97
2.2.3 Relação entre entidade bancária, como fornecedora de crédito, e consumidor	100

2.3	Relações de consumo em sentido amplo	109
2.3.1	Relações de consumo por <i>contacto jurídico</i> ...	113
Capítulo III	– DIREITOS DA PERSONALIDADE E DANO MÓRAL	116
3.1	Direitos da personalidade: reconhecimento jurídico e importância	120
3.2	Ética e os direitos da personalidade	129
3.3	Conceito de dano moral e distinção de dano patrimonial	134
3.3.1	Denominação e espécies de dano moral	138
3.3.1.1	Dano moral objetivo	139
3.3.1.2	Dano moral subjetivo	139
3.3.1.3	Dano moral à imagem social	139
3.3.1.4	Dano moral direto ou puro	141
3.3.1.5	Dano moral indireto ou reflexo	142
3.4	Dano moral no nosso ordenamento jurídico	143
3.4.1	Correntes doutrinárias negativista, positivista e eclética quanto à reparabilidade do dano moral	150
3.5	Direitos da personalidade e dano moral	152
3.6	Manifestação do dano moral nas relações de consumo <i>stricto sensu</i> e por <i>contacto jurídico</i>	156
Capítulo IV	– DANO MORAL AO CONSUMIDOR E SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL	161
4.1	Evolução da responsabilidade civil por danos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor	163
4.1.1	Responsabilidade civil subjetiva	171
4.1.2	Responsabilidade civil objetiva	174
4.2	Da adoção da responsabilidade civil objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor	176
4.2.1	Mitigação da responsabilidade civil objetiva no caso dos profissionais liberais e dos vícios por inadequação	181

4.3	Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor.....	187
4.3.1	Responsabilidade civil por dano moral decorrente de acidentes de consumo	192
4.3.2	Responsabilidade civil por dano moral decorrente dos vícios dos produtos e serviços	197
4.4	Indenização do dano moral ao consumidor	201
4.4.1	A apuração do <i>quantum</i> indenizatório: critérios de fixação	206
4.4.2	Valoração do dano: quantificação econômica por <i>arbitramento puro</i> do juiz ou aplicação de tabelas variáveis?	210
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	216
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	226

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Des. - Desembargador

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

ONG – Organização não-governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PROCON – Grupo Executivo de Orientação e Proteção do Consumidor

RDC – Revista de Direito do Consumidor, órgão oficial do Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, editado pela Editora Revista dos Tribunais

RePro – Revista de Processo, editada pela Editora Revista dos Tribunais

RT – Revista dos Tribunais, editada pela Editora Revista dos Tribunais

SPC – Serviço de Proteção ao Crédito

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

INTRODUÇÃO

“Las personas poseen algo más importante que su *homo economicus*, y es su esencia de ser, rectitud, condescendencia hacia el outro, respecto por la indigencia, fuerza espiritual, etc.; un conjunto de aspectos para sí y para com los demás que configuran el ser moral y espiritual que es, o debería ser, el hombre como ser humano “ (Carlos Alberto Gherzi) ¹.

Os direitos dos consumidores, na opinião de Norberto Bobbio, são direitos de terceira geração ². São direitos do *homem consumidor*, típicos da sociedade de consumo deste final de século. Esta sociedade de consumo é fruto do progresso tecnológico e do processo da industrialização, com a conseqüente massificação dos bens de produção. Assim, o ordenamento jurídico necessitava tutelar os direitos de terceira geração, originando ao denominado *Direito do Consumidor*.

¹ Gherzi, Carlos Alberto. Cuantificación económica del daño. Proceso de consumo, ahorro y generación de riqueza. Reparación en dinero. Renta. Lesiones. Valor da vida humana. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 30.

² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.9 .

Nosso objeto de estudo é o *Direito do Consumidor*, uma vez que tratamos de analisar este ramo do Direito e vários aspectos concernentes a ele e o *dano moral*, pois a busca do saber e do aprendizado sobre este novo ramo do direito, contudo, levou-nos a detectar um ponto ainda pouco explorado pela doutrina, qual seja: os direitos da personalidade do homem consumidor e a violação a estes direitos, originando o *dano moral ao consumidor*. Dirigimo-nos, assim, à análise do dano moral ao consumidor e da responsabilização civil dos agentes causadores.

Dividimos o trabalho em quatro capítulos: o primeiro trata dos aspectos gerais do Direito do Consumidor; o segundo define e classifica as relações de consumo; o terceiro aborda sobre os direitos da personalidade e o dano moral e, por fim, o quarto analisa o dano moral ao consumidor e sua responsabilização civil, esta decorrente dos acidentes de consumo ou pelos vícios dos produtos e serviços. Optamos por tratar somente da *responsabilidade civil por dano moral decorrente dos acidentes de consumo e dos vícios do produto e serviço*, não fazendo alusão à responsabilidade civil por dano moral decorrente da publicidade enganosa ou abusiva, que nada mais é do que a responsabilidade civil do anunciante, tema já abordado pelo jurista gaúcho Adalberto Pasqualotto³.

Os capítulos se inter-relacionam, embora o primeiro seja mais amplo, inclusive tratando da pós-modernidade jurídica e do

³ PASQUALOTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Direito do Consumidor. A nosso ver, o Direito do Consumidor é tema tão apaixonante que se torna difícil abordá-lo de forma isenta da tomada de posição frente às discussões doutrinárias que se travam hoje (v.g., quem pode ser definido como consumidor). Entendemos que hoje todos são consumidores, de uma forma ou de outra, ao participarem da sociedade de consumo, e os problemas advindos das relações de consumo estão na ordem do dia, por isso a importância de um Direito do Consumidor forte e efetivo, seja através da lei ou da *práxis* jurídica.

Da mesma forma, neste fim de século, o que se constata é o aumento das violações aos direitos dos consumidores, veja-se o exemplo, em nosso país, das prestadoras de serviço telefônico. Todo o dia a imprensa é pródiga em denunciar algum tipo de violação cometida contra os consumidores. Destas violações advém dano material e/ou moral e entre os dois, a nosso ver, é mais relevante o dano moral, pois este atinge a pessoa na sua esfera íntima, em seus sentimentos recônditos, em sua consideração pessoal, enfim, em seu estado d'alma.

O estudo do *dano moral ao consumidor*, então, nada mais é do que o reconhecimento de que a pessoa é algo mais que o mero *homo economicus*, que ela é um ser moral e espiritual, necessitando do amparo jurídico, quando atingida por maus fornecedores de produtos e serviços.

Desenvolvemos, ao longo do trabalho, nosso ponto de vista acerca de questões extremamente atuais, utilizando como método

uma abordagem dedutiva, com procedimento descritivo, histórico e jurídico-legal, tendo como arrimo a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Em verdade, é a opinião de uma otimista, que acredita no ser humano e na sua capacidade construtiva, segura o suficiente para afirmar que nossa civilização não está à beira do caos, como expressam os pós-modernos, e o reconhecimento jurídico do dano moral ao consumidor e da obrigação de repará-lo está a provar que evoluímos. Esclarecemos, desde já, que o trabalho desenvolvido é de cunho interdisciplinar, compartilhamos da opinião de muitos que o Direito é mais do que direito positivo ou do que está nas leis e nos códigos. O Direito é algo vivo, pulsante, que não pode prescindir das noções de história, filosofia, sociologia e outras ciências afins.

Diante disso, trazemos a classificação do jusfilósofo Luís Alberto Warat, que diz existirem dois tipos de juristas: os *juristas estilistas* e os *juristas costureiras*. Aos primeiros foi dado o dom da invenção, da criação original, do molde perfeito; aos segundos cumpre trabalhar sobre o molde criado originalmente pelo estilista e dar-lhe forma. Pertencemos à segunda categoria, nossa contribuição é a de uma *jurista costureira* que crê que o Direito, particularmente o Direito do Consumidor, necessita, hoje, muito mais do trabalho das costureiras do que dos estilistas. Esperamos que o trabalho a seguir contribua de forma profícua ao estudo do dano moral ao consumidor, lançando luzes sobre tema característico da era contemporânea.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 O movimento consumerista e a origem do Direito do Consumidor

O berço do Direito do Consumidor, enquanto fonte de normas reguladoras das relações de consumo, e do movimento consumerista são os Estados Unidos da América ¹. Sob uma

¹ Segundo J.M.Othon Sidou “nos Estados Unidos, a proteção ao consumidor teve seu advento legislativo com a lei de 1872, que, genericamente, tachava os atos fraudulentos do comércio”, em *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 13.

Na era contemporânea, os Estados Unidos também estão na vanguarda da defesa do consumidor, como se infere da opinião de Carlos Ferreira de Almeida: “A mensagem dirigida pelo Presidente Kennedy ao Congresso em 15 de março de 1962 constitui um amplo programa de reformas consonantes com os interesses dos consumidores, a que a legislação e a prática judicial administrativa deram efectiva seqüência, colocando os Estados Unidos na posição porventura mais avançada nesta matéria; foi igualmente um marco para o despertar desta questão, com repercussões nos planos interno e internacional”, em *Os direitos dos consumidores*, Coimbra: Almedina, 1982, p.30. Destarte, também, a opinião de Luiz Otávio de Oliveira Amaral: “Já em 1962 o Presidente Kennedy (que adotou como uma das bandeiras de sua campanha eleitoral a defesa do consumidor), em sua primeira mensagem ao congresso norte-americano, tratando dos interesses do consumidor, consagrou os princípios básicos da questão...Segundo esse feliz descortino, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª Sessão (1973), realizada em Genebra, reconheceu basicamente aqueles princípios como direitos fundamentais e universais do consumidor”. V. *História e fundamentos do Direito do Consumidor*. In: *RT* 648, p. 32.

perspectiva econômica, identificam-se com facilidade os motivos da origem americana do Direito do Consumidor.

Naquele país a Revolução Industrial desenvolveu-se com rapidez assombrosa, superando, no início do século XX, inclusive, a Inglaterra - país no qual se iniciou o processo de industrialização massiva na segunda década do século passado e que teve na locomotiva a vapor o seu maior símbolo².

As influências do liberalismo econômico e de pensadores como Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill fizeram da Inglaterra a nação-propulsora de um capitalismo renovado (de um capitalismo mercantil passou-se a um capitalismo industrial), que junto com novas invenções, guindaram os ingleses à posição de superioridade econômico-industrial.

Em 1900, contudo, os Estados Unidos passam de coadjuvantes ao papel principal no cenário mundial, adquirindo o *status* de grande potência, uma vez que sua produção manufatureira superou a inglesa³ e a indústria do aço também cresceu. O historiador Paul Kennedy explica que os Estados Unidos mereceram tal classificação (de grande potência) devido

² Denominada " O Foguete", fazia o trajeto de 64,5 km entre Liverpool e Manchester.

³ KENNEDY, Paul. Conforme dados no Quadro nº 18 - Parcelas relativas da produção manufatureira mundial - 1880-1938, no qual, em 1900, 1913 e 1928, os Estados Unidos detinham, respectivamente, 23,6%, 32,0% e 39,3% da produção mundial, enquanto a Grã-Bretanha detinha 18,5%, 13,6% e 9,9%, em *Ascensão e queda das grandes potências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p.198.

a fatores como coesão interna da sociedade, capacidade de mobilização de recursos para a ação do Estado, posição geopolítica e capacidade diplomática.

Com a indústria manufatureira em ascensão houve demanda por bens de consumo, tanto que na década de 10 deste século, Henry Ford renovou o conceito de industrialização ao montar a linha de produção do Ford T, no estado de Michigan.

Junto com o crescimento industrial, tendo o mercado absorvido uma maior mão-de-obra, surgiu a classe dos operários da indústria e de outras áreas que também foram beneficiadas pelo progresso industrial. A classe operária norte-americana passou a exigir melhores condições de trabalho e redução da jornada de trabalho, entrando em confronto com aqueles que pretendiam manter o *status quo* anterior aos novos tempos.

As reivindicações dos trabalhadores, então, deram origem ao movimento sindical norte-americano, com forte influência do socialismo de Marx. Contemporâneo a este movimento foi o movimento consumerista, podendo ser detectado seu embrião nos movimentos dos frigoríficos de Chicago ⁴.

⁴ Em 1º de maio de 1886, os trabalhadores dos frigoríficos Swift, Armour, Medills, Fields e MC, reuniram-se numa grande concentração para reivindicarem a redução da jornada de trabalho de catorze para oito horas diárias e entrar em greve até o atendimento da reivindicação. No dia 4 de maio, numa nova concentração, houve a explosão de uma bomba causando

O movimento trabalhista e o movimento consumerista cindiram-se com a criação da denominada *Consumer's League*, em 1891⁵, a qual, posteriormente, evoluiu para a hoje conceituada e poderosa *Consumer's Union*, entidade de caráter civil, reconhecida pelo governo, que têm, entre outras atribuições, o de desenvolver um trabalho de conscientização dos consumidores, o de analisar os produtos lançados no mercado norte-americano - divulgando seus resultados na revista *Consumer's Report*, uma espécie de bíblia dos consumidores - e o de promover ações judiciais a favor dos consumidores.

Trilhando o seu próprio caminho, o movimento consumerista norte-americano ganhou prestígio, chegando a influenciar alguns governos, como o de John F. Kennedy, que em 15 de março de 1962 fez a famosa *Declaração dos Direitos Internacionais do Consumidor*, identificando os pontos mais

a morte de centenas de pessoas, tendo sido acusados pelo crime os líderes dos movimentos: Adolph Fischer, Albert Parsons, Louis Lingg, George Engel, August Spies, Neeb e Miguel Schawb. Julgados e condenados por um Tribunal corrompido pelos frigoríficos, os cinco primeiros foram condenados à forca e os dois últimos a 15 anos de prisão. Anos depois, os processos foram revistos e os dois condenados libertados, enquanto a memória dos demais foi reabilitada, declarando-se a inocência dos mesmos. Hoje eles são conhecidos como os "mártires de Chicago" e as manifestações daquela época originaram o 1º de Maio - Dia do Trabalho. In: *Jornal do Programa de Educação Sindical FTIARS/UITA*, s/d, p.3-4.

⁵ Conforme José Geraldo Brito Filomeno: "Somente em 1891, com a criação da *Consumer's League* em Nova York, é que se cindiu o movimento trabalhista-consumerista, cada qual enveredando pelo seu próprio caminho, mas com propostas bastante semelhantes, sobretudo quanto aos instrumentos de tutela de seus interesses", em *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 47.

importantes em torno da questão: 1º) os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso, promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; 2º) que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço dos bens e serviços colocados no mercado; 3º) tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços; 4º) o direito a preços justos ⁶.

Esta declaração, a Resolução nº 2.542, de 11 de dezembro de 1969 e o reconhecimento dos direitos fundamentais e universais do consumidor, em 1973, deram origem à Resolução nº 39/248 da ONU, aprovada em sessão plenária de 9 de abril de 1985, conferindo o *status* de direito da humanidade ao direito dos consumidores.

O jurista português Carlos Ferreira de Almeida, um dos responsáveis pela elaboração da Lei portuguesa de defesa dos consumidores, explica que o movimento consumerista tinha três tipos de objetivos e finalidades: 1º) instaurar um equilíbrio entre compradores e vendedores, 2º) suscitar um movimento social, 3º) tomar o poder político. As maiores vitórias do movimento consumerista, entretanto, restringiram-se aos dois primeiros objetivos, pois efetivamente houve uma recepção deste movimento nas superestruturas estatais, reconhecendo-

⁶ V. SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. Salvador: Nova Alvorada Edições, 1996, p. 59.

se a importância do tema e criando-se todo um aparato para a proteção do consumidor ⁷.

Nas décadas de 50 e 60, influenciado pelos Estados Unidos, o continente europeu começa ir em direção da defesa do consumidor e os estudos, a partir da década de 70, de autores alemães, como Norbert Reich, franceses, como Jean Calais-Auloy e belgas, como Thierry Bourgoigne tratam da matéria com o desvelo que lhe é merecido ⁸.

A defesa do consumidor e o movimento consumerista norte-americano ⁹, contudo, na década de 80 passam por um período de estagnação, no qual garantir as conquistas é mais importante que eventuais denúncias bombásticas ou projetos megalomaniacos. A sociedade americana, na época, voltou-se a outros tipos de movimentos, como o movimento ecológico, porque vislumbrava nele um modo de alcançar direitos ainda

⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, p.32.

⁸ Cf. manifestação de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin sobre o pioneirismo dos EUA na tutela aos consumidores: "Uma palavra à parte merece a influência do direito norte-americano. Indiretamente, ao se usarem as regras européias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos *cases* e *statutes* americanos. Diretamente, através da análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*", em *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 10.

⁹ O caso da talidomida pode ser lembrado como o ápice do movimento consumerista, pois foi um dos responsáveis pela pressão sobre o FDA para proibir a droga, tendo sido comprovada a responsabilidade dela na má-formação de milhares de fetos e que gerou *class action* (ação coletiva) de grande repercussão.

não tutelados. De acordo com os consumeristas Paul N. Bloom e Ruth Belk Smith:

“ As atividades e conquistas do movimento consumerista não têm merecido tanta cobertura da mídia como tiveram uma década atrás. Consumerismo não é mais o foco mais importante do interesse do público e debate, e o movimento evoluiu para uma fase mais calma. Mas o consumerismo não morreu ... O consumerismo vive - embora não tão visivelmente como até o passado recente ¹⁰.”

Se nos Estados Unidos o movimento consumerista arrefeceu, na América Latina, ao contrário, ele vem crescendo, refletindo a entrada no mercado consumidor de milhares de cidadãos e isto se interpreta das próprias estatísticas econômicas que abordam sobre o crescimento dos chamados mercados emergentes, entre eles o Brasil. Não temos, ainda, uma organização como a *Consumer's Union*, mas o trabalho desenvolvido pelo PROCON e IDEC, entre outros, autoriza-nos a afirmar que a consciência de cidadania, embora incipiente, vem aumentando de forma admirável.

No nosso país, o primeiro órgão de defesa do consumidor (PROCON) surgiu, em nível estadual, no estado de São Paulo, no ano de 1978 e, em nível federal, foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor somente em 1985, pelo Decreto nº 91.469, embora já houvesse legislação que protegesse indiretamente os consumidores, como é o caso da

¹⁰ Apud FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p.17.

Lei de Economia Popular, de 1951, que disciplinava a responsabilidade dos agentes que causassem danos à economia popular ¹¹. Neste sentido, afirma Bittar:

“ Iniciativas privadas e oficiais antecederam a elaboração do Código, manifestadas sob formas várias, desde estudos e esboços a anteprojetos de leis, referentes à edificação de política própria e à estruturação adequada de um organismo central de controle, dotado de poderes efetivos para uma ação eficaz em prol dos direitos em questão ... partiu do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor a idéia de preparação de um Código de Defesa do Consumidor, formando-se então Comissão de Juristas capitaneada pela Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, que, com sugestões recebidas de várias entidades, elaborou Anteprojeto, publicado no DOU de 4.1.89.” ¹²

O Direito do Consumidor, enquanto objeto de estudo da Ciência Jurídica moderna e fonte da qual emanam normas que regem as relações de consumo é algo novo, porém, já havia, no próprio Código de Hamurabi, em seu parágrafo 235, uma espécie de proteção ao direito do consumidor babilônico, no caso de vício de fabricação de embarcação, ou seja, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo, constatado defeito estrutural, dentro do prazo até um ano ¹³.

¹¹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.8-9.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 21.

¹³ §235- *Se um barqueiro calefatou um barco para um awilum e não executou o seu trabalho com seriedade e naquele mesmo ano esse navio se inclinou ou deu defeito: o barqueiro desmontará esse barco com seus próprios recursos, reforçá-lo-á e entregará o barco reforçado ao dono do barco*. In *O Código de Hamurabi*. Introdução, tradução do original cuneiforme e comentários de E.Bouzon. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1976, p.95.

A existência dos direitos dos consumidores em sua conformação de hoje advém da Revolução Industrial, porque ela propiciou uma mudança drástica na sociedade do século XIX: a mudança de uma produção para uso próprio e eventual troca para uma produção de massa.

Na análise de Alvin Toffler , os cidadãos pré-Revolução Industrial eram *prossumidores* ou seja, produziam para si próprios, não havendo, assim, a produção em massa. As trocas, antes da Revolução Industrial se davam entre apenas algumas pessoas que se juntavam para trocar os objetos, havendo um toque pessoal em cada objeto. Este toque pessoal e que diferenciava o produto de cada um foi perdido a partir da produção em massa e da despersonalização do intercâmbio comercial. Portanto,

“ Foi a Revolução Industrial, introduzindo uma cunha na sociedade, que separou estas duas funções, dando assim nascimento ao que agora chamamos de produtores e consumidores. Esta separação levou à rápida difusão do mercado ou rede de intercâmbio - esse labirinto de canais através dos quais as mercadorias ou serviços, produzidos por você, chegam a mim e vice-versa .” ¹⁴

O futurólogo Toffler define a passagem do estado de *prossumidores* para consumidores de *segunda onda*, no qual passou-se de uma sociedade agrícola para uma sociedade industrial e antevê o surgimento de uma civilização da *terceira onda*, baseada na atividade cerebral e na produção

¹⁴ Toffler, Alvin. *A terceira onda*. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, s.d., p.267.

desmassificada - pequenas tiragens de produtos altamente personalizados ¹⁵.

Afirma, ainda, que na terceira onda haverá o encolhimento do sindicatos de trabalhadores no setor de manufatura de massa, o atrofiamento das grandes redes de televisão com a proliferação de novos canais e a família nuclear se tornará uma forma minoritária, multiplicando-se o número de lares com um só um chefe de família, casais recasados, casais sem filhos e celibatários ¹⁶.

Se a terceira onda se caracterizará por um processo de desmassificação, conforme Toffler, hoje, nós - latino-americanos, vivemos a segunda onda, porque aqui o processo de massificação é uma realidade perceptível, basta olharmos para nossos filhos e vemos a menina calçando a mais nova sandália da Angélica e o menino jogando, no vídeo game, o novo *mortal kombat*. Esta massificação não se aplica tão-somente no adquirir bens de consumo com apelo publicitário fácil, mas também nos hábitos dos cidadãos da modernidade, como ver a novela das oito, no Brasil, ou o *60 Minutes*, nos Estados Unidos.

¹⁵ Em *Criando uma nova civilização : a política da terceira onda*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 36.

¹⁶ Embora discordemos de muitos aspectos das obras de Toffler, não podemos negar que o autor analisou lucidamente o que vem acontecendo nos países do Primeiro Mundo, os quais são os artífices de uma nova civilização, inclusive em suas previsões na criação de um transmercado e na relativização do conceito de soberania.

A *civiltà di massa*, na acertada expressão de Mauro Cappelletti ¹⁷, trouxe consigo, também, os problemas advindos do progresso: a destruição de nosso ambiente natural, a diminuição da camada de Ozônio, o encrudescimento do conflito individualismo x solidariedade ... São alguns dos vários aspectos objeto de estudo de competentes estudiosos do tema, na área das Ciências Humanas.

Nesta sociedade de massa, o Direito do Consumidor pode servir como freio à *exploração do homem pelo homem*, fruto de um *liberalismo fundamentalista*¹⁸ predatório. Ao contrário de autores de orientação marxista ortodoxa que julgam inútil e aleatória a proteção dos consumidores e o movimento consumerista, chamando-os de *manifestações de neoreformismo capitalista* e instrumentos das sociedades capitalistas centrais que fazem concessões para manter o mesmo sistema ¹⁹, entendemos que o Direito do Consumidor, embora com origem nos países de capitalismo central pode ser um dos artífices de uma sociedade mais solidária, na qual os cidadãos consumidores terão instrumentos aparelhados a lhes defender.

¹⁷ Acesso à justiça. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul – nova fase*, v.1, 8-26.

¹⁸ A expressão *liberalismo fundamentalista* é da autoria do historiador Décio Freitas, que diz que “este liberalismo fundamentalista domina hoje de forma absoluta o processo de globalização econômica e financeira. Batizaram-no, de forma bastante imprópria, de neoliberalismo, quando na verdade não passa de uma patológica perversão do liberalismo”. *O Titanic da globalização*. Zero Hora, Porto Alegre, 29 de março de 1998, p.19.

O Direito do Consumidor não faz distinção entre os consumidores conforme seus rendimentos ou a classe social a que pertencem, não havendo critério de graduação entre eles. Há séculos nossa civilização vem buscando um direito justo e igualitário, se este é um ideal a ser alcançado, talvez o Direito do Consumidor seja um importante passo nesta direção ...

1.2 Direitos dos consumidores como terceira geração de direitos, na classificação de Bobbio

O Direito pode ser concebido como produto da vida organizada e como expressão das relações sociais provenientes de necessidades, sendo que em cada período histórico da civilização ocidental dominou um certo tipo de ordenação jurídica. Assim, de acordo com as necessidades do momento e por ser criação do homem, o Direito atendeu (e atende) aos reclames de determinado período; por isto, hoje, por exemplo, os ordálios²⁰ do direito medieval são

¹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*, p. 225.

²⁰ Os ordálios eram os chamados “julgamentos de Deus”. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “esse sistema é considerado a mais extrema manifestação da teoria da chamada prova legal, perpassado por inexcusável rigor formal. Como toda atividade dirigida à invocação de poderes mágicos ou divinos, semelhante procedimento tendia à obtenção de sentença justa desde o ponto de vista material, por meio do caráter irracional e sobrenatural dos meios processuais de decisão”, em *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

“compreendidos” por nossa civilização, embora cruéis, eles atendiam às “contingências” e ao *establishment* de então ²¹.

Consoante Bobbio,

“ Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens ²².”

O jurista italiano classifica os direitos do homem em gerações, defendendo que estes direitos são direitos históricos, nascidos de modo gradual e que traduzem a mudança das condições históricas. Este elenco dos direitos do homem modificou-se ao longo da história e continuará a modificar-se, comprovando-se que não há direitos fundamentais por natureza, o que parece fundamental numa dada época histórica, poderá não o ser em outra. O direito à propriedade, por exemplo, nos séculos XVIII e XIX, era considerado absoluto ou mais remotamente, o direito da civilização maia e moche de oferecer, em sacrifício, aos deuses, as vestais; hoje, às portas do século XXI, já não o são; qualquer espécie de sacrifício humano é considerado crime.

²¹ Da mesma forma, sob uma perspectiva histórica, se compreende a razão de instituir-se os Tribunais do Santo Ofício, eles eram o instrumento de coação e crueldade do regime político de então, o absolutista.

²² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

No nosso entendimento são dois os direitos absolutos: à vida e à liberdade ²³, mas nem sempre foi assim. O senhor de escravos, seja na Antigüidade ou na Idade Moderna, podia dispor livremente da vida e liberdade dos cativos. O que hoje nos parece cruel era normal até pouco mais de cem anos atrás na sociedade escravocrata brasileira ²⁴.

Na classificação de Bobbio, os direitos de primeira geração são os direitos individuais ou aqueles que possuem um significado histórico da inversão, onde passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão ²⁵. A passagem do dever de súdito para o direito de cidadão é fruto das lutas contra o Estado Absolutista e, conseqüentemente da instituição do Estado Moderno.

O sociólogo T.H. Marshall, em *Cidadania, classe social e status*, por sua vez, afirma que os direitos de primeira geração são os direitos civis, quais sejam: o direito à liberdade de ir e vir, à liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à

²³ Kant reduziu os chamados direitos inatos a apenas um: a liberdade. Bobbio, porém, questiona a Kant, perguntando: O que é a liberdade? Concordamos com ele quando afirma que a liberdade é um ideal a perseguir, não é um ser, é um dever ser. Cf. *A era dos direitos*, p. 17

Para o jusfilósofo norte-americano Dworkin, entretanto, não há um direito "absoluto" à liberdade, o jurista norte-americano diz que não existe tal direito porque o Estado pode limitar a liberdade dos cidadãos baseando-se em uma política de bem-estar geral. Em *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 24.

²⁴ V. FREITAS, Décio. *O escravismo brasileiro*. Porto Alegre: Instituto Cultural Português - Escola Superior de Teologia(co-edição), 1980.

²⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Cidadania e Novos Direitos*. In: *O novo em Direito e Política*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192.

propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça²⁶.

Os direitos de segunda geração, para Bobbio, são os direitos sociais²⁷, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. O direito à saúde, ao trabalho e à instrução²⁸ são essenciais e típicos de uma época em que há a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, os quais tiveram um extraordinário desenvolvimento a partir da década de 40, quando o *Welfare State* implementou-se na grande maioria dos países europeus.

Os direitos de cunho social surgiram exatamente no momento histórico em que houve a exigência de uma ação positiva do Estado, com o objetivo de assegurar e garantir a efetivação de direitos nascidos no âmbito da própria sociedade. Exigiu-se a presença do poder público para a implementação desses direitos. Neste sentido, assim como Wolkmer, entendemos que o fundamento da eclosão dos direitos sociais contemporâneos deve ser encontrada na permanente insatisfação de um corpo social cada vez maior que não consegue saciar as necessidades materiais e culturais, geradas

²⁶ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-65.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 72.

²⁸ Para T.H. Marshall e outros autores importantes como Karl Loewenstein e C.B. Macpherson os direitos de segunda geração são os direitos políticos, enquanto os direitos econômicos e sociais são de terceira geração. Cf. BEDIN, Gilmar. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 1997, p. 45.

pela sociedade industrial de massa e pelo paradigma centralizador de cultura política instituída ²⁹.

Com o reconhecimento dos direitos sociais houve a ampliação dos poderes do Estado, ao contrário dos direitos de primeira geração que nasceram com o objetivo de limitar este poder. Embora pareça que uma geração se oponha à outra quanto ao papel do Estado, isso não ocorreu, porque, de acordo com Bobbio, não é verdade que o aumento da liberdade sempre seja um bem ou o aumento do poder sempre seja um mal.

Já os direitos de terceira geração são os transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos. Os coletivos são definidos pela doutrina e jurisprudência como aqueles que dizem respeito a uma categoria determinada ou determinável de pessoas (coletividade) e os difusos são aqueles onde há uma indeterminação dos titulares e a indivisibilidade do objeto ³⁰.

Entre os direitos de terceira geração se encontram os direitos dos consumidores e aqueles ligados à ecologia, são os direitos da modernidade, onde há preocupação com a proteção do homem - consumidor e do *bicho homem* e seu *habitat*,

²⁹ *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*, p. 148.

³⁰ A hoje clássica pergunta de Mauro Cappelletti: *A quem pertence o ar que respiro?* reflete a noção que hoje temos dos direitos transindividuais e que a foi construída a duras penas nos últimos trinta anos, qual seja, que o direito a um ambiente saudável e não-poluído é direito de toda a humanidade. V. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. In: *RePro* nº 5, p. 128-159.

traduzida na edição de leis protetivas ao consumidor e ao meio ambiente.

A proteção do *bicho homem* e do seu *habitat* tornou-se alvo de preocupações tanto dos países industrializados como de outros, a partir de sinais de esgotamento que a própria natureza vem dando. Não é à toa que hoje em grandes centros urbanos como a Cidade do México e São Paulo há a necessidade de um rodízio na utilização dos automóveis, pois o ar está tão poluído que é impossível os habitantes daquelas duas cidades não serem prejudicados com um fluxo maior de carros nas ruas.

As legislações ambientais de vários países foram prodigiosas em estabelecer penas pecuniárias e outras para os infratores, inclusive no Brasil houve, recentemente, a promulgação da Lei 9.605/98 que é a mais nova tentativa de reprimir os crimes ambientais. Lastimável, entretanto, estarmos em estágio tão subdesenvolvido quanto à consciência ecológica ³¹, pois a maioria da população não percebe que a destruição de nosso ambiente é problema de cada cidadão,

³¹ Infelizmente a falta de uma consciência ecológica também se faz presente nos estados industrializados, de acordo com o professor alemão Wolf Paul: "Apesar do extraordinário desenvolvimento do Direito Ecológico, o que parece ser indício de que os estados industrializados tenham se decidido a dar prioridade à conservação do ambiente, inúmeros acontecimentos demonstram o contrário. Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Ecológico - que em última instância é a própria vida são relegados, em nome dos interesses da produção industrial." A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: *O novo em Direito e Política*, p. 179.

este descaso ficou demonstrado nas últimas queimadas ocorridas em Rondônia, no ano de 1998.

Os direitos dos consumidores, por sua vez, incluem o reconhecimento da vulnerabilidade do homem consumidor, o direito à publicidade ética, a reclamar em órgãos administrativos próprios, a receber indenização por vício no produto ou serviço, à vinculação ao ofertado, entre outros ³².

Nos países mais industrializados, a tutela judicial a estes direitos se dá através de leis esparsas, como é o caso dos Estados Unidos, Canadá e países da Europa. O primeiro país a adotar um código único abrangendo as relações de consumo foi o Brasil, precedendo, inclusive, ao *Code de la Consomation* francês ³³.

A proteção aos direitos dos consumidores adveio da necessidade de se amparar o cidadão consumidor vulnerável face a fornecedores/prestadores de serviços com maior poder econômico e com posição de superioridade na sociedade industrial, os quais apostavam nas regras liberais da economia de mercado e na passividade do cidadão consumidor.

³² Para o português Mário Frola, "os direitos dos consumidores englobam o direito à informação, à saúde, à segurança, à reparação dos danos." Por uma política de promoção dos interesses e de proteção dos direitos dos consumidores: um modelo para Portugal. In: *RDC*, v. 8, p.7.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. Nova lei francesa sobre defesa do consumidor. In: *RDC*, v. 16, p. 261-263.

São chamados de *novos direitos* os direitos transindividuais, ainda que nem sempre sejam inteiramente novos. Como assinala Wolkmer, “na verdade, por vezes, o novo é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais - legislativa e judicial - mas, provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento do Estado³⁴.”

Na mesma medida são chamados de novos direitos os *direitos de quarta e quinta geração*. Os primeiros relacionados com a biotecnologia e a bioengenharia e os segundos advindos da realidade virtual, da cibernética. Ambas são novas técnicas que instigam e intrigam os operadores jurídicos. Questionamos até onde irá a Ciência com relação a questões tão profundamente humanas como a vida e a morte? Qual o papel da Ética neste *admirável mundo novo*? Até onde os homens podem modificar os desígnios da natureza? São questões que envolvem nossas mais íntimas convicções e que, certamente, fazem parte do universo do mais cético dos cientistas³⁵.

³⁴ *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 151.

³⁵ *Cuando comienza la vida humana?* Pergunta Umberto Eco, em diálogo com Carlo Martini: Cúal es el estado actual del debate teológico al respecto, ahora que la teología no se mide ya com la física aristotélica, sino com las certezas (y las incertezas!) de la ciencia experimental moderna? Como bien sabe usted, bajo tales cuestiones no subyace únicamente una reflexión sobre el problema del aborto, sino también una dramática serie de problemas novísimos, como la ingeniería genética, por ejemplo, o la bioética, sobre la que hoy todos discuten, sean creyentes o no. Cúal es hoy la actitud del teólogo frente al crecionismo clásico? Definir que és, y dónde empieza la vida es una cuestión en la que nos jugamos la vida. Plantearme estas preguntas es un duro peso, moral, intelectual y emotivo, créame, también para mi.” *En qué creen los que no creen? Un diálogo sobre la ética en fin del milenio*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 1998, p. 38-39.

Deste modo, podemos afirmar, reiterando as palavras de Bobbio, que a evolução dos direitos do homem está intrinsecamente ligada ao momento histórico pelo qual passa a civilização humana. Hoje, nossa civilização é uma civilização massificada, caracterizada por hábitos e costumes diferentes dos séculos que precederam ao nosso; os direitos sociais e os transindividuais, assim, caracterizam o Estado Social.

Os direitos dos consumidores, são direitos de terceira geração decorrentes de uma sociedade industrial em que o *consumo* não se confunde com *consumismo*, pois aquele é diferente da leviandade deste, traduzido em gastos inúteis e compulsões irracionais.

Na definição do antropólogo Néstor Garcia Canclini,

“O consumo é o conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação e os usos dos produtos. Esta caracterização ajuda a enxergar os atos pelos quais consumimos como algo mais do que simples exercícios de gostos, caprichos e compras irrefletidas, segundo os julgamentos moralistas, ou atitudes individuais, tal como costumam ser explorados pelas pesquisas de mercado ³⁶.”

Na perspectiva da definição de Canclini, podemos concluir que o consumo pode ser compreendido como um momento do ciclo de produção e reprodução social, no qual os consumidores têm papel fundamental, justamente porque

³⁶ CANCLINI, Néstor G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996, p. 53.

movimentam este ciclo. De acordo, inclusive, com as palavras de José Luiz Bolzan de Moraes, que diz que “a concepção de consumo se aprofunda apontando para o comércio massivo de bens. A disposição de utensílios passa a incorporar os parâmetros de medição do nível de qualidade de vida das pessoas e dos povos”³⁷.

No passado não havia o ciclo de produção e reprodução atinente ao consumo, porque éramos uma sociedade de prossumidores, estágio muito diferente de hoje, em que fazemos parte de uma cadeia, de uma coletividade que consome. Thierry Bourgoigne assevera que,

“ O fenômeno do consumo refere-se mais a uma função do que a um simples ato técnico. Em consequência ele se reveste de uma dimensão coletiva: ele é feito de uma massa de atos individualmente colocados e repetidos por uma massa de indivíduos. O consumidor não pode então ser compreendido somente como o parceiro de trocas individualizadas, o que será em muitas circunstâncias; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e partilha, a este título, os interesses coletivos, similares, mas, dispersos dos indivíduos componentes do grupo econômico “consumidor” ou “consummeriado”³⁸.”

Celso Lafer define direitos de 3ª geração como direitos cujo sujeito não são os indivíduos, mas os grupos humanos, como a família, o povo, a nação e a própria humanidade³⁹; os

³⁷ *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.183.

³⁸ V. O conceito jurídico de consumidor. In: *RDC*, v. 2, p. 20.

³⁹ *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131.

direitos dos consumidores, portanto, estão entre estes, o consumo faz parte de nossas vidas, não há como negá-lo.

A necessidade da tutela judicial destes novos direitos obrigou o Estado, então, a proteger esta terceira geração de direitos, assim como obrigar-se-á a fazer com os chamados direitos de quarta e quinta geração. O Estado deixa de ser mero espectador passando a ser o regulador das relações entre fornecedores e consumidores.

Esta tutela judicial ao consumidor foi consequência de um processo de descrédito do liberalismo. Provou-se com o *laissez faire* que, se não fossem impostos limites jurídicos àquele liberalismo exacerbado, aos métodos de venda agressiva, à publicidade abusiva e enganosa, aos lançamentos de produtos perigosos no mercado, à abusividade nos contratos por adesão, seriam estes cristalizados como práticas corretas face a um sistema que assim permitia e o consumidor jamais seria guindado à condição de parceiro dos demais agentes do ciclo produtivo, como afirmam os franceses Gerárd Cas e Didier Ferrier ⁴⁰.

⁴⁰ Apud TOMASETTI JR., Alcides. Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado: perplexidade de um civilista atento ao noticiário. In: *RDC*, v. 1, p. 22.

1.3 O *Welfare State*, o Direito Social e o Direito do Consumidor

Os estudiosos afirmam que o Estado Moderno tomou duas formas principais: o Estado Liberal e o Estado Social. O Liberal desenvolveu-se entre os séculos XVIII e XIX e teve na Revolução Francesa e na tríade *liberté - égalité - fraternité* - a força para implementar-se, enquanto o Social começou a ser construído nas primeiras décadas do século XX e perdurou até os anos 70, sendo que a função básica do Estado-Providência era promover o crescimento econômico, por um lado, e assegurar a proteção dos cidadãos mais desfavorecidos, por outro ⁴¹.

O *Welfare State*, Estado do Bem-Estar Social ou *État-Providence* dos franceses começou a despontar após a Grande Depressão de 1929 com o *New Deal* de Roosevelt ou na idéia (irônica) de John Kenneth Galbraith:

“Foi a necessidade de granjear os votos dos pobres e dos que temem ficar pobres que se levantou contra esta racionalização da privação e da desventura econômica. Enquanto os pobres eram numerosos e o medo da pobreza premente, este apelo teve seus efeitos. Foi dele, da compaixão e da cautela sagaz de muitos dos afluentes que nasceu o *Welfare State* ⁴².”

⁴¹ FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 7.

⁴² GALBRAITH, John Kenneth. *A Sociedade Afluente*. São Paulo: Pioneira, 1987, p. XXV.

Na Europa, o *Welfare State* teve na Inglaterra do governo Clement Attle e no Partido Trabalhista os seus mais notórios defensores, implementando, a partir da década de 40, a política do bem-estar social, assegurando uma renda mínima e serviços essenciais para todos. Pela primeira vez, os governos intervinham para socorrer e oferecer fundos para a assistência social, a fim de proteger os cidadãos da desgraça econômica.

Caracteriza-se o Estado do Bem-Estar Social por assegurar a todos acesso a um sistema de saúde universal e gratuito, um sistema de seguridade social adequado aos mais necessitados, subsídios para a agricultura e fixação de preços dos produtos básicos. Com o *Welfare State*, os sindicatos expandiram-se e aumentaram seu poder de negociação junto às empresas. Assinala Galbraith que,

“nos países industriais foram os líderes de uma esquerda socialmente engajada, granjeando os votos dos eleitores pobres e angustiados, que tornaram o governo responsável pela erradicação ou pela tentativa de erradicar a praga perene do desemprego e da depressão. Foram aqueles de convicção política semelhante que, praticamente sozinhos, renegaram a aprovação de medidas para amainar ou eliminar a insegurança e a ansiedade decorrentes da velhice, da doença e do desemprego; que apoiaram os sindicatos em sua luta por melhores salários e estabilidade de emprego; que asseguraram aos agricultores um razoável grau de certeza para seus preços; e que concederam ao cidadão comum uma garantia para suas economias ⁴³.”

⁴³ *Op. cit.*, p. XXVI.

A doutrina econômica de John Maynard Keynes ⁴⁴, por sua vez, legitimou a intervenção estatal em todos os setores da vida econômica e social dos Estados que adotaram uma política intervencionista. O intervencionismo estatal foi a política predominante nas décadas de 50 e 60 e os keynesianos foram guindados à posição de destaque.

Esse intervencionismo estatal pode ser verificado no Brasil quando da edição da Consolidação das Leis Trabalhistas, da criação da Companhia Siderúrgica Nacional, em Volta Redonda-RJ, e do nascimento de vários sindicatos, no governo Getúlio Vargas ⁴⁵.

O Estado Social teve seu apogeu nas décadas de 50 e 60, começando a fenecer na década de 70 com os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagrando uma nova crise estrutural do sistema financeiro e desorganizando o modelo econômico social-democrata forjado no pós-guerra.

A recessão provocada por estas duas crises abriu caminho para a vitória de Margareth Thatcher, na Inglaterra e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, dois governos que foram responsáveis pelo retorno do liberalismo com uma nova roupagem. A *dama de ferro* inglesa retirou benefícios da

⁴⁴ MOGGRIDGE, D.E. *As idéias de Keynes*. São Paulo: Ed. Cultrix, s.d.

⁴⁵ No Brasil da Era Vargas houve a intervenção estatal em vários setores da sociedade e ainda que não tenham sido seguidos os padrões europeus de intervencionismo (muito distante daquele), é possível dizer que houve um "*Welfare State tropical*". Não há como negar a importância de Vargas no reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e seu estilo "próprio" de intervenção estatal, típico de caudilhos gaúchos.

seguridade social dos ingleses e promoveu privatizações em vários setores, sendo modelo até hoje para vários governos; Reagan, com sua luta contra o *império do mal* (antiga URSS), conseguiu uma ampla maioria no Congresso e restringiu ou reduziu os serviços sociais cujo impacto maior era sobre os pobres. Galbraith assim explica a volta dos liberais ao poder:

“Com a difusão do conforto e do bem-estar individual, mais e mais pessoas passaram a gozar de uma satisfação íntima com sua própria posição econômica. Assim gratificadas, descobrem, como em todas as épocas passadas, motivos adequadamente persuasivos para se separarem e às suas consciências dos pobres, já menos numerosos. Esta capacidade de racionalização que no passado foi de grande serventia para a indiferença, o não-envolvimento e outras formas de negação da pobreza, permanece em plena atividade. Assim dotados, eles com seus votos afastam do poder quem quer que tenha feito a revolução em prol dos pobres e carentes, e que continuariam lutando em favor do número menor de desprivilegiados que ainda existem ⁴⁶.”

Portanto, além das crises de financiamento há outra crise atingindo o Estado-Providência, trata-se de uma crise filosófica que aponta para a desagregação da base daquele Estado e que vê na crescente burocratização do Estado do Bem-Estar Social um de seus maiores problemas.

Max Weber acreditava que a administração burocrática é o modo mais puro de dominação legal e que a burocracia, enquanto produto histórico peculiar do desenvolvimento da

⁴⁶ Gabraith, John Kenneth. *A Sociedade Afluente*, ..., p. XXVI.

racionalidade formal no Estado moderno, é inevitável. Desta forma, a sociedade, necessita, sempre, da burocratização, não importando o tipo de poder ou a forma de produção (capitalista ou socialista). Todos querem os mesmos resultados técnicos que só a organização burocrática pode proporcionar com eficiência ⁴⁷.

Contudo, esta burocratização levou o Estado do Bem-Estar Social a uma espécie de *inchaço*, cujos resultados foram nefastos, possibilitando a volta ao poder dos liberais e de uma política monetarista, capitaneada pelo FMI, pela doutrina dos economistas Friedrich Von Hayek e Milton Friedman ⁴⁸. De forma irônica, o sociólogo alemão Claus Offe afirma que o neoliberalismo é um “movimento revolucionário”, dizendo que,

“ É uma corrente que tem base científica, formada na Universidade de Chicago, um desprezo enorme às instituições e regulamentações e pretende, assim como o comunismo planejou, formar um novo ser humano: um trabalhador rápido, eficiente e capaz de sobreviver num mundo competitivo. Por definição, o neoliberalismo quer um Estado que interfira quase nada na economia e, se possível, cobre pouco imposto ⁴⁹.”

⁴⁷ ARGÜELLO, Katie. *O ícaro da modernidade*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 83.

⁴⁸ Para os monetaristas é inadmissível o Estado intervir nas relações existentes no mercado. Assim, para eles o Direito do Consumidor é incompatível com uma economia de livre mercado, como conclui o jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe, ao dizer que “basta leer a Hayek para caer en la cuenta de que el Derecho, cualquiera sea, siempre que pretenda tener que ver con el mercado, se considera, para los corifeos del economicismo, una interferencia, un entrometimiento inadmissible”. *Defensa del consumidor*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 11.

⁴⁹ OFFE, Claus. *O novo poder*. In: Revista Veja, edição 1541, São Paulo: Editora Abril, 1998, p.11-13.

Claus Offe diz, também, que o tipo de Estado dos neoliberais é dependente dos investimentos privados e por causa deles *começa a fazer o que as empresas querem*⁵⁰, tornando-se uma relação desigual, em que o mercado assume papel que não lhe cabe e isto acaba por afetar a confiança na democracia.

É imperioso que se repense, assim, o papel do Estado e a necessidade deste continuar a existir nos moldes do Estado-Providência, pelo menos nos aspectos em que ele teve sucesso ou mesmo pensar na possibilidade de uma *terceira via*⁵¹.

Como bem disse José Luiz Bolzan de Moraes:

“Coloca-se, então, a inevitabilidade de repensar o EP a fim de permitir sua sobrevivência, em razão da compreensão de que não há condições de possibilidade para o retorno a uma postura minimalista do Estado, apesar das pretensões neoliberais em voga desde os anos 1980 - em especial com os governos Reagan e M. Thatcher na Grã-Bretanha⁵².”

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ Posição defendida pelo sociólogo Anthony Giddens, quando ele afirma: “Acredito que a social-democracia pode não só sobreviver, mas também prosperar, tanto num nível ideológico quanto num nível prático. Contudo, ela só será possível se os social-democratas estiverem dispostos a rever suas idéias preexistentes de maneira mais meticulosa do que a maioria se dispôs até agora. Eles precisam encontrar uma terceira via. *A terceira via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p.7.

⁵² *Do Direito social aos interesses transindividuais*, p. 103.

Ao contrário dos pensadores liberais ⁵³, acreditamos que o Estado do Bem-Estar Social é o modelo de estado ideal. Se a experiência de países que o adotaram não deu certo, não significa que o modelo em si é inviável. Mesmo sabendo que o Estado Social encontra-se superado como instância centralizadora de regulação social e que ele já não detém o monopólio de promulgar regras (o pluralismo jurídico esta aí a confirmar), entendemos que não se podem descartar as suas inúmeras conquistas; em nosso país, necessitamos implementar essas conquistas e não as extinguir como desejam muitos.

No aspecto jurídico, a transformação do Estado Liberal para o Social ocorreu através de uma nova concepção de direito, o Direito Social. O Direito Social, produto da ideologia do *Welfare State* baseia-se em princípios de proteção de grupos de sujeitos jurídicos que devem receber tratamento diferenciado, o que, por sua vez, vem a colocar em xeque o

⁵³ O economista Roberto Campos, em artigo publicado pela imprensa – *Ressaca eleitoral*, de forma acintosa disse: “Muito tempo se passará antes que o PT possa administrar uma economia capitalista, pois isso implica reconhecer que o mais importante dos “ários” não é o operário, nem o funcionário, nem o missionário e sim o “empresário”, que gera empregos e inventa produtos”; ao que o escritor gaúcho Moacyr Scliar replicou dizendo: “Fundamentalista neoliberal, Roberto Campós desta vez exagerou. Quem inventa produtos é o inventor, o cientista, o técnico. E, para produzir esses produtos, não basta o empresário - é preciso o operário. No caso do setor público, trabalho depende do funcionário. Neste país, houve uma vez uma polémica sobre o que era mais importante, se o voto da lavadeira ou o voto do general. Roberto Campos, que acaba de perder uma eleição, descobriu que todos os votos são importantes. Agora, deveria descobrir que todos os seres humanos são igualmente importantes, e não só o sufixo”. Coluna *Moacyr Scliar*, Zero Hora, Porto Alegre, 18 de outubro, 1998, Revista ZH, p.3.

próprio princípio da autonomia da vontade que passa a ser paulatinamente substituído por um princípio de solidariedade ⁵⁴.

A ruptura com o dogma da igualdade de todos perante a lei é característica fundamental do Direito Social. Ele veio para proteger o hipossuficiente, o vulnerável, o carente, o economicamente fraco perante aos mais privilegiados, abandonando o modelo liberal-privado e partindo em defesa dos desiguais. Assim, o Direito Social estabeleceu um novo tipo de racionalidade capaz de avaliar juridicamente o valor social de um dano, tendo em vista as circunstâncias sociais reconhecidas pelo *Welfare State*, como o direito à educação, à saúde, a um sistema de previdência público. Há, portanto, com o Direito Social uma proteção a direitos de cunho solidário e que denotam a preocupação com a qualidade de vida.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Jr.,

“o Direito Social não completa as lacunas do Direito Civil ou de qualquer outro ramo formal do Direito. Neste sentido, o Direito do Consumidor não é um complemento dos Direitos Comercial e Civil tradicionais. Ele formaliza de maneira explícita a nova racionalidade típica do Direito Social. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o consumerismo brasileiro introduz o conflito no interior do Direito de maneira jamais tão radicalmente explicitada, ao menos no âmbito do Direito Privado nacional ⁵⁵.”

⁵⁴ Em resenha, por Ronaldo Porto Macedo Jr., de *Critical Studies in Private Law - a treatise on need-rational principles in modern law*, de Thomas Wilhelmsson. In: *RDC*, v.3, p.245.

⁵⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 86.

O cerne do Direito, então, deixou de ser um direito de cunho liberal e passou a ser predominantemente solidário e isto se refletiu na criação de legislações específicas como a do consumidor e a do meio ambiente. Consideramos como notável conquista da sociedade a existência do Direito Social e hoje, apesar de acossado pelo neoliberalismo, resiste às tentativas de solapá-lo. Como já afirmamos, o Direito do Consumidor é típico do *Welfare State*; sem a intervenção do Estado não haveria Direito do Consumidor; as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado do Bem-Estar Social é que tornaram possível a existência de um Direito do Consumidor.

Por isto, quando ouvimos alguns neoliberais falar sobre a falência do modelo intervencionista, sobre as vantagens de um Estado Liberal e da possibilidade da desregulamentação de todos os setores da sociedade, causa-nos indignação saber que grande parte da elite intelectual deste país está indo ao encontro deste posicionamento⁵⁶.

⁵⁶ Ao contrário desta elite neoliberal a opinião do cronista Luis Fernando Veríssimo, cujas palavras valem a pena transcrever: “ Quando os liberais falam num Estado que não atrapalhe querem dizer um Estado cúmplice, intervencionista mas “no bom sentido”, definido pelo interesse deles. O Estado é desnecessário para defender o bem público da voracidade natural do capital, o que só desestimularia o empreendimento, e deve ser minimizado quando der qualquer sinal de cumplicidade com o outro lado. Mas nada contra o Estado que interfere no mercado para dar subsídio a quem não precisa. Enquanto o *Estado nenhum* das utopias não chega, a “normalidade” do mercado inclui a tributação razoável de qualquer atividade comercial ou industrial ... No Brasil, aparentemente, no seu caminho para o fim, o Estado provisório dos liberais precisa passar por uma etapa a mais, entre as de Estado refém e Estado irrelevante: a de Estado chantageado “. Em *Estados provisórios*, Zero Hora, Porto Alegre, 22 de novembro, 1998, Revista ZH, p.12.

Se o Estado do Bem-Estar Social não conseguiu implementar mecanismos que tornassem a nossa sociedade mais justa e equilibrada, certamente não será o Estado mínimo que o fará! Nem uma Justiça com feição neoliberal.

Para os defensores de um mercado livre, uma Justiça distributiva é inviável, como explica Ronaldo Porto Macedo Jr.:

“ Tanto a concepção clássica não utilitarista (que remonta a pensadores como Locke, Hume e mais recentemente Hayek) como a concepção pautada pela análise das falhas de mercado (que encontra sua tradição em Stuart Mill, Bentham e mais recentemente Coase e Posner) compartilham de um desinteresse pela relevância econômica e jurídica das relações de poder, pela adequação e funcionalidade da idéia de justiça distributiva e também pelo papel da solidariedade e da cooperação como formas de otimização das oportunidades de mercado. Ademais, de certo modo, tanto liberais como neoliberais naturalizam a idéia de mercado ao conceberem-no como uma forma canônica, ideal, não passível de outros arranjos institucionais produtos de aspectos contingenciais da história das instituições sociais ⁵⁷.”

Parece-nos que não se trata somente de uma questão ideológica - esquerda *versus* direita - mas de um confronto entre um tipo de Estado *nenhum*, usando das palavras de Veríssimo, que provou ser predatório e o Estado do Bem-Estar Social que, com todas as suas mazelas, garantiu o acesso à instrução pública e gratuita, a um sistema de saúde adequado e mais especificamente, à proteção do cidadão consumidor, como ocorreu em vários países da Europa.

⁵⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p.63.

Quando seria possível pensar, há décadas atrás, que uma loja como a *Macy's* norte-americana, a *Harrold's* britânica ou as Lojas Americanas deveriam cumprir rigorosamente o ofertado em anúncio publicitário, em respeito ao Princípio da vinculação da oferta ou que até mesmo poderosas companhias de aviação, como a Lufthansa e a British Airways adequariam o espaço físico das aeronaves ao exigido pelos consumidores?

Nesta luta inglória do pobre que compra uma geladeira em vinte e quatro prestações e na quarta a geladeira já para de funcionar, do professor universitário que adquire um computador que não lhe é entregue, do cliente que tem valores debitados incorretamente em sua conta bancária, do turista que tem suas malas extraviadas e mesmo do ministro de Estado que fica oito horas e meia esperando um voo *charter*⁵⁸ todos têm algo em comum: são cidadãos consumidores que de uma forma ou de outra tiveram seus direitos solapados e que em outras épocas não teriam instrumento hábil disponível para protegê-los. O Direito do Consumidor surgiu para tutelar situações como as descritas e sua importância reside justamente nisto - veio para proteger os débeis e frágeis consumidores na *civiltà di massa*.

⁵⁸ Fato ocorrido com o ex-ministro da Casa Civil, Clóvis Carvalho, que junto com a esposa e mais duzentos e vinte passageiros ficaram mais de oito horas esperando por um voo da VARIG, contratado pela operadora FENIX, para Buenos Aires, no carnaval de 1998. Conforme *Informe JB*, Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 2 de março, 1998, p. 6.

1.4 A inserção do Direito do Consumidor na vida cotidiana do fim do século XX

“Consumir é tornar mais inteligível um mundo onde o sólido se evapora. Por isso, além de serem úteis para a expansão do mercado e a reprodução da força de trabalho, para nos distinguirmos dos demais e nos comunicarmos com eles, as mercadorias servem para pensar⁵⁹.”

No mundo do *tudo que é sólido desmancha no ar*, na idéia do sociólogo Marshall Berman⁶⁰, a efemeridade é a marca indelével de nossa civilização. Seríamos integrantes de uma civilização em franca decadência, onde até mesmo a mais íntima das relações interpessoais é efêmera? Essa efemeridade se estende a todos os campos? Sob uma perspectiva jurídica, o Direito do Consumidor não seria, também, efêmero?

A efemeridade caracteriza este fim de século, é bem verdade; contudo, a nosso ver, não atinge ao Direito do Consumidor, pois este é fruto de um longo processo de amadurecimento no seio da civilização ocidental, não tendo sido imposto despoticamente. Há mais de duzentos anos, anterior mesmo à Revolução Industrial e ao *Welfare State*, já havia uma preocupação incipiente dos cidadãos com seus direitos de consumidores, embora não fossem chamados deste modo. É o que se depreende de um fato ocorrido na Revolução

⁵⁹ CANCLINI, Néstor G. *Consumidores e cidadãos*, p. 59.

⁶⁰ Cf. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

Americana(1776), qual seja: o descontentamento dos colonos de Boston com a elevada taxaço do chá inglês, cuja revolta manifestou-se no afundamento do produto inglês. Assim,

“A Revolução Americana foi efetivamente uma revolução do consumidor, sendo uma revolução contra o sistema mercantilista de comércio britânico colonial da época, no qual os consumidores americanos eram obrigados a comprar produtos manufaturados na Inglaterra, pelos tipos e preços estabelecidos pela metrópole, que exercia o seu monopólio. A taxaço sem representação, pode-se afirmar, foi uma das causas principais da Revolução Americana em prol da independência das colônias. Mas, basicamente, o *leitmotiv* da rebelião famosa de Boston foi a revolta do consumidor americano obrigado a consumir aquele chá e só aquele chá ⁶¹.”

Quando aqueles colonos se rebelaram contra a imposição da metrópole, estavam se rebelando, também, como consumidores, uma vez que o chá era taxado de forma arbitrária e elevada pela coroa britânica. A Revolução Americana, além de ter sido uma luta pela independência, foi uma *revolução do consumidor* devido a efetiva participação cívica contra o abuso econômico da metrópole. Claro está que o Direito do Consumidor desenvolveu-se com mais rapidez nas sociedades afluentes, pois as condições lhe eram mais favoráveis em países desenvolvidos. Porém, ao grupo das sociedades afluentes do Primeiro Mundo, vêm se acoplando os países emergentes, em que o Direito do Consumidor é uma realidade incipiente. Na manifestação de Antônio Herman

⁶¹ SOUZA, Miriam Almeida de. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*, p.53.

Benjamin é explícito o caráter de novidade do Direito do Consumidor:

“ É certo que a preocupação com a segurança dos consumidores, com a adequação de produtos e serviços, com a publicidade enganosa e abusiva, com as práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas, com o acesso á justiça e com uma série de outros problemas típicos de uma sociedade afluyente, não é fenômeno exclusivo dos países industrializados. Os países menos desenvolvidos, todavia, apresentam esses mesmos problemas em contextos econômicos, sociais, políticos e culturais diferentes e com dimensões diversas ⁶².”

Nestes países menos desenvolvidos, entre eles o Brasil, o Direito do Consumidor começou a ser estudado na década de oitenta. Aqui temos como pioneira, no campo do consumidor, a obra *Proteção ao Consumidor*, de J. M. Othon Sidou. Assim como na Argentina, no Chile e em outros países da América Latina, antes da década de oitenta, estávamos mais preocupados com a redemocratização e com a luta pela garantia aos direitos civis e políticos, por isto não havia um campo fértil para o desenvolvimento do Direito do Consumidor. Após a redemocratização, estes países, através da sua elite intelectual, passaram a preocupar-se com os direitos dos consumidores e o direito a um ambiente saudável ⁶³.

⁶² BENJAMIN, Antônio Herman. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. In: *RDC*, v. 8, p. 204.

⁶³ A Lei da Ação Civil Pública, semelhante a *class action* americana, foi o embrião do CDC. Neste árduo trabalho de convencimento dos legisladores merecem aplausos todos os juristas que se dedicaram à causa do consumidor, principalmente a Dra. Ada Pellegrini Grinover.

O professor argentino Gabriel Stiglitz assinala que a descontinuidade dos sistemas democráticos gerou um atraso notório no próprio florescimento do Direito do Consumidor, que bem consolidado na Europa dos anos 70 - e antes ainda nos EUA - não chegou a desenvolver-se na América Latina, senão uma década depois, quando se dá a mais ampla restauração do Estado de Direito e “o restabelecimento do Estado de Direito abre perspectivas concretas para que, na luta por sociedades livres, abertas e pluralistas, transcenda como propósito essencial, a defesa do consumidor ⁶⁴.”

Parece um paradoxo em países que grande parte da população não tem suas necessidades materiais básicas atendidas haver a preocupação com a defesa dos consumidores - aqueles que participam de uma sociedade de consumo e não de um consumo de subsistência. Isto se explica a partir de uma análise sócio-econômica dos países em desenvolvimento, cuja classe média, embora depauperada, é maior receptora das garantias aos consumidores, pois é ela quem recebe os benefícios de uma tutela diferenciada.

Quando, por exemplo, um metalúrgico troca sua televisão 20" por uma televisão 29", para acompanhar os jogos de uma Copa do Mundo ou de uma Olimpíada, ou quando um cliente adere a um contrato bancário, ambos são partícipes da sociedade de consumo, usufruindo de seus benefícios e

⁶⁴ STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. In: *RDC*, v.1 , p. 199.

arcando com os eventuais prejuízos impingidos pelos fornecedores/prestadores de serviços.

De outra parte, as filas nos PROCON(s) comprovam que os consumidores são de distintas classes sociais e que mesmo aquele mais pobre consumiu de uma forma ou de outra. Aliás, é bastante comum, em vilas miseráveis das grandes cidades, não haver saneamento básico, mas encontrar-se vários casebres com aparelho de televisão e antena parabólica, uma das únicas formas de lazer segura destes cidadãos miseráveis, já que fora de casa há o perigo do banditismo em geral e de uma polícia truculenta. A televisão serve, também, como meio de interagir com o mundo, transformando as pessoas em consumidores da informação; se benéfica ou não a informação que parte da televisão não nos cabe aqui analisar, mas, na sociedade de consumo, é clara a influência daquela. Somos, sem dúvida, uma *sociedade de imagens* ou aquela em que *uma imagem vale mais que mil palavras*.

Na sociedade de imagens, efemeridade e transitoriedade são sinônimos . Entretanto, para Thierry Bourgoignie, “o Direito do Consumidor não é uma forma transitória de Direito que vai de encontro a demandas isoladas de um fenômeno em voga; e é menos ainda uma forma de Direito restrita às sociedades afluentes”⁶⁵.

⁶⁵ *Apud* BENJAMIN, Antônio Herman. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. In: *RDC*, v.8, p. 201.

Neste sentido, reafirmamos que o Direito do Consumidor não é efêmero, porque, além de ser fruto de um longo processo de amadurecimento, está solidamente inserido na vida cotidiana deste fim de século. Seguimos os passos de Wolkmer que diz “a vida cotidiana são ações humanas de cada dia, experiências históricas de vida em sua dimensão diária, subjetiva, familiar, profissional, pública, individual e coletiva”⁶⁶.

Hoje, quando vamos ao supermercado e instintivamente olhamos a data de fabricação e validade dos produtos que colocamos na gôndola, estamos fazendo uma seleção do que queremos levar para casa e consumir. No simples ato de verificar a validade do produto há a presença do Direito do Consumidor no nosso *modus vivendi*. O que nos parece corriqueiro e natural, nos dias atuais, era até bem pouco tempo atrás considerado estranho, pois mesmo aqueles mais exigentes não tinham por hábito verificar a data de validade do produto ofertado, se este atendeu mesmo as especificações, se o peso ou medida era o que constava no rótulo, etc.

Houve, portanto, uma mudança considerável no modo de agir nos pós Direito do Consumidor, uma vez que deixamos (ou pelo menos a maioria deixou) de ser consumidores passivos, que não tinham consciência de cidadania e desconheciam instâncias e instrumentos na defesa de seus direitos.

⁶⁶ *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 90.

Esta inserção do Direito do Consumidor no dia-a-dia, especificamente, da vida do brasileiro deve-se a seriedade do trabalho realizado por órgão governamental como o PROCON e organizações não-governamentais como o IDEC e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Apesar das notáveis conquistas, o que ainda se verifica é que a sociedade civil não se mobiliza para organizar associações ou entidades que congreguem cidadãos com objetivos específicos de tutela dos direitos de terceira e quarta geração ⁶⁷.

Desde Montesquieu e os seus *corps intermédiaires* há estudos sobre a função destes na sociedade. Corpos intermediários devem ser entendidos como “grupos sociais ou voluntários com interesses comuns, localizados entre o Estado e o indivíduo, com atribuições para representar diferentes setores da comunidade e atuar num espaço democrático, caracterizado pela descentralização e participação popular ⁶⁸.”

Somente neste século houve o superamento da aversão pelos corpos intermediários, principalmente com o reforço do movimento sindical operário, uma vez que na Revolução Francesa eles eram associados ao *ancién regimen*. Entre estes

⁶⁷ Tivemos a oportunidade de realizar pesquisa de campo na região das Missões e Grande Santa Rosa, interior do RS, no ano de 1995, sobre a atuação de entidades civis na defesa do consumidor e meio ambiente e os resultados obtidos foram que, além de poucas existentes, estas nem ao menos sabiam de seu poder e sua importância para a sociedade. Em *Ação civil pública: instrumento de defesa dos direitos de cidadania e o seu exercício, em juízo, na região das Missões e Grande Santa Rosa*, monografia defendida no CPGD da UNIJUÍ, em dezembro de 1995.

⁶⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 108.

corpos intermediários, numa leitura contemporânea de Montesquieu, há lugar de destaque para as entidades de âmbito civil. O já citado sociólogo Claus Offe em suas palestras e livros afirma que, junto com o Estado e as igrejas, as entidades comunitárias (ONGs), terão papel fundamental em uma nova ordem social, sendo que caberá a elas atuar como “válvula de escape” das deficiências do Estado e do mercado ⁶⁹.

A previsão que se tem do futuro, portanto, é a da participação popular através das ONGs e entidades civis com finalidades específicas. No campo do consumidor, no Brasil, isto vem acontecendo lentamente, embora a cada ano aumente o número de entidades civis com o objetivo de defender o consumidor. Como exemplo de entidade civil de sucesso, podemos citar a Associação de Vítimas de Atrasos Aéreos, que em cinco anos já conseguiu ganhar 1000 processos contra empresas aéreas nacionais e internacionais ⁷⁰. Na análise de Daniel Roberto Fink:

“A defesa do consumidor realizada por órgãos específicos deve representar apenas o estágio inicial da consolidação desta instituição. O poder público age como fomentador de iniciativas emergentes da própria sociedade, cultivando-as a ponto de torná-las maduras e capazes de se autogerirem. Realizada esta tarefa, o Estado deve deixar seu desenvolvimento à sociedade civil, que melhor que ninguém saberá se proteger ⁷¹.”

⁶⁹ OFFE, Claus. *O novo poder*, p.13.

⁷⁰ V. a reportagem *Pânico nas alturas*. In: Revista Veja, edição 1558, São Paulo: Editora Abril, 5 de agosto, 1998, p.122-129.

A sociedade civil tem papel relevante na implementação do Direito do Consumidor e sua manifestação ocorre através das entidades associativas ou grupos organizados. O sucesso do Direito do Consumidor como direito social depende também da organização daquela, cabendo-lhe exigir do Estado os incentivos prometidos pelo nosso Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nesta perspectiva, o da efetiva participação da sociedade civil, exigindo do Poder Público a implementação dos dispositivos do CDC pode ser paradigma de participação democrática, onde a ação da sociedade civil acaba por transformar a ação do governo. Na verdade, os cidadãos podem reacender o interesse público sobre as questões públicas, como é a questão dos consumidores. Segundo Canclini ⁷²,

“Só através da reconquista criativa dos espaços públicos, do interesse público, o consumo poderá ser um lugar de valor cognitivo, útil para pensar e agir significativa e renovadamente na vida social. Vincular o consumo com a cidadania requer ensaiar um reposicionamento do mercado na sociedade, tentar a reconquista imaginativa dos espaços públicos, do interesse pelo público.”

Cabe a nós, portanto, cidadãos consumidores, participar das decisões, retomar o papel que temos neste cenário. Não é possível delegar esta função por comodismo e medo do

⁷¹ FINK, Daniel Roberto. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 749.

⁷² CANCLINI, Néstor Garcia. *Cidadãos e consumidores*, p.68.

envolvimento, se hoje o Direito do Consumidor é realidade do nosso dia-a-dia muito se deve a iniciativas de cidadãos conscientes, como o Movimento de Donas de Casa de Porto Alegre, cujas campanhas alertam desde a remarcação de preços até os riscos do consumo de alimentos geneticamente modificados. O Direito do Consumidor, neste país, vem se implementando assim, com a união das pessoas ou mesmo por atitudes individuais de consumidores anônimos que desejam fazer deste mundo o melhor dos mundos.

1.5. O Direito do Consumidor e a Pós-Modernidade Jurídica

“ Simplificando ao extremo, considera-se pós-moderna a incredulidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências; mas este progresso, por sua vez, a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde sobretudo a crise da filosofia metafísica e da instituição universitária que dela dependia. A função narrativa perde seus atores (*functeurs*), os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo .⁷³ ”

A Pós-modernidade tem sido tema de trabalhos de indiscutível polêmica e alvo de discussões arrebatadoras. Assim, o Direito, sendo reflexo dos acontecimento sociais, não ficou indiferente às questões ligadas à pós-modernidade.

⁷³ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. XVI.

O significado de pós-modernidade é amplo e distinto, conforme a obra objeto de pesquisa. O sufixo pós indica que houve uma modernidade. Para Marilena Chauí:

“ A modernidade é aquilo que tem o seu alvorecer no final do século XVI e seu apogeu durante o século XVII. É aquilo que constitui o ponto final da Renascença e o surgimento do racionalismo clássico. A modernidade se desenvolve então no século XVII e XVIII e encontra na Ilustração o seu ponto mais alto, enquanto que o modernismo é aquilo que se desenvolve no final do século XIX e no século XX, até pelo menos 1960.”⁷⁴

Sob um viés histórico, a modernidade iluminista foi fruto da luta contra o feudalismo e teve nos enciclopedistas franceses Diderot, D'Alembert, Voltaire, os seus mais ardorosos defensores, cujas obras acabaram por influenciar os artifices da Revolução Francesa. Com a modernidade, o homem libertou-se do dogma da autoridade divina e usando da razão, da sua própria inteligência, lançou luzes sobre a Idade Média.

Havia uma crença de que a Modernidade Iluminista, poderia, finalmente, promover a emancipação humana. As Revoluções Americana e Francesa⁷⁵, assim nos parece, foram o ápice do projeto da modernidade, cujos efeitos se estenderam pelo século XIX, chegando à meados do século XX.

⁷⁴ CHAUÍ, Marilena. Pós-Modernismo, modernismo e marxismo. In: *A criação histórica*, Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1992, pp. 28-29.

⁷⁵ Hoje ainda há um debate sobre quais das duas revoluções foi a mais importante na construção da civilização ocidental moderna. Os pensadores se dividem; inegável, entretanto, que a Americana precedeu a Francesa e que alguns vultos desta, como o marquês de Lafayette e o duque de Castries, participaram daquela.

Esse projeto de modernidade, para Harvey, equivalia “a um extraordinário esforço dos pensadores iluministas para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas e foi, sobretudo, um movimento secular que procurou desmistificar e dessacralizar o conhecimento e a organização social para libertar os seres humanos”⁷⁶. Contudo, o século XX, com suas duas guerras mundiais, deitou por terra o otimismo iluminista, havendo a suspeita de que o projeto do Iluminismo estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca da emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da libertação humana.

Não nos cabe aqui expressar se o projeto da modernidade já nasceu inviabilizado porque seus ideais eram demasiadamente utópicos ou se fracassou porque sustentou-se e propagou-se a partir de duas revoluções burguesas que deram origem ao capitalismo moderno. Podemos afirmar, entretanto, que o projeto da modernidade deu ao homem esperança e fez dele cidadão, o conceito atual de cidadania é conquista da modernidade e aí está uma contribuição que por si só foi fundamental à nossa civilização⁷⁷.

⁷⁶ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 1998, p.23.

⁷⁷ Ao contrário dos filósofos Adorno e Horkheimer que defenderam a tese, em *Dialética do Esclarecimento*, de que o Iluminismo é um projeto imemorial de repressão e de dominação do homem e da natureza que começou antes da Grécia clássica com Ulisses, continuou durante grande parte da Idade Média, chegou ao seu apogeu no XVIII e continuou na Alemanha e nos EUA até a época (1947) em que foi publicada a obra. V. ROUANET, Sérgio. Razões do neo-Iluminismo. In: *A Criação Histórica*, p. 11.

Há pensadores que continuam a apoiar o projeto da modernidade e o mais notório deles é Jürgen Habermas, embora cético quanto às suas metas e pessimista no tocante à possibilidade de realizar tal projeto nas condições econômicas e políticas contemporâneas. O teórico social marxista alemão desenvolve há mais de trinta anos um modelo da *ação comunicativa*, um esquema ético baseado nos princípios da razão, da justiça e da democracia, mas sem correr o risco de alienar ou silenciar vozes minoritárias aparentemente aberrantes dentro de formas falsas ou opressivas; o foco de sua teoria está na comunicação livre e não distorcida como o fundamento da justiça ⁷⁸.

Outros, contudo, e este é o cerne do pensamento pós-moderno, afirmam que justamente em nome da emancipação humana, o projeto do Iluminismo deve ser abandonado. A pós-modernidade seria, então, uma espécie de reação à modernidade, o conceito propriamente dito de pós-modernidade somente se cristalizou na metade da década de 70 e popularizou-se no início da década de 80, com a obra *La Condition postmoderne*, de Jean-François Lyotard ⁷⁹.

Para o professor de Oxford, Terry Eagleton, há distinção entre pós-modernismo e pós-modernidade, o primeiro refere-se

⁷⁸ CONNOR, Steve. *Cultura pós-moderna*, p.38.

⁷⁹ Diz Lyotard que a palavra *pós-moderna* designa "o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX". *Condição pós-moderna*, p. XV.

em geral a uma forma de cultura contemporânea, enquanto o segundo alude a período histórico específico. Então,

“pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a idéia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou fundamentos definitivos de explicação. Contrariando essas normas do iluminismo, vê o mundo como contingente, gratuito, diverso, instável, imprevisível, um conjunto de culturas ou interpretações desunificadas gerando um certo grau de ceticismo em relação à objetividade da verdade, da história e das normas, em relação às idiossincrasias e a coerência de identidades .”⁸⁰

Na opinião de Steve Connor⁸¹,

“a condição pós-moderna manifesta-se na multiplicação de centros de poder e de atividade e na dissolução de toda espécie de narrativa totalizante que afirme governar todo o complexo campo da atividade cultural do Ocidente e de suas tradições políticas e intelectuais, ao lado da abertura do cenário político mundial às diferenças culturais e étnicas.”

Este padrão unificado de dominação e subordinação refletiu-se na arte, na arquitetura, na literatura, na cultura, no direito, na economia e na política, quando, em meados da década de 80, os neoliberais voltaram ao poder.

De acordo com Harvey:

⁸⁰ *As ilusões do pós-modernismo*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998, p. 7.

⁸¹ *Cultura pós-moderna: introdução às teorias do contemporâneo*, p. 16.

“ O pós-modernismo surgiu em meio a este clima vodu, de construção e exibição de imagens políticas e de uma nova formação de classe social. A existência de algum vínculo entre essa eclosão pós-moderna, a construção de imagem de Ronald Reagan, a tentativa de desconstruir instituições tradicionais do poder da classe trabalhadora (os sindicatos e os partidos de esquerda) ... Uma retórica que justifica a falta de moradias, o desemprego, o empobrecimento crescente, a perda do poder, etc., apelando a valores supostamente tradicionais de autoconfiança e capacidade de empreender também vai saudar com a mesma liberdade a passagem da ética para a estética como sistema de valores dominante.”⁸²

No nosso entendimento, o neoliberalismo é o fundamento político-econômico da pós-modernidade. Portanto, neoliberalismo e pós-modernidade andam juntos. Aliás, quando os burocratas de Brasília desejam explicar, em “economês”, o inexplicável, invocam a necessidade de o Brasil entrar na modernidade, nada mais pós-moderno do que esta explicação.

A pós-modernidade varreu com todos os valores sociais e coletivos da modernidade, tendo incorporado o individualismo como valor fundamental, assim criou-se uma cultura do *super eu* ou *super yo*, nas palavras do argentino Carlos Gherzi⁸³. Tudo está marcado por uma sedução a valores individualistas e à exaltação do *super eu*, legitimado pelo mercado globalizado, longe de qualquer controle estatal.

⁸² HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, p. 301.

⁸³ GHERSI, Carlos Alberto. *La Posmodernidade jurídica*. Buenos Aires: GOWA Ediciones Profesionales, 1995, p. 24.

Deste modo, “la ironía de la historia es que a esta situación posmoderna, se arriba no sólo porque el neocapitalismo la impulse, sino porque también hicieron lo suyo, los intelectuales del marxismo, los freudianos y hasta los seguidores del gran Nietzsche, a veces los caminos diferentes, se encuentran al final del siglo .”⁸⁴

Conforme Gherzi, a pós-modernidade resulta de uma característica muito importante, a de ser uma situação internacional, derivada da globalização do mercado. Na pós-modernidade há a liberação de uma identidade familiar, local e até de nacionalidade do ser humano, hoje se é mais cidadão do mundo e isto adquire características sociais de vazio, pois não se globaliza por valores internos, senão por meras formas externas, como uma marca de calçados ou o cartão de crédito. Somente um indivíduo liberado de suas tradições, pode ser plenamente um pós-moderno e sentir-se integrado ao projeto do novo contexto sócio mundial.

Recentemente foi lançado o livro *Imposturas Intelectuais*, cujos autores, Alan Sokal e Jean Bricmont, colocam em xeque o pensamento pós-moderno de filósofos franceses como Baudrillard, Derrida, Deleuze e Lyotard, dizendo que grande parte do pensamento filosófico pós-moderno é pedante e niilista⁸⁵.

⁸⁴ Op. cit., p. 26.

⁸⁵ V. *Queda da Bastilha*. In: Revista Veja, edição 1578, São Paulo: Editora Abril, 23 de dezembro, 1998, p. 146-148.

Sokal também é o autor do ensaio *“Transgredindo as fronteiras: em busca de uma hermenêutica transformativa da gravidade quântica”*, publicado na revista *Social Text*, de orientação pós-moderna, cujo conteúdo era espatafúrdio e repleto de asneiras, mas baseado em citações de Derrida, Lyotard e Lacan. O autor quis provar, com o texto, que os pós-modernos utilizam de uma linguagem vazia, alienada da *praxis* e que faz sucesso, ainda, no mundo acadêmico. A brincadeira de Sokal acabou por provar que os pós-modernos são muito bons de marketing, porque sempre estão em evidência; mas que também são vulneráveis, a ponto de publicarem um artigo, em publicação universitária de expressão, que desmistificou a autoridade científica daquele grupo de intelectuais.

A pós-modernidade é responsável por um novo paradigma no Direito, imposto pelo *establishment* jurídico. Na pós-modernidade jurídica há uma revitalização do direito individual, dos direitos personalíssimos e da autonomia da vontade. Segundo Ghersi, a pós-modernidade erigiu novos direitos individuais, quais sejam: “o *aluguel de sexo*, sob a forma de contratos com secretárias ou companhias transitórias para festas ou mesmo o *aluguel de útero*, por mulheres que evitam a maternidade por questões estéticas ou para evitar indisposições de tempo”⁸⁶.

Revitalizada a autonomia da vontade e os direitos personalíssimos, como o direito de dispor do próprio corpo,

⁸⁶ *La Posmodernidade jurídica*, p. 32.

pela pós-modernidade jurídica, então qual o papel do Estado e das leis emanadas de seu corpo legislativo? A função do Estado, na pós-modernidade, vem sendo esvaziada pela desregulamentação e os governos, a pretexto de ajustar-se às contingências do mercado mundial, eximem-se da responsabilidade de administrar setores estratégicos como comunicações, energia, segurança, saúde e previdência. Especificamente no Brasil, o programa de privatizações do governo Fernando Henrique Cardoso tem este objetivo e as diversas leis aprovadas pelo Congresso Nacional indicam que, infelizmente, a tendência é do Estado brasileiro retirar-se de todos os setores ainda estatizados ⁸⁷.

A pós-modernidade jurídica, portanto, é responsável por uma série de leis que atingem mortalmente os direitos de 2ª e 3ª geração. No Direito do Trabalho a tese da flexibilização é uma delas, pois os trabalhadores têm seus direitos trabalhistas reduzidos à chamada *esclavidão consentida*. Diz Gherzi:

“ En dichas leys se desanda el camino de la historia y se consolida un derecho individual en condições de supervivencia quitando el aspecto ya citado del derecho a la movilidad socia y progreso, lo que se há denominado modernamente la esclavitud consentida .” ⁸⁸

⁸⁷ Segundo Hans-Peter Martin & Harald Schuman: “Os governos do Ocidente, majoritariamente a favor de liberdade na economia, levantaram esse dogma como diretriz de sua política no decorrer da década de 1980. Desregulamentação em vez de controle pelo Estado, liberalização do comércio e do fluxo de capitais, bem como privatização das empresas estatais, tornaram-se armas estratégicas no arsenal de governos crentes na economia de mercado e no das organizações por eles orientados: Banco Mundial, FMI e OMC, que sucedeu o GATT”, em *A armadilha da globalização*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1997, p.18.

⁸⁸ GHERSI, Carlos. *La Posmodernidad jurídica*, p. 41.

Neste contexto, não seria paradoxal, em tempos de pós-modernidade jurídica, um direito regulamentador e estatal como o Direito do Consumidor, assegurando a defesa de interesses do consumidor individualmente considerado? Ou mesmo a defesa de uma coletividade de consumidores? No conflito entre um dos cânones da pós-modernidade e do neoliberalismo - a autonomia da vontade - e a intervenção estatal nos contratos, o que há de prevalecer? O Direito do Consumidor sobreviverá à fúria devastadora da desregulamentação? Quais as perspectivas do Direito do Consumidor face à pós-modernidade jurídica?

O Direito do Consumidor expressa a resistência do projeto de modernidade inacabada à pós-modernidade. Ele é a tradução do compromisso da modernidade com os consumidores. No panorama que hoje se apresenta, podemos afirmar que o Direito do Consumidor, embora acossado pelos neoliberais, resistirá, pois os próprios consumidores lhe darão esta sustentação.

Explica-se: uma das vitórias do Direito Social foi, sem dúvida, sacar o cidadão comum ou o *homem médio* de seu marasmo. Mesmo sem a rapidez desejada pelos especialistas e estudiosos do tema, o cidadão comum vem construindo uma sociedade diferente daquela que os pessimistas de plantão enxergam. O cidadão consumidor fala, reclama, exige! Não se queda inerte como no passado recente. Este exercício de

cidadania protegerá o Direito do Consumidor das agressões; mesmo que um modelo de ajuste econômico neoliberal tente terminar com o mínimo de intervenção que ainda exista, com políticas governamentais deliberadas de esvaziamento da função estatal, ainda assim cremos que a sociedade civil cumprirá o que dela se espera: o exercício da democracia participativa; a interação entre Estado, Sociedade e Direito.

Acreditamos, assim como a jurista argentina Cláudia Rita Brizzio, que a retomada de um *novo humanismo*, assentado num plano superior, inclusive ao das Constituições ocidentais, fará com que o homem-pessoa deixe de ser um mero conceito metafísico, passando a ser um valor jurídico normativo; esse reorientará o Direito Privado, evoluindo de um direito distanciado do Estado para um direito solidário ⁸⁹.

Um dos itens positivos, dentro do que um tanto ambigualmente se vem chamando pós-modernidade é um retorno ao humanismo, ao velho humanismo, renovável por meio do reencontro do homem com suas variáveis históricas.

Quanto ao conflito da autonomia da vontade (dogma revitalizado em tempos pós-modernos e de neoliberalismo) com

⁸⁹ Na opinião da mesma jurista, “se aplica el nuevo modelo de relación entre Derecho y Estado, entre Estado y Sociedad. El rumbo del derecho privado se inspira en la solidaridad social, como contrapunto a la sociedad de beneficio concebida en los códigos decimonómicos. El Estado social asegura este diálogo y esta relación entre Estado y Sociedad, consagrando por medio de normas de derecho privado la libertad y la igualdad material y no sólo la formal”. La teoría general del contrato y el derecho del consumidor. In: *RDC*, v. 23-24, p.22.

a intervenção estatal, nas relações contratuais e extracontratuais, entendemos que as regras protetivas dos consumidores, alicerçadas, principalmente nos Princípios da Vulnerabilidade, da Boa-Fé, da Transparência e do Equilíbrio Contratual - se sobrepõem à autonomia da vontade.

Concordamos com Luís Renato Ferreira da Silva, quando ele diz que,

“a moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função, ou seja, deixa de estar voltada tão-somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários que se impõem à vontade. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual.”⁹⁰

Se há o embate entre uma autonomia da vontade neoliberal e a nova concepção da vontade (*vontade racional*), o Direito do Consumidor é o respaldo a uma atuação solidária e democrática, em que há a tutela tanto a danos individuais como coletivos. Mesmo os subconsumidores, usando a denominação de Ghersi, são tutelados por este corpo legislativo.

⁹⁰ SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 31. Na mesma obra, a professora Cláudia Lima Marques expressa: “O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores e outros vulneráveis na sociedade atual. Garantir uma *autonomia real da vontade* do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda. Esta nova autonomia foi denominada por Nicole Charbin de vontade racional (*vontade rationelle*). A denominação parece-me feliz”.

Não podemos achar que estamos desperdiçando tempo ao pensar sobre o momento que vivemos. Parece-nos que esta visão niilista do mundo e do ser humano é uma visão imposta pelos pós-modernos aos círculos acadêmicos, é uma visão estreita e apedeuta. Pensar sobre a pós-modernidade não é desperdiçar o tempo, ao contrário, significa ter a coragem de contribuir no esforço da construção da civilização contemporânea ou como bem disse Gherzi,

“ pensar la posmodernidad no quiere significar hacer sua historia, pues la historia tiene que ser hecha, sino prepararse para afrontar el embate de las palancas del mando de le econmía capitalista, que posee objetivos claros y excluyentes, de allí entonces que el poder efectivo de los consumidores, los subconsumidores y los usuarios dependerá de que el proceso de la disociación, marginación y aislamiento sea frenado a tiempo, recurriendo a nuevas formas se socialización de la solidaridad .”⁹¹

1.6 Reconhecimento e alcance das relações de consumo como relações típicas do século XX

As relações de consumo são relações que caracterizam este século, podemos afirmar que elas são típicas da modernidade e tem um passado recente que se inicia com o consumo em massa, logo após a Segunda Guerra Mundial.

⁹¹ GHERZI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*, p.88.

Ao longo do século XX, o consumo tornou-se um fenômeno sócio-econômico de inegável importância. Não há como comparar o cidadão da *Belle Époque* conosco, naquele tempo a energia elétrica era rara, não existiam meios de comunicação como a televisão e a Internet e o consumo, embora existente, não era massificado.

O consumo, como definido na atualidade, está intimamente ligado com a massificação que se iniciou após a Segunda Guerra Mundial. Em virtude da guerra, novas tecnologias foram desenvolvidas pelo homem e o progresso técnico trouxe consigo a massificação ⁹². Há autores que asseveram que a Segunda Guerra foi responsável pelo início da globalização contemporânea, com o que concordamos.

Assim, a Segunda Guerra é um marco histórico para o consumo e, conseqüentemente, para o consumidor. Foi durante a guerra que o rádio, por exemplo, atingiu seu ápice como meio de comunicação, a palavra falada passou a ter uma certa supremacia sobre a palavra escrita. Pelo rádio desenvolveu-se o que hoje conhecemos como *marketing* e publicidade. Ceneviva define deste modo o período pós II Guerra Mundial:

⁹² Para a professora paulista Renata Mandelbaum, transcrevendo a idéia de Rezzónico, "a massificação congrega um conjunto de indivíduos anônimos e constitui antes de tudo uma nova realidade, causando mudanças profundas no mecanismo de formação do consentimento na conclusão das contratações". *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 15.

“ As transformações sócio-econômicas pelas quais passou o mundo ocidental nos últimos cem anos e, com maior intensidade, a partir de 1945 estão entre os mais importantes fatores que contribuíram para a avaliação e a reformulação de conceitos fundamentais da ciência jurídica - em particular no referente à compra e venda de bens de consumo - em tempos recentes. “⁹³

Antes da massificação, por óbvio, já existiam relações de consumo, mas eram vistas simplesmente como relações comerciais. A compra e venda, por exemplo, é uma relação existente desde as mais priscas eras, contudo a ela foram se agregando elementos que hoje a definem como relação de consumo. O cidadão que vai à rede de lojas Americanas e adquire um eletrodoméstico, é um dos sujeitos da compra e venda, o mesmo acontecendo quando um cidadão adquire um conjunto de facas Guinzo pelo telemarketing.

As transformações ocorridas na economia capitalista, então, provocaram a criação de mecanismos aptos a aparelharem as relações mercantis transformadas de meras relações comerciais em relações de consumo. Aquelas eram tuteladas pelas antigas codificações imbuídas de um espírito liberal e que tinham como contrato-modelo o contrato de compra e venda, enquanto que estas necessitavam de uma tutela mais ampla e diferenciada, pois estavam a abarcar, além da compra e venda, outros novos tipos de contratação.

⁹³ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.13.

No Brasil, como em outros países, estas transformações foram responsáveis por mudanças legislativas, pela standardização do contrato, de uso cada vez mais difundido a partir de 1950 e até mesmo passaram a influenciar novas condições de vida da família, havendo uma pluralidade de reações individuais diversificadas em que cada membro objetivava a aquisição de bem diferente do outro membro.

As relações de consumo existem entre consumidores e fornecedores ou prestadores de serviços. Na década de 50, o mercado consumidor se expandiu e os consumidores passaram a ser considerados sujeitos de direitos. A filosofia liberal, então, é substituída pela filosofia do bem-estar social, o que refletiu no mundo do Direito. As relações de consumo finalmente foram reconhecidas como relações jurídicas, adquirindo um *status* jurídico. Portanto, afirma Ceneviva,

“ a relação de consumo tem caráter que excede a puro âmbito da transação mercantil clássica, na medida em que também se compreende, no mínimo, o vínculo entre a pessoa situada no pólo emissor de bens ou serviços, de natureza comercial, administrativa ou civil e o destinatário final, pessoa natural ou jurídica. Envolve, pois, fornecedores, geralmente conhecidos e determinados, de um lado e de outro, consumidores determinados, indeterminados e até mesmo não determináveis, compreendendo, além de típicos interesses individuais, os chamados interesses difusos ou coletivos, justificando a intervenção da cidadania até mesmo na distribuição da justiça.”⁹⁴

⁹⁴ Op. cit., p. 49-50.

Com o reconhecimento das relações de consumo como relações jurídicas houve igualmente o reconhecimento de seu alcance na sociedade do século XX. O fenômeno do consumo é tão intenso que mesmo um habitante do interior da ilha de Marajó não será indiferente a ele, seja pelo rádio ou televisão, chegará até este cidadão informações e ofertas que lhe permitem conhecer e adquirir certos bens de consumo. Hoje, os meios de difusão de idéias e tendências são tão eficientes que a novela de televisão transformou-se em um *entretenimento-ditador*, pois dita a moda, através do massivo *merchandising*.

O consumo tem estreita ligação com a publicidade e esta é considerada por alguns como arte, uma arte menor. Ela é apenas o braço estendido da argumentação de vendas - “em suma, é papo de vendedor tornado mais eficaz, mais abrangente e mais econômico”⁹⁵. A ação da publicidade foi responsável pelo aparecimento de novas formas contratuais e das chamadas *relações de consumo atípicas*, ou seja, aquelas que não faziam parte da abrangência dos códigos tradicionais.

São estas relações de consumo, ao lado da tradicional relação de compra e venda, que caracterizam o século XX, podendo ser chamadas de *relações de consumo contemporâneas*, entre elas: os contratos de seguro-saúde, de previdência privada, o *leasing* e o *time-sharing*⁹⁶.

⁹⁵ DOMINGUES, Caio. Publicidade enganosa e abusiva. In: *RDC*, v. 4, p. 193.

⁹⁶ Considerado pelo jurista alemão Erik Jayme como o modelo de contrato da época pós-moderna. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. In: *RDC*, v. 22, p.64-86.

CAPÍTULO II

RELAÇÕES DE CONSUMO: DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

No capítulo anterior analisamos a origem e a evolução do Direito do Consumidor, enquanto ramo autônomo do Direito Privado, trazendo os aspectos históricos, sociológicos e jurídicos sobre o mesmo; bem como buscamos analisar os motivos que levaram as relações de consumo a serem relações típicas deste fim de século, passando do paradigma do Direito Liberal para o Direito Social. No entanto, não procedemos à análise da forma legislativa dada a estas relações no nosso ordenamento jurídico.

Nossa tarefa, neste segundo capítulo, então, é o de análise, conceituação e sistematização das relações de consumo em sua forma legislativa, uma vez que o Direito do Consumidor tem como escopo a tutela a este tipo de relações, sejam contratuais ou por vínculo obrigacional (em sentido estrito) e por *contacto jurídico* (em sentido amplo), como veremos a seguir.

2.1 Breve definição no direito brasileiro e no direito estrangeiro

O conceito de relação de consumo não existe no CDC, o código trata de conceituar consumidor e fornecedor/prestador de serviço, produto e serviço⁹⁷. A doutrina nacional, entretanto, se encarregou de fazê-lo e entre as definições estão a de Nelson Nery Junior que diz:

“Relação de consumo é a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilizados de serviços pelo consumidor.”⁹⁸

Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes ensinam:

“ Relação jurídica de consumo é o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa .” ⁹⁹

⁹⁷ Maria Antonieta Zanardo Donato assevera: “O Código de Defesa do Consumidor não nos oferece o conceito de relação de consumo. Fornecemos o legislador pátrio, o conceito de consumidor, de fornecedor, de produtos ou serviços, ou seja, os elementos necessários para compor-se a relação de consumo. Devemos, pois, a partir da conjugação desses elementos, obter o significado e a extensão de relação de consumo que, em síntese, é o próprio objeto de regulamentação do Código de Defesa do Consumidor”. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.69-70.

⁹⁸ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 342.

⁹⁹ *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.63.

Waldirio Bulgarelli assevera que,

“ Trata-se de uma relação fática, potencial ou real, a que o Direito atribui efeitos jurídicos, alcançando aqueles que participam do comércio jurídico, e mais especificamente que integram:

- 1. a cadeia de circulação jurídica do produto ou serviço;**
- 2. que tenham com o produto ou serviço, uma relação de fato derivada do uso ou do consumo;**
- 3. que se encontram de alguma forma expostas à sua esfera de influência, relativas à periculosidade (capazes de ser lesadas na sua integridade psicofísica, dos seus bens e do seu patrimônio).” ¹⁰⁰**

José Geraldo Brito Filomeno, por sua vez, afirma:

“ Relação de consumo envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor), tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor. O consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços .” ¹⁰¹

João Batista de Almeida expressa que, “as relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e,

¹⁰⁰ *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 24.

¹⁰¹ *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 27.

na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços.”¹⁰²

Da doutrina estrangeira, trazemos a contribuição de Carlos Ferreira de Almeida:

“ Relação jurídica de consumo estabelece-se sempre com fornecedores empresariais em sentido amplo (por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter empresarial, uma actividade económica), ultrapassando o conceito (já amplo) de comerciante acolhido pelo nosso código comercial, por forma a abarcar também todas as empresas do setor primário, bem como as profissões liberais.”¹⁰³

Neste diapasão, podemos afirmar que as relações de consumo¹⁰⁴ são aquelas travadas entre fornecedores e consumidores, geralmente através de um contrato de consumo sendo a compra e venda de produtos e a prestação de serviços os mais comuns, embora, na sociedade contemporânea, tenha havido um considerável aumento de contratos de *leasing*, alienação fiduciária, de seguro-saúde e de previdência privada.

¹⁰² *A Proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 1.

¹⁰³ *Os direitos dos consumidores*, p. 221-222.

¹⁰⁴ As relações de consumo contemporâneas podem ser *relações de consumo complexas*, sendo que algumas envolvem três personagens. No contrato de *time-sharing*, por exemplo, há uma relação triangular que envolve o verdadeiro proprietário do imóvel (geralmente o incorporador), o administrador (aquele que organiza o empreendimento turístico, cobra taxas, etc.) e o consumidor que investe no negócio acreditando numa suposta segurança para suas férias e lazer, durante um determinado período no ano.

A conceituação do que é relação de consumo e de quais relações efetivamente possam ser compreendidas como relações de consumo passam, necessariamente, pela definição de consumidor, tema ainda polêmico na doutrina nacional e estrangeira. O tema divide, porque sendo considerado consumidor um dos integrantes da relação jurídica instaurada, essa estará sob a tutela do CDC, o que sem dúvida, dá uma proteção especialíssima à parte considerada consumidora.

Advém da conceituação de consumidor (no CDC: *standard*, art. 2º e *equiparados*, arts. 17 e 29) a grande polêmica: todas as pessoas físicas ou jurídicas podem ser consideradas consumidoras? O Código tem o objetivo específico de defender somente o consumidor final ou tem o objetivo mais amplo de regular o mercado?

A polêmica instaurada divide os doutrinadores e hoje é possível dizer que, no nosso país, há dois posicionamentos, ambos legítimos e fundados em visões distintas. Os dois posicionamentos foram designados de forma inteligente pela professora Cláudia Lima Marques em *finalistas* e *maximalistas*, na obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, a qual tornou-se referência obrigatória no estudo do Direito do Consumidor em nosso país. Tomamos a liberdade de utilizar-nos da classificação da jurista gaúcha.

Necessário esclarecer que os dois posicionamentos têm entre seus defensores notáveis juristas¹⁰⁵, que hoje fazem do nosso Direito do Consumidor um direito reconhecido em todo o mundo. Foram anos de trabalho para a promulgação do Código, muito se fez, mas a maior batalha é a que hoje se trava, a da implementação efetiva dos dispositivos do CDC. Para isto é importante a contribuição pessoal de cada operador jurídico manifestando-se e defendendo o que acha mais apropriado.

Os *finalistas* entendem que,

“ a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º, de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no art. 4º e 6º.”¹⁰⁶

Para esta corrente, destinatário final é o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, qual seja, aquela pessoa que retira o produto da cadeia de produção e utiliza-o de modo não-profissional, seja para si mesmo ou para sua família.

¹⁰⁵ Entre os *finalistas* estão Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, José Geraldo Brito Filomeno, Adalberto Pasqualoto e a retro citada Cláudia Lima Marques. Já entre os maximalistas estão James Marins e Carlos Roberto Barbosa Moreira.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 100.

Assim, por exemplo, quando um pedreiro compra cimento para construir um muro em sua casa, ele é consumidor fático e econômico do produto cimento; diferente de quando uma construtora adquire o mesmo cimento para a construção de um bloco de apartamentos. Caso se constatasse que o cimento não atendeu às especificações técnicas exigidas, os dois casos seriam tratados de forma diferente, em eventual ação no Judiciário, pelos finalistas.

No primeiro exemplo haveria uma relação de consumo, pois a destinação do produto não foi profissional, enquanto no segundo houve o uso profissional do produto, portanto a construtora não estaria ao abrigo do CDC. Por esta interpretação, restringe-se a figura do consumidor àquele que adquire e utiliza um produto para o uso próprio e de sua família. O consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um determinado grupo da sociedade. Consideram que restringindo o campo de aplicação do CDC somente àqueles mais necessitados de proteção especial, a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais *benesses* do que o Direito Comercial já lhes concede.¹⁰⁷

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 100.

Nesta direção é o posicionamento de doutrinadores estrangeiros como Thierry Bourgoigne e Jean Calais-Auloy. Para Bourgoigne,

“ A extensão da qualidade de consumidor ao profissional não se justifica a não ser para que se encontrem reproduzidas, na troca de mercado na qual toma parte o profissional, as condições específicas que envolvem o exercício da função de consumir. No meio de multiplicidade de relações comerciais que ocorrem no mercado, essa situação constitui provavelmente a exceção pelo fato, notadamente, do alto grau de organização e aglutinação dos interesses dos profissionais dos diversos ramos de atividades. Para evitar todo o litígio e toda a extensão abusiva do conceito de consumidor, que arriscaria fazer perder à esfera do consumo a sua especificidade, uma demarcação impõe-se, o que implica, como toda tentativa de categorização, o recurso a certos critérios justificáveis, mas necessariamente insuficientes, algo desigual, em alguns espécies de caso.”¹⁰⁸

Já Jean Calais-Auloy, um dos idealizadores do *Code de la Consommation* francês, assevera que o consumidor, como sujeito de direito, será aquele que não se utiliza profissionalmente do bem ou serviço, que só o fato da compra e utilização não faz do cidadão um consumidor, esta utilização deve ser pessoal ou familiar. Entende o professor da Universidade de Montpellier, portanto, que “o ato de consumo é o ato jurídico (um contrato, quase sempre) que permite obter um bem ou serviço, em vista da satisfação duma necessidade

¹⁰⁸ BOURGOIGNE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. In: *RDC*, v. 2, p. 31.

peçoal ou familiar. O consumidor, em sentido jurídico, é a pessoa que pratica um ato de consumo, correspondente  definição que precede.”¹⁰⁹

Nas legislações europeias de proteção ao consumidor prevalece o entendimento dos finalistas, com alguma extensão da categoria consumidor a profissionais liberais e pequenos empresários na França, posição criticada pela Blgica¹¹⁰.

Contudo, na Alemanha, que tem como princípio basilar o princípio da boa-fé, a jurisprudência tem interpretado de modo extensivo o parágrafo 9 da Lei alemã de Controle das Condições Gerais dos Contratos, a *AGB-GESETZ*, de 1976, significando a concessão de uma tutela do consumidor mesmo a contratos entre comerciantes (profissionais, portanto)¹¹¹.

Em alguns países nórdicos, como a Noruega e a Dinamarca, embora o desenvolvimento do Direito do Consumidor tenha sido semelhante nos dois países, houve opção diferente quanto à categoria consumidor e relação de consumo. No primeiro, privilegiou-se o uso não-profissional do produto ou serviço para caracterizar a relação de consumo, enquanto no segundo dependerá do contexto do caso concreto, não delimitando quais são as relações categorizadas como relações de consumo¹¹².

¹⁰⁹ *Apud* ALMEIDA, Carlos F. de. *Os direitos dos consumidores*, p. 212.

¹¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p.102.

¹¹¹ *Idem*, *ibidem*.

¹¹² MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão*, p. 162.

Nos países da Península Ibérica, optou-se também por caracterizar o consumidor pelo uso não-profissional do bem adquirido ou serviço utilizado¹¹³. A relação de consumo, na Lei espanhola de 1984, poderá ser estabelecida por pessoa física ou jurídica, desde que o consumo se opere para a satisfação das necessidades particulares e que no pólo passivo da contratação esteja um empresário. Em Portugal, a Lei de Defesa do Consumidor de 1981, a relação de consumo existirá entre um consumidor não-profissional (pessoa singular ou coletiva) e um fornecedor que exerça, com caráter profissional, uma atividade econômica.

Nos países da *Common Law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, não há uma definição exata e geral para consumidor e, conseqüentemente, para relação de consumo. Na Inglaterra, o *Sale of Goods Act (1973)* definiu o que seria venda de consumo e o *Unfair Contract Terms Act (1977)* conceituou consumidor através da definição de contrato de consumo. Já nos Estados Unidos, como não existe um código único abrangendo a todas as relações de consumo, as diversas leis de proteção aos consumidores, como a *Preservation of Consumer's Claims and Defenses Act* e o *Consumer Product Safety Act*, conceituam o consumidor nos limites do contexto de aplicação da lei¹¹⁴.

¹¹³ Op. cit., p. 163.

¹¹⁴ Idem, p. 164.

No âmbito do Direito comunitário da União Européia o que existe são as diretrizes e regulamentos dos padrões de proteção ao consumidor que vão da informação plena e precisa para o comércio de produtos tóxicos ao meio ambiente até a responsabilidade civil objetiva. Os efeitos destas diretrizes e regulamentos diferem de país para país, dependendo do grau anterior de proteção oferecida ao consumidor e do tipo de sistema jurídico do Estado-membro ¹¹⁵.

Inclusive, os padrões exigidos para a segurança e qualidade dos produtos circulando na União Européia ou por ela importados são um sistema adotado somente internamente, sendo vedada a difusão mais ampla destas informações para o mercado exterior, ou seja, os padrões exigidos nas importações ou na circulação interna não são aplicados às exportações partindo daquele centro para o resto do mundo onde as legislações nacionais, de regra geral, são menos exigentes. A professora Miriam de Almeida Souza então questiona:

“ Não há como se deixar de indagar se esta não seria uma prática desleal e condenável de comércio, em que a EU resguarda para si uma posição de protecionismo em termos de qualidade e segurança, enquanto não se compromete a estender para o resto do mundo tais informações imprescindíveis para evitar situações de risco de saúde ou segurança para os estrangeiros?.” ¹¹⁶

¹¹⁵ SOUZA, Miriam de Almeida. *A Política legislativa do consumidor no direito comparado*, p.165.

¹¹⁶ Op. cit., p. 168.

Já no âmbito do Mercosul não existem instrumentos, como as diretivas europeias, que harmonizem as legislações entre os quatro países-membros e as disparidades entre os signatários do Tratado de Assunción são muitas. De outra parte, não foi adotado pelo Mercosul, a exemplo da União Europeia, a supranacionalidade ¹¹⁷, considerada por muitos indispensável à unidade dos países em bloco.

Quanto à posição maximalista, esta defende que as normas contidas no CDC nada mais são do que um novo regramento do mercado interno consumidor, com uma orientação mais ampla e extensiva a todos os membros deste mercado consumidor. Para os maximalistas,

“ O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual instituiu normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º, deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.” ¹¹⁸

¹¹⁷ Afirma Deisy de Freitas Lima Ventura que entre os requisitos de existência da supranacionalidade está a *efetividade do poder*, “com vistas a realizar interesses ou valores comuns ... Os organismos supranacionais devem tomar decisões e estabelecer regras que efetivamente ocasionem o engajamento dos Estados ... além de um ideário comum e de poderes que possam realizá-lo, é indispensável a autonomia deste organismo, no sentido de que ele se diferencie do poder dos Estados que o integram e sirva exclusivamente àqueles valores ou interesses definidos”. *A ordem jurídica do MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.31-32.

¹¹⁸ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 101.

Assim como os maximalistas, entendemos que o CDC é um Código geral sobre consumo e que a proteção advinda de suas normas deve ser estendida a todos os participantes da sociedade de consumo, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Portanto, a interpretação ao art. 2º deve ser extensiva, não interessando se a aquisição do produto ou utilização do serviço tenha sido profissional, derivando daí algum lucro econômico.

Embora a coerência e logicidade da posição finalista, parece-nos que num país que está engatinhando na implementação dos direitos sociais, há a necessidade de uma leitura arejada sobre o Direito do Consumidor e a importância do CDC numa sociedade como a nossa.

Não podemos com o argumento de que a norma (Código de Defesa do Consumidor) tem uma finalidade específica - proteger os consumidores vulneráveis, enquanto destinatários finais do produto ou serviço - restringir o seu uso, pois vivemos num país em que os abusos também são cometidos contra consumidores que não tem traço aparente de vulnerabilidade e não são destinatários finais. Mesmo uma empresa do setor calçadista (considerada, portanto, pelos finalistas, como autosuficiente) pode ser enganada por quem lhe fornece produtos químicos para tingir o couro, por exemplo, causando-lhe danos. É uma relação contratual entre duas empresas, mas a calçadista, neste caso, é consumidora, mesmo não apresentando uma *vulnerabilidade aparente*. A vulnerabilidade

dela se depreende do contexto, porque: 1º) na fase pré-contratual acreditou nas informações prestadas pela empresa fornecedora sobre o produto; 2º) adquiriu de boa-fé o produto que haviam lhe ofertado, retirando o bem da cadeia produtiva, ainda que não fosse a destinatária final; 3º) confiou na qualidade do produto ao adquiri-lo da empresa fornecedora. Assim, três princípios básicos - os *Princípios da Transparência, da Boa-Fé e da Proteção da Confiança*¹¹⁹ - das relações contratuais foram feridos pela empresa fornecedora, levando, fatalmente, a empresa consumidora a buscar uma tutela judicial diferenciada, fundada na responsabilidade contratual objetiva.

Da mesma forma, o odontólogo que adquira equipamentos para seu consultório, financiados através de *leasing*, ou de advogado que faça o mesmo com um

¹¹⁹ Adotamos os conceitos de Cláudia Lima Marques sobre os princípios invocados. Diz a jurista gaúcha, respectivamente, sobre os *Princípios da Boa-Fé, Transparência e da Proteção da Confiança*: "Boa-fé significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses pelas partes. *Transparência* significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo...O princípio da transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio... tal princípio concretiza a idéia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo, imposto pelo CDC como forma de alcançar a almejada justiça contratual. *Princípio da Proteção da Confiança* é o da proteção das legítimas expectativas, contratuais e extracontratuais, criadas no mercado de consumo pela atividade dos fornecedores... confiança esta na adequação do produto ou serviço aos fins que razoavelmente dele se esperam." *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 79-80, 206-400.

computador para seu escritório, ambos são consumidores ¹²⁰ em relação à empresa fornecedora do produto em *leasing*, pois, ainda que o uso dos equipamentos seja profissional, estão ao abrigo do CDC, inclusive porque o art. 29 equipara ao consumidor todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais, sem relevância, portanto, o uso profissional do bem e se destinatário final ou intermediário.

O art. 29. do CDC é de amplo espectro, tanto que poderia ser aplicado ao caso da empresa calçadista antes referida. Sendo assim, no nosso entendimento, este dispositivo acaba por legitimar de forma mais ampla a posição maximalista do que o próprio elemento objetivo do art. 2º do Código. Muito já se falou sobre a inclusão desse artigo no CDC, que integrava, a princípio, o corpo do art. 2º, com a seguinte redação: *“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, bem como a que se encontra sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo”*. Esta última parte foi retirada do texto original por pressão do *lobby* empresarial, mas, por intervenção de Antônio

¹²⁰ Opinião oposta à nossa é a manifestada por Odete Novais Carneiro Queiroz, em *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.159: “Entre nós, autores que se dedicaram a um estudo vertical sobre o conceito de consumidor são pela negativa da aplicação do Código em casos similares aos trazidos para o estudo. Assim, tem-se entendido que se o adquirente tiver por escopo a utilização mesmo como destinatário final, mas integrando necessariamente sua profissão, não terá a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Se assim entendermos, o dentista que adquire sua cadeira odontológica para seu consultório não terá a proteção do Código de Defesa do Consumidor, em havendo na mesma a ocorrência de vícios de inadequação. Isto porque, esse profissional retira do mercado a cadeira especializada, mas através dela continua participando do mesmo, já que é imprescindível à sua atividade profissional”.

Herman Benjamin, transportada para o capítulo V, posteriormente aprovada pelos legisladores ¹²¹.

Registra-se que recentemente, em 11 de março de 1998, no IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, em Gramado-RS, foi aprovada, por maioria, a seguinte conclusão: “As regras dos capítulos V (Das Práticas Comerciais) e VI (Da Proteção Contratual), do Título I, do CDC, por força do disposto no art. 29, aplicam-se, sem restrição, às relações jurídicas profissionais (pessoas físicas ou jurídicas), sempre que, em concreto, evidenciada a situação de desequilíbrio entre os figurantes (vulnerabilidade em concreto) ¹²².”

A conclusão de congresso de tal expressão, onde se reuniram os maiores especialistas do tema, indica, senão a defesa da posição maximalista em sua integralidade, pelo menos a opção pela aferição da *vulnerabilidade in concreto* como fator preponderante à caracterização da relação de consumo, o que significa um avanço para um país de terceiro mundo em relação a vários países europeus que ainda não aceitam relações jurídicas profissionais como relações de consumo.

Inclusive a professora Maria Antonieta Zanardo Donato já defendia, em 1994, uma espécie de *tertium genus* entre os

¹²¹ Como o próprio Benjamin esclarece em *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 210.

¹²² In RDC, v. 26, p. 243-244.

finalistas e os maximalistas, verificando a *vulnerabilidade in concreto*, ao expressar:

“Entendemos, como já afirmamos, ser por demais restritiva a aplicação finalista, pois se a lei pretendesse conferir unicamente a tutela excepcional a essas pessoas, não as teria incluído em seu conceito; e, ao mesmo tempo, por ser demais ampla a interpretação maximalista, eis que a própria lei considera determinadas situações onde o consumidor-pessoa jurídica poderá receber a tutela diferenciada (v.g., art. 51, I, 2ª parte). A nosso ver, a verificação da vulnerabilidade do consumidor constituir-se-á na viga mestra do Direito do Consumidor. A princípio todos os consumidores são vulneráveis. Tratando-se de uma presunção, e não de uma certeza, esta poderá ser até mesmo afastada pelo Poder Judiciário, face às provas apresentadas pela parte contrária e estarão, pois, dependentes da apreciação do caso concreto.”¹²³

Ademais, mesmo estando em vigor o Código Comercial (1850) e o Código Civil (1916)¹²⁴, estes não se adequaram às mudanças ocorridas neste século. São diplomas legais ultrapassados e que sofreram a influência dos Códigos liberais da época. Por isto, o número cada vez maior de leis a tutelar relações que não existiam na época, como é o caso do CDC, do Estatuto dos Conviventes, das leis ambientais, etc.

¹²³ *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, p. 107-108.

¹²⁴ Assim é esclarecedor o exemplo trazido pela prof.^a Maria Antonieta Zanardo Donato, quando fala do ressarcimento de danos decorrentes do vício do produto pela sistemática do Código Civil (redibição do contrato ou abatimento do preço, prazo exíguo de 15 dias e foro competente para propor a ação) em relação ao novo regime adotado pelo CDC. *Idem*, p. 24.

Paulo Luiz Netto Lôbo anota em *Responsabilidade por vícios nas relações de consumo*¹²⁵:

“ Não convém aprofundar a controvérsia entre minimalistas e maximalistas, mas impende lembrar que a definição do art. 2º do CDC não esgota o conceito de consumidor adotado por esta lei brasileira. O art. 17 do CDC equipara aos consumidores todas as vítimas do evento causador de dano oriundo de produto ou serviço objeto de relação de consumo (terceiros; *bystander*). O art. 29 do CDC equipara ao consumidor todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais, tornando para este fim irrelevante a distinção entre consumidor final e consumidor intermediário.”

Como já afirmamos, vivemos num país com peculiaridades diferentes de outros países que possuem leis protetivas dos consumidores. Aqui era tão difundida a prática de abusos contra o consumidor que até hoje os bancos, valendo-se de seu poderio econômico, tentam retirar a categorização dos contratos bancários de fornecimento de crédito como contratos do consumo, inclusive com parecer de renomado jurista¹²⁶.

Assim, no nosso entendimento, um dos fundamentos de uma interpretação maximalista do CDC é a vulnerabilidade. Esta vulnerabilidade independe do grau cultural ou econômico do consumidor. Nas palavras de James Marins:

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade por vícios nas relações de consumo*. In: *RDC*, v. 14, p.36.

¹²⁶ Cf. WALD, Arnaldo. *O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. In: *RT 666*, p.7-17.

“É qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.”¹²⁷

Não há de se confundir vulnerabilidade com hipossuficiência, aquela pode ser *fática, jurídica* ou *econômica* e é característica de todos os consumidores, enquanto essa é limitada a alguns, seja em virtude de uma carência econômica ou cultural¹²⁸.

É preferível pecarmos pelo excesso, do que pela falta. Além disto, com o tempo, os fornecedores não de adequar suas práticas ao que está previsto em lei (contratos sem cláusulas iníquas, vinculação obrigatória do ofertado, etc.), enquanto isto não ocorre a jurisprudência e doutrina devem adotar a posição maximalista.

¹²⁷ *Código do consumidor comentado*, p. 45.

¹²⁸ Ensina Antônio Herman Benjamin: “Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade. Essa é aferida objetivamente. Aquela mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores”. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 286.

2.2 Relações de consumo *stricto sensu*

Dado o conceito de relações de consumo no direito brasileiro e estrangeiro e trazida a discussão doutrinária sobre quem está ao abrigo do CDC, é mister conceituar relações de consumo *stricto sensu*, usando da categorização do eminente jurista Alcides Tomasetti Junior. Para o professor paulista, a relação jurídica em sentido estrito é aquela gerada a partir da conclusão de um contrato, assim o objeto da relação de consumo em sentido estrito é um contrato.

A conceituação de Tomasetti está muito próxima do conceito que os franceses Ghestin e Calais-Auloy dão às relações de consumo em geral. Assim, “ no núcleo do conteúdo da relação jurídica de consumo em sentido estrito encontram-se assentados os deveres contratuais de prestação, e as decorrentes pretensões, ações e exceções contratuais” ¹²⁹. Contudo, nos utilizaremos da mesma expressão – *relações de consumo stricto sensu* – também para designar as relações de consumo em que não haja especificamente um contrato de consumo, como é o caso da relação entre o fabricante e o consumidor, quando este último adquire produto de um revendedor, havendo somente um vínculo obrigacional.

¹²⁹ TOMASETTI JR., Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e contratos. In: *RDC*, v. 13, p. 15.

Se para a dogmática francesa, as relações de consumo em sentido estrito são aquelas decorrentes de um contrato de consumo firmado entre o fornecedor e o consumidor, para a dogmática brasileira, sua abrangência é mais ampla. Geralmente, a relação de consumo se perfectibiliza por um contrato; é corriqueira a existência de um contrato entre o fornecedor e o consumidor, mas nem sempre a relação de consumo se estabelecerá a partir de um instrumento contratual.

São diversas as relações de consumo em sentido estrito, interessa-nos, contudo, o estudo de certas relações e que, hoje, são objeto de inúmeras decisões dos tribunais pátrios, formando o que podemos denominar de *jurisprudência consumerista*.

2.2.1 Relação de consumo entre fabricante e consumidor

O fabricante, de acordo Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “é a pessoa física ou jurídica que coloca no mercado produtos industrializados ou processados, acabados ou semi-acabados¹³⁰.”

Entre estes produtos estão os automóveis, os eletrodomésticos e as roupas, considerados *duráveis*. Existindo também outros produtos, os chamados *não-*

¹³⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 73.

duráveis, que são os consumíveis a curto prazo – alimentos como arroz, feijão, açúcar, refrigerante, etc.

Os fabricantes de produtos duráveis estão entre aquelas marcas mais conhecidas do grande público. São fabricantes de automóveis e eletrodomésticos, dois tipos de produtos que são o sonho de consumo de grande parte da população brasileira, como Volkswagen, Fiat, Brastemp, Eletrolux, Arno, etc.

A relação de consumo pode estabelecer-se com a compra do bem pelo consumidor. O consumidor que adquire um produto durável ou não-durável está travando uma relação de consumo com o fabricante. Mesmo que o revendedor, por exemplo, seja uma loja de departamentos, o consumidor, ao adquirir uma máquina de lavar roupa, com defeito, poderá acionar o fabricante, conforme o art.12 do CDC, pois ele possui responsabilidade sobre o bem colocado no mercado, sua responsabilidade decorre de uma falha na fabricação do produto. Portanto,

“ a colocação de bens ou serviços no mercado de consumo a cargo dos fornecedores *in genere* suscita, em contrapartida, a relação de responsabilidade, decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual).” ¹³¹

¹³¹ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 138.

Os defeitos decorrentes da fabricação ¹³² dão ensejo a uma responsabilização objetiva do fabricante, que analisaremos adiante. Tais defeitos, segundo a doutrina, podem ser de três modalidades: defeito de concepção (criação), defeito de produção (fabricação) e defeito de informação ou de comercialização. O primeiro pode resultar de erro no projeto tecnológico do produto ou da escolha de material inadequado ou de componente orgânico ou inorgânico nocivo à saúde. O segundo é aquele que se manifesta em alguns exemplares do produto, em decorrência de falha instalada no processo produtivo, mecânico ou manual e tem relação intrínseca com o controle de qualidade desenvolvido pelo fabricante. O terceiro é o decorrente de sua apresentação ao consumidor, ou seja, de informação insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização, contidas na própria embalagem do produto ou veiculada em mensagem publicitária¹³³.

Um defeito de concepção que trouxe prejuízos a milhares de consumidores foi o verificado nos veículos “TIPO”, da Fiat, tendo sido criada uma associação das vítimas do Tipo (“AVITIPO”). Infelizmente, o fabricante, neste caso, não utilizou-se do *recall* (designação dada ao recolhimento preventivo do produto do mercado, para solucionar o problema, trocando as

¹³² Por volta de 1669-1670, foram criados, na França, conselhos municipais destinados à verificação de defeitos na produção dos artífices e das fábricas locais. Produtos de fabricação defeituosa eram expostos publicamente, com o nome do artesão ou do administrador. Se o responsável pela falha a repetisse, era censurado por ocasião da reunião da corporação; reincidindo na falha uma terceira vez, era amarrado a um poste e exposto ao público para desonra sua. V. DURANT, Will. *A era de Luís XIV*, p.21.

¹³³ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p 147.

peças necessárias ou o produto por inteiro) e as ações no Judiciário avolumaram-se. Exemplo positivo, entretanto, foi o da General Motors, em episódio que envolvia o carro Omega CD, modelo 99, série L370804 a L399105, onde constatou-se que o sistema de *air bag* não era seguro o suficiente, pois acionava sozinho; o fabricante, então, pela imprensa¹³⁴, comunicou aos consumidores a possibilidade de inspeção e provável troca do equipamento defeituoso, nas redes autorizadas.

Já como exemplo de defeito de produção, podemos trazer à baila o grave caso do anticoncepcional *Microvlar*, do Laboratório Schering do Brasil, em que determinada série das pílulas foi feita de farinha, causando gravidez indesejada em diversas consumidoras. Não houve controle de qualidade algum do fabricante e o produto foi distribuído e comercializado como se normal estivesse.

Este caso reflete a irresponsabilidade do fabricante com o produto que fabrica e um profundo desrespeito ao mercado consumidor onde atua. A verdade é que estamos à mercê de alguns fabricantes que somente visam o lucro, para os quais a vida humana vale tanto quanto ao de um rato de laboratório. O conceito de ética é inexistente para aqueles, pois os produtos defeituosos colocados no mercado podem provocar danos, como ocorreu com o Laboratório Schering do Brasil.

¹³⁴ Cf. *Aviso aos proprietários de Omega CD*. Correio do Povo, Porto Alegre, 28 de maio de 1999, p. 10.

Com relação à questão da responsabilidade civil dos fabricantes de remédios e especificamente no caso das pílulas referidas, o Desembargador Sérgio Cavaliere ¹³⁵ assim informou:

“Em caso recente, envolvendo um lote de pílulas falsas de determinado anticoncepcional, as Justiças do Rio de Janeiro e São Paulo tem concedido tutela antecipada com base no Código do Consumidor para as mulheres que ficaram grávidas no período em que tomaram o referido anticoncepcional. O Juízo da 42ª Vara Cível do Rio de Janeiro concedeu tutela antecipada a uma senhora, mãe de duas gêmeas que nasceram prematuramente e com problemas de saúde, impondo à fornecedora do medicamento o dever de pagar as despesas médico-hospitalares num período de 12 meses.”

No que tange ao defeito de informação, o conhecido caso da *Zoomp* pode servir de exemplo. A empresa, com uma linha de confecções sofisticadas (de *grife*), foi condenada ao pagamento de uma multa, por deficiência de informações sobre os produtos que comercializava ¹³⁶.

¹³⁵ Responsabilidade civil por danos causados por remédios. In: *JurisPoiesis – Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, ano 1, v. 1, Rio de Janeiro, 1999, p.63.

¹³⁶ A autuação foi feita pelo Procon paulista, em 1994, e a empresa impetrou Mandado de Segurança, na 5ª Vara da Fazenda de São Paulo, tendo sido denegada a segurança e mantida a multa, pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 6º, III, do CDC. O voto do relator assim se referiu ao defeito de informação encontrado na *grife* paulista: “Ainda que o pretense público alcançável pela impetrante (*Zoomp*) esteja acima da grande maioria dos consumidores em geral, é correto afirmar que mesmo às camadas privilegiadas de compradores é conferido o direito à informação adequada e clara sobre as diferenças de produtos comercializados, bem como especificação correta de quantidade e características, composição, qualidade e preço”. Cf. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 24.

É de ressaltar também que estes defeitos tão-somente ocorrem antes da entrada do produto no mercado consumidor ou como assevera James Marins, os defeitos de criação, produção ou informação somente podem ocorrer antes da introdução do produto no mercado de consumo, mesmo que só venham a se manifestar ulteriormente, com o uso do produto¹³⁷.

A exceção à responsabilização do fabricante pelo defeito do produto está elencada no art. 13 e incisos do CDC. O comerciante será responsabilizado caso o produto final, embalado ou reacondicionado, não permite identificar o fabricante (art.13, I), o que ocorre com freqüência em produtos importados de origem duvidosa. Também a hipótese de coobrigação do comerciante ocorre quando este não conserva adequadamente os produtos perecíveis (art. 13, III). Assim, a responsabilidade recairá sobre o comerciante, na qualidade de fornecedor presumido; haverá responsabilização subsidiária ou supletiva daquele que põe em oferta e vende o produto.

2.2.2 Relação de consumo entre prestador de serviço e consumidor

O prestador de serviço é aquele que desenvolve atividades de prestação de serviços, as quais podem ser de diferentes espécies, desde bancária e securitária até hospitalar.

¹³⁷ Código do consumidor comentado, p.125

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “atividade é um complexo de atos teleguiados orientados, tendo continuidade e duração dirigidas a um fim. A atividade deve sempre tender a um resultado, constituindo um comportamento orientado¹³⁸.” Deste modo, a atividade de prestação de serviço tem uma finalidade própria, seja prestar serviço bancário, como no contrato de aluguel de cofre, ou prestar serviço médico-hospitalar, quando da internação de paciente em hospital.

O fornecimento de serviços, conforme o par. 2º do art. 3º do CDC, se dá mediante remuneração. A remuneração qualifica o prestador de serviço como tal. Neste sentido, opina Bonatto:

“ Desta forma, mesmo sendo determinada pessoa física e jurídica uma executora habitual de específica atividade, necessário que existe remuneração. Por exemplo, um pedreiro realiza a construção de um muro para seu vizinho e nada cobra, sendo que o muro cai em cima deste e de um terceiro, com a primeira chuva. Poderão o vizinho e o terceiro reclamar baseados nas normas do CDC? Existirá, neste caso, relação de consumo? Existirá, conseqüentemente, um acidente de consumo (art. 14 do CDC), ou um incidente de consumo (art. 20 do CDC)? A resposta a estas perguntas, em nossa ótica, é negativa, porquanto somente surgirá relação de consumo quando existir um consumidor e um fornecedor e, no caso, este último inexistente, em que pese o pedreiro poder ser, obviamente, considerado fornecedor em outros casos, nos quais tenha percebido pagamento em contraprestação de seu serviço .”¹³⁹

¹³⁸ Contratos no Código de Defesa do Consumidor: pressupostos gerais. In: *RDC*, v. 6, p.135.

¹³⁹ *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p.89-90.

Concordamos, portanto, com o jurista gaúcho citado, em função de entendermos que não pode haver relação de consumo *stricto sensu* se não há remuneração à prestação do serviço. Quando se firma um contrato com um banco, sabemos que será cobrado pela instituição um determinado preço pelo serviço; do mesmo modo o hospital cobrará pelos seus serviços não cobertos pelo SUS ou plano de saúde privado ¹⁴⁰. Por óbvio que não estamos aqui a justificar as altas taxas, ilegais e abusivas, cobradas pelos bancos e vários hospitais e, sim, em justificar que estes prestadores são assim considerados porque recebem uma remuneração pelos seus serviços e quando estes serviços não são prestados de modo satisfatório, deixando a desejar ou impondo encargos inadmissíveis aos consumidores (clientes ou pacientes), o contrato deve ser denunciado pelo contratante-consumidor, como forma de preservar os seus direitos.

¹⁴⁰ Da mesma forma, os serviços educacionais prestados pelas universidades particulares estão sob a égide do CDC, vez que as estas universidades mantêm um vínculo contratual com os seus alunos e obrigatoriamente na relação contratual instaurada deve-se obediência aos Princípios da Boa-Fé e Equilíbrio contratuais, que são princípios norteadores de todo o sistema do CDC. Assim, de acordo com José Alcebiades de Oliveira Junior, "muito embora seja o ensino um dever do Estado, é preciso ter presente que ele pode ser delegado à iniciativa privada e que, nestes casos, o cidadão espera, legitimamente, obtê-lo de boa qualidade, não podendo esse mesmo Estado, eximir-se do controle e da proteção desse direito constitucional do consumidor". Ensino superior e Direito do Consumidor. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, ano XX, nº 36, julho de 1999, p.26.

2.2.3 Relação de consumo entre entidade bancária, como fornecedora de crédito, e cliente

A relação de consumo entre entidade bancária e o cliente se estabelece sob os mais diversos tipos de contratos bancários. Se, para Erik Jayme, o contrato de *time-sharing* é o contrato típico da pós-modernidade, podemos afirmar que, na modernidade, o contrato-padrão é o contrato bancário.

Hoje os bancos tornaram-se instituições imprescindíveis à vida moderna, pois, de uma forma ou de outra, há uma interdependência entre a sociedade de consumo e as instituições bancárias, seja ao abriremos uma conta corrente ou no simples pagamento de um boleto bancário. A este fenômeno os norte-americanos denominaram fenômeno da *bancarização*, “aonde se verifica que nas sociedades massificadas ocidentais a submissão ao sistema bancário é quase compulsória. Em verdade, poucos são aqueles que vivem à margem dos sistemas bancários e, quando isso acontece, não raro tal situação significa estar à margem da própria sociedade.”¹⁴¹

O parágrafo 2º do artigo 3º do CDC faz explícita referência aos serviços bancários, ao definir serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de

¹⁴¹ MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. In: *RDC*, v. 18, p.100.

crédito e securitária; sendo assim, a opção do código foi clara: a de tutelar as relações do cliente-consumidor com o bancos¹⁴².

Entretanto, interessa-nos especificamente a análise das relações de consumo entre as instituições bancárias e os consumidores de crédito, isto é, a atividade do banco como *fornecedor do produto* (crédito) e não como prestador de serviço, pois o que se verifica é que os maiores questionamentos referentes ao CDC ainda se dão na atividade bancária como fornecedora de crédito. O produto oferecido no mercado de consumo, então, pelo banco é o crédito e de acordo com Nelson Nery Junior¹⁴³,

“A preocupação das legislações estrangeiras e da doutrina alienígena de se incluir o crédito nas normas de proteção do consumidor não foi desprezada pelo CDC, que de fato o incluiu quando definiu consumidor, fornecedor, produto e serviço, fazendo expressa menção às atividades bancárias, de crédito, financeiras e securitárias (artigos 2º, 3º e parágrafos e 52).”

¹⁴² Qualquer dúvida que havia em relação à aplicação do CDC aos contratos bancários foi afastada com a decisão da 4ª Turma do STJ, em Resp. nº 57.974-0-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.04.95, tornando-se um *leading case*:

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Bancos – Cláusula penal – Limitação em 10%.

- 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, par. 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor de bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza-o como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.**
- 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. 22.626/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do art. 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do art.52, par.1º, do CDC, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários”.**

¹⁴³ **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 304.**

Na doutrina argentina, encontramos uma das definições alienígenas sobre a categorização dos contratos bancários como contratos de consumo:

“El contrato bancario es una operación de crédito que, indistintamente la realiza el cliente o el banco. Las operaciones de crédito, activas o pasivas, devengam intereses a favor del banco en el primer supuesto o en contra el segundo, lo que las caracteriza como contratos onerosos. Desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo el contrato bancario constituye un contrato de consumo y, como tal, le resultan aplicables la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) y su decreto reglamentario 1798/94.”¹⁴⁴

Dentre as operações bancárias mais comuns realizadas entre os bancos e os clientes estão os contratos de mútuo simples (empréstimos, em dinheiro, a pessoa física ou jurídica), os contratos de conta corrente e os contratos de abertura de crédito em conta corrente. De acordo, porém, com a necessidade do cliente, realizam-se outras operações, como desconto bancário, antecipação bancária, crédito hipotecário (financiamento da casa própria), crédito industrial, comercial e rural.

*A classificação da relação entre o banco e o cliente como relação de consumo não alcança unanimidade; são muitas as opiniões divergentes e estas entendem que o CDC não se

¹⁴⁴ STIGLITZ, Gabriel A. Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera. In: *Derecho del Consumidor*, nº 9, p. 7.

aplica às relações estabelecidas entre o banco e o cliente. Nosso posicionamento, como maximalista que somos, é que o Código do Consumidor se aplica tanto às relações entre pessoas físicas (ou naturais) e os bancos, como entre as pessoas jurídicas e as instituições bancárias.

Uma das opiniões divergentes da nossa é a do jurista Arnoldo Wald, o qual influenciou sobremaneira à outras emitidas, inclusive sendo citado sempre na doutrina e jurisprudência contrárias à aplicação do CDC aos contratos bancários. Afirma o jurista que o CDC teria a incidência de suas regras jurídicas circunscrita às hipóteses de atividades bancárias que consubstanciem determinadas obrigações de fazer caracterizadas como relações de consumo, pré-excluídas as obrigações de dar¹⁴⁵.

Wald entende que o cliente não pode ser qualificado como consumidor nas relações bancárias em que produtos ingressem na sua esfera jurídico-patrimonial, porque não se pode conceber a possibilidade de usar-se o dinheiro ou o crédito por destinatário final, salvo se colecionador de moedas¹⁴⁶. Ou seja, para o civilista, consumidor somente seria aquele que guarda o dinheiro obtido em empréstimo bancário (embaixo do colchão, talvez), não se valendo dele para consumo de bens imprescindíveis à satisfação de suas necessidades.

¹⁴⁵ O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. In: *RT* 666, p. 7-17.

¹⁴⁶ *Idem*, *ibidem*.

× Ora, como bem disse Vilson Rodrigues Alves, “o raciocínio é engenhoso, mas parte da premissa equivocada e, por isso, chega a conclusão inaceitável”¹⁴⁷. Nesta ótica, o cliente de crédito rural, comercial, etc., nunca poderá ser consumidor, porque não permanece com o dinheiro, uma vez que o aplica em sua atividade produtiva.

Discordamos do posicionamento de Wald e, no nosso entendimento, esta visão é estreita, pois, por exemplo, quando um agricultor obtém financiamento de crédito rural para plantar determinada cultura, colherá e venderá o produto, não sendo o destinatário final fático; contudo, em virtude de ter plantado e colhido, é o responsável pela sua subsistência e a dos seus. Assim, também, quando o dono de uma padaria obtém empréstimo para comprar farinha, esta, sem dúvida, será usada para a confecção do pão, que irá integrar o mercado de consumo. Nos dois casos há relação de consumo, ainda que não sejam o agricultor ou o padeiro os destinatários finais do dinheiro concedido; o fato de o ingresso nas suas esferas jurídico-patrimoniais ter sido de dinheiro, para uso profissional, não significa pré-exclusão da relação de consumo.

↳ cremos que não há um desvirtuamento dos objetivos do CDC ao garantir a tutela aos consumidores como os dois antes referidos, porque, como já explicitamos, aqueles consumidores aplicam o crédito concedido em suas atividades produtivas.

¹⁴⁷ Em *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 90.

Se o CDC personifica o que de melhor há no Direito Social, como defendemos no capítulo 1, item 1.3, por que excluir de sua incidência relações contratuais em que é visível a vulnerabilidade de uma das partes? É paradigmático o caso do pequeno comerciante que assina um contrato de adesão, repleto de cláusulas abusivas, sem ao menos lê-lo, porque precisa do empréstimo para renovar seu estoque. Com a devida vênia dos doutos: é preciso fazermos de nosso código um “produto” genuinamente nacional, adequado à nossa realidade de maioria de cidadãos mal-instruídos, e não importarmos idéias estrangeiras, como a de que o uso profissional do bem desclassifica-o como objeto da relação de consumo, que servem aos países civilizados, onde o nível de consciência de cidadania é outro.

Justificar a exclusão de várias operações bancárias da incidência do CDC é atentar contra o espírito desse diploma legal, particularmente o art. 17 que enuncia que para os efeitos pertinentes à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, consumidor é mais do que a pessoa que o adquire ou o utilize como destinatário final.

Ademais, o art. 29 determina que consumidores não são apenas os que adquirem ou utilizam produto ou serviço, mas também as pessoas expostas às práticas previstas no CDC. Entre estas práticas estão aquelas referentes ao fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou

concessão de financiamento ao consumidor. Nesta direção é a manifestação de Nelson Nery Jr. :

“o art. 29 equipara o contratante não-consumidor a consumidor, de sorte que pode ele valer-se do microssistema do CDC para deduzir sua pretensão em juízo. Em suma, todos os contratos celebrados com os bancos são de consumo e estão sujeitos ao regime jurídico do CDC .”¹⁴⁸

* Outro posicionamento contrário à aplicação do CDC aos contratos bancários entende que o crédito concedido não é um bem, pois não pode ser consumido. A operação bancária, assim, não é objeto de consumo; é intermediária na produção de bens, bens que serão produzidos para, após, virem a ser consumidos.

Tal posicionamento parte de uma premissa errada – a de que o dinheiro (crédito) não é um bem, asseverando que ele não pode ser consumido; embora ele não seja um bem material consumível (tipo um pacote de biscoitos), ele é um *bem juridicamente consumível*, ou seja, é aquele bem considerado consumível porque destinado ao uso, como as roupas e livros. Assim, o dinheiro é juridicamente consumível pois destinado à alienação.¹⁴⁹

* Neste diapasão, o posicionamento de Vilson Rodrigues Alves:

¹⁴⁸ NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 342-381.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*.

“ Efetivamente, o que o consumidor obtém não é o papel-moeda, mas o valor imaterial que nele se corporifica e que a lei define ser também produto, porque na dicção legal produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. O produto da empresa de banco, muito bem o definiu a jurisprudência, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível. O consumidor obtém-no como meio de viabilizar a relação de consumo finalizada/finalizável na sua esfera jurídica, não na de outrem figurando em contrapartida o banco como fornecedor, na condição de pessoa jurídica que desenvolve atividades de comercialização desse produto. E é assim é que há de entender-se a hipótese, porquanto os bens de consumo não são apenas os bens materialmente consumíveis, mas também os bens juridicamente consumíveis.”¹⁵⁰

Defendemos a aplicação do CDC a todas às operações bancárias que envolvam a concessão de crédito, porque o *cliente consumidor* encontra-se numa posição de inferioridade econômica frente ao banco. Na sociedade de consumo, crédito é *condição de cidadania*¹⁵¹ e os apelos lançados pelo marketing, a facilidade da contratação e porque não dizer, o “canto de sereia” dos bancos, fazem do consumidor alvo fácil das instituições bancárias, com seus contratos de adesão repletos de cláusulas iníquas. Difícil encontrar quem já não tenha pago as taxas usurárias no popularmente conhecido *cheque especial* ou agricultores, comerciantes e industriais que foram levados à ruína por terem contratado operações eivadas de ilegalidades.

¹⁵⁰ *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*, p. 96.

¹⁵¹ A expressão é do Desembargador aposentado Márcio Puggina, hoje brilhante advogado.

O cliente sempre estará vulnerável frente à instituição bancária porque precisa dela; ninguém, assim nos parece, contrata uma operação financeira se não houvesse necessidade de fazê-lo. Divergem da nossa opinião Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, ao afirmarem, “que muitos consumidores procuram assumir dívidas e, sob a bandeira da legítima defesa econômica, se é que isto possa existir, não pagar a conta, preferindo, posteriormente, discutir judicialmente a questão para, então, fazer um acordo, algumas vezes por percentuais inacreditáveis, comparativamente com a dívida total cobrada.”¹⁵²

Ora, se os bancos aceitam reduzir a dívida a percentuais inacreditáveis é porque sabem que não tem direito legítimo ao que cobravam do cliente, caso contrário porque aceitariam acordo? Ao aceitarem o acordo concordaram que o juro cobrados eram ilegais e escorchantes. Portanto, aquele que tem a necessidade do crédito, se encontra vulnerável e esta característica não se atenua ou desaparece, ao longo do período de contratação, ao contrário, ela permanece até a extinção do contrato, posto que as cláusulas iníquas, abusivas e ilegais terão validade, caso o consumidor não as conteste judicialmente. Infelizmente esta é a realidade de nosso país e de todos os países capitalistas periféricos que optaram por uma política de ajuste econômico ditada pelo FMI e por um neoliberalismo predatório, em que o consumidor, ainda, não é respeitado como merece.

¹⁵² *Questões controversas no Código de Defesa do Consumidor*, p.193.

2.3 Relação de consumo em sentido amplo¹⁵³

São escassos os estudos sobre as *relações de consumo em sentido amplo*. Nossa doutrina e jurisprudência é muito rica no que tange às relações de consumo em sentido estrito (contratuais ou por vínculo obrigacional, como as classificamos no item 2.2), contudo, concernente às relações de consumo em sentido amplo ainda é indiferente. Dentre os autores brasileiros, a construção doutrinária, a partir do estudo da dogmática alemã, de Alcides Tomasetti Jr., é importante:

“ O parágrafo único ao art. 2º do CDC vigente no Brasil abriu as portas à construção da *relação jurídica obrigacional de consumo em sentido amplo*. O art. 7º desse mesmo Código reforça ainda mais os alicerces legais para a elaboração dogmática que se propõe. ... Dentre as várias relações jurídicas obrigacionais a mais importante é a relação jurídica contratual. A dogmática do direito obrigacional do consumidor tem igualmente de elaborar a categoria da *relação contratual em sentido amplo*. Neste plano, apresentam-se várias relações jurídicas contratuais ligadas entre si pela função predisposta ao consumo a que servem uma ou mais dessas relações. É sustentável mesmo a detecção de uma *relação contratual complexa* .”¹⁵⁴

¹⁵³ Em virtude do relativo ineditismo do tema na doutrina brasileira, faz-se mister esclarecer que nosso estudo terá como suporte os trabalhos de Alcides Tomasetti Jr. e Cláudia Lima Marques; o primeiro por trazer a lume construção doutrinária sobre este tipo de relação de consumo ainda não suficientemente estudada em nosso país; a segunda, pela contribuição inegável que trouxe do Direito alemão sobre os *deveres anexos*. Nosso estudo tem como única fonte a opinião dos dois juristas, vez que não temos como objetivo o estudo da legislação comparada, de onde, por certo, poderíamos retirar subsídios para o tema.

¹⁵⁴ As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. In: *RDC*, v. 13, p. 16.

E continua Tomasetti:

“Nessa construção, cada uma das várias relações contratuais interligadas, individualmente considerada corresponde à eficácia (conjunto de efeitos) de uma distinta categoria contratual, dotada, pois, de específicos efeitos típicos. Na medida em que o conjunto desses efeitos possa vir a ser orientado no sentido de uma relação contratual direcionada nuclearmente para a função de consumo (= relação contratual de consumo *strictissimo sensu*) esta última até certo ponto pode ampliar-se a atrair, para o próprio regime jurídico, situado no âmbito da proteção contratual do consumidor, as outras relações contratuais integrantes do conjunto (= relações de consumo *lato sensu*), conquanto pertinentes, em princípio, a diferente regulação de direito.”¹⁵⁵

Sob este prisma, a relação de consumo em sentido amplo é aquela que se estabelece entre um fornecedor de produto ou serviço e um potencial consumidor, isto é, estabelece-se um vínculo entre as duas partes, sem que, necessariamente, tenha havido um contrato de consumo entre elas. O clássico exemplo de relação de consumo em sentido amplo é a do consumidor em potencial que, atraído, pelo anúncio de ofertas ou mesmo pela comodidade ou segurança, vai ao *shopping* ou supermercado, mas nada adquire. Mesmo que ele somente olhe e nada compre, ainda assim há uma relação de consumo, pois o consumidor é um *consumidor em potencial* que não contrata, mas que entra em *contacto jurídico* com o fornecedor, em virtude de ter se dirigido ao local atraído pela publicidade anunciada.

¹⁵⁵ Op. cit., p.16.

Deste modo, é possível afirmar que a publicidade é responsável pela maioria das relações de consumo em sentido amplo que se estabelecem, pois o fornecedor, com anúncios publicitários massivos, atrai os consumidores potenciais para o espaço físico onde oferta seus produtos. A publicidade, então, induz e persuade o público a afluir a estes locais que, além de lhe oferecerem produtos, lhe oferecem comodidade e segurança. Em verdade, hoje, *shoppings* tornaram-se áreas de lazer, em que as pessoas marcam encontros, vão ao cinema ou levam as crianças ao parque.

A industrialização foi a responsável pela origem destes centros de compras contemporâneos, onde se concentram os mais variados produtos. O consumidor potencial, assim, também é atraído por esta diversidade de produtos e como bem disse Tomasetti, entra em *contacto jurídico* com o fornecedor, penetrando diretamente com sua pessoa e seus bens, na dimensão espacial em que o fornecedor opera, em virtude da regulação jurídica da organização da oferta massiva de produtos e serviços, que atrai um indiferenciado público consumidor, este último se introduz e permanece no complexo empresarial controlado pelo ofertante fornecedor.

Existindo uma relação de consumo entre o consumidor potencial e o fornecedor, este também pode ser responsabilizado por eventuais danos que aquele possa sofrer. A responsabilização do fornecedor advém dos *deveres colaterais de conservação, proteção e custódia da pessoa e*

dos bens do consumidor e dos deveres colaterais de cuidado e de assistência, também à pessoa do consumidor e a seus bens.

Assevera Tomasetti que estes deveres são os denominados *deveres de comportamento (Nebenpflichten)* da dogmática obrigacional alemã, ou *deveres anexos*, segundo Cláudia Lima Marques; cujo fulcro está no princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, inc. III, parte final e art. 51, inc. IV, do CDC).

Destarte, tais deveres obrigam o fornecedor a manter a incolumidade física e psíquica do consumidor potencial e a infração a qualquer dos deveres anexos poderá dar origem à pretensão do consumidor ser indenizado. No caso, por exemplo, de uma bolsa de mão de uma consumidora em potencial, o shopping center está obrigado ao *dever colateral de proteção do bem do consumidor*.

Podemos citar outros exemplos, esdrúxulos, mas possíveis de ocorrerem: enfeite de decoração natalina que atinja pessoa que tenha ido ao shopping assistir uma sessão de cinema ou intoxicação alimentar de criança por caramelo recebido do Papai Noel contratado pelo shopping; nos dois hipotéticos casos os deveres de conservação, proteção e custódia da pessoa do consumidor não foram observados. A responsaiização do shopping, nestas hipóteses, é objetiva, prevista no CDC, tanto em seu art. 12-14, como no art. 18.

Neste sentido, a manifestação de Tomasetti Jr.:

“ Parece, pois, que é passível de responsabilização o fornecedor oferente, pelos danos morais e patrimoniais sofridos pelo consumidor potencial, na exata medida em que a própria *programação das relações de consumo* importa na tradução e na permanência da pessoa e dos bens do potencial consumidor no estabelecimento do oferente fornecedor, normalmente pela maneira de atração exercida mediante publicidade, que sobretudo explora a forma de organização da oferta de venda.”¹⁵⁶

2.3.1 Relações de consumo por contacto jurídico

O termo *contacto jurídico* adotado por Tomasetti Jr. tem suas origens na Alemanha e provém da expressão *contato social* (“*sozialen kontakt*”), expressão desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemã “para servir de ponto de encontro, de gênero, para as relações contratuais e extracontratuais na sociedade, das quais nascem direitos e obrigações, sempre ao interpretar o parágrafo 242 do BGB.”¹⁵⁷

Acertadamente a doutrina e jurisprudência alemã entendem que o que une, vinculando as partes, é um contato social entre estas, onde ambas têm direitos e deveres, estes são os deveres gerais de condutas, fundados na boa-fé e nos princípios gerais de direito.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 15.

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 81.

Na opinião de Tomasetti Jr.,

“os contactos de consumo antecontratuais seriam constitutivos da relação jurídica obrigacional de consumo em sentido amplo. Seriam estímulos periféricos, dotados de eficácia jurígena obrigacional própria e diversa, que se irradiaria, tendencial e progressivamente, em direção ao centro da relação obrigacional de consumo em sentido amplo.”¹⁵⁸

Assim, *relação de consumo por contacto jurídico* vem a ser a decorrente de um contato social travado entre o fornecedor de bens ou serviços e o consumidor em potencial. O contato social é estabelecido, geralmente, como o já afirmado, nos centros de compras contemporâneos, mas também podem acontecer em outros locais; em *megashows* públicos e gratuitos, por exemplo, onde o consumidor em potencial comparece em razão da ampla divulgação pela imprensa.

O normal é que as relações de consumo por *contacto jurídico* se estabeleçam a partir da presença do consumidor em potencial num local de compras, mas isto não vem a ser a regra geral na nossa opinião. Em eventos como o descrito acima, *megashows* públicos e gratuitos, também pode ser considerada a existência de uma relação de consumo entre aquele que promove o *show* e o que vai assisti-lo, pois o consumidor atende ao apelo da publicidade massiva patrocinada pelo fornecedor. Este, em respeito aos deveres de conduta, obriga-se a assegurar a proteção dos que lá estão e se,

¹⁵⁸ As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. In: *RDC*, v. 13, p. 12.

hipoteticamente, parte do palco ruir e atingir alguns *espectadores consumidores*, poderão estes acionar o promotor do evento, cuja responsabilização é objetiva.

Há dificuldades, como já afirmamos, de encontrar-se doutrina e jurisprudência sobre o tema. Contudo, com o tempo, cremos que a classificação de *relação de consumo por contacto jurídico* se afirmará, em virtude do reconhecimento pela própria doutrina e jurisprudência. Reitera-se que esta classificação dá um novo tratamento à matéria da responsabilidade pelo fato da coisa¹⁵⁹, que teve como precursores, no Direito contemporâneo, os franceses Saleilles e Josserand¹⁶⁰, adotada pelo nosso Código Civil nos artigos 1.527, 1.528 e 1.529.

¹⁵⁹ José de Aguiar Dias revela contrariedade com a expressão *responsabilidade pelo fato da coisa*, ao afirmar: "Ora, não há nada tão incongruente como expressar em responsabilidade por fato da coisa a que deriva de acidentes ocorridos com veículos ou objetos de nossa propriedade ou sob nossa guarda, porque a coisa não é capaz de fatos". *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II, p. 451.

¹⁶⁰ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 143.

CAPÍTULO III

DIREITOS DA PERSONALIDADE E DANO MORAL

“O conhecer e o agir do ser humano são, portanto, indissociavelmente, psíquicos e social-históricos. Esses dois pólos, a *psiqué* e a sociedade, não podem existir um sem o outro, e não são redutíveis um ao outro. Tudo aquilo que encontramos de social em um indivíduo, e mesmo a idéia de um indivíduo, é socialmente fabricado ou criado em correspondência com as instituições da sociedade considerada. Para encontrar alguma coisa no indivíduo que não é verdadeiramente social, se isto é possível, deveríamos chegar ao último núcleo da sua *psiqué*. Ali onde há os desejos mais primitivos, as representações mais caóticas, os afetos mais brutos e mais selvagens. Se não, encontraremos sempre no indivíduo aquilo que é social.”¹⁶¹

O filósofo Castoriadis nos fala dos dois pólos, a *psiqué* e o social, encontrados no indivíduo, afirmando que ambos estão indissociavelmente ligados, mas que um não se reduz ao outro. Afasta o reducionismo e coloca o social como núcleo principal do indivíduo, sem, contudo, esquecer da *psiqué* como último núcleo da essência verdadeiramente humana.

¹⁶¹ CASTORIADIS, Cornelius. A criação histórica e a instituição da sociedade. In: *A criação histórica*, Porto Alegre: Artes e Ofícios Editora Ltda., 1992, p.92

A este último núcleo da essência do ser humano – *psiquê* – são devotados vários estudos, como os dos psicanalistas Freud, Jung e Lacan. Assim, o estudo de nossa *psiquê* tem as mais diversas considerações ¹⁶².

O ser humano, portanto, é formado pela *psiquê* e o social. Somos indivíduos dotados de uma racionalidade, onde, a *psiquê* e o social interagem. No processo evolutivo da civilização humana, o aspecto psicológico do ser humano já havia sido objeto de análise dos filósofos gregos, estudos retomados pelos filósofos contemporâneos e pela psicanálise. Se em tempos imemoriais já havia esta preocupação com a *psiquê* do ser humano, o que dizer, então, da época contemporânea; ela ocupa um lugar de destaque na civilização de hoje, em virtude do retorno de um *antropocentrismo*, este, fruto de fatos históricos (principalmente, 1ª e 2ª Guerras Mundiais) e do inexorável avanço tecnológico.

O *antropocentrismo* ressurge com o fim da 2ª Guerra Mundial, deflagrando o movimento de reconhecimento e proteção aos *direitos humanos*, entre eles os *direitos de personalidade* (ou *personalíssimos* para alguns). Os direitos humanos foram a resposta aos genocídios cometidos na 2ª Guerra e aos sistemas autoritários das décadas seguintes (o stalinismo, na União

¹⁶² Um destes estudos foi o realizado pelo psicólogo norte-americano Thomas Bouchard, da Universidade de Minnesota, cujo projeto teve como objetivo estudar as influências relativas da genética e das circunstâncias ambientais na formação da personalidade, com a observação, durante duas décadas, de 8.000 pares de gêmeos. Cf. o artigo *A raiz da diferença*. In: Revista *Veja*, edição 1595, São Paulo: Editora Abril, 28 de abril de 1999, p. 122-129.

Soviética e a Revolução Cultural, na China), ou nas palavras de Gherzi:

“Los atroces campos de exterminio, la privación de derechos por los gobiernos autoritarios pos Segunda guerra mundial, etc. que constituyeron una agresión sin límites al ser humano, destruyeron la familia, como reducto de afectos, educación, inducción de valores, obligaron a juristas notorios y a los organismos de defensa de los derechos humanos a generar la respuesta de protección: los derechos personalísimos.” ¹⁶³

A proteção aos direitos humanos, neste século, tem sua maior e fundamental expressão na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, a qual, segundo Bobbio, pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores ¹⁶⁴. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é a afirmação dos direitos humanos enquanto sistema de princípios a serem respeitados pelos Estados que a subscreveram.

Bobbio enfatiza que,

“a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.” ¹⁶⁵

¹⁶³ *La posmodernidad jurídica*, p. 22.

¹⁶⁴ *A era dos direitos*, p. 27.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 30.

Com a Declaração, os países subscritores passaram a incorporar em seus ordenamentos jurídicos os direitos expressos naquele documento, embora, muitas vezes, esse reconhecimento fosse meramente formal, como ocorreu com alguns países da América do Sul – Brasil, Argentina, Chile e Uruguai – durante as décadas de 70 e 80, onde institucionalizou-se o uso da tortura como instrumento de repressão do Estado.

Deste modo, os direitos da personalidade – aqueles referentes à dimensão íntima do ser humano – passaram, também, a ser tutelados em vários ordenamentos jurídicos. A *Declaração* foi responsável pela positivação, nos ordenamentos jurídicos nacionais, da maioria dos direitos da personalidade; em verdade, ela é uma *Carta de Princípios dos Direitos Humanos*, mais, portanto, que um sistema doutrinário, mas menos que um sistema de normas jurídicas¹⁶⁶.

Se, por um lado, os direitos da personalidade somente foram efetivamente reconhecidos e tutelados com a *Declaração*, por outro, eles também representam a instauração de um novo antropocentrismo, neste final de século, cuja maior preocupação é a *psiquê* do ser humano. Sob esta perspectiva, a de que os direitos da personalidade personificam a *psiquê* do ser humano é a abordagem do capítulo a seguir, trazendo, também, em decorrência de eventuais violações a estes direitos, o conceito de

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 31.

dano moral – tipo de dano que vem ocorrendo com freqüência – sua origem, evolução e classificação pela doutrina pátria.

O ***dano moral***, justamente porque há o reconhecimento aos direitos mais íntimos e mais caros à pessoa (à honra, à imagem, por exemplo) é matéria de relevância ímpar, pois atinge o espírito, à alma, enfim, à ***psiquê*** do ser humano. Este dano que atinge a ***psiquê*** do ser humano pode advir das relações de consumo, pois como o já dito, as relações de consumo são relações típicas deste fim de século.

Deste modo, poderão ser violados os ***direitos da personalidade do homem consumidor***, estabelecida uma relação de consumo entre fornecedor e consumidor, gerando ***dano moral e/ou patrimonial***.

3.1 Direitos da personalidade: reconhecimento jurídico e importância

Os direitos da personalidade, hoje assim denominados, nada mais são do que direitos inerentes ao homem. Tratam-se de direitos ínsitos ao homem; objeto de estudo nas obras de Locke e Rosseau e que deram origem ao jusnaturalismo.

Na história de nossa civilização, o jusnaturalismo foi substituído pelo positivismo, o qual vem cedendo espaço à

revitalização do velho jusnaturalismo, este assumindo a forma de um *neoiusnaturalismo*, cujos principais expoentes são da filosofia jurídica norte-americana: John Rawls e Ronald Dworkin.

Dworkin propõe a construção de uma terceira via entre o jusnaturalismo e o positivismo, fundamentada no modelo *reconstructivo* de Rawls. Ele defende uma espécie de *neoiusnaturalismo* em oposição ao positivismo de Hart (seu antecessor na cadeira de Filosofia Jurídica em Harvard), afirmando que a função mais importante do sistema jurídico é a garantia dos direitos individuais – em especial o *direito à igual consideração e respeito* – frente ao governo e à maioria ¹⁶⁷.

Explica Dworkin que junto aos direitos legais existem direitos morais e que no conflito entre estes e aqueles, os primeiros não triunfam necessariamente sobre os segundos; criticando a distinção rígida entre direito e moral dos positivistas. Em resumo, a crítica de Dworkin ao pressuposto positivista da separação absoluta entre direito e moral, o conduz à construção de uma teoria do direito na qual a moral e a política ocupam um lugar relevante. Sua preocupação é a análise das relações entre direito e moral, não as tendo colocado em compartimentos estanques e distintos, como fizeram os metodólogos da pureza positivista. Para o espanhol A. Calsamiglia, no *Prólogo* da obra mais importante de Dworkin,

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos in serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995, p.31-60.

“ Pero eso no lo hace em nombre del irracionalismo o de um nuevo iusnaturalismo ontológico prebenthamiano. La tercera vía – frente al iusnaturalismo y el positivismo – que pretende abrir el autor americano tiene su próprio aparato analítico: el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento – y a la crítica – del derecho.”¹⁶⁸

Trouxemos a lume, sinteticamente, o pensamento de Dworkin para afirmar que esta revitalização do jusnaturalismo (*neoiusnaturalismo*), se refletiu nos ordenamentos jurídicos de vários países. O *neoiusnaturalismo*, então, junto com o *antropocentrismo*, trouxe um sopro de renovação ao direito positivo, o que se denota da própria positivação de vários direitos da personalidade, criando um aparato legal para o julgador do caso concreto fazer justiça contra violações destes direitos.

Entre as várias definições de direitos da personalidade, compartilhamos a de Carlos Alberto Bittar:

“ São direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à própria ação do titular (que não pode eliminá-los por ato de vontade, mas, de outro lado, deles, sob certo aspectos, pode dispor, como, por exemplo, a licença para uso de imagem). Contudo, esse consentimento não desnatura o direito, representando, ao revés, exercício de faculdade inerente ao titular. “¹⁶⁹

¹⁶⁸ *Los derechos em serio*, p. 12.

¹⁶⁹ *Direitos da personalidade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.5.

Compartilhamos, também, da idéia de Teresa Ancona Lopez ao afirmar que os direitos da personalidade são “*direitos subjetivos de gozo*, existindo independentemente da ação de seu titular e constituindo uma categoria especial de direitos subjetivos, não fazendo parte dos direitos reais como querem muitos, nem dos direitos obrigacionais como querem outros”¹⁷⁰.

Estes direitos ocupam posição autônoma e distinta na relação dos direitos privados, ante ao intenso labor doutrinário e jurisprudencial, vêm ganhando espaço nas codificações de nosso século; particularmente no Brasil, os dispositivos das leis das Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), da Imprensa (Lei nº 5.250/67), dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), dos Transplantes (Lei nº 9.434/97) são exemplos, sem falar nos dispositivos constitucionais sobre o direito à intimidade, à honra e à imagem (art. 5º, X), sobre direitos autorais e cultivares (art. 5º, XXVII) e o direito à propriedade das marcas e patentes (art. 5º, XXIX).

Encontramos na doutrina, também, duas posições distintas sobre os direitos da personalidade: a positivista e a naturalista¹⁷¹. A primeira entende que os direitos da personalidade são somente aqueles reconhecidos pelo Estado, não aceitando a existência de meros direitos inatos, ou seja, advogam a idéia de que todos os

¹⁷⁰ Em *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 47.

¹⁷¹ A posição positivista é defendida por De Cupis e Tobeñas e a naturalista por Orlando Gomes e Carlos Alberto Bittar.

direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo. A segunda afirma que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercidas pelo homem, sendo inerentes à condição de ser humano.

Defendemos uma posição naturalista dos direitos da personalidade, como já ficou demonstrado no início do capítulo e, assim como Bittar, entendemos que cabe ao Estado apenas reconhecer e sancionar os direitos da personalidade em um ou outro plano do direito positivo, seja em nível constitucional ou infraconstitucional.

Os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados à condição de ser humano; deste modo surgem com a concepção, por isto, sem querer nos deter na questões ética¹⁷², a concepção, no nosso entendimento, marca o nascimento dos direitos da personalidade. A concepção é o marco inicial e o reconhecimento a estes direitos se dá sob a condição do nascimento ser com vida.

¹⁷² A questão ética sobre o direito à vida e o de sua interrupção é objeto de análise de Umberto Eco, em uma de suas últimas coletâneas de ensaios, ao perguntar *Quando começa a vida humana?*, fazendo alusão ao direito à vida e à legislação que permite o aborto: *“No soy biólogo (como no soy teólogo) y no me siento capaz de expresar ninguna afirmación sensata acerca de tales confines, si es que existen realmente confines. No hay ninguna teoría matemática de las catástrofes que sea decirmos si existe un punto de inflexión, de explosión instantánea; talvez estemos condenados a saber únicamente que tiene lugar un proceso, cuyo resultado final es el milagro del recién nacido, y que decidir hasta qué momento se tiene el derecho de intervenir en ese proceso y a partir de cuál ya no es lícito hacerlo, no puede ser ni aclarado ni discutido. Y por lo tanto, o tal decisión no debe tomarse nunca, o tomarla es un riesgo del que madre debe responder sólo antes Dios o ante el tribunal de su propia conciencia o del humanidad”*. Em *En qué creen los que no creen?*, p.38.

Sendo naturalista, parece-nos inadmissível limitar esses direitos ao ordenamento positivo. Os positivistas olvidam-se que o ordenamento existe em função do homem em sociedade e são os homens que fazem o Estado e não o inverso. Destarte, se os direitos da personalidade são inatos, somente cabe ao Estado tutelá-los e não ser a origem deles.

Quanto à classificação dos direitos da personalidade, a doutrina vem sistematizando das mais distintas formas. De Cupis especifica como direitos da personalidade os direitos: à vida e à integridade física; às partes separadas do corpo e ao cadáver; à liberdade; à honra e respeito ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoal; ao título; e o direito moral do autor¹⁷³. Tobeñas classifica em duas categorias estes direitos: a) direitos relativos à existência física ou inviolabilidade corporal: os referentes à vida e à integridade física; à disposição do corpo, no todo, em partes separadas e ao cadáver; b) dentre os do tipo moral: os referentes à liberdade pessoal; à honra, ao segredo e o direito autoral, em suas manifestações extrapatrimoniais (direito moral de autor)¹⁷⁴. Por sua vez, Orlando Gomes¹⁷⁵ classifica-os em direitos relativos à integridade física e à integridade moral.

¹⁷³ Apud BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*, p. 15-16.

¹⁷⁴ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 141-164.

Entendemos que uma das melhores classificações é a de Bittar ¹⁷⁶, com a qual concordamos, pois o saudoso jurista distribuiu o direitos da personalidade em: a) direitos físicos – referentes propriamente à integridade do corpo humano: o corpo como um todo, os órgãos, os membros, a efigie; b) direitos psíquicos – relativos à integridade psíquica do ser humano, compreendendo a liberdade, a intimidade e o sigilo; c) direitos morais – aqueles que dizem respeito a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade, compreendendo a identidade, a honra, as manifestações do intelecto.

Inobstante estas classificações, é de se reiterar que outros direitos da personalidade poderão ser identificados no decorrer dos tempos, pois o campo de abrangência é flexível, tanto é assim que a classificação do direito à imagem social como direito da personalidade é recente, fruto, principalmente, da popularização e crescimento dos meios de comunicação.

A configuração moderna do reconhecimento aos direitos da personalidade é fruto da *Declaração de Direitos da Virgínia* (1776) e da *Declaração de Direitos da Revolução Francesa* (1789). Contemporaneamente, contudo, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, reafirmou os direitos insculpidos nas duas declarações citadas e ampliou o seu rol, uma vez que o mundo, naquela época, saía de uma guerra mundial e necessitava de uma Carta de Direitos que efetivamente tutelasse direitos solapados naquele conflito.

¹⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*, p. 17.

Numa análise do Direito estrangeiro, é possível mencionar alguns dispositivos específicos de certos Códigos europeus que tutelam os direitos da personalidade. Pioneiras foram as leis belga (1886) e romena (1895) sobre os direitos de autor e o direito ao nome. No BGB alemão (1896) reconheceu-se o direito ao nome, em seu parágrafo 12; no Código suíço de 1907 (arts. 29 e 30) também. Já na Itália, o Código Civil de 1942, em seus arts. 5 a 10 veda a disposição do corpo, que importe em diminuição permanente de sua integridade; consagra o direito ao nome e ao pseudônimo; o direito à imagem, dispondo sobre a responsabilidade daquele que tenha violado tal direito ¹⁷⁷.

No Brasil, a proteção aos direitos da personalidade está dispersa por vários diplomas legais, não sendo objeto de tutela específica do Código Civil; podendo, entretanto, ser considerado como protetivos da personalidade humana os preceitos que regulam a liquidação das obrigações. Destacamos entre estes diplomas legais os seguintes: Lei 9.434/97, sobre a retirada de órgãos e transplantes, onde há a preocupação com o corpo vivo e o cadáver; a Lei 9.610/98, que regula os direitos autorais, protegendo a pessoa do autor de obra intelectual; a Lei 9.609/98, sobre informática, regulando o sigilo de dados.

¹⁷⁷ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*, p. 34.

No que tange aos direitos da personalidade no campo do consumidor, o art. 6º, I, do CDC, representa a positivação dos direitos da personalidade do consumidor, ao prever como direito básico deste “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

Interpretando-se o dispositivo do Código consumerista nos parece clara a intenção do legislador tutelar tanto a integridade física como psíquica da pessoa do consumidor. Nestes moldes, a opinião de M.A. Parra Lucan, ao aproximar a proteção à saúde e segurança do consumidor ao fundamental direito à vida:

“ Los problemas de salud y seguridad son de los más importantes que plantea la protección del consumidor.
... En última la protección de la salud y la seguridad de los consumidores es un corolario del próprio derecho a la vida (y a la integridad física) de la persona humana, reconocido em los textos internacionales y constitucionales de nuestro entorno.”¹⁷⁸

Os dispositivos legais citados atestam a importância dos direitos da personalidade no atual estágio em que se encontra a civilização humana. O ser humano passou a ser, novamente, o centro; ressurge, assim, uma espécie de *antropocentrismo contemporâneo*, como já afirmamos, onde cada ser humano desempenha um papel nesta sociedade de fim de século, prestes a ingressar num novo século com as mais distintas expectativas.

¹⁷⁸ Apud MARINS, James. *Código de Defesa do Consumidor comentado*, p. 60.

3.2 Ética e os direitos da personalidade

Embora pareça pretensão abordarmos tema tão difícil e já tratado por autores reconhecidamente geniais (Aristóteles, Spinoza, Leibniz), trazemos a lume breve aspecto sobre a ética na contemporaneidade e os direitos da personalidade, refletindo, no âmbito jurídico, numa retomada do humanismo, nos moldes de um jusnaturalismo revitalizado.

Na lição do jusfilósofo pernambucano Nelson Saldanha,

“ O termo ética, de *ethos*, é de origem grega e no pensamento grego manteve sua amplitude o lastro etnográfico mas ao mesmo tempo metafísico de sua raiz.

... É um equívoco pensar na ética como “ciência da moral”, como alguns fazem: chega-se a mencioná-la como “teoria do comportamento”. Semelhante concepção esvazia o termo ética de seu grosso conteúdo humano e o encaminha para escolasticismos estéreis. Somente com a permanência desse conteúdo humano, e com a alusão às raízes etimológicas, entenderemos a ética como realidade, que é por um lado consciência normativa (e axiológica) e por outro experiência situada.

... A ética – como o *ethos* – se refere aos seres humanos e não abrange os animais (como certos estóicos tendiam a pensar), nem obviamente os possíveis seres supra-humanos, deuses e anjos. Ser referente ao homem não significa porém, para a ética, apenas a indicação de seu “objeto”: significa que, filosoficamente, toda teoria ética pressupõe uma antropologia filosófica. Pressupõe também (ou portanto) uma metafísica .”¹⁷⁹

¹⁷⁹ SALDANHA, Nelson. *Ética e História*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.6-7.

Ética, a nosso ver, nos lembra valores e estes são característicos de cada contexto ou época, assim, por exemplo, no início da Idade Moderna, o *valor trabalho* era exclusivo das classes pobres, o trabalho para os nobres e o clero era inadmissível; com a ascensão da classe burguesa ao poder e o protestantismo, o *valor trabalho* deixou de ter uma conotação depreciativa e alcançou um *status* jamais imaginado pelos burgueses de então.

Destarte, em cada contexto (cultura, sociedade, época), a ética existe como um conjunto de estruturas – inclusive institucionais – e de ideais de comportamento, que se ligam a um ideal do ser humano: o que se chama de ética, em seu sentido historicamente efetivo, é um plano de relações entre aqueles ideais de comportamento e a avaliação efetiva dos comportamentos ocorridos¹⁸⁰.

Se, na esteira da definição de Saldanha, a ética existe como conjunto de estruturas e ideais de comportamento, estamos autorizados a afirmar que os ideais de comportamento deste fim de século são aqueles que tem o homem como centro; há um renascimento do velho humanismo, em decorrência dos próprios acontecimentos históricos do século XX, entre eles, sem dúvida, o mais marcante foi a Segunda Guerra Mundial.

¹⁸⁰ Op. cit., p. 9.

As atrocidades cometidas naquele terrível conflito, tanto pelos aliados (bombardeios sobre Berlim e Dresden, já em ruínas e Hiroshima e Nagasaki), como pelo Eixo (holocausto judeu, massacre de chineses e prisão e morte de inúmeros antifascistas) não foram esquecidas, somente esmaeceram, culminando com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948. A partir daí, buscou-se, no campo jurídico, a tutela aos direitos do homem contemporâneo, tanto em sua esfera psíquico-social, como econômica.

Inobstante sabermos que o ser humano da era contemporânea é um ser dominado pela técnica, hedonista, adepto do imediatismo e cuja violência é demonstrada diariamente pelos meios de comunicação, acreditamos, mesmo assim, que ele vem buscando o resgate de valores esquecidos, como a solidariedade, seja participando das decisões de sua comunidade, como auxiliando comunidades carentes.

Ao valor *solidariedade* se agregam outros que denotam a preocupação do ser humano com o seu *habitat* (fundando um Direito Ecológico), com sua capacidade econômico-jurídica como receptor de bens e serviços (originando um Direito do Consumidor) e mesmo com relação à evolução da espécie humana (direitos derivados da biotecnologia – a denominada *Bioética*). Portanto, são sinais de uma reconstrução ética, cujo alicerce é o próprio homem.

O reconhecimento aos direitos da personalidade, seja nas Constituições ocidentais, como em documentos emanados de órgãos supranacionais (a já citada *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e o *Pacto de São José da Costa Rica*) faz parte deste novo referencial ético, cujos mais fecundos desdobramentos, assim esperamos, acontecerão no novo século que se avizinha.

O mestre Nelson Saldanha manifesta-se neste sentido:

“ Talvez seja confortador pensar que o entrante século vinte e um pode vir a ser um século de confluências e de equilíbrios. Confluência entre doutrinas (mais talvez pelo cansaço delas do que por outra coisa), confluência entre credos e povos; embora as dominações continuem, e o neoliberalismo siga servindo de pálio ao triunfalismo capitalista. Equilíbrios: possivelmente, apesar dos inexoráveis avanços técnicos, que sempre conduzam alguma dose de desumanização.

A propósito de equilíbrios, vale mencionar o crescimento da preocupação dos pensadores com temas como a paz, como a natureza viva e os destinos do planeta. Uma preocupação que chega com atraso e se faz urgente, embora os debates a respeito nem sempre apresentem uma fundamentação teórica bastante clara, ou uma relação nítida com a tradição da teoria ética do Ocidente. “¹⁸¹

Nossa aposta é neste novo referencial ético em que o ser humano será o centro de uma sociedade mais harmônica, esta harmonia não no sentido material, pois neste aspecto as diferenças são abissais e as probabilidades de mudança difíceis

¹⁸¹ SALDANHA, Nelson. *Ética e História*, p. 132-133.

de ocorrem num curto prazo; mas no sentido da revitalização de uma *consciência moral* homogênea entre os seres humanos, buscando uma melhor qualidade de vida e a preservação do ambiente em que vive.

Sabemos das imensas diferenças entre os países ricos e pobres, da deterioração destes últimos, mas não podemos ficar indiferentes alguns sinais que nos deixam esperançosos na raça humana, como a preocupação com valores de cunho solidário e a gradual participação da sociedade civil nas decisões do Estado.

Reside no próprio ser humano e em sua vontade de “*tomar as rédeas do destino*” a chance da nossa civilização ainda sonhar com um tempo menos estéril de acontecimentos bons. No nosso entendimento, o reconhecimento do danos moral como categoria jurídica, pela mais modernas legislações, reflete uma *ética contemporânea*; pelo menos neste aspecto, o Brasil encontra-se alinhado com países mais desenvolvidos, vez que a doutrina e a jurisprudência nacionais, como veremos a seguir, consagram a noção de dano moral e sua reparação.

3.3 Conceito de dano moral e distinção de dano patrimonial

São muitos os autores nacionais e estrangeiros que tratam do tema proposto. A doutrina nacional é pródiga em obras que abordam sobre dano patrimonial e moral (extrapatrimonial) e em virtude do farto material torna-se difícil optar por um autor ou obra-paradigma ¹⁸².

Entre os vários conceitos sobre *dano*, selecionamos o de Teresa Ancona Lopez:

“ Etimologicamente, dano vem de *demere*, que significa tirar, apoucar, diminuir. Portanto, a idéia de dano surge das modificações do estado de bem-estar da pessoa, que vem em seguida à diminuição ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados extrapatrimoniais ou patrimoniais.” ¹⁸³

¹⁸² Dentre os autores brasileiros é inegável o valor das obras pioneiras *O dano moral no direito brasileiro* (1944), de Ávio Brasil, com o prefácio “O dano moral em face da responsabilidade civil”, de Eduardo Espínola Filho e *O dano moral e sua reparação*(1955), de Wilson Melo da Silva; *Da responsabilidade civil*, de José Aguiar Dias e das mais recentes: *Responsabilidade civil*, de Antônio Chaves; *Responsabilidade civil*, de Caio Mário da Silva Pereira; *Dano moral*, de Yussef Said Cahali; *Dano à pessoa e sua indenização*, de João Casillo; *Reparação civil por danos morais*, de Carlos Alberto Bittar; *Dano estético: responsabilidade civil*, de Teresa Ancona Lopez; *Dano moral*, de Clayton Reis; *Curso de Direito Civil brasileiro – responsabilidade civil*, de Maria Helena Diniz; e *Programa de responsabilidade civil*, de Sérgio Cavalieri Filho.

¹⁸³ *Dano Estético: responsabilidade civil*, p. 20.

Clayton Reis define dano como “toda a lesão nos interesses de outrem tutelados pela ordem jurídica, quer os interesses sejam de ordem patrimonial, quer sejam de caráter não patrimonial” ¹⁸⁴.

Assim, o dano pode ser patrimonial ou moral (extrapatrimonial). O primeiro é aquele que advém da ato lesivo ao patrimônio material de alguém, enquanto o segundo provém de ato lesivo à personalidade do indivíduo, sua integridade físico-psíquica, sua honra, seu nome, etc., com projeção em seu círculo familiar ou social.

Na definição de Wilson Melo da Silva, “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material; o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico” ¹⁸⁵.

Para Carlos Alberto Bittar, a qualificação dos danos em danos morais se dá em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador. Desta forma, seriam aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração

¹⁸⁴ REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed., Rio: Forense, 1998, p. 3.

¹⁸⁵ SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

peçoal), “perceptíveis, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades *sub litem*”¹⁸⁶.

Já Maria Helena Diniz define:

“ O dano moral vem a ser a lesão a interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito extrapatrimonial, como por exemplo, direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com o tratamento, etc.”¹⁸⁷

Há entendimentos mais antigos de que o dano moral é puro ou não é dano moral, não passando de simples dano patrimonial. Ou seja, o dano moral somente poderia ser classificado como tal se não tivesse repercussão econômica, caso contrário, o dano seria tão-somente material. Deste modo, por exemplo, dano sofrido por cliente de banco que teve cheque devolvido por erro da agência bancária, tendo sido seu nome enviado ao CCF, impossibilitando-lhe acesso à financiamento, este seria somente

¹⁸⁶ *Reparação Civil por danos morais*, p.44.

¹⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *A responsabilidade civil por dano moral*. In: *Revista Literária de Direito*, nº 9, Janeiro/Fevereiro de 1996, p.8

de ordem material, porque a repercussão do dano foi no patrimônio da pessoa.

Parece-nos que tais entendimentos, *puristas* em excesso, não se coadunam com o moderno conceito de dano moral e de sua reparabilidade. No caso em exemplo, está claro que o lesado sofreu, além do dano patrimonial em si, dano moral, porque o ato lesivo também feriu o seu nome, a sua honra, a sua dignidade, que são direitos personalíssimos passíveis de indenização.

Como bem disse Teresa Ancona Lopez, a pessoa tanto pode ser lesada no que é, como no que *tem*. A distinção entre dano patrimonial e não patrimonial não se refere ao dano em sua origem, mas nos seus efeitos ¹⁸⁸.

A tentativa de “purificação” do conceito de dano moral não obteve êxito, tanto que, conforme a autora antes citada, já na década de 1930, os irmãos Mazeaud dividiam o conteúdo do dano moral entre aqueles que atingiam a *parte social do patrimônio moral* (atos lesivos à honra, reputação, consideração) e aqueles que atingiam a *parte afetiva do patrimônio moral* (ato lesivo que prejudica o indivíduo nas suas afeições) ¹⁸⁹.

Da mesma forma, a opinião de Maria Helena Diniz ao dizer que o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão

¹⁸⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 21-23.

¹⁸⁹ *Idem*, *ibidem*.

jurídica, pois do prejuízo causado a um bem econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar-se dano material ¹⁹⁰.

3.3.1 Denominação e espécies de dano moral

Na doutrina encontramos diferentes denominações para o dano moral, mesmo na jurisprudência não há uma única denominação para dano moral, assim se encontram acórdãos sobre *dano moral puro*, *dano moral reflexo*, *dano moral indireto*, *dano moral com ou sem repercussão patrimonial*.

Esta diversidade de denominação, no entanto, não impede a classificação do dano moral em espécies. Também com relação às espécies a doutrina se divide, inclusive, segundo Teresa Ancona Lopez, o conceituado jurista Miguel Reale afirma que, no futuro, o hoje denominado *dano moral à imagem* poderá ser considerado como *dano pessoal* ou *dano à imagem pessoal*, um *tertium genus* entre o dano patrimonial e o moral, porquanto a própria Constituição Federal faz diferença entre o dano moral e o dano à imagem, sendo que o primeiro ficaria restrito somente “aos estados d’alma, sofrimentos e sensações dolorosas que afetam os valores íntimos da subjetividade” ¹⁹¹.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro- responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 81.

¹⁹¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 21-23.

Adotaremos como suporte doutrinário a classificação dos juristas Teresa Ancona Lopez, Maria Helena Diniz e Carlos Alberto Bittar, cujos estudos, ao lado dos precursores como Wilson Melo da Silva, contribuíram muito para a sedimentação do conceito do dano moral e sua reparação no nosso ordenamento jurídico.

3.3.1.1 Dano moral objetivo

É aquele que ofende os direitos da pessoa tanto no seu aspecto privado, ou seja, em caráter íntimo e pessoal (direito ao nome, à honra), quanto no seu aspecto público (como direito à vida, à liberdade, ao trabalho). Este tipo de dano se presume, não necessitando de prova, é o *damnum in re ipsa*. Não é preciso provar, por exemplo, que uma pessoa injustamente presa tenha tido sofrimentos e humilhação com a privação da liberdade.

3.3.1.2 Dano moral subjetivo

É o *pretium doloris* propriamente dito, o *pateme d'animo* dos italianos, o sofrimento d'alma, pois a pessoa foi ofendida em seus valores íntimos, nas suas afeições. Este tipo de sofrimento integra e é absorvido pelo dano moral à pessoa, mas pode se constituir em dano autônomo, quando somente a dor está sendo objeto de reparação. Exemplo típico é o da perda de filho menor por acidente automobilístico causado por motorista embriagado.

3.3.1.3 Dano moral à imagem social

A imagem social se diferencia do direito à própria imagem. Enquanto a primeira se refere à imagem do ser humano no meio social em que vive, onde tem determinada consideração pessoal e é aceito pelo seu grupo social, o segundo tem relação com o direito de não ver reproduzida (a não ser por tácita concordância), nem desrespeitada a sua imagem física; a imagem, aqui, seria a representação da pessoa, não autorizada pela própria.

Se diferenciam, portanto, o direito à própria imagem do direito à imagem social. Deste modo, quando há ato lesivo ao primeiro, o dano moral é objetivo e no segundo, o dano moral é da espécie *dano moral à imagem social*. Poderá, contudo, num mesmo caso ocorrer os dois tipos de dano moral, além do dano patrimonial, como, por exemplo, quando revista de alcance nacional publica foto não autorizada de personalidade pública com texto depreciativo à sua conduta pessoal e profissional. No caso, foi violado o seu direito à própria imagem e o direito à imagem social ¹⁹².

¹⁹² No Rio Grande do Sul, é conhecido o caso do ex-senador José Bisol (hoje, Secretário da Justiça e Segurança Pública) que teve seu direito à honra e à imagem social feridos por uma série de matérias jornalísticas publicadas, durante o pleito presidencial de 1994, em conhecido jornal gaúcho. A empresa jornalística em questão foi condenada a pagar uma indenização, por dano moral, no valor de R\$ 1.299.200,00, uma das mais altas condenações até então. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 15 de maio de 1997, Espaço Vital, p. 27.

Sob esta perspectiva, lúcidas as palavras de Teresa Ancona Lopez ao afirmar que:

“ O ser humano é um ser social e, portanto, o dano moral à imagem social deve ser considerado como um dos mais graves. Não há como negar a mudança de comportamento tanto do lesado quanto da sociedade a partir de determinado acontecimento que mudou a imagem que tinha anteriormente .” ¹⁹³

3.3.1.4 Dano moral direto ou puro

Consoante Maria Helena Diniz, o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a intimidade, a honra, o decoro) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família) .

A denominação de Bittar ao dano morais direto é de *dano moral puro*, sendo aquele que se exaure nas lesões a certos aspectos da personalidade, como no caso de injúria que atinja o lesado, submetendo-o a sensação desagradável pessoal ¹⁹⁴.

¹⁹³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético: responsabilidade civil*, p.26.

¹⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 53.

3.3.1.5 Dano moral indireto ou reflexo

Dano moral indireto, por sua vez, consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação de bens jurídicos patrimoniais, que produz menoscabo a um bem extrapatrimonial. Um exemplo é a perda de coisa com valor afetivo. Bittar esclarece que os danos reflexos, ou indiretos, constituem efeitos ou interpolações de atentados ao patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado.

A referência à classificação do dano moral em espécies é importante a título doutrinário, porque o operador jurídico necessita conhecer tal classificação, com o objetivo de um embasamento pertinaz e adequado em eventual ação judicial. Embora, como já afirmamos, na jurisprudência, na maioria das decisões, o julgador costuma entender a expressão dano moral de modo abrangente, não especificando a qual tipo de dano moral corresponde a violação de algum direito de personalidade.

3.4 Dano moral no nosso ordenamento jurídico

Historicamente é no Código de Hamurabi que se encontra a primeira manifestação sobre dano e sua reparação. O texto do Código demonstrava uma preocupação em conferir ao lesado uma reparação equivalente ao dano causado; assim, no caso de ofensas pessoais, estas eram reparadas à custa de ofensas idênticas ou em caso de dano ao patrimônio de alguém, o lesante teria como punição a mesma diminuição, causada ao lesado, em seu patrimônio. Vigoravam preceitos que davam guarida à violência, pois o célebre axioma *“olho por olho, dente por dente”* constituía uma das formas de reparação da civilização babilônica.

No Código de Manu, contudo, conforme Clayton Reis, é encontrada a conceituação primária de dano moral e sua indenização ¹⁹⁵, ao expressar que a vítima do dano ressarciria-se às expensas de um certo valor pecuniário, já de antemão arbitrado pelo legislador. Como exemplo podem ser citados os parágrafos 237 e 239, do livro IX, os quais estabeleciam que o rei, na revisão do processo, imporá aos ministros ou juízes responsáveis pela condenação injusta do inocente uma pena de mil panas ¹⁹⁶.

¹⁹⁵ REIS, Clayton. *Dano moral*, p. 12.

¹⁹⁶ Opinião diametralmente oposta a de Clayton Reis é a de Augusto Zenun, o qual afirma que “o Código de Manu, por ser uma codificação que somente cuidou dos interesses do rei, deixou de mencionar o *espiritual* (o que informa o dano moral), sendo um amontoado de preceitos cínicos, criado por vil casta sacerdotal, ... basta isto para se aquilatar da miserabilidade espiritual de Manu, que não revelou o mínimo equilíbrio, máxime para se elaborar um Código, que, quando sério, deve trazer a limpidez da alma”. V. *Dano moral e sua reparação*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

Na antiga civilização romana, todo o ato considerado lesivo ao patrimônio ou à honra de alguém implicava numa conseqüente reparação. Os romanos acatavam, ainda que primariamente, a reparação do dano extrapatrimonial, como afirma Clayton Reis ¹⁹⁷ Sendo exemplo o parágrafo 13 (*se o tutor administra com dolo, que seja destituído como suspeito e com infâmia; se causou algum prejuízo ao tutelado, que seja condenado a pagar o dobro ao fim da gestão*) da Lei das XII Tábuas ¹⁹⁸.

Encontramos, modernamente, nas legislações da Alemanha, Itália e França os modelos à nossa legislação civil e, conseqüentemente, à idéia de dano moral e sua indenização. O BGB alemão, em seu art. 847, prevê que “no caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação da liberdade, pode o lesado, também quanto ao dano que não seja patrimonial, exigir uma eqüitativa satisfação em dinheiro”. Já na Itália, o Código Civil admite a reparação de um dano através do pagamento de valor pecuniário equivalente à lesão, de acordo com o art. 2.059 que diz que “o dano não patrimonial deve ser ressarcido somente no caso determinado pela lei”. Na França a idéia de reparação do dano surgiu no século XII, sendo que hoje vigora o art. 1.382 do Código Civil Francês, o qual diz “todo o ato ilícito de qualquer pessoa, que cause dano a terceiro, obriga este a reparar o ato praticado”, abrangendo tanto os bens materiais como imateriais ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ REIS, Clayton. *Dano moral*, p. 19-34.

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁹ Idem, *ibidem*.

No Brasil, a categorização de dano moral como dano ressarcível é muito mais fruto da doutrina e jurisprudência do que um conceito legal, embora alguns autores defendam a existência de dispositivos, no próprio Código Civil, que prevejam a reparação do dano moral, dos quais se poderiam retirar, inclusive, um *princípio geral da reparabilidade do dano moral*.

Yussef Said Cahali²⁰⁰, analisando a doutrina que precedeu sua obra, cita Agostinho Alvim, que diz não ter o nosso legislador inserido no Código uma regra sobre dano moral, nem mesmo, como certos Códigos, para conceder a indenização em casos previstos, assim não houve nenhuma norma de caráter geral, somente no art. 1.543 prevê-se um caso. O mesmo autor cita, também, Clóvis Beviláqua, que admitia a reparabilidade do dano moral, inicialmente limitada aos casos previstos no capítulo relativo à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, porém, mais tarde, aclarou sua posição no sentido de aceitar a idéia ampla da reparabilidade do dano moral, como regra geral, fundada no art. 76 do Código Civil²⁰¹.

Para Cahali, entretanto, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e seu art. 5º, incisos V e X, já se podia vislumbrar um *princípio geral da reparabilidade do dano moral*, extraído do disposto nos arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550, que tratam da liquidação das obrigações por ato ilícito e, principalmente, do art. 159, todos do Código Civil.

²⁰⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 44.

²⁰¹ *Idem*, p. 47.

Explica o jurista paulista que o art. 159 não faz nenhuma distinção quanto a restringir a sua incidência aos danos exclusivamente patrimoniais diretos ou indiretos ²⁰². Assim, mesmo faltando uma regra geral referente à reparação do dano moral, que permitisse a dedução silogística da obrigação de indenizar, não estaria o agente causador do dano moral isento de repará-lo, vez que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) expressa que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com os princípios gerais de direito”; significando que o julgador, utilizando-se de um processo lógico indutivo, poderia julgar pela reparabilidade do dano moral, tomando, por referência, as regras de liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos ²⁰³.

A partir de 1988, então, a Constituição Federal supriu essa falha da legislação civil, ao especificar em seu art. 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e no inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, assegurando o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

²⁰² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 54-55.

²⁰³ Idem, *ibidem*.

O direito à reparação do dano moral foi elevado ao *status* de direito amparado pela Constituição, fator que foi fundamental para que leis, como a de proteção e defesa do consumidor (CDC) e o Estatuto da Criança e Adolescente, adotassem dispositivos específicos com relação ao dano moral e sua indenização.

Embora a importância da promulgação da Constituição de 1988 para a consolidação da possibilidade da reparação do dano moral, é de se registrar que, mesmo antes do Código Civil de 1916, o Brasil já possuía uma lei que contemplava a indenização de dano moral, qual seja: o *Decreto-Lei 2.681*, de 1912, que trata da responsabilidade civil das estradas de ferro. Esta lei, para os padrões da época, foi avançadíssima, porque trouxe ao nosso ordenamento a obrigatoriedade da indenização a eventuais danos causados aos passageiros das linhas de trens.

A lei de 1912 até hoje é utilizada na solução judicial dos casos de danos advindos do transporte oneroso de passageiros. Analisando a lei de 1912, Teresa Ancona Lopez afirma:

“ O problema da responsabilidade do transportador está satisfatoriamente resolvido no Brasil pela Lei 2.681, de 1912, e pela jurisprudência. O art. 17 do citado diploma contém uma presunção de culpa das estradas de ferro pelos danos causados a seus passageiros, presunção esta mais forte que a simples presunção *juris tantum*, chegando, por isso, alguns autores, como Alvino Lima, a ver neste artigo uma presunção *juris et de jure* de responsabilidade.”²⁰⁴

²⁰⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 77.

No nosso entendimento, a importância da *lei de estradas de ferro*, como é popularmente conhecida, advém do quanto foi inovadora e mesmo revolucionária, pois, no início do século, ainda éramos um país arcaico, recém-saído de um sistema escravocrata e com nítida influência do *Code de Napoleón*, arquétipo de uma legislação liberal, com uma responsabilidade civil fundada exclusivamente na culpa. Eis que, então, é promulgada uma lei que estabelece a responsabilidade civil objetiva, onde o transportador, independente de culpa, se vê obrigado a reparar o dano que o passageiro tenha sofrido. A responsabilidade do transportador estabelecida pela lei foi, sem dúvida, um grande avanço, ainda mais que as estradas de ferro, naquele momento, eram controladas, em sua maioria, por empresas de capital majoritariamente inglês, ou seja, pelos capitalistas de então.

Um dos aspectos mais importantes da referida lei é quanto à indenização do dano moral estético, seu art. 21 diz: *“no caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente”*.

O dispositivo ainda é alvo de discussões doutrinárias, vez que alguns o interpretam de modo restritivo, vendo nele apenas a proteção à indenização pelos danos materiais advindos da lesão

deformante; outros, imbuídos de um espírito mais aberto, interpretam que o dispositivo acolheu a reparação por puros danos morais, ao se referir a *indenização conveniente, arbitrável pelo juiz*, o que configuraria a indenização pelo dano estético como dano moral²⁰⁵.

Compartilhamos da segunda interpretação, pois entendemos que o legislador não colocaria no texto tal expressão se não tivesse em vista a reparabilidade, também, do dano não-patrimonial. Acidentes ferroviários, assim como outros acidentes com transportadores de passageiros, também podem gerar danos de ordem extrapatrimonial. Nos parece que o legislador daquela época desejava atenuar, como forma de compensação, a dor, em seu aspecto físico e psíquico, dos eventuais passageiros acidentados.

Foi um marco, portanto, no nosso ordenamento, a promulgação do Decreto-Lei 2.681, tanto que até hoje é utilizada, junto com o Código de Defesa do Consumidor, na defesa dos milhares de passageiros que necessitam do transporte coletivo oneroso para se locomoverem.

²⁰⁵ Neste sentido, o lúcido argumento de Teresa Ancona Lopez: "Em síntese, poderíamos interpretar o citado art. 21 da Lei 2.681 no sentido de caber reparação do dano estético, quando o mesmo se refere a *outras circunstâncias* e à *indenização conveniente*. E isto por dois motivos: 1º) porque a lei não contém palavras inúteis; 2º) porque a lei de 1912 é uma lei adiantadíssima para a época e cujo espírito foi proteger da maneira mais completa possível a vítima de acidente ferroviário; tanto é que alguns quase vem nela toda (e não somente no art. 26) a adoção da teoria do risco, como, por exemplo, o grande Agostinho Alvim". Cf. *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 80-81.

3.4.1 Correntes doutrinárias negativista, positivista e eclética quanto à reparabilidade do dano moral

Em nossa doutrina existem três correntes defendendo fundamentos distintos para negar ou não a reparabilidade do dano moral: a negativista, a positivista e a eclética.

A negativista tem como principal fundamento a de que a dor não pode ser ressarcida, justamente porque a dor não tem preço; trata-se de dor que atinge o íntimo das pessoas, não havendo repercussão externa dela. Esta corrente alinha os seguintes fundamentos à irreparabilidade do dano moral: “1) a falta de efeito penoso durável; 2) a incerteza, nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; 3) a dificuldade de descobrir a existência do dano; 4) a indeterminação do número de pessoas lesadas; 5) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6) a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; 7) o ilimitado poder que se é obrigado ao conferir ao juiz”²⁰⁶.

A corrente positivista alinha os seguintes fundamentos²⁰⁷ pró reparabilidade do dano moral:

²⁰⁶ Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Diz a autora que esta teoria era freqüentemente acolhida em nossos tribunais e que seu maior propugnador foi Sá Pereira. *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 28.

²⁰⁷ Conforme argumentos de AGUIAR DIAS, em *Da Responsabilidade Civil*, Rio: Forense, 1995, p.208 e com o qual concordamos integralmente.

1º) O conceito de dano é único e corresponde a uma lesão de direito, não há de se distinguir entre injúria material ou moral porque a causa do dano é uma só, os efeitos é que podem ser de caráter patrimonial ou não-patrimonial, deitando por terra o argumento negativista da dificuldade de se descobrir o dano;

2º) A equivalência entre o dano e o seu ressarcimento não significa uma perfeita igualdade entre indenização e prejuízo, havendo, portanto, uma aproximação do estado ideal, o que se contrapõe à impossibilidade de uma rigorosa avaliação do dano em dinheiro;

3º) Compensar a dor com dinheiro não é imoral, como afirmam os negativistas. A reparação ao dano extrapatrimonial é necessária, ao menos até que se estabeleça processo mais idôneo para reparar o dano moral, que lhe assegure equivalente adequado. Ademais, a reparação pecuniária nada mais é do que uma compensação; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, o que agrava o patrimônio daquele e proporciona uma reparação satisfativa. A importância não reside no dinheiro em si, mas nas vantagens que ele poderá proporcionar, compensando, até certo ponto, o dano causado;

4º) Quanto ao alegado poder ilimitado conferido ao juiz na quantificação do dano, esta objeção também é descabida, porque o juiz, ao sentenciar, em qualquer tipo de ação tem o poder para tanto; ele não pode se eximir de julgar e quantificar o dano moral,

isto ocorre também com os danos patrimoniais. Ademais, o princípio do duplo grau de jurisdição garante a correção de eventuais abusos.

Quanto à teoria eclética, esta só admite a reparabilidade dos reflexos patrimoniais dos danos morais. Para Cahali, essa teoria classifica-se como incoerente, “pois pretender que o dano moral já venha por si próprio convertido numa redução de patrimônio econômico, de modo que só assim se encontre possibilidade de indenização, é teoria, sem dúvida, estreitíssima, redundando em inútil a sua conceituação”²⁰⁸.

Entretanto, foi esta a teoria que teve ampla acolhida nos nossos tribunais, somente com o decorrer dos anos e imbuída de um espírito de proteção aos direitos de personalidade é que a nossa jurisprudência acolheu a reparação do dano moral puro ou subjetivo, acatando a tese dos positivistas.

3.5 Direitos da personalidade e dano moral

Embora os direitos da personalidade evoquem, *a priori*, a figura do dano moral, nem toda a violação a direito da personalidade produzirá dano dessa natureza. Assevera Carlos Alberto Bittar²⁰⁹:

²⁰⁸ CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*, p. 27.

²⁰⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 39.

“ Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral, diante da multiplicidade de fatores que, em concreto, podem interferir, como: as condições da pessoa; suas reações; seu estado de espírito; a gravidade do fato violador; a intenção do agente e outros tantos ... Há, ao revés, danos a direitos da personalidade que somente se refletem na órbita patrimonial, ou mesclam-se a outros de caráter moral, como a experiência tem nos mostrado (assim, na utilização indevida de criação estética alheia, com ou sem violação dos direitos morais do autor: na primeira hipótese pode alcançar-se o reflexo moral, enquanto na segunda o fato lesivo pode restringir-se a conseqüências meramente pecuniárias; no dano de caráter estético, há também desdobramentos diversos; na morte de chefe de família, defluem perdas morais e patrimoniais para os dependentes e outras interpelações possíveis.”

Podemos afirmar, entretanto, que a violação aos direitos da personalidade será principalmente de ordem moral, pois, na maioria das vezes, atinge o ser humano no que lhe é mais caro: na consideração que ele faz de si mesmo e que os outros fazem dele, ferindo-lhe a alma.

A partir da análise dos conceitos de direitos da personalidade e dano moral, podemos concluir que ambos estão umbilicalmente ligados. Quando, por exemplo, um meio de comunicação reproduz fotos não autorizadas de uma personalidade pública estará violando o seu direito á intimidade. Caso “padrão” e ainda muito lembrado é o das famosas fotos de Jacqueline Kennedy Onassis, nua, na ilha de Scorpyus, Grécia;

mas nem precisávamos nos remeter a fato tão antigo e com alguém famoso, basta lembrarmos de recente violação dos direitos da personalidade de um casal de nubentes que teve a festa de casamento invadida pela apresentadora Adriane Galisteu, do programa *Ponto G*, da rede de televisão CNT, cujas imagens foram transmitidas, sem autorização do casal, por aquela emissora²¹⁰.

As ofensas aos direitos da personalidade poderão atingir o ser humano em sua dimensão física, intelectual ou moral, em qualquer uma dessas dimensões poderá ocorrer o dano moral, como é o caso do dano estético quando ofendida a integridade física no seu aspecto externo; o caso do dano autoral quando modificada criação literária original e, portanto, atingida a integridade intelectual do autor; ou mesmo o caso de dano à honra e à imagem social quando divulgada opinião médica inverídica. Os exemplos aqui mencionados atestam essa ligação intrínseca entre os direitos da personalidade e o dano moral.

No que concerne aos *direitos da personalidade e os direitos do consumidor*, há autores que incluem estes entre os direitos da personalidade, como Eduardo Polo, ao afirmar: "... o problema do consumidor é, levado a suas últimas conseqüências, o problema do indivíduo e sua proteção não é senão a proteção da pessoa"²¹¹.

²¹⁰ A apresentadora e a rede de TV foram condenadas, pela justiça paulista, a pagar uma indenização, por danos morais, no valor de R\$ 6.500,00, cada uma, ao casal de nubentes. Cf. *Datas*. In: Revista Veja, edição 1585, São Paulo: Editora Abril, 17 de fevereiro de 1999, p. 89.

²¹¹ Apud DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*, p.53.

O jurista europeu, assim, eleva os *direitos dos consumidores* à categoria de *direitos da personalidade*, posicionamento de vanguarda, por certo; mas, com o qual não concordamos ²¹², pois, conforme o exposto no item 3.1, entendemos direitos da personalidade como aqueles inerentes ao ser humano e nem todo o ser humano é consumidor, ainda que viva numa sociedade de consumo.

A qualificação de consumidor, embora abrangente, não se aplica a todos indistintamente, portanto, o ser humano pode assumir a condição de consumidor, como também, por exemplo, a de trabalhador. Esta condição não é inerente à natureza humana, diferente dos direitos da personalidade, estes, sim, ínsitos à natureza humana.

Entendemos, deste modo, que o consumidor, como também o trabalhador, poderá ter seus direitos da personalidade violados, quando ocorrerem, por exemplo, danos à sua honra, à sua credibilidade pessoal, à sua imagem, ao seu bom nome, etc., ou seja, danos de ordem moral decorrentes da relação de consumo estabelecida entre o consumidor e o fornecedor/prestador de serviço.

Pertinente a manifestação de Carlos Alberto Bittar:

²¹² Na mesma direção o posicionamento de Maria Antonieta Zanardo Donato, em obra já citada.

“Observa-se, efetivamente, que o Código de Defesa do Consumidor, nas relações de consumo submetidas à sua égide, instituiu regime protetivo tal que, de sua simples enunciação, se pode notar que inúmeras novas situações de violação a direitos personalíssimos podem ocorrer, gerando, em consequência, a necessidade de reparação de ordem moral.”²¹³

No rastro desta nova tendência – a da necessidade de se reparar o dano irrogado ao ser humano considerado em si mesmo, passamos a discorrer sobre os danos morais à pessoa do consumidor, manifestando-se nos dois tipos de relação de consumo anteriormente analisadas, quais sejam: nas relações de consumo *stricto sensu* ou por *contacto jurídico*.

3.6 Manifestação do dano moral nas relações de consumo *stricto sensu* e por *contacto jurídico*

O dano moral pode advir das relações de consumo *stricto sensu* ou por *contacto jurídico*, manifestando-se como dano patrimonial ou moral ou os dois concomitantemente. Tais relações de consumo já foram definidas e classificadas no capítulo dois.

Nas relações de consumo *stricto sensu* o dano moral é a lesão que atinge o consumidor em sua personalidade, em decorrência de fato do produto ou serviço (acidentes de consumo,

²¹³ *Reparação Civil por Danos Morais, ..., p. 265.*

cuja origem se encontra nos defeitos do produto ou serviço) – art. 12 a 14 do CDC ou do vício do produto ou serviço – art. 18 a 25. Esses danos morais poderão ser puros ou cumulados com os danos patrimoniais.

Trazemos à análise, deste modo, o caso das pílulas “*Microvlar*”, do qual já falamos no capítulo 2 (item 2.1.1), por ser emblemática a ocorrência de danos na relação de consumo *stricto sensu* estabelecida entre o Laboratório Schering e as consumidoras: devido a um defeito de produção, este medicamento contraceptivo não funcionou, causando gravidez involuntária em dezenas de consumidoras. A relação de consumo *stricto sensu* estabeleceu-se com a compra do medicamento pelas consumidoras (produto colocado e distribuído ao mercado consumidor pelo laboratório); a expectativa, legítima, das consumidoras, era de que o medicamento fizesse efeito, o que não ocorreu.

Portanto, o defeito do medicamento foi responsável pela gravidez involuntária, gerando, além dos danos patrimoniais, danos morais, vez que, o *direito à honra, à intimidade, à própria imagem* das consumidoras que engravidaram foram violados, pois o produto defeituoso gerou gravidez indesejada, criando evidente desconforto no seio familiar e no ambiente em que as consumidoras conviviam.

Há outros exemplos de danos morais decorrentes das relações de consumo *stricto sensu*, como os advindos de contrato

entre banco, como prestador de serviço/fornecedor de crédito, e o cliente ou o contrato de venda à crédito entre fornecedor e consumidor, os quais ocorrem em grande número e são objeto de várias decisões de nossos tribunais, em especial do TJERGS ²¹⁴.

Como as relações de consumo *stricto sensu* são as mais freqüentes, pois envolvem coisas corriqueiras como compra em supermercado ou loja, a fruição dos serviços indispensáveis – energia elétrica, água e telefonia – e as operações bancárias realizadas diuturnamente, por óbvio que o consumidor estará mais suscetível a sofrer danos morais nestas relações, do que nas relações por *contacto jurídico*, embora nestas também haja a possibilidade da ocorrência de danos morais.

²¹⁴ “DANO MORAL. Cheque cujo pagamento foi sustado por extravio e que, posteriormente, alimenta o sistema de crédito como cheque sem fundo. Danos concretos demonstrados. Indenização compatível com a qualidade da vítima – magistrado – e com a grandeza econômica do ofensor. O juiz, pelas particularidades de sua função, tem sensibilidade peculiar, porque, antes de julgar terceiros, é o mais julgado por sua comunidade, que exige dele uma conduta padrão. Honorários dos advogados vencedores elevados a 20%. Recurso do banco desprovido, sendo provido o do autor. Apelação Cível nº 5971788953. 6ª C. Cível. Porto Alegre. Rel. Des. Décio Antônio Erpen. 07.10.97”.

“DIREITO PRIVADO. DANO MORAL. Presente a ação equivocada do banco-réu em reduzir superconta do cliente, antes de cumprir o procedimento de praxe exigido pela prática bancária, o que importou em tornar cheques do a como não tendo fundos, criou-se pressupostos para configuração de dano moral e pagamento de indenização. Valor da indenização. A indenização por dano moral não objetiva enriquecer o A., mas não deve significar uma quantia que, por ser mínima, nada repara e, mais do que isto, não contém o efeito da exemplaridade que tais condenações devem ter. Apelação do Banco improvida e do A. em parte provida. Apelação Cível nº 597046093. 1ª C. Cível. Santo Antônio da Patrulha. Rel. Des. Tupinambá M. C. do Nascimento. 22.10.97”.

Ainda que difíceis de serem identificadas pela doutrina e mesmo pela jurisprudência, as relações de consumo por *contacto jurídico*, no nosso entendimento, existem e delas podem advir danos materiais e morais.

Assim, trazemos exemplo hipotético de relação de consumo por *contacto jurídico* e que dá um tratamento diferente, como o já exposto no capítulo 2, item 2.3.1, aos danos decorrentes do fato da coisa ou do dever de guarda e vigilância:

Num shopping center está havendo uma liquidação de verão (tipo o *Liquida Porto Alegre*), cuja divulgação vem sido feita maciçamente pela televisão, atraindo maior público ao estabelecimento. Uma das pessoas atraídas pelo anúncio publicitário é uma jovem modelo fotográfica em ascensão, a qual, infelizmente, vem a sofrer um acidente, dentro do shopping, em decorrência do mau funcionamento da escada rolante, despencando do último degrau, tendo ferimentos profundos no rosto, sem a possibilidade de reparação estética, causando-lhe dano estético permanente ²¹⁵.

Então, levando-se em conta que a jovem modelo foi atraída para o *shopping* por anúncio publicitário daquele estabelecimento, podemos afirmar que ela travou uma relação de

²¹⁵ Conforme a professora Teresa Ancona Lopez, “o dano à estética pessoal é uma das espécies do gênero dano moral”, em *Dano estético: responsabilidade civil*, p. 18. Para ela o *dano estético* é *dano moral*, com o que concordamos, o que não impede de afirmarmos ter havido, no caso hipotético apresentado, uma relação de consumo por *contacto jurídico*.

consumo por *contacto jurídico*, pois, estando no *shopping*, era uma *consumidora em potencial*. Desta forma, esta relação que seria uma relação civil, no nosso entendimento pode ser classificada como *relação de consumo*. Como houve ferimentos profundos no rosto da jovem modelo, sem a possibilidade de reparação estética, fica evidente que, além dos danos materiais, a modelo sofreu também *danos morais*, porque o acidente afetou-lhe a beleza estética exterior, mas também os seus sentimentos mais íntimos: sua consideração pessoal, a sua própria imagem e a sua imagem social. O descaso do *shopping* com um de seus equipamentos trouxe o infortúnio à vida dessa *consumidora em potencial*, que de uma hora para outra vê-se ferida no corpo e na alma, sem condições do exercício de sua profissão e abalada por evento danoso que poderia ter sido evitado. Foi vítima e como vítima de danos morais e materiais deve ser ressarcida adequadamente, a fim de compensar-se seu sofrimento.

CAPÍTULO IV

DANO MORAL AO CONSUMIDOR E SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Diante da conceituação de dano moral, de sua classificação em espécies e de sua relação com os direitos da personalidade, é possível afirmar que o consumidor pode ter seus direitos da personalidade violados nas três dimensões das quais nos fala Bittar: física, psíquica e moral. Em qualquer delas, sendo o consumidor atingido, poderá buscar a reparação civil e o fundamento principal encontra-se na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, o qual expressa: *“X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, em seu art. 6º, VI, diz ser direito básico do consumidor *“a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”*, tendo adotado o *princípio indenizatório da restitutio in integrum*, isto é, além da previsão da

indenização aos eventuais danos sofridos pelo consumidor, esta será integral, não sendo mais admitidas limitação ou tarifação nas indenizações aos consumidores. Nelson Nery Junior explica a adoção deste princípio:

“ Quando a norma legal do CDC diz ser direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos por ele sofridos (art. 6º, VI), adota o princípio indenizatório da *restitutio in integrum*. Não haveria efetiva reparação se ao consumidor se atribuísse apenas uma das partes dos prejuízos que sofreu, a título de indenização. Com esse sistema de indenização integral previsto pelo CDC, deverão os fornecedores encontrar fórmula capaz de evitar complicações para suas atividades, como por exemplo sistema adequado de seguros, o que viria necessária e inevitavelmente crescer no preço final do produto ou serviço.”²¹⁶

Evidente que até o reconhecimento e tutela ao dano moral e, particularmente, ao dano moral decorrente das relações de consumo e sua reparação, foi percorrido um longo e árduo caminho, no qual a doutrina e jurisprudência nacionais foram se alinhando, aos poucos, às mais modernas tendências do Direito estrangeiro. Estas tendências, podem se dizer universais, são coerentes com os princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem²¹⁷.

²¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: *RDC*, v. 4, p.59.

²¹⁷ De acordo com Bittar: “Reparam-se ora danos morais puros, em tendência que se pode dizer universal, diante de manifestações afirmativas colhidas em repertórios e em textos doutrinários específicos. Coerente com os princípios estabelecidos na Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, vem a jurisprudência realizando os objetivos nela propugnados...”. *Reparação civil por danos morais*, p. 93.

A influência da Declaração Universal estende-se até a atualidade e se hoje falamos de um *homem consumidor* e dos danos a este *homem consumidor*, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais(morais), e da responsabilidade civil por esses, isto também é fruto deste documento de indiscutível importância à nossa civilização.

4.1 Evolução da responsabilidade civil por danos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade civil é um instituto cujos desdobramentos se fazem sentir em todos os ramos do Direito. Seja no Direito Administrativo, no Direito Civil ou no Direito do Consumidor, o tema é atualíssimo e hoje já há previsão de uma disciplina jurídica específica para o estudo deste instituto, abarcando os aspectos concernentes aos mais variados campos da Ciência Jurídica. Assim, o estudo da responsabilidade civil não se limitaria apenas ao Direito Civil, mas a outros ramos como os que envolvem relações de consumo, trabalhistas, administrativas, etc. ²¹⁸

²¹⁸ Maria Helena Diniz opina: “Embora alguns autores, como Josserand, considerem a responsabilidade civil como *“a grande vedete do direito civil”*, na verdade absorve não só todos os ramos do direito – pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal – como também a realidade social, o que demonstra o campo ilimitado da responsabilidade civil”. Em *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, v.7, 1998, p. 4.

Entre os vários conceitos doutrinários de responsabilidade civil, escolhemos o de Maria Helena Diniz por conjugar os conceitos dos franceses Planiol e Ripert aos dos mestres brasileiros José de Aguiar Dias e Orlando Gomes:

“A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*. A responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento. Tal obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se: a) da inexecução do contrato; e b) da lesão a direito subjetivo, sem que preexista entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite.”²¹⁹

Depreende-se do conceito acima que a responsabilidade civil é uma sanção que poderá ser imposta àquele que violou uma norma jurídica; essa sanção visa o restabelecimento do *statu quo ante*, personificada no princípio da *restitutio in integrum*. Sua função, destarte, é dupla, pois, além de garantir o direito do lesado à segurança, serve como sanção civil de natureza compensatória sob a forma de reparação civil do dano causado à vítima.

A teoria da responsabilidade civil tem seu marco inicial em monumentos legislativos mais antigos que os da civilização romana: no Código de Hamurabi e no Código de Manu, conforme já expusemos no capítulo 3, item 3.4 . A importância, contudo, da civilização romana na teoria da responsabilidade civil é maior, seja

²¹⁹ Op. cit, p. 6.

por sua sistematização, como pela influência sobre os povos conquistados, o que lhe garantiu a perpetuação.

As raízes da teoria da responsabilidade civil, no Direito Romano, são encontradas no princípio fundamental do *neminem laedere*, cuja tradução do latim significa *a ninguém ofender*, inserto nas Institutas de Justiniano. São vários os institutos romanos absorvidos pelo Direito moderno e esse é, sem dúvida, o maior legado de Roma.

Conforme Bittar,

“a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesado o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.”²²⁰

Este *ideal perseguido eternamente pelos grupos sociais*, do qual nos fala Bittar é o *leit motiv* do que hoje concebemos como Justiça. A Justiça é um ideal que pode ser alcançado, já o Direito, enquanto ordem jurídica preestabelecida, é uma construção do homem, sendo realidade desde os primórdios da civilização humana (v.g., Código de Hamurabi e Código de Manu). No interior

²²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p.21.

desta ordem jurídica preestabelecida surgiram vários institutos jurídicos, entre eles a responsabilidade civil, a qual alcançou uma notável evolução como categoria jurídica.

Antes mesmo da civilização romana, contudo, havia o predomínio de uma vingança coletiva contra o agressor que havia ofendido a um dos componentes do grupo, tendo esta evoluído para uma vingança privada, quando os homens faziam justiça com as próprias mãos (v.g, Lei do Talião, “*olho por olho, dente por dente*”).

Ao contrário do senso comum, a construção da teoria da responsabilidade civil não veio com o Direito Romano, adveio antes, da vida prática ²²¹. Em verdade, os casos julgados pelos pretores e juízes romanos propiciaram a elaboração de uma teoria da responsabilidade civil, fundada na prática judicial, a qual perdurou por séculos e que acabou influenciando o nosso Direito.

Na história do Direito Romano constata-se a evolução da responsabilidade civil, desde a vingança privada – Lei das XII Tábuas, onde o Talião foi adotado na tábua VII, 11ª lei – passando pela composição do dano até a intervenção estatal, quando o Estado tomou para si a função de reparar o dano, estabelecendo a pena pecuniária ²²².

²²¹ QUEIROZ, Odete Carneiro. *Da responsabilidade civil por vício do produto ou serviço*, p. 27.

²²² *Idem*, p. 28-29.

Foi na segunda fase da evolução da responsabilidade civil no Direito Romano que se cristalizou a idéia da reparação pecuniária do dano. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu que o patrimônio do lesante deveria suportar os ônus da reparação do dano, quando este tivesse culpa; passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A noção de culpa, deste modo, era o fundamento da responsabilidade da *Lex Aquilia*²²³, tendo esta introduzido também o *damnum iniuria datum*.

As sanções da *Lex Aquilia* foram estendidas aos danos causados por omissão ou àqueles sem o estrago físico e material da coisa, passando o Estado, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição; tal composição permaneceu no Direito Romano com caráter de pena privada e como reparação, pois não havia clara distinção entre a responsabilidade civil e penal²²⁴. Com a queda de Roma e o período histórico que a sucedeu (invasões bárbaras), o estudo do Direito Romano e seus institutos permaneceu esquecido, sendo retomado na Idade Média pelos glosadores, distinguindo-se, a partir daí, a responsabilidade civil da criminal.

²²³ Para Odete Queiroz: "A *Lex Aquilia* foi a maior revolução nos conceitos romanos. Contemporânea dos tempos da República designa, ainda hoje, a responsabilidade extracontratual, sendo a ela atribuída a noção de culpa como indispensável à reparação do dano. A grande mudança que ela ensejou, àquela época, foi a substituição de multas fixas por um *quantum* proporcional ao prejuízo causado". Op. cit., p. 29.

²²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p.10.

Na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, o Direito e a responsabilidade civil também evoluíram e foi nesta época que, segundo Maria Helena Diniz, efetivamente se estabeleceu uma teoria acerca do tema, através da doutrina francesa, especialmente Domat ²²⁵.

Assim, a noção moderna da responsabilidade civil é fruto da doutrina francesa e do Código Napoleônico de 1804, pois este código adotou a teoria da responsabilidade civil, tendo influenciado sobremaneira a outras legislações, entre elas o Código Civil brasileiro. A legislação napoleônica consagrou a teoria da culpa, isto é, a culpa do agente pelo evento danoso era o pressuposto para sua responsabilização civil, dando origem à denominada *responsabilidade civil subjetiva*.

Contudo, com o crescimento industrial e o avanço tecnológico, traduzidos no fenômeno da industrialização e do maquinismo, passou-se de uma sociedade agrária para a industrial, produzindo-se em massa bens de consumo e sendo gerados serviços dos mais variados tipos. Este fenômeno teve reflexos no Direito e na teoria da responsabilidade civil, pois a responsabilidade civil subjetiva não atendia às exigências de uma sociedade industrial, tecnificada, em que os eventos danosos passaram a ser de outra natureza. Em verdade, como no caso dos acidentes de trabalho, onde o trabalhador era vitimado por alguma máquina, não havia como apurar-se a culpa ou o empregador eximir-se dela porque o era o funcionário que estava utilizando a

²²⁵ Op. cit., p. 10.

máquina. Atendendo, então, aos reclames da sociedade e necessidade da adaptação do Direito aos tempos contemporâneos, surgiu a teoria da *responsabilidade civil objetiva*, pela qual a noção de culpa passou a ser irrelevante, levando-se em conta tão-somente a noção de risco ²²⁶.

O nosso Código Civil, como corpo de normas civis do início do século, refletiu a tendência da época, a da adoção da teoria da responsabilidade civil subjetiva. Não havia naquela época o fenômeno da industrialização (o Brasil nem ao menos possuía um parque industrial de porte) e os conflitos de então, na área da responsabilidade civil, eram os de uma sociedade agrária, além disto é nítida, no Código, a influência do *Code Napoléon*. A adoção da teoria da culpa e, conseqüentemente, da *responsabilidade civil subjetiva*, está expressa no art. 159 do CC e em outros dispositivos do mesmo código, sobre a qual abordaremos adiante.

Com o passar dos anos, entretanto, tendo o Brasil entrado no rol dos países em desenvolvimento e industrializados, o Código Civil já não estava apto a tutelar a reparação de danos típicos de uma sociedade industrial, como os advindos, por exemplo, dos acidentes de trabalho, antes mencionados. A doutrina e a jurisprudência começam, então, a construir os

²²⁶ Assevera Maria Helena Diniz: "A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio *ubi emolumentum ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências". Op. cit., p. 11.

alicerces da *responsabilidade civil objetiva*, a qual foi adotada pela pioneira Lei da Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro (Decreto-Lei 2.681/12), pela primeira Lei de Acidentes do Trabalho (Decreto 24.637/34) e posteriores e em outros corpos legislativos específicos, até chegarmos à promulgação do Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que tem entre seus princípios nucleares a responsabilidade civil objetiva, a qual, também, iremos referir-nos adiante.

Indispensável, ainda, proceder à análise dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, assunto que não encontra unanimidade entre os juristas, vez que as opiniões divergem quanto a estes requisitos, como a de Savatier que apresenta a culpa e a imputabilidade como seus pressupostos e a de Trabucchi que exige o fato, o dano e a antijuridicidade. Adotamos como pressupostos necessários à responsabilização civil os mesmos da jurista Maria Helena Diniz, quais sejam:

- **a) *Ação comissiva ou omissiva*, apresentada sob a forma de um *ato ilícito ou lícito*, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, há também o risco²²⁷; portanto, nem toda obrigação de indenizar advém de ato ilícito, como é o caso da reparação nos acidentes de trabalho ou mesmo da obrigatoriedade da reparação por fato da coisa;**

²²⁷ Para a civilista paulista, “a responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos”. Op. cit., p. 37.

- b) *O dano*, moral ou patrimonial, ocorrido em função do ato comissivo ou omissivo do agente ou do terceiro; não há responsabilidade civil sem dano. Já abordamos no capítulo 3, itens 3.3 e 3.4 sobre o conceito de dano moral e patrimonial e a classificação em espécies do primeiro, posto que o objetivo principal de nosso trabalho é o dano moral;
- c) *Nexo de causalidade* entre o dano e a ação, pois não poderá existir a responsabilização civil do agente sem o vínculo entre a ação e o dano; há, porém, motivos excludentes desse *nexo causal*: por culpa exclusiva da vítima, por culpa concorrente da vítima e do agente e por culpa comum, isto é, quando vítima e agente causam conjuntamente o dano.

Destarte, tanto na *responsabilidade subjetiva*, como na *objetiva*, os pressupostos antes elencados se farão presentes ²²⁸.

4.1.1 Responsabilidade civil subjetiva

A *responsabilidade civil subjetiva* tem como fundamento a culpa. O ato ilícito qualifica-se pela culpa; estamos nos referindo à culpa em sentido amplo, “como violação de um dever jurídico,

²²⁸ Assevera Odete Carneiro: “Os três pressupostos que devem estar presentes para servirem de fundamento ao dever de indenizar nem sempre estarão de fato. O dano poderá faltar, em casos de responsabilidade contratual; por exemplo, em contrato, no qual a resolução dá à parte, que sofreu o inadimplemento, o direito à cláusula penal (que é a pre-fixação de danos), tenha ou não havido prejuízo. A culpa também pode falhar, quando se tratar de responsabilidade objetiva. Entretanto, o *nexo causal* não pode faltar jamais – este é o verdadeiro elemento da responsabilidade civil e do qual não se prescinde. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p.41.

imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela”²²⁹. No ordenamento jurídico pátrio vigora a regra geral de que o dever de ressarcir pela prática de ato ilícito decorre da culpa.

O ato ilícito, por sua vez, vem a ser aquele praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, violando direito subjetivo individual e causando prejuízo a outrem.

Esclarece Maria Helena Diniz que o ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Se caracteriza, assim, por ação ou omissão voluntária que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual. Portanto, ação contrária ao direito, praticada sem que o agente saiba que é ilícita, não é ato ilícito, embora seja antijurídica²³⁰.

Como o fundamento da responsabilidade civil subjetiva é a culpa, mister que se analise, brevemente, a noção de *culpa* contratual e extracontratual. A primeira fundamenta a *responsabilidade civil contratual*, pois o dever violado se funda num contrato e está inserta no art. 1.056, do CC. Já a segunda fundamenta a denominada *responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana*, cujas origens se encontram na *Lex Aquilia*; a culpa extracontratual é a derivada da violação de preceito geral de

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 39-40

²³⁰ Idem, *ibidem*.

direito, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, sendo o art. 159, do CC, o seu preceito-chave ²³¹.

A nosso ver, a responsabilidade civil subjetiva atendeu às exigências de uma época diferente, em que os conflitos, como o já exposto, eram os de uma sociedade agrária e com reduzida atividade industrial. Podemos afirmar que a responsabilidade civil subjetiva é a típica de um Direito Liberal, fruto do Estado Liberal.

Na mesma direção, as palavras de Sílvio Ferreira da Rocha:

“O sistema de responsabilidade civil baseado na culpa foi fruto da concepção racionalista e individualista do direito e respondeu plenamente a diretiva, hoje superada, do *laissez faire*. Apresentava-se coerente com as idéias de liberdade contratual absoluta e com o exercício irrestrito do direito de propriedade existentes. Constituíam um retrato fiel dos postulados da época, que idealizavam a figura do homem economicamente poderoso e empreendedor que forjou a Revolução Francesa.” ²³²

²³¹ Assim, conforme Odete Carneiro, “o Código Civil brasileiro não apresenta um estudo sistemático da responsabilidade civil, ela se encontra, aqui e acolá, esparsa entre os seus textos. Segundo o legislador de 1916, seja contratual, seja extracontratual ou aquiliana, a responsabilidade tem por fundamento a culpa em regra”. *Da responsabilidade civil por vício do produto e serviço*, p.37.

²³² ROCHA, Sílvio Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Direito brasileiro*, São Paulo: RT, 1992, p. 16

Porém, com as novas demandas sociais, este sistema de responsabilidade fundado na culpa ficou inapto para atender as exigências de uma sociedade, agora industrializada, com produção massificada; de maneira que, devido às inúmeras dificuldades inerentes ao sistema de responsabilidade civil baseada na culpa, freqüentemente encontravam-se situações carecedoras de tutela jurídica que não logravam ultrapassar as barreiras do sistema, a exigir grande esforço probatório por parte do lesado, ou ainda situações comuns aonde o ténue laço de culpabilidade jamais poderia ser captado em condições normais²³³.

Mister esclarecer que, mesmo o nosso Código Civil tendo como fundamento da responsabilidade civil a culpa, adotou em determinadas situações, como os artigos que tratam da responsabilidade pelo fato de animal ou da coisa (art.1.527), a responsabilidade independente de culpa. Regendo-se, essas situações, concomitantemente, por normas inspiradas na teoria clássica (culpa) e na teoria moderna (risco) da responsabilidade.

4.1.2 Responsabilidade civil objetiva

Como o sistema da responsabilidade civil fundado na culpa não apresentava respostas às novas demandas sociais da sociedade industrial, a doutrina e a jurisprudência, principalmente a francesa, trataram de buscar soluções para essas demandas não

²³³ MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*, p. 90.

resolvidas pela responsabilidade civil subjetiva, surgindo, assim, o sistema da responsabilidade independente de culpa – a *responsabilidade civil objetiva*.

A responsabilidade civil objetiva tem como fundamento o risco e consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta de seu causador²³⁴.

Sob uma perspectiva histórica, os precursores do abandono do pressuposto da culpa e sistematização da responsabilidade objetiva foram os franceses Saleilles e Josserand²³⁵, os quais se deram conta, no final do século passado, de que o Código de Napoleão era insuficiente para responder aos reclamos da sociedade em pleno processo de industrialização e massificação. Saleilles, com *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, desenvolveu a tese da responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho e Josserand, investigando a responsabilidade pelo fato da coisa, adotou, também, a responsabilidade independente de culpa.

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 49.

²³⁵ Cf. ROCHA, Sílvio Ferreira da Rocha. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Direito brasileiro*. Na mesma obra ele assevera, contudo, que “a primeira reação doutrinária contra a concepção subjetivista da responsabilidade civil foi atribuída à doutrina germânica, sobretudo aos trabalhos de Thomasius e Heineccius (escola do direito natural do século XVIII) e, posteriormente Karl Binding”, p. 16-17.

A teoria da culpa, assim, sofria o impacto da primeira derrota e a obrigação de indenizar adquiria novos fundamentos, logo sustentando a teoria moderna da responsabilidade civil, a da *responsabilidade sem culpa*. Típico caso é o dos acidentes de trabalho, quando é inerente o risco à atividade desenvolvida.

Portanto, na responsabilidade civil objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, de modo que aquele que a exerce terá o dever de indenizar simplesmente pelo nexó de causalidade, isto é, aquele que se beneficia com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.

No Direito Brasileiro, a responsabilidade civil objetiva foi adotada, entre outros, pelo D. Lei nº 2.681/12 – “Lei da Responsabilidade das Estradas de Ferro”; Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86); Código de Mineração (D. Lei nº 277/67); art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal (responsabilidade do Estado) e, por fim, pelo CDC (Lei 8.078/90).

4.2 Da adoção da responsabilidade civil objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor adotou a concepção moderna da responsabilidade civil, qual seja, aquela em que o risco é o postulado fundamental, mais especificamente, a *teoria do risco da atividade (risco criado ou risco benefício)*, dando ensejo a um sistema de responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil independente de culpa, inserta nos arts. 12 a 18 do CDC, tem alguns elementos comuns ao sistema *no-fault* (de origem francesa), entre eles: 1. assegurar a todas as vítimas o imediato ressarcimento, ante a desnecessidade de comprovação da culpa; 2. evitar as deformações típicas do sistema tradicional da culpa; 3. trazer benefícios diretos e indiretos para a administração da justiça como um todo; 4. cálculo do dano efetuado com base na *perdita attuale* de modo a que se chegue ao ressarcimento mais completo possível ²³⁶.

A adoção do sistema da responsabilidade civil objetiva pelo CDC justifica-se em razão do próprio tipo de relações que o CDC tutela. As relações de consumo estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor/prestador de serviço são relações em que há o reconhecimento da vulnerabilidade de um dos pólos, assim, evidente que a adoção da responsabilidade objetiva era a mais adequada, pois fundada na teoria do *risco criado*. Em verdade, o sistema da responsabilidade adotado pelo CDC decorre do próprio fato da proteção do consumidor estar impregnada pela idéia da desproporção de forças entre o consumidor e o fornecedor ²³⁷.

²³⁶ MARINS, James. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 92.

²³⁷ Segundo Miriam de Almeida Souza, "foi a necessidade de dar proteção jurisdicional ao consumidor que determinou a responsabilidade objetiva como fundamentação teórica. Trata-se de uma verdadeira revolução jurídica, não menos significativa do que pode simbolizar, politicamente, no fim deste século, a queda do Muro de Berlim ... Não implica na eliminação da concepção subjetiva da responsabilidade, válida para explicar diferentes obrigações de indenizar quando um dano é produzido, principalmente no direito criminal. O que se está aqui a notar é que as duas teorias convivem hoje a fundamentar, cada uma, um ângulo das responsabilidades oriundas dos danos causados. Uma não elide a outra. Cada uma delas explica e justifica um aspecto das relações jurídicas. Em *A Política legislativa do consumidor no Direito comparado*, p. 131.

Sendo assim, o sistema adotado pelo CDC reflete o amadurecimento da doutrina e jurisprudência que pugnavam pela desconsideração da culpa em determinadas situações fático-jurídicas da vida contemporânea. Sacrificar o pressuposto da culpa foi uma atitude sensata, posto que o fornecedor/prestador de serviço, estando no mercado de consumo, deve assumir os riscos por sua atividade. Neste sentido, Nelson Nery Jr. diz:

“O regime da responsabilidade objetiva do CDC deve aplicar-se, de conseguinte, a todas as hipóteses de relação de consumo quando surgir a questão do dever de indenizar o consumidor pelos danos por ele experimentados. Isto porque o fundamento da indenização integral do consumidor, constante do art. 6º, VI, do CDC, é o risco da atividade, que encerra em si o princípio da responsabilidade objetiva praticamente integral, já que insuscetível de excluir do fornecedor o dever de indenizar mesmo quando ocorrer caso fortuito ou força maior. ”²³⁸

Já a professora Cláudia Lima Marques opina que dois sistemas parecem ter influenciado o legislador brasileiro na opção pela responsabilização objetiva do fornecedor/prestador de serviço: o norte-americano, que partiu das garantias contratuais implícitas e chegou à responsabilidade por risco e o da Comunidade Européia, através de Diretiva, que partiu da idéia de defeitos dos produtos industrializados (e só destes) colocados no

²³⁸ NERY JR, Nelson. Os princípios gerais no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In *RDC*, v. 3, p. 58.

mercado pelo fornecedor, imputando a responsabilidade objetiva ao fabricante que pode suportá-la ²³⁹.

A Diretiva da Comunidade Européia a que se refere a professora gaúcha é a Diretiva 374/85, que trata da responsabilidade por produtos defeituosos. Este instrumento legal, ao estabelecer como ponto fundamental a responsabilidade sem culpa, adotou a teoria da responsabilidade objetiva, declarando que a responsabilidade existe independente do produtor(fornecedor) desconhecer o defeito do produto e que este defeito deveria ser identificável quando o produto fosse colocado em circulação. Em verdade, os arts. 12 e 13 do CDC acompanham a orientação constante nesta Diretiva, tanto que o parágrafo 1º do art. 12 é muito semelhante ao art. 6º da Diretiva ²⁴⁰.

Os próprios autores do anteprojeto que deu origem ao CDC reconhecem a influência da Diretiva 374/85 sobre o sistema da responsabilidade civil adotado pelo CDC, o que, sob a ótica do Direito comparado, foi uma contribuição de inegável valor. Registra-se que a Comunidade Européia (hoje União Européia), em 29 de julho de 1992, através da Diretiva sobre a Segurança Geral do Produto (*Directive 59/92*), em observância aos interesses difusos, impôs aos produtores o dever de colocar no mercado só

²³⁹ Defende a eminente jurista que a responsabilidade positivada no CDC é objetiva, mas não pelo risco da atividade e sim pela existência de um defeito(*responsabilidade não-culposa*), pois a norma prevista no art. 12 concentra-se no resultado, no defeito (ilícito, contrário ao dever de segurança), exigindo seu nexu causal com o dano. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 441.

²⁴⁰ MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*, p. 105.

produtos seguros quanto às características do produto, à sua apresentação, aos seus efeitos sobre outros produtos, e às categorias dos consumidores que assumem um risco no uso do produto, além de especificar um sistema amplo de monitoramento dos produtos em todos os seus estágios ²⁴¹, o que nos parece ter ampliado o alcance da responsabilidade civil objetiva nos países-membros da União Européia.

No plano prático, a aplicação do sistema da responsabilidade objetiva às relações de consumo possibilitaram ao consumidor um dos mais efetivos instrumentos na defesa de seus direitos posto que, na maioria dos casos, seria impossível apurar-se e provar-se a culpa do agente. Contudo, a exclusão do elemento subjetivo culpa na aferição da responsabilidade não exclui os demais pressupostos já analisados no item 4.2, quais sejam: o dano efetivo, moral ou patrimonial e o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão.

Embora a acolhida, pelo CDC, da responsabilidade civil objetiva, este diploma legal elencou um rol de hipóteses que mitigam a responsabilidade objetiva e que são denominadas causas excludentes (parágrafo 3º do art. 12): não introdução, pelo fornecedor, do produto no mercado; inexistência de defeito juridicamente relevante; culpa exclusiva do consumidor ou terceiro e ainda, caso fortuito ou força maior. A doutrina nacional

²⁴¹ SOUZA, Miriam de Almeida. *A Política legislativa do consumidor no Direito comparado*, p.133-134.

explica e exemplifica os casos de exoneração da responsabilidade do fornecedor, de modo a aclarar o dispositivo legal ²⁴².

4.2.1 Mitigação da responsabilidade civil objetiva no caso dos profissionais liberais e por vícios do produto ou serviço

A regra geral do CDC é a da responsabilidade objetiva, mas há casos que excepcionam esta regra geral e que não são as causas excludentes do art. 12. Tratam-se das hipóteses da responsabilidade dos profissionais liberais (art. 14, parágrafo 4º) e da responsabilidade por vício do produto ou serviço (os denominados vícios de qualidade por inadequação e quantidade, arts.18-25), sobre as quais existem opiniões divergentes.

A primeira hipótese é aquela referente aos casos de responsabilidade civil dos profissionais liberais, cujos serviços estão entre os tutelados pelo CDC. O profissional liberal, então, nada mais é do que um prestador de serviço e as relações estabelecidas com os clientes são relações de consumo.

Há uma evidente mitigação da responsabilidade civil objetiva ao ser prevista, no parágrafo 4º, do art. 14, que “*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa*”. Esta excepcionalidade do parágrafo citado é criticada por Oscar Ivan Prux:

²⁴² Ver por todos MARINS, James, *Código do Consumidor comentado*, p.121-128.

“ ... infelizmente, nada progredimos nessa área com a chegada do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Inclusive, é de se lamentar a oportunidade perdida de dar à matéria um tratamento mais evoluído. A sociedade brasileira tem para contar uma longa história de consumidores lesados através de serviços mal prestados por profissionais liberais e, se bem observado, não demonstra conformismo, embora muitas vezes sua insatisfação, externada ou não, seja inócua diante do sistema vigente. Não foram e não são poucos os consumidores que perderam o serviço que pagaram e que, a par das seqüelas físicas que muitas vezes tiveram para carregar junto com seu dano material, ainda foram condenados a suportar o custo marginal de, ao buscar a reparação, terem de litigar em condições injustamente desfavoráveis, demoradas e custosas. Muitos deles viram a verdade real ser ofuscada pela verdade declarada nos processos. Na medida em que, tendo a prova fundamental que provir, normalmente de um laudo pericial elaborado por um colega de profissão do infrator, acabava o consumidor sem prova alguma ante a força do corporativismo protetor imperante entre muitos profissionais. E sem prova de culpa nenhuma reparação.”²⁴³

A melhor doutrina entende que a exceção prevista o parágrafo 4º aplica-se tão-somente às obrigações de meio, isto é, àquelas em que tudo o que se exige de seu prestador é o emprego de determinado meio sem assegurar o resultado. Nos casos de obrigação de resultado (aquela em que o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação), a responsabilidade do profissional liberal será objetiva, posição defendida por Nelson Nery Junior.

²⁴³ PRUX, Oscar Ivan. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. In: *RDC*, v. 19, p. 203.

Entretanto, existe divergência doutrinária quanto à responsabilização objetiva dos profissionais liberais. Há juristas que entendem que, mesmo para as obrigações de resultado, há a necessidade da apuração da culpa. Discordamos de tal posicionamento, pois ficaria sem sentido a inclusão dos profissionais liberais no rol dos prestadores de serviço do Código, bastaria, então, continuar como estava, qual seja, com a continuidade do Código Civil a tutelar as relações entre profissionais liberais e seus clientes.

De fato, mesmo com a mitigação do princípio da responsabilidade civil objetiva adotada pelo CDC, a exegese que se deve fazer do art. 14, parágrafo 4º, é a de uma *parte* (um parágrafo) em relação ao *todo* (o Código), ou seja, o *todo* tem o claro objetivo da defesa dos consumidores, não poderia uma *parte*, portanto, destoar do *todo*.

O objetivo do Código é o de proteger o consumidor daquele profissional liberal cuja prestação do serviço previa uma obrigação de resultado. Se não fosse assim, o CDC não precisaria tratar da matéria. Ademais, uma das grandes inovações do CDC foi a adoção do instituto da responsabilidade civil objetiva e mesmo na hipótese do parágrafo 4º do art. 14, a leitura que se deve fazer é a que se alinha com a tutela diferenciada ao consumidor dos serviços dos profissionais liberais.

No que tange à segunda hipótese de mitigação do princípio da responsabilidade objetiva a polêmica é maior, pois não há entre os dispositivos legais que regem a responsabilidade por vício do produto ou serviço qualquer alusão à apuração da culpa, como a verificada no parágrafo 4º, do art. 14, como também não há a expressão “independentemente de culpa”²⁴⁴, o que acabou criando interpretações antagônicas sobre o sistema de responsabilidade civil que rege os casos de vícios do produto ou serviço.

Reza o art. 18 do CDC:

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

Da leitura do artigo se depreende que não houve menção expressa à responsabilidade “independente de culpa”, o que não significa, como bem disse Nelson Nery Junior, que a responsabilidade, nestes casos, será subjetiva. Na verdade,

²⁴⁴ A respeito afirma Nery Jr.: “A locução ‘independentemente da existência da culpa’, que consta do art. 12 do CDC, é expletiva, pois bastaria que a norma não exigisse como relevante a conduta para afirmar a responsabilidade do fornecedor, que estaríamos diante de hipótese de responsabilidade objetiva. Esta é uma das razões por que o legislador não repetiu no art. 18 a mesma expressão ‘independentemente da existência de culpa’ “. Cf. Princípios gerais no Código de Defesa do Consumidor. In: *RDC*, v. 3, p. 57.

trouxemos a lume a questão da provável mitigação do princípio da responsabilidade objetiva, nos arts. 18 e seguintes, por entendermos que a discussão em torno do assunto merece reflexão, embora não concordemos com os defensores da responsabilidade civil subjetiva do regime dos vícios por inadequação.

Entre estes defensores, destacam-se os posicionamentos de Alberto do Amaral Junior, Antônio Herman Benjamin e Odete Queiroz. A última assim se manifesta sobre a não inclusão da expressão “independentemente de culpa” no art. 18:

“Teria cabimento, nesse caso, ver também inserida a expressão “independentemente de culpa”, sobretudo em considerando a importância da função didática do novo Código, pois não se deverá esperar que os advogados, na sua tarefa de ilidir, na prática, os prejuízos que ao consumidor possam advir dentro de uma relação de consumo, se proponham a perquirir a *mens legis*. É do conhecimento de todos que em nosso trabalho cotidiano, ao buscar-se a efetiva reparação, a exegese fica, sem dúvida, muito presa à literalidade da lei.”²⁴⁵

Autores como os dois últimos citados entendem que o art. 23 do CDC (“a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime da responsabilidade”) reforça o posicionamento daqueles que não aceitam ver na interpretação do art. 18 e seguintes a adoção da responsabilidade objetiva; caso contrário seria desnecessário este artigo.

²⁴⁵ Em *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p.46.

Afirmam estes autores que o sistema de responsabilidade civil insculpido nos arts. 18 a 25 é o da responsabilidade subjetiva com presunção absoluta de culpa (presunção *juris et de jure*), por não ter a Lei espancado a dúvida e pela tradição subjetivista do Direito brasileiro ²⁴⁶.

Como já expressamos anteriormente, não concordamos com estes autores, posto que entendemos ser a responsabilidade pelos vícios do produto ou serviço é objetiva. A exegese que se deve fazer do art. 18 a 25 é a que se coaduna com todo o sistema de proteção ao consumidor, qual seja: a da efetiva proteção e reparação de danos ao consumidor, através da responsabilização objetiva do fornecedor de produto ou serviço.

Não teria sentido o CDC adotar dois sistemas diferentes de responsabilidade, para situações fático-jurídicas que, de um modo ou de outro, trarão conseqüências danosas aos consumidores. Se o princípio da responsabilidade objetiva é um dos pilares da proteção ao consumidor, na verdade não há que se falar em mitigação da responsabilidade objetiva no caso dos vícios por inadequação ou quantidade.

Assim, via de regra, a mitigação da responsabilidade objetiva somente existe em face do parágrafo 4º, do art. 14 do CDC, sendo, neste caso, apurada a culpa do agente. Nas demais situações a responsabilidade será objetiva.

²⁴⁶ Op.cit., p.49.

4.3 Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor

Nas palavras de Aguiar Dias, “toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”²⁴⁷, entre estas atividades encontram-se as concernentes ao consumo. Instaurada a relação de consumo entre consumidor e o fornecedor/prestador de serviço, desta poderá advir dano patrimonial e extrapatrimonial (moral), com a conseqüente responsabilização objetiva do fornecedor do produto ou serviço.

A responsabilidade civil do fornecedor, seja pelo dano patrimonial ou moral, poderá ser contratual (aquela em virtude de um contrato de consumo) ou extracontratual (em virtude da lei). Defendemos, contudo, a concepção mais moderna sobre a responsabilidade civil do fornecedor, a que adota um único fundamento tanto para a responsabilidade contratual, como extracontratual – denominada de *Teoria da Qualidade*. Isto é: a lei impõe ao fornecedor, no mercado de consumo, um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta; no caso de descumprimento deste dever surgirão efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia do vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o

²⁴⁷ *Da Responsabilidade Civil*, p. 305.

bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso²⁴⁸.

A exigência da qualidade, sustentáculo da Teoria da Qualidade, no Código consumerista, adota duas direções: a da segurança e da adequação dos produtos e serviços. A primeira diz respeito aos chamados vícios de qualidade por insegurança e decorre dos produtos e serviços defeituosos, sendo regida pelos arts. 12 a 17; enquanto a segunda é referente aos chamados vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 e seguintes). Neste sentido, a opinião de Anelise Becker:

“No âmbito do Direito do Consumidor, por força da necessidade de uma atuação mais eficiente de suas medidas tutelares, já se verifica a adoção da teoria unitária da responsabilidade civil, sob a roupagem da teoria da qualidade. A responsabilidade pelo vício de qualidade instituída por nosso CDC representa a consagração de um dever de qualidade, anexo à atividade do fornecedor e fundado no princípio de proteção à confiança. Este dever de qualidade imprime no próprio produto ou serviço a garantia de ausência de vício de qualidade por insegurança ou por inadequação, funcionando, assim como fundamento único da responsabilidade, contratual e extracontratual, da cadeia de fornecedores em relação aos consumidores e fazendo prescindir inteiramente da existência de vínculo contratual entre uns e outros para a responsabilização dos primeiros.”²⁴⁹

²⁴⁸ A Teoria da Qualidade foi introduzida no Brasil pelo jurista Antônio Herman Benjamin, seguindo aos mestres consumeristas Thierry Bourgoignie e Jean Calais-Auloy, conforme Cláudia Lima Marques, em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 403.

²⁴⁹ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: *RDC*, v. 13, p. 54.

A Teoria da Qualidade, assim, dá um novo tratamento à questão da responsabilidade contratual ou extracontratual nas relações de consumo. A assimilação e desenvolvimento dessa teoria também é um dos avanços do Direito do Consumidor no Brasil, porque simplifica e traz um dos aspectos mais modernos e arejados em relação à clássica dicotomia da responsabilidade civil. Tendo o CDC adotado o sistema da responsabilidade objetiva, é salutar a existência de uma teoria unitária, fundada essencialmente no que o consumidor mais deseja: qualidade.

As duas direções apontadas sobre a exigência da qualidade, no CDC, dão origem aos dois tipos de responsabilidade insertos nesse diploma legal: a *responsabilidade pelos acidentes de consumo* (responsabilidade pelo fato do produto ou serviço/responsabilidade pelos vícios de qualidade por insegurança) e a *responsabilidade por vício do produto ou serviço* (responsabilidade pelos vícios por inadequação ou quantidade), tanto verificadas contratual ou extracontratualmente.

Ambas as responsabilidades prevêm a reparação aos danos patrimoniais ou morais, em decorrência do art. 6º, VI, do CDC, que expressa ser direito básico do consumidor a reparação dos danos patrimoniais e morais. A importância do princípio insculpido nesse artigo é claro, pois não deixa dúvida de que a Lei consumerista prevê a reparação tanto dos danos de ordem patrimonial, como de ordem moral. Não se trata, portanto, de uma construção pretoriana a reparação do dano moral (como ocorria

com relação ao art. 159 do CC, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988), mas de uma determinação legal.

Neste aspecto, também nosso Código consumerista é um dos mais avançados do mundo, pois, embora a influência da Diretiva europeia 374/85 sobre a adoção da responsabilidade objetiva pelo fato do produto, nossos legisladores foram mais longe que os europeus (ato digno de aplausos e reconhecimento público), ao estabelecerem, no CDC, além da reparação dos danos materiais, a expressa reparação dos danos morais no sistema da responsabilidade adotado por ele (*risco da atividade*); enquanto no Direito comunitário europeu não há o reconhecimento da reparabilidade ao dano moral no sistema da responsabilidade objetiva ²⁵⁰.

Sendo assim, é possível afirmar que a Diretiva europeia, que tanto influenciou na adoção da responsabilidade objetiva pelo fato do produto, deixou em aberto, aos países membros da União Europeia, assunto de extrema relevância que é o dano moral ao consumidor, o que implica, no nosso entendimento, relegar a tutela dos direitos da personalidade do consumidor europeu a um

²⁵⁰ Segundo James Marins, “qualquer lesão nos interesses alheios sob a tutela da ordem jurídica configura o dano, sejam interesses de ordem patrimonial ou não patrimonial, não havendo, no regime protetivo do Código do Consumidor qualquer restrição ao tipo de dano que será ressarcido nos termos do art. 12 e seguintes, ao contrário da Diretiva 374/85 da Comunidade Econômica Europeia, que delimita as hipóteses que serão consideradas “dano” para fins de sua aplicação, aos danos patrimoniais, permitindo, contudo, aos Estados-membros que regulassem diversamente, tendo adotado esta posição em virtude de forte pressão da República Federativa Alemã, aonde predomina a tese da irressarcibilidade dos danos morais na responsabilidade pelo risco”, em *Código do Consumidor comentado*, p. 119.

segundo plano, havendo tão-somente a preocupação com o patrimônio desse cidadão consumidor e não com a sua vida, saúde e segurança.

De outra parte, nas legislações de países desenvolvidos como Alemanha e Itália, a reparação do dano moral apenas é admitida nos casos de responsabilidade por culpa (subjéctiva), o que acaba restringindo a reparação do dano moral ao consumidor, pois, por exemplo, advindo danos do fato do produto defeituoso (cujo sistema de responsabilidade civil, conforme orientação da Diretiva 374/85, é objetiva), somente serão reparáveis objetivamente os danos patrimoniais. Especificamente na Alemanha, conforme o art. 823 do BGB, a responsabilidade apenas existe baseada na culpa, já que nos casos de responsabilidade objetiva previstos em algumas provisões fora do BGB e nos casos de acidentes industriais a lei alemã não reconhece o dano moral ²⁵¹.

Destarte, a responsabilização objetiva, eleita pelo CDC como pilar do sistema protetivo aos consumidores brasileiros, demonstra que, apesar da sistemática campanha realizada por certos setores da sociedade contra o excesso de leis em nosso país, aqui vem sendo editadas normas avançadas em relação aos países ditos civilizados. Essa escolha já se fez sentir na jurisprudência nacional ²⁵², além da doutrina vir publicando obras

²⁵¹ SANTANA, Heron José. *Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor*, Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997, p. 63.

²⁵² "RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. Inteligência da Lei n. 8.078/90. Fato

sobre a *responsabilidade civil por acidentes de consumo e por vício do produto ou serviço*, tópicos que passaremos a abordar.

4.3.1 Responsabilidade civil por dano moral decorrente de acidentes de consumo

A responsabilidade civil que trataremos neste item nada mais é do que a *responsabilidade pelo fato do produto* (art. 12, CDC) e *pelo fato do serviço* (art.14, CDC). Utilizaremos para denominar este tipo de responsabilidade prevista no Código, a expressão que entendemos mais apropriada – *responsabilidade civil por acidentes de consumo*.

Os acidentes de consumo, interpretando a definição de Zelmo Denari, são infortúnios que prosperaram após o advento da produção e do consumo em massa²⁵³. Tais infortúnios tem origem nos defeitos dos produtos e serviços colocados e oferecidos no mercado pelos fornecedores de produtos e serviços; além dos

constitutivo do direito da autora demonstrado. Provado que a vítima escorregou no piso quando fazia compras no estabelecimento comercial da ré, impõe-se o dever de indenizar os danos daí decorrentes independente de culpa. Dano moral: o bom senso deve nortear o juiz concedendo e graduando a respectiva conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais da ofendida. Pedido procedente, em parte, bem como a denunciação da lide. Recursos desprovidos”(AC nº 6948/97- TJRJ-Rel. Des. Celso Guedes, j. 8.9.98).

²⁵³ Em *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p.127. O mesmo autor cita os seguintes acidentes de consumo por fato do produto: defeito no sistema de freio do veículo que cause danos materiais ou pessoais; defeito na fabricação ou montagem de eletrodoméstico que provoca incêndio; defeito na formulação de medicamento que cause danos à saúde do consumidor; defeito na formulação ou acondicionamento de vacinas ou agrotóxicos que afete o rebanho ou prejudica a plantação.

defeitos - chamados *vícios de qualidade* - também os *vícios de informação* podem ocasionar os acidentes de consumo, caso as instruções relativas à utilização do produto ou a fruição do serviço não o acompanharem ou pecarem pela falta de clareza e precisão.

No que tange aos acidentes de consumo decorrentes dos defeitos dos produtos, esses ocorrem com freqüência em nossa sociedade de consumo. Os defeitos dos produtos podem ser englobados em duas categorias: a dos *defeitos juridicamente relevantes* e a dos *defeitos juridicamente irrelevantes* para a responsabilidade civil. Os primeiros estão taxativamente elencados no *caput* do art. 12, CDC e são capazes de causar danos à saúde ou segurança do consumidor, se classificando em defeitos de criação ou concepção, defeitos de produção ou fabricação e defeitos de informação ou comunicação, conforme já exposto e exemplificado no capítulo 2, item 2.1.1. Os segundos, por sua vez, são aqueles que compreendem as imperfeições que não estão elencadas no *caput* do art. 12, podendo ser citado como exemplo aquele que decorra da ação exclusivamente culposa do consumidor ou terceiro - fazendo parte do rol de eximentes da responsabilidade civil (art. 12, § 3º).

A importância dessa classificação, particularmente a dos defeitos juridicamente relevantes, reside na caracterização do fato do produto, pois não há responsabilidade civil por acidente de consumo quando inexistente defeito no produto; da mesma forma, não há caracterização do fato do serviço quando ausente o defeito no serviço.

Com relação ao fato do serviço, no CDC, o regime da responsabilidade civil está previsto no art. 14²⁵⁴, sendo o mesmo do fato do produto, guardadas as peculiaridades de cada um. Os defeitos do serviço ocorrem quando esse não apresenta segurança adequada, isto é, quando a expectativa legítima de segurança do serviço se frustra, seja em virtude do modo de fornecimento (art. 14, I), do resultado e da razoabilidade dos riscos (art. 14, II) e da época em que foi fornecido (art. 14, III). A prestação do serviço, desse modo, deve sempre procurar a segurança do consumidor, posto que todas as hipóteses de defeitos do serviço se referem a segurança do serviço colocado à disposição do consumidor²⁵⁵. Assim, para Denari²⁵⁶:

“os acidentes de consumo supõem, como um *prius*, a manifestação de um defeito do produto ou serviço, e como um *posterius*, um evento danoso. O defeito do produto ou serviço é um dos pressupostos da responsabilidade por danos nas relações de consumo. Se o produto não ostentar vício de qualidade ocorre ruptura da relação causal que determina o dano, ficando afastada a responsabilidade do fornecedor. Assim, figurativamente, um acidente de trânsito somente se qualifica como acidente de consumo se os danos dele decorrentes puderem ser atribuídos, por uma relação de causalidade, à prefiguração de um defeito intrínseco (v.g., defeito de montagem) ou extrínseco (v.g., vício de informação).”

²⁵⁴ Nesta esteira, afirma Marins: “Responsabilizam-se independentemente da apuração de culpa todos os fornecedores de serviço, quer imediatos como mediatos, solidariamente, pelos danos”. Op. cit., p.137.

²⁵⁵ Op. cit., idem.

²⁵⁶ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 152.

Esses acidentes de consumo podem gerar dano patrimonial e/ou dano moral. Conforme o capítulo 3, item 3.2, ocorre dano moral quando são lesados os direitos da personalidade da vítima, *in casu*, os direitos da personalidade do homem consumidor.

Tratando-se de defeito do produto, a responsabilidade será do fabricante, independentemente de culpa, ou do revendedor (comerciante) se o fabricante não puder ser identificado (art. 13, CDC); no caso de defeito do serviço, será responsabilizado quem o tenha prestado (art. 14, *caput*, CDC)²⁵⁷.

²⁵⁷ Neste sentido as seguintes ementas jurisprudenciais:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. É objetiva a responsabilidade do produtor na hipótese de acidente de consumo. Responde, assim, perante o consumidor ou o circunstante, fábrica de refrigerantes, em razão de estouro de vasilhame, ocorrido em supermercado. Não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do produtor. De qualquer forma, ainda que o fosse, incumbe ao fabricante a demonstração inequívoca de que defeito inexistia no produto, a caracterizar exclusividade de ação (dita “culpa exclusiva”) do comerciante. Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir a condenação pelo dano moral”. AC nº 598081123, 6ª C.C, Porto Alegre, TJRS, Rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Jr., j. 10.02.99.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. FATO DE SERVIÇO. Art. 14 do CDC. Indevida negatização do nome do autor o qual não é devedor da Administradora de Cartões de Crédito a qual jamais emitiu em nome daquele qualquer cartão de crédito. Dever de reparação do dano moral. Pela teoria do risco do empreendimento todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo de fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, distribuir e comercializar produtos e executar determinados serviços. Desprovimento do recurso”. AC nº 1248/98, TJRJ, Des.ª Maria Henriqueta Lobo, j. 26.05.98.

O dever de reparar objetivamente o dano moral, gerado pelos acidentes de consumo, pode englobar tanto a violação à vida, à honra, à intimidade, à imagem social, ao nome como à integridade psíquica e a integridade física (no todo ou mesmo em partes do corpo) do consumidor ²⁵⁸.

²⁵⁸ Como se depreende das ementas a seguir transcritas, onde foram violados, respectivamente, o direito ao nome e à integridade física do consumidor:

“ BANCO DE DADOS. INCLUSÃO, NO SEU CADASTRO NEGATIVO, E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÃO INCORRETA SOBRE CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROVA. Os “bancos de dados” são empresas prestadoras de serviços, que perseguem lucros com os mesmos. Se, no desempenho de sua atividade, divulgam dado incorreto, inscrito no seu cadastro negativo, causando dano ao consumidor, por ele respondem, ressalvado, evidentemente, regresso contra a pessoa fornecedora do dado incorreto. O dano, todavia, é causado pela divulgação de dado incorreto, não pelo fornecimento ao “banco de dados”, daí a pertinência subjetiva passiva deste para a ação indenizatória movida pelo consumidor prejudicado, que não pode ser afastada por contrato entre o “banco de dados” e a empresa a ele ligada. Fixação, na espécie, do dano moral em R\$ 12.000,00, quantia correspondente, na data da condenação, a cem salários mínimos. Precedente do TJDF. Bastante, no caso, para se ter configurado o dano moral, a divulgação da indevida inclusão do nome da consumidora no cadastro negativo. Precedente do STJ. Apelo a que se nega provimento”. AC nº 4705897, TJDF, Rel. Des. Mário Machado, j. 18.02.98.

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO ESTÉTICO. PRODUTO ADQUIRIDO EM FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO PARA APLICAÇÃO NO ROSTO. INFORMAÇÕES INSUFICIENTES SOBRE O USO CORRETO DO PRODUTO. INDENIZAÇÃO CUMULATIVA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. 1. O fabricante responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de manipulação de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização ou riscos (art. 12 do CDC). Constatado que o produto vendido apesar de ser recomendado para ser usado à noite não informava que se tratava de porção foto-sensível que requer uso conjunto de filtro solar para o caso de utilização durante o dia, reconhece-se o dever de indenizar da farmácia, que era a própria fabricante. Caso em que o fato não decorreu da exclusiva culpa da vítima, que isentaria a farmácia (§ 3º do art.12). 2. São acumuláveis os danos morais e materiais (Súmula 37 do STJ). Os primeiros pelo desconforto da vítima de ver seu rosto manchado, deformado de forma a lhe causar sensação de desgosto e até certo sofrimento; os segundos pelas despesas com a medicação e tratamento médico para minorar ou até curar as marcas que traz na face”. Ac nº 4590497, TJDF, Rel. Des. Waldir Leôncio Junior, j. 01.12.97.

Destarte, atingidos os direitos da personalidade do consumidor por fato do produto ou serviço, ferindo-lhe os aspectos mais íntimos, impor-se-á a responsabilização objetiva do fornecedor ou prestador de serviço.

4.3.2 Responsabilidade civil por dano moral decorrente dos vícios dos produtos e serviços

Inobstante a opinião de Antônio Herman Benjamin de que, quando se trata da responsabilidade civil do fornecedor, o aspecto fundamental não é das desconformidades de consumo que afetam a esfera da incolumidade econômica do consumidor (vícios de qualidade por inadequação), mas o das que atingem a órbita de sua incolumidade físico-psíquica (vícios de qualidade por insegurança), ou seja, os denominados acidentes de consumo, que na maioria das vezes acarretam danos que transcendem à esfera econômica dos consumidores²⁵⁹, entendemos que mesmo os vícios dos produtos e serviços poderão acarretar danos que transcendem à esfera econômica dos consumidores, por isto imprescindível a análise da responsabilidade civil por vício do produto e serviço.

O art. 18 e seguintes que abriga o regime da responsabilidade civil por vícios, em verdade, dá um novo

²⁵⁹ Em "Apresentação" da obra *Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor*, de Heron José de Santana, p. 14.

tratamento à matéria dos vícios redibitórios do Código Civil, ampliando a categoria dos vícios, ao incluir os denominados *vícios aparentes* do produto e serviço. Neste sentido afirma Odete Queiroz:

“O art. 18 do CDC tem sua preocupação voltada para o bolso do consumidor, regulamentando os reflexos da ocorrência de prejuízos advindos dos vícios do produto e do serviço. Especificamente, o artigo em pauta regra a responsabilidade por vícios de qualidade e quantidade de produtos duráveis e não-duráveis e, embora faça menção aos de quantidade, estes vêm tratados de modo mais minucioso no art. 19 desse microssistema.”²⁶⁰

Embora o sistema da responsabilidade civil dos arts. 18 a 25 vise a tutela da esfera econômica²⁶¹ do consumidor pelos chamados vícios por inadequação e quantidade, no nosso entendimento, esse sistema deverá ser utilizado para reparar não só o dano patrimonial, como também o dano moral advindo dos vícios dos produtos e serviços.

O dano moral poderá advir dos vícios dos produtos e serviços quando esses atingirem os direitos da personalidade do homem consumidor, conquanto a ocorrência de dano patrimonial

²⁶⁰ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 131.

²⁶¹ Conforme Alberto do Amaral Junior, “os vícios de qualidade e quantidade, regulados na Seção III, têm como objetivo proteger a esfera econômica do consumidor. Enquanto as normas relativas à responsabilidade pelos defeitos do produto aplicam-se à reparação dos danos à integridade física e a outros bens que não o produto defeituoso, a responsabilidade pelos vícios se refere aos prejuízos verificados no produto ou serviço”, em *A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor*. In: *RDC*, v. 2, p.104-105.

seja a mais comum, justamente porque, *a priori*, os vícios dos produtos e serviços somente atingiriam o bolso do consumidor (esfera econômica), excluindo a reparação do dano moral.

Entretanto, o art. 6º, VI, do CDC autorizou a reparação efetiva de quaisquer danos, não discriminando o dever de reparar dano moral ou patrimonial. Assim, nos parece bastante claro que o sistema da responsabilidade civil do art. 18 e seguintes é a imposição legal do dever de reparar, também, ao dano moral. Tanto o vício por inadequação ou por quantidade podem causar dano de ordem moral, como é o caso de vício constatado em veículo zero quilômetro, o qual acabou gerando sensação de desgosto, humilhação e mal estar ao consumidor, caracterizando o dano moral, como veremos a seguir ²⁶²:

“ RESPONSABILIDADE CIVIL - FORNECIMENTO DO PRODUTO COM VÍCIO – SOLIDARIEDADE ENTRE O FORNECEDOR E FABRICANTE- DANOS NOTÓRIOS DECORRENTES DA FALHA, COM DESNECESSIDADE DE SUA PROVA – AÇÃO PROCEDENTE – HONORÁRIOS QUE DEVEM SER FIXADOS SOBRE VALOR DA CONDENAÇÃO – APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE PARA ALTERAR A INCIDÊNCIA DA VERBA HONORÁRIA

O autor adquiriu um veículo zero quilômetro na loja da ré e tempos depois veio a verificar haver falha na numeração do chassis do carro, o que acarretou trabalhos administrativos para regularização dos documentos, danos morais e materiais.

[...] A responsabilidade da ré é fixada pelo disposto no artigo 18 do Código do Consumidor, uma vez que a hipótese é de vício de qualidade. Ela, como fornecedora do produto, é responsável perante o consumidor, embora o fabricante também o seja solidariamente por força do disposto no artigo 25 do mesmo diploma.

A responsabilidade é objetiva, não dependendo, portanto, de culpa. Não se aplica na hipótese a regra constante do art. 13 do mesmo estatuto, porque ela diz respeito à responsabilidade por defeitos nos produtos,

²⁶² Pela importância da decisão, cujo conteúdo é pioneiro no que tange à responsabilização dos danos morais pelo vício oculto do produto, optamos pela transcrição, além da ementa, de trechos do acórdão.

referida no artigo 12. O § 1º desse último dispositivo define o produto defeituoso, esclarecendo que ele não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Não é a hipótese dos autos, na qual houve vício do produto que diminui o seu valor.

[...] O sofrimento moral também se evidencia. Quem adquire veículo novo é porque deseja um produto em perfeitas condições de uso. Qualquer falha de repercussão duradoura é suficiente para diminuir a satisfação com o ato. O dano moral, embora possa eventualmente não ser vultuoso, é inegável". (AC nº 17.315-4, TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mauricio Vidigal, publicado no JTJ, volume 188, p.182).

Sobre a decisão retro citada, pertinente o comentário de Luiz Antonio Rizzato Nunes:

"Relevante ressaltar que se trata, no caso, de vício e não de defeito. Este, não se duvida, caracteriza-se pelo estrago material ou moral causado ao consumidor (quer pelo serviço, quer pelo produto defeituoso). Já a hipótese de o vício do produto vir a causar dano é aquela prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.078/90, que permite a escolha de certas alternativas ao consumidor quando o vício não é sanado no prazo de trinta dias (as hipóteses dos §§ 3º e 4º do mesmo art. 18 devem ser examinadas em conjuminância com as do § 1º). E como na decisão o que se reconheceu no simples evento do vício do produto foi o dano moral, o precedente é importante, pois o tipo de aborrecimento, humilhação e dor sofridos pelo consumidor no caso são bastante comuns nas práticas de mercado."²⁶³

A reparação ao dano moral, então, se impõe tanto pelos acidentes de consumo, como pelos vícios por inadequação, o que permite afirmarmos que o consumidor brasileiro, sob a perspectiva legal, tem a garantia de indenização, ainda que,

²⁶³ *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo: Saraiva, 1999, p.512.

muitas vezes, nossos tribunais sejam tímidos na fixação do *quantum* indenizatório.

4.4 Indenização do dano moral ao consumidor

“Todos os seres humanos têm direito à felicidade, que é um estado de espírito sujeito a uma satisfação íntima e pessoal, representada na convivência familiar, prestígio social, situação econômica estável, moradia e alimentação adequada, realização profissional e outros. Ora, almejar este estado de alma, constitui, sem dúvida, um interesse desejado por todos, e que, portanto, deve ser preservado da ação lesiva cometida pelos agentes irresponsáveis. Por sua vez, a lei, como regra de tutela das vantagens patrimoniais e extrapatrimoniais, deve estar atenta no sentido de preservar e defender o acesso a todos os interesses legítimos, almejados pelo ser humano na sua realização pessoal.”²⁶⁴

Se todos nós temos direito à felicidade, temos também o direito ao respeito, pois esse integra o *estar feliz*, o estado de alma do qual nos fala o magistrado Clayton Reis. Sermos respeitados como cidadãos é fator de relevância para alcançarmos a felicidade desejada e o direito ao respeito inclui o respeito ao cidadão enquanto consumidor, vez que as violações aos consumidores estão presentes na nossa sociedade de consumo e atingem tanto a esfera patrimonial, como a moral.

A esfera moral do consumidor é lesada quando, conforme afirmamos nos capítulos anteriores, há violação a determinados

direitos da personalidade, pelos fornecedores de produtos ou serviços, distribuindo ao mercado consumidor produto ou serviço defeituoso ou com vício por inadequação ou quantidade.

Por isto, lesados os direitos da personalidade do consumidor e sendo responsabilizados objetivamente os agentes causadores, é corolário lógico a indenização pelo dano moral. Assim, de acordo com Clayton Reis, o termo indenização “é derivado do latim *indemnis* (*indene*), de que se formou no vernáculo o verbo indenizar (reparar, recompor, recompensar, retribuir) em sentido genérico exprime compensação ou retribuição monetária realizada por uma pessoa a outra.”²⁶⁵

Deste modo, o termo indenização leva, indiscutivelmente, a noção de dano, de diminuição patrimonial ou prejuízo da vítima. Evidente que a utilização do termo indenização deve ser interpretado à luz do Direito contemporâneo que deu guarida ao dano moral, conforme palavras de Luiz Rizzato Nunes,

“o substantivo *indenização*, ainda que utilizado de maneira recorrente para tratar do *quantum* a ser pago àquele que sofreu o dano moral, não tem o mesmo sentido do termo indenização empregado para a reparação do dano material. ... Ora, como se viu, no dano moral não há prejuízo econômico, possuindo a indenização outro significado. Seu objetivo é duplo: satisfativo-punitivo. Por um lado, a paga em pecúnia deverá proporcionar ao ofendido uma satisfação que seja capaz de amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como

²⁶⁴ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

²⁶⁵ Op. cit., p. 121.

castigo ao ofensor, causador do dano, inculindo-lhe um impacto tal, suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado.”²⁶⁶

A indenização por dano moral, portanto, tem caráter satisfativo-punitivo. Satisfativo quando a verba condenatória satisfaz a vítima de forma plena, isto é, o *quantum* é adequado e efetivo; punitivo quando a condenação seja suficiente a dissuadir o ofensor de novas ações ilícitas²⁶⁷.

Contudo, reside justamente no caráter satisfativo da indenização por dano moral as maiores dissensões na jurisprudência, pois há resistência na fixação de valores pecuniários mais elevados. Nos parece, destarte, que essa timidez na fixação do *quantum* acaba não atendendo ao caráter satisfativo da indenização, pois não há plena satisfação da vítima quando o ressarcimento pecuniário é ínfimo ou de baixo valor. Para exemplificar, trazemos a lume o caso citado por Clayton Reis e que corrobora a nossa opinião: no município do Guarujá(SP), uma dona de casa aposentada, ao fazer uma visita ao jazigo da mãe, descobriu que os restos mortais de sua progenitora haviam sido removidos sem sua autorização e misturados aos de outros

²⁶⁶ *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*, p.2.

²⁶⁷ Preleciona Carlos Alberto Bittar sobre esse caráter: “Em consonância com essa diretriz a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. Em *Reparação civil por danos morais*, p.233.

mortos; na longa batalha judicial que travou com a prefeitura do município paulista – administradora do cemitério – durante sete anos, a aposentada teve sua pretensão de dano moral atendida, mas num valor excessivamente baixo, R\$ 1.680,00; tendo assim se manifestado a aposentada: “Minha dor não tem preço, mas a justiça poderia ter sido um pouco mais generosa”²⁶⁸.

A espontaneidade dessa manifestação revela que a indenização não cumpriu seu papel satisfativo e que os julgadores não tiveram a sensibilidade de avaliar adequadamente o dano moral no caso *in concreto*. Uma das justificativas para a fixação de *quantum* incompatível com a gravidade do caso é explicada por Luiz Rizzato Nunes:

“Essa histórica resistência e a presença ainda de muitas dúvidas a respeito do cabimento do dever de indenizar os danos morais talvez sejam o motivo que ainda leva o Poder Judiciário a fixar em *quantum* muito tímido as indenizações. Aliás, esta é a grande dificuldade enfrentada pelos magistrados: a fixação do valor devido a título de indenização por danos morais.”²⁶⁹

Emblemático da timidez da fixação do *quantum* é o caso de um desembargador gaúcho aposentado que teve o seu nome mantido no SPC, como inadimplente, pelo Banco do Brasil S/A, quando já havia encerrado, mediante pagamento de R\$ 6.850,00, contrato de cheque especial. A manutenção de seu nome no SPC foi responsável pela negativa, de outra instituição bancária, da

²⁶⁸ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*, p. 136.

²⁶⁹ *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*, p.3.

renovação de “cheque forte”, causando-lhe embaraços e violando claramente seu direito à honra e a um bom nome²⁷⁰. Curiosamente a sentença de 1º grau arbitrou o dano moral tão-somente em R\$ 10.275,00, da qual o autor apelou, tendo sido modificada a decisão original, aumentando-a para R\$ 42.000,00. A primeira quantificação efetivamente não levou em consideração o potencial ofensivo do lesante e a sua capacidade econômico-financeira e muito menos a extensão do dano provocado pelo Banco do Brasil a esse consumidor vulnerável, que teve a infelicidade de ver seu nome em cadastro de inadimplentes. Por tratar-se de magistrado, ainda que aposentado, a quantificação do dano poderia, mesmo em 2º grau, ter sido maior, pois a reputação de certas categorias profissionais, como é o caso da magistratura, transcende a outros valores personalíssimos²⁷¹.

O valor do *quantum* indenizatório, portanto, revela ser tema polêmico e marcado, por vezes, pela incapacidade de punição adequada ao dano moral. Mesmo assim, nossa jurisprudência vem sendo pródiga em reconhecê-lo, se utilizando do caráter da exemplaridade e da razoabilidade aliada ao bom senso. Neste

²⁷⁰ In: *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 17 de julho de 1997, Espaço Vital, p.31.

²⁷¹ No caso em análise, a relação de consumo estabelecida entre o Banco do Brasil S/A e o magistrado classifica-se como relação de consumo *stricto sensu*, na qual houve um acidente de consumo decorrente de fato do serviço, qual seja, o serviço prestado pelo fornecedor foi defeituoso, posto que manteve nome do consumidor no SPC, quando este já havia até quitado o contrato de cheque especial. O mínimo que se esperava do fornecedor era a segurança do serviço, cuja expectativa legítima todos os consumidores têm.

sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem julgando com acuidade.²⁷²

4.4.1 Apuração do quantum indenizatório: critérios de fixação

Reconhecida a reparabilidade do dano moral ao consumidor pela legislação constitucional e infraconstitucional, os maiores questionamentos, hoje, ocorrem com relação à fixação do

²⁷² “DIREITO PRIVADO. DANO MORAL. Presente a ação equivocada do bancoréu em reduzir superconta do cliente, antes de cumprir o procedimento de praxe exigido pela prática bancária, o que importou em tornar cheques do autor como não tendo fundos, criou-se pressuposto para configuração de dano moral e pagamento de indenização. VALOR DA INDENIZAÇÃO. A indenização por dano moral não objetiva enriquecer o autor, mas não deve significar uma quantia que, por ser mínima, nada repara e, mais do que isto, não contém o efeito da exemplaridade que tais condenações devem ter. Apelação do Banco improvida e do autor em parte provida”. AC nº 597046093, 1ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Tupinambá do Nascimento, j. 22.10.97.

“DANO MORAL OU EXTRAPATRIMONIAL. SUA FIXAÇÃO. REQUISITOS A SEREM OBSERVADOS. Com critério, razoabilidade e bom senso há que ser fixado o montante indenizatório do dano extrapatrimonial ou moral. Critério, razoabilidade e bom-senso que levará em conta as condições pessoais do ofendido e do ofensor, inclusive grau de suportabilidade do encargo financeiro por parte do ofensor. Divergência atinente à quantificação do dano extrapatrimonial. Razoável, criterioso e de bom-senso que, para uma dona de casa, seja estabelecido em R\$ 15.000,00 – quantia que corresponde a cerca de duzentos e catorze salários mínimos à data da propositura da ação. Desacolhimento do recurso da autora que, no caso, pretendia o fosse, conforme voto vencido, fixado em R\$ 30.000,00”. Votos vencidos. Embargos Infringentes nº 597166842, 3º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 05.12.97.

“APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM. INCLUSÃO IRREGULAR DE NOME DE CLIENTE NO SERASA. MORA NA PREVIDÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO. Merece reprovação estatal – o que se dá via condenação judicial – conduta de instituição financeira que, sobre cobrar indevidamente importância do cliente, termina por arrastar seu nome ao rol dos inadimplentes, mal diligenciando para a retirada. Valor da condenação que se eleva, ao efeito de plena eficácia da condenação. Apelação parcialmente provida”. AC nº 598007862, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Dall’Agnol Junior, j. 03.06.98.

quantum indenizatório, principalmente em virtude da fixação de valores ainda considerados ínfimos e que não traduzem o compromisso da busca de uma justiça efetiva ²⁷³. Por outro lado, já se fala do “florescimento” de uma indústria do dano moral, pelo aumento excessivo de demandas indenizatórias.

Ambas as questões tem razão de ser: a primeira, porque efetivamente, em grande parte dos casos, os valores fixados a título de dano moral não é alto, a não ser quando o caso tem maior repercussão, como foi o do ex-senador José Bisol, cujo montante indenizatório passou de R\$ 1.000.000,00(dano moral à honra e à imagem social); a segunda, pois o considerável aumento de ações indenizatórias por dano moral poderia levar a crêr que há uma indústria do dano moral, fato do qual discordamos, por entendermos que essa suposta indústria é muito mais uma criação de maus fornecedores do que a realidade fática.

Especificamente com relação ao aumento das ações indenizatórias promovidas por consumidores, parece-nos que é o reflexo de uma consciência de cidadania que vem crescendo. Aqui em nosso país está ocorrendo o *boom* de um movimento consumerista, não tão organizado como o norte-americano, mas visando a defesa inarredável do consumidor.

²⁷³ Afirma Rizzatto Nunes: “infelizmente, há muitas decisões judiciais fixando *quantum* indenizatório em valores irrisórios e até meramente simbólicos tanto mais quanto se examina caso concreto. A título de exemplo, podemos citar a decisão proferida pela 5ª Câmara Especial do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, a qual concede à autora, a título de indenização por danos morais em virtude da perda de seu noivo num acidente de moto, a ínfima quantia de 33, 25 salários mínimos. Em *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*, p. 6.

Se o consumidor não consegue administrativamente resolver o seu problema com o fornecedor, ingressa no Judiciário, esperando que o mesmo tutele a sua pretensão. Na verdade, além de termos uma cultura que poderíamos chamar de juridicista (aquela do *vou para a Justiça!*), temos, também, fornecedores que, em quase dez anos de CDC, não se adequaram ao previsto em lei e nem ao menos esforçam-se para tanto (v.g., planos de seguro-saúde)²⁷⁴. Por óbvio que o consumidor não se queda inerte, ainda que tenha que enfrentar filas nos PROCON(s) ou a morosidade do Judiciário.

Sendo assim, a questão do dano moral ao consumidor e a sua quantificação envolve valores éticos, pois a ética deve nortear a função do julgador. Afirma o magistrado Volnei Ivo Carlin que,

“a ética não se confunde com o direito, posto que este se consubstancia num conjunto de regras obrigatórias para todos viverem em sociedade e sancionadas em caso de seu descumprimento. A noção de ética, nota-se, é muito mais ampla que a de direito. Preocupar-se com ela equivale a interrogar a própria consciência .”²⁷⁵

O *interrogar a própria consciência* é passo fundamental para o julgador fixar o *quantum* indenizatório. A função jurisdicional hoje reveste-se de importância ímpar, por isto a necessidade do julgador avaliar eticamente a lesão sofrida pela

²⁷⁴ Como se depreende de inúmeras ações individuais e coletivas ajuizadas.

²⁷⁵ *Deontologia jurídica – Ética e Justiça*. 2. ed., Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1998, p.34.

vítima, adotando critérios que possibilitem a efetiva punição ao lesante e satisfação ao lesado.

Segundo a doutrina, esses critérios para a aferição do *quantum* indenizatório podem seguir duas concepções: *subjetiva* e *objetiva*. A primeira é voltada para a aferição *in concreto*, enquanto a segunda é voltada para a aferição *in abstracto*. A concepção subjetiva visa avaliar, concretamente, a satisfação na busca dos prejuízos reais alegados pela vítima; já a segunda baseia-se em *standarts jurídicos*, como dados estatísticos e o preestabelecimento de determinadas condições.²⁷⁶

Ambos os critérios podem ser utilizados para a aferição do *quantum* indenizatório, conquanto a concepção subjetiva seja a mais utilizada pela jurisprudência²⁷⁷. No que tange à segunda, vem sendo utilizada, por analogia, para a satisfação dos danos morais os valores estabelecidos pela Lei 4.117/62 – Código

²⁷⁶ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*, p. 95.

²⁷⁷ “RESPONSABILIDADE CIVIL. VALORAÇÃO DA PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. O Juiz aprecia livremente a prova dos autos, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento. O número de testemunhas não é relevante para a comprovação de um fato, mas sim a idoneidade e a credibilidade do depoimento, eis que o direito atual, tendo repellido o sistema da prova legal, repudia o brocardo jusromanista do *testis unus, testis nullus*. DANO MORAL. REVISTA ARBITRÁRIA E VEXATÓRIA DO CONSUMIDOR. FIXAÇÃO DO VALOR. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. Entre os direitos básicos do consumidor, está a sua proteção contra os métodos comerciais coercitivos ou desleais (CDC, art. 6º, IV), aí incluído a revista arbitrária, humilhante e vexatória por infundada suspeita de desonestidade. O arbitramento judicial é o mais eficiente meio para se fixar o dano moral. E tendo sido a indenização fixada com moderação, em quantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano por ela produzido, deve ser mantida no valor estabelecido na sentença. Desprovisionamento do recurso”. AC nº 1787/98, TJRJ, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 30.04.98.

Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67).

O tarifamento previsto nessas duas leis, prevendo um valor máximo para as indenizações, é alvo de críticas, vez que há o entendimento de que os dispositivos desses dois diplomas legais não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois esta estabelece em seu art. 5º, V, uma razão de proporção entre o agravo e a indenização, sem limitá-la ou tarifá-la.

Portanto, não haveria como admitir que uma lei ordinária – infraconstitucional – impusesse um valor máximo para às indenizações frente ao exposto na Constituição, posicionamento defendido tanto por Rizzato Nunes como por Clayton Reis, com o qual concordamos. Não tendo sido recepcionada pela Carta Magna, está implicitamente derogada e a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais poderá ser alegada pela vítima que se sentir prejudicada na fixação do *quantum*.

4.4.2 Valoração do dano: quantificação econômica por arbitramento do juiz ou aplicação de tabelas variáveis?

A valoração do dano moral, como o já afirmado, é tema espinhoso, pois, não se pode negar, a quantificação econômica do dano é uma *construção do julgador*, mesmo estando este adstrito aos parâmetros legais. Não nos cabe analisar esse poder discricionário do juiz, pois não é objeto de nosso estudo, além de

outros autores terem tratado o tema com maestria ²⁷⁸. Contudo, a valoração do dano, assim como qualquer decisão judicial, é ligada à questão do *poder* e a ética no exercício desse poder.

Deste modo, a doutrina e jurisprudência nacional se dividem com relação a este exercício do poder do juiz na fixação do *quantum*, uns entendendo que a quantificação econômica do dano moral deve ser arbitrada pelo juiz levando em consideração as características do caso (*potencial ofensivo do lesante, condição social do lesado, etc., atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*), seria uma espécie de *arbitramento puro*, sem a utilização de tabelas tarifárias ²⁷⁹; enquanto outros entendem que é possível quantificar economicamente o dano moral, utilizando-se dos critérios antes referidos, mas usando de tabelas variáveis, as quais fixariam valores mínimos e máximos ²⁸⁰.

A fixação do *quantum* indenizatório pelo assim denominado *arbitramento puro* teria como critérios, entre outros: *a natureza*

²⁷⁸ Cf. CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica* e PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*.

²⁷⁹ Afirma Luiz Rizzatto Nunes: “Não há que se falar em limites ou valor máximo da condenação. O *quantum* devido deverá ser sempre arbitrado pelo juiz, levando em consideração os fatos pertinentes de cada caso específico, equacionará a dor sentida e o valor devido a título de indenização, chegando a uma quantia justa e proporcional, capaz de atender aos objetivos da indenização”. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*, p. 6.

²⁸⁰ Conforme Clayton Reis: “A adoção de tabelas variáveis, através da fixação de valores mínimos e máximos, a exemplo da pena criminal, remete o magistrado ao estudo particular de cada caso, no qual deverão ser analisados os elementos cognitivos que ensejarão a formação de seu convencimento. Desta forma, não se subtrairá do juiz a sua discricionariedade, tão importante quanto relevante na análise das situações ao seu julgamento”. *Avaliação do dano moral*, p. 103.

específica do dano, a intensidade do sofrimento, a gravidade e repercussão da ofensa, a capacidade econômica-financeira do ofensor, a posição social do ofendido, a possibilidade do ofensor voltar a praticar o mesmo evento danoso e a reincidência do ofensor na prática do evento danoso. Além disso, o embasamento fundamental estaria nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais atenderiam ao caráter compensatório da indenização ²⁸¹ .

No que concerne à adoção de tabelas variáveis para a fixação do *quantum* indenizatório, o precursor no Direito brasileiro foi o professor paulista João Casillo, cuja obra – *Dano à pessoa e sua indenização* – utilizou-se da doutrina e jurisprudência francesa. Nesta mesma esteira, surgiram outras obras e mais recentemente a obra *Avaliação do dano moral*, anteriormente citada, do magistrado paranaense Clayton Reis.

Propõe o jurista paranaense alternativa tarifária, através de tabelas variáveis, subdividida em dois segmentos: a) danos

²⁸¹ Nesta direção, a recente decisão do TJDF:

“DANOS MORAIS. INJUSTA NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO DEVIDA EM VALOR PROPORCIONAL. Comprovadas a imprudência e negligência da empresa ao providenciar a negativação do nome do cliente em cadastros de inadimplentes, causando-lhe constrangimento no comércio, cabe a esta indenizá-lo pelos danos morais sofridos. Na fixação do dano moral, deverá o juiz levar em conta os critérios da proporcionalidade e razoabilidade na apuração de seu valor, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, eis que a finalidade da indenização é exclusivamente compensatória e não para causar o enriquecimento ilícito da parte favorecida. Assim sendo, o valor desproporcional fixado na sentença deve ser reduzido”. AC nº 57598, Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF, Rel. Juiz Roberval Casemiro Belinati, j. 24.11.98. Publicado no DJDF de 25.02.99.

morais decorrentes de ação física e danos morais decorrentes da ação psíquica. A ocorrência dos primeiros seria dividida em lesão física transitória / leve (ferimentos), lesão física permanente/ grave (aleijão) e lesão física gravíssima(morte), sendo que a tarifação para o primeiro tipo de lesão seria no mínimo – 10 s.m.²⁸² e no máximo – 100 s.m.; para a segunda , mínimo – 100 s.m. e máximo – 300 s.m; para a terceira, mínimo – 300 s.m. e máximo – 10.800 s.m. . Da mesma forma, ocorrendo os segundos – danos morais decorrentes de ação psíquica – esses poderiam gerar *lesão psíquica leve*, com indenização de mínimo – 5 s.m. e máximo – 50 s.m.; *lesão psíquica grave* , mínimo – 50 s.m. e máximo – 500 s.m. e *lesão psíquica gravíssima*, mínimo – 500 s.m. e máximo – 3.600 s.m.²⁸³.

Assim, as tabelas variáveis teriam no salário mínimo a medida certa para a quantificação econômica do dano moral. Entretanto, também a fixação do *quantum* indenizatório em salário mínimo é questionada, pois, infelizmente, o valor do salário mínimo no Brasil não é suficiente nem para atender as necessidades materiais básicas, não podendo servir como referência econômica.

Assim expressa Luis Rizzato Nunes:

²⁸² S.m – salários mínimos.

²⁸³ Registra-se que essas tabelas adotaram como base o art. 49 do Código Penal, o qual fixa a pena de multa em salários mínimos, e a sua correlação com os arts. 1.547, § 1º e 1.550 do Código Civil. Em *Avaliação do dano moral*, p. 99-105.

“Conforme se pode observar de várias decisões, tem acontecido de as indenizações por dano moral e as pensões alimentícias resultarem em ínfimos valores em reais. Ao que parece, os magistrados acabaram esquecendo esse fato tão relevante do baixíssimo poder aquisitivo do salário mínimo e continuam utilizando-o como padrão”²⁸⁴.

Inobstante a acuidade dos argumentos a favor das tabelas variáveis ou uma alternativa tarifária, entendemos que, ainda o mais apropriado na quantificação econômica do dano moral é o que denominamos *arbitramento puro* pelo juiz, usando, eticamente, de seu poder decisório, respeitando as peculiaridades do caso *sub judice* e atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem a utilização de tabelas variáveis.

Contudo, nossa manifestação é a favor da implantação de um sistema que fixe valores mais expressivos, nos moldes da jurisprudência norte-americana, fundado no reconhecimento dos *punitive damages* ou danos punitivos²⁸⁵. O reconhecimento dos danos punitivos pelos tribunais norte-americanos importa numa sanção econômica que incrementa o ressarcimento com a principal finalidade de castigar.

²⁸⁴ *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*, p. 8.

²⁸⁵ Segundo o jurista argentino Cristian Patricio Rosas, “ los danos punitivos constituyen una institución de gran predicamento en el sistema del common law, principalmente en los Estados Unidos. Sin embargo, entre nosotros, no han alcanzado mayor repercusión. Se trata, en este punto de analizar la posibilidad de su inserción en el esquema del derecho de daños, como una forma de dismantelar los efectos de numerosos ilícitos que, por sua gravedad, deberían generar mayores consecuencias patrimoniales para el responsable que las que transitan el plano puramente resarcitorio. *Responsabilidad – problemática moderna*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, s.d, p. 80.

São também chamados de danos exemplares, pois o valor pecuniário a mais que os tribunais mandam pagar à vítima do evento danoso se soma à indenização pleiteada, tendo a finalidade de exemplar e punir gravemente conduta anti-ética do demandado, além de prevenir feitos similares no futuro. Assim, existindo circunstâncias agravantes no caso como má-fé e perversão, há a aplicação de um *plus indenizatório* pelos *damage punitive*²⁸⁶.

Reiteramos que a efetiva punição ao lesante somente ocorre quando este paga valor em dinheiro compatível com o dano moral sofrido pela vítima. Nem se questiona o fato do dinheiro cumprir ou não uma função compensatória e reparadora, mas sim o fato dele ser o único modo eficaz de punir e exemplar o lesante, pois toca justamente em seu patrimônio econômico. Vivendo sob a égide de um modelo capitalista, deve-se obediência a um de seus postulados: o de que o dinheiro não traz felicidade, mas conforta a vítima e possibilita-lhe, pelo menos materialmente, viver melhor.

²⁸⁶ A *General Motors*, nos EUA, foi condenada a pagar a seis pessoas o valor de US\$ 4,8 bilhões em *damages punitive* (danos punitivos), além de US\$ 107 milhões como compensação pelos danos materiais e pessoais causados pela explosão do tanque de gasolina do automóvel Chevrolet Malibu, em 1993, após uma colisão na parte traseira. A fixação elevada dos *damages punitive* levou em consideração, principalmente, a prova de que a GM sabia que os tanques de combustível daquele automóvel ofereciam perigo, mas nada fez para afastar esse risco. Em *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 10 de julho de 1999, p.21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elencamos, sob forma de notas, considerações acerca do trabalho desenvolvido ao longo dos capítulos antecedentes. Entre estas há as que constataam a evolução do Direito do Consumidor no quadro geral da Ciência Jurídica e a positivação dos direitos dos consumidores, a categorização das relações de consumo como relações jurídicas no nosso ordenamento, o reconhecimento dos direitos da personalidade e do dano moral, a possibilidade da ocorrência de dano moral advindo da violação aos *direitos da personalidade do homem consumidor* e como corolário lógico a responsabilização civil do fornecedor do produto ou serviço, a adoção do sistema de responsabilidade objetiva pelo CDC, a responsabilidade civil por danos morais ao consumidor pelos acidentes de consumo e pelos vícios do produto ou serviço e, por fim, o *quantum* indenizatório fixado pelo julgador à vítima do evento danoso. Reitera-se que optamos por incluir jurisprudência que, a nosso ver, traduz o que de mais moderno vem sendo decidido em nossos tribunais. Quanto às nossas opiniões, posicionando-nos em relação a temas com acentuadas divergências, essas são frutos de uma atividade intelectual fundada na leitura de obras e na *praxis* cotidiana de uma advogada militante que busca o aperfeiçoamento.

1. O Direito do Consumidor, enquanto conjunto de normas protetivas dos consumidores, teve seu primeiro advento legislativo nos Estados Unidos, em 1872, com uma lei que tachava os atos fraudulentos do comércio. Assim, o berço deste novo ramo do Direito foram os Estados Unidos, pois mesmo antes da lei pioneira, sob uma perspectiva histórica, havia manifestação em defesa dos consumidores, como o episódio do chá inglês jogado ao mar (v.g. Revolução Americana) e as manifestações dos trabalhadores dos frigoríficos de Chicago, que deram origem ao movimento consumerista norte-americano.

2. Os direitos dos consumidores existiam mesmo antes da Revolução Industrial, como é o caso do previsto no § 235 do Código de Hamurabi. Entretanto, foi com a Revolução Industrial e com a passagem de uma produção artesanal, individualizada, para uma produção industrial, massificada, que os mesmos foram reconhecidos como tais, em virtude do nascimento de um forte movimento – o movimento consumerista, que visava a defesa plena dos consumidores.

3. O movimento consumerista norte-americano foi um dos maiores responsáveis pelo reconhecimento jurídico dos direitos dos consumidores, conseguindo incluí-los no programa de metas do governo John F. Kennedy (1962), os quais acabaram originando a Resolução nº 2.542, de 1969 e Resolução nº 39/248, de 1985, ambas da ONU, sendo que esta conferiu o *status* de direito da humanidade àqueles direitos.

4. A partir da década de 40, os contornos de um novo modelo de Estado ficaram mais nítidos - o *Welfare State* ou Estado-Providência surgia após dois eventos históricos marcantes: a quebra da Bolsa de New York (1929) e a II Guerra Mundial (1939-1945). Junto a este novo modelo estatal, o Direito do Consumidor se desenvolveu e solidificou-se, personificando o fundamento jurídico do *Welfare State*, o de um Direito Social de cunho solidário e coletivo.

5. Contudo, o *Welfare State*, a partir da década de 70, em função da crise do petróleo e da ascensão ao poder de Ronald Reagan e Margareth Thachter entrou em crise. As políticas públicas desenvolvidas pelo Estado-Providência foram substituídas por políticas neoliberais. Essa “guinada à direita” teve reflexo no campo jurídico, dando origem ao que Carlos Ghersi denomina de pós-modernidade jurídica, onde a autonomia da vontade (dogma liberal) foi revitalizada frente ao intervencionismo estatal. Sendo o Direito do Consumidor típico de um Estado intervencionista poderia estar correndo riscos com o avassalador processo de desregulamentação neoliberal, o que não se confirmou face ao grau de desenvolvimento da consciência de cidadania dos consumidores, portanto, os maiores interessados na implementação do Direito do Consumidor.

6. As relações de consumo são relações típicas do século XX, pois o avanço tecnológico, o processo de industrialização e massificação tornaram os cidadãos do século XX em cidadãos consumidores, em que o escambo foi substituído pelas trocas

despersonalizadas. Ao lado da massificação dos produtos, foram criados e oferecidos inúmeros serviços no mercado de consumo, fazendo com que na cadeia produtiva houvesse um maior número de fornecedores e consumidores. A categorização de relações civis, comerciais ou mercantis como relações de consumo implica numa tutela diferenciada àquele que adquire o produto ou serviço.

7. A defesa do consumidor foi elevada ao *status* de princípio constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo necessária lei infraconstitucional que regulasse a matéria. Assim, em 1990, foi promulgado o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, tendo sido a primeira codificação a abarcar os inúmeros aspectos com relação ao consumidor. O conhecido CDC teve como inspiração a legislação americana (o *Unfair Contract Terms Act* e o *Consumer Product Safety Act*, entre outros), a legislação europeia (Lei espanhola nº 26/1984, Lei portuguesa nº 29/1981 e a alemã *AGB Gesetz*, de 1976), além das Diretivas comunitárias europeias 84/450 e 85/374.

8. No CDC não há o conceito de relação de consumo, havendo tão-somente a conceituação de consumidor e fornecedor. A doutrina, entretanto, tratou de conceituar relação de consumo, podendo esta ser classificada em *relação de consumo stricto sensu* e *relação de consumo em sentido amplo*.

9. Uma das maiores polêmicas refere-se à conceituação de consumidor leva a doutrina nacional dividir-se entre finalistas e maximalistas. Os primeiros entendem que a aplicação do CDC

deve ser restrita àqueles casos em que o uso do bem não foi profissional e que o consumidor tenha sido o destinatário final (art. 2º, CDC), enquanto os segundos propugnam por uma interpretação extensiva do art. 2º, além de afirmarem que o CDC veio dar um novo regramento ao mercado consumidor, sendo um código geral do consumo. Defendemos o último posicionamento, seja em virtude da interpretação extensiva do art. 2º, como pelo próprio art. 29, o qual já vem sendo chamado de *canal de oxigenação* do direito das obrigações.

10. As relações de consumo *stricto sensu* podem ser as estabelecidas por um contrato ou em decorrência de um vínculo obrigacional como ocorre entre o fabricante e o consumidor. Entre as contratuais encontram-se as estabelecidas entre bancos e clientes, estejam aqueles na posição de prestador de serviço ou fornecedor de crédito (produto). As relações de consumo em sentido amplo são as decorrentes de um *contacto jurídico* entre o consumidor e o fornecedor, como é o caso das pessoas que são atraídas aos *shoppings centers* pelo anúncio de ofertas, através de publicidade massiva; estas pessoas são consumidoras *em potencial* e, portanto, travam uma relação de consumo com o fornecedor. O tratamento dado à matéria é diferente do tradicional, embora seja fundado nos conhecidos deveres anexos da dogmática alemã.

11. Estabelecida uma relação de consumo entre o consumidor e o fornecedor, desta poderão advir danos de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial (moral). Os danos morais ocorrem quando são

atingidos os *direitos da personalidade do homem consumidor*, pois esses estão intrinsecamente ligados à *psiqué* do ser humano.

12. Os direitos da personalidade são ínsitos à natureza humana e podem ser classificados como aqueles referentes à integridade física, psíquica e moral do ser humano. Seu reconhecimento universal, como direitos humanos, se deu com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948 e foi uma resposta às atrocidades cometidas na II Guerra Mundial e à necessidade da preservação da dignidade humana.

13. Com o reconhecimento aos direitos da personalidade, seja nas Constituições de vários países, como em documentos emanados de órgãos supranacionais (v.g. Pacto de São José da Costa Rica), há a construção de um novo referencial ético, tendo o ser humano como centro. Revitalizado o antropocentrismo, buscam os seres humanos uma melhor qualidade de vida, derivando daí a percepção da importância do Direito do Consumidor, do Direito Ambiental e da Bio-Ética (*novos direitos*).

14. No âmbito do consumidor, os direitos da personalidade deste estão expressos no art. 6º, I, do CDC. Os direitos da personalidade do consumidor poderão ser violados tanto pelo fato do produto ou serviço, como pelo vício do produto ou serviço. Tal violação poderá originar danos morais, quando atingidas a honra, a imagem, a credibilidade pessoal, o nome do consumidor.

15. A doutrina classifica o dano moral em várias espécies: subjetivos, objetivos, diretos ou puros, indiretos ou reflexos, bem como em dano moral à imagem social, conquanto, na maioria das decisões, não há uma denominação específica do dano moral de atingiu a vítima.

16. O reconhecimento da reparação do dano moral pelo nosso ordenamento jurídico é recente, fruto do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, acatada a corrente positivista sobre a reparabilidade do dano moral; embora alguns autores afirmassem que, no Código Civil, já havia um princípio geral da reparabilidade do dano moral (art. 159, CC). Nos nossos tribunais, até bem pouco, a tese que prevalecia era a da reparabilidade do dano moral com reflexos patrimoniais (corrente eclética), excluindo assim a reparação do dano moral puro. Hoje, tendo a jurisprudência evoluído, há o reconhecimento da reparação ao dano moral puro.

17. A reparação do dano moral ao consumidor foi garantida pela Constituição (art. 5º, V) e pelo CDC, em seu art. 6º, VI, vez que abrigou o princípio da *restitutio in integrum*, não fazendo a distinção entre dano patrimonial e moral; ambos os danos devem ser reparados.

18. O CDC adotou a *responsabilidade civil objetiva* como sistema de responsabilidade por danos advindos das relações de consumo. Este sistema, fundado no risco (*risco criado, risco da atividade*), tem suas raízes na dogmática francesa, com

Josserand e Salleiles. A responsabilidade objetiva já havia sido adotada por outros diplomas legais no Brasil, como no Decreto-Lei 2.681/21(Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro), na Lei dos Acidentes de Trabalho, no Código Brasileiro da Aeronáutica e sua adoção na lei consumerista representou a disposição dos legisladores dotarem o Código de instrumento efetivo na reparação dos danos aos consumidores.

19. Há divergência doutrinária em relação ao regime de responsabilidade pelos vícios do produto ou serviço, se objetiva ou subjetiva com presunção de culpa *juris et de jure*. Entendemos que a única exceção ao sistema adotado pelo CDC é o § 4º, do art. 14, que trata da responsabilidade civil dos profissionais liberais. Deste modo, o CDC possui um sistema de responsabilidade civil objetiva mitigada, mas somente em virtude do § 4º, do art. 14 e ainda assim quando a obrigação do profissional liberal for obrigação de meio e não obrigação de resultado.

20. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo dano patrimonial ou moral poderá ser contratual ou extracontratual. Contudo, uma concepção mais moderna sobre as duas responsabilidades adota um único fundamento para as mesmas, a denominada *Teoria da Qualidade*, pela qual impõe ao fornecedor um dever de qualidade, seja em virtude de um contrato ou de um vínculo decorrente da lei.

21. Nosso Código, embora a influência da Diretiva europeia 374/85, é mais avançado que a mesma, pois impõe a

responsabilização objetiva, tanto por dano patrimonial como moral, do fornecedor; ao contrário daquela diretiva que deixou a cargo de cada país membro da União Européia fazer sua opção do sistema de responsabilidade civil para o dano moral.

22. O fornecedor será responsabilizado objetivamente pelo dano moral decorrente de acidentes de consumo – infortúnios originados de defeitos dos produtos ou serviços. Tais defeitos poderão ser de criação ou concepção, produção ou fabricação e de informação ou comercialização. Esta responsabilidade está prevista nos arts. 12 a 14 do CDC.

23. No caso de danos morais decorrentes dos vícios dos produtos ou serviços também o fornecedor será responsabilizado objetivamente (arts. 18 a 25), embora os vícios de qualidade por inadequação ou quantidade, na maioria das vezes, atinjam somente a incolumidade econômica do consumidor, o que não exclui a ocorrência de danos morais.

24. A quantificação econômica do dano moral, pelos nossos julgadores, ainda é fixada em valores tímidos. Seja a vítima consumidora ou não, se verifica que há uma resistência á fixação de um *quantum* indenizatório que efetivamente puna o lesante e satisfaça o lesado.

25. O julgador, ao fixar o *quantum* indenizatório, poderá se utilizar do critério subjetivista ou objetivista. O primeiro se baseia na aferição *in concreto* e o segundo na aferição *in abstrato*. Assim, o

critério subjetivista visa a satisfação concreta da vítima, levando em consideração a gravidade e extensão do dano, o potencial ofensivo do lesante, a condição social da vítima, etc., enquanto o critério objetivista se funda em *standarts* jurídicos e na utilização, por analogia, dos valores estabelecidos para a reparação de danos do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). O tarifamento expresso nas duas leis é inconstitucional, pois tais dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e ferem frontalmente o disposto no art. 5º, X.

26. Defendemos a fixação do *quantum* indenizatório por *arbitramento puro*, sem a utilização de tabelas variáveis e do salário mínimo como referência, pois esse, em nosso país, não consegue atender nem as necessidades materiais básicas. De outra parte, o reconhecimento de um *plus* indenizatório como os *damages punitive* (danos punitivos), nos moldes da jurisprudência norte-americana, pelos nossos tribunais, seria fator fundamental à consolidação da reparação do dano moral em nosso país.

27. Tratando-se de dano moral, o mais apropriado para sua quantificação econômica ainda é o *arbitramento puro* pelo juiz, como ocorre hoje. Entretanto, essa quantificação econômica deve se ater à *ética*; o poder de decisão do juiz não deve prescindir da *ética*, ainda mais por ser o dano moral o tipo de dano que atinge a psiqué do ser humano, a sua alma. Nesta hora, o julgador deve *interrogar sua própria consciência* e buscar uma reparação justa, que atenda ao caráter punitivo-satisfativo da indenização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Nelson.** *Direito bancário*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- AGUIAR DIAS, José de.** *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v.II, 1985.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de.** *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- ALMEIDA, João Batista.** *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALVES, Vilson Rodrigues.** *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*. Campinas: Bookseller, 1996.
- ALVIM, Arruda.** *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira.** História e fundamentos do Direito do Consumidor. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.648, outubro-1989.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do.** A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, s/d.
- ARGÜELLO, Katie.** *O ícaro da modernidade*, São Paulo: Acadêmica, 1997.

- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto.** A defesa do consumidor em juízo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 5, janeiro/março – 1993.
- BECKER, Anelise.** Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 13, janeiro/março – 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e.** *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
-
- _____ . A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, outubro/dezembro – 1993.
- BEDIN, Gilmar Antonio.** *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 1997.
- BERMAN, Marshall.** *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- BERTI, Silma Mendes.** O Código de Defesa do Consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 23-24, julho/dezembro – 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto.** *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
-
- _____ . *Os direitos da personalidade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

- _____. **Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo.** In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 22, abril/junho – 1997.
- _____. **Reparação civil por danos morais.** 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- BOBBIO, Norberto.** *A era dos direitos.* Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. de Maria Celeste J. Santos. 8. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996.
- BOLSON, Simone Hegele.** *Ação civil pública: instrumento de defesa dos direitos de cidadania e o seu exercício, em juízo, na região das Missões e Grande Santa Rosa.* Ijuí, 1995. Monografia (Curso de Especialização em Instituições Jurídico-Políticas). Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ.
- _____. **O Direito do Consumidor à luz da globalização e do Mercosul.** *Jornal Síntese*, Porto Alegre, outubro de 1998.
- BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai.** *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos e contratos,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BOURGOIGNE, Thierry.** **O conceito jurídico de consumidor.** In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1., s/d.
- BULGARELLI, Waldirio.** *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 1993.

- BRIZZIO, Cláudia Rita. La teoria general del contrato y el Derecho del Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 23/24, julho/dezembro 1997.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.
- _____. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.5, 1977.
- _____. Acesso à Justiça. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.1, nº 18, 1985.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.
- CARIGÉ, W.A. *Dicionário de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica – Ética e Justiça*, 2. ed., Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1998.
- CASTORIADIS, Cornelius. A criação histórica e a instituição da sociedade. In: *A Criação Histórica*. Porto Alegre: Artes e Ofícios Editora, 1992.
- CAVALIERI, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. In: *JurisPoiesis – Revista dos Cursos de Direito*

- da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, 1999.
- CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- CHAUÍ, Marilena. Pós-modernismo, modernismo e marxismo. In: *A criação histórica*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1992.
- CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna. Introdução às teorias do contemporâneo*. São Paulo: Edições Loyola, 1989.
- DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- DI GIORGI, Beatriz (Coordenadora). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1998.
- _____. A responsabilidade civil por dano moral. In: *Revista Literária de Direito*, São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, nº 9, janeiro/fevereiro – 1996.
- DOMINGUES, Caio. Publicidade enganosa e abusiva. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, número especial – 1992.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos in serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

- DURANT, Will e Ariel. *A era de Luís XIV* (v. 8 da História da Civilização). Trad. de Mamede de Souza Freitas. 2. ed., Rio de Janeiro: Record, 1994.
- ECO, Umberto e MARTINI, Carlo Maria. *En qué creen los que no creen? Un diálogo sobre la Ética en el fin del milenio*, Buenos Aires: Editorial Planeta, 1998.
- EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. de Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- FARIA, José Eduardo (Organizador). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1991.
- FINK, Daniel Roberto. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- FREITAS, Décio. *O escravismo brasileiro*. Porto Alegre: Instituto Cultural Português-Escola Superior de Teologia (co-edição), 1980.
- _____. *O Titanic da globalização*. Zero Hora, Porto Alegre, 29 de março de 1998.
- FROTA, Mário. Por uma política de promoção dos interesses de de proteção dos direitos dos consumidores: um modelo para Portugal. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, outubro/dezembro – 1993.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade afluyente*. Trad. de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Livraria Pioneira, 1987.

GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*, Buenos Aires: GOWA Ediciones Profesionales, 1995.

_____. ***Responsabilidad: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, s/d.**

_____. ***Cuantificación económica del daño. Proceso de consumo, ahorro y generación de riqueza. Reparación en dinero. Renta. Lesiones. Valor da vida humana*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.**

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia*. Trad. de Maria Luiza Borges, Rio de Janeiro: Record, 1999.

***GM é condenada a pagar US\$ 4,9 bilhões*. Zero Hora, Porto Alegre, 10 de julho de 1999, p. 21.**

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

ITURRASPE, Jorge Mosset & LORENZETTI, Ricardo L. *Defensa del consumidor. Ley 24.240*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.

KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: pressupostos gerais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 6, abril/junho – 1993.

_____. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, abril/junho – 1995.

_____. Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 16, outubro/dezembro - 1995.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Resenha literária de *Critical studies in private law – a treatise on need-rational principles in modern law* (Thomas Wilhelmsson). In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, setembro/dezembro – 1992.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Proteção contratual do CDC a contratos interpresariais, inclusive bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 18, abril/junho – 1996.

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

_____. Nova lei francesa sobre defesa do consumidor – a transformação da diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 16, outubro/dezembro 1995.

_____. Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: críticas ao direito civil em tempos pós-modernos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 22, abril/junho – 1997.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Hans-Peter & SCHUMAN, Harald. *A armadilha da globalização*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1997.

MOGGRIDE, D.E. *As idéias de Keynes*. Trad. de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Editora Cultrix, s.d.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, setembro/dezembro – 1992.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

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

O Código de Hamurabi. Introdução, tradução e comentários de E. Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1976.

OFFE, Claus. *O novo poder*. In: *Revista Veja*, edição 1541, São Paulo: Editora Abril, p. 11-13, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Organizador). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Ensino Superior e Direito do Consumidor. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, julho de 1999.

- PORTANOVA, Ruy. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- PRUX, Oscar Ivan. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 19, julho/setembro-1996.
- QUEIROZ, Odete Novaes Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço: Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078, de 11.09.1990*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Dano moral*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Razões do neo-iluminismo. In: *A criação histórica*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1992.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- ROSAS, Cristian Patrício. *Responsabilidad: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, s.d.
- SALDANHA, Nelson. *Ética e História*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTANA, Heron José. *Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.
- SCLIAR, Moacyr. *Citação 1*. Zero Hora, Porto Alegre, 18 de outubro de 1998, caderno ZH, p. 3.
- SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. Salvador: Nova Alvorada Edições, 1996.
- STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- _____. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, s/d.
- _____. O Direito do Consumidor e as práticas abusivas – Realidade e perspectivas na Argentina. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, setembro/dezembro-1992.
- TOFLER, Alvin. *A terceira onda*. Rio de Janeiro: Record, 1990.
- TOFLER, Alvin e TOFLER, Heidi. *Criando uma nova civilização : a política da terceira onda*. Rio de Janeiro: Record, 1996.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, s/d.
- _____. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e contratos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 23-24, julho/dezembro – 1997.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

- VERÍSSIMO, Luis Fernando.** *Estados provisórios.* Zero Hora, Porto Alegre, 22 dezembro de 1998, revista ZH, p. 12.
- WALD, Arnaldo.** O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.666, abril – 1991.
- WARAT, Luís Alberto.** *Por quien cantan las sirenas – Informe sobre Eco-ciudadania, Género y Derecho.* Publicação da UNOES/CPGD – UFSC, Joaçaba (SC), 1997.
- WOLKMER, Antônio Carlos.** *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito.* São Paulo: Alfa-Omega, 1994.
- ZENUN, Augusto.** *Dano moral e sua reparação.* 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.