



PAULA HAGE CANTERUCCIO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FAVOR DA PROTEÇÃO
DA COLETIVIDADE: CONTORNOS SOBRE OS DANOS
SOCIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**LAVRAS-MG
2019**

PAULA HAGE CANTERUCCIO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FAVOR DA PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE:
CONTORNOS SOBRE OS DANOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Graduação em Direito, para obtenção do título de Bacharel.

Profa. Dra. Luciana Fernandes Berlini
Orientadora

**LAVRAS-MG
2019**

PAULA HAGE CANTERUCCIO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FAVOR DA PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE:
CONTORNOS SOBRE OS DANOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**CIVIL LIABILITY FOR PROTECTION OF COLLECTIVITY: CONTOURS ON
SOCIAL DAMAGE IN CONSUMER RELATIONS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Graduação em Direito, para obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em 05 de dezembro de 2019.
Dra. Luciana Fernandes Berlimi – UFLA
Dra. Isabela Neves Silveira – UFLA
Dra. Lívia Lopes – OAB

Profa. Dra. Luciana Fernandes Berlimi
Orientadora

**LAVRAS-MG
2019**

Aos meus pais que nunca mediram esforços
para a minha formação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço sobretudo a Deus por ter me dado sabedoria e perseverança nesses anos de graduação.

Agradeço a Universidade Federal de Lavras por me proporcionar a estrutura física e virtual necessária para a consumação desse projeto.

Agradeço ao corpo docente do curso de Direito que sempre transmitiu seus conhecimentos com motivação, criatividade e paciência.

Sou grata a professora Thais Seco que me apresentou a matéria de Responsabilidade civil e me motivou a investigar sobre o tema dessa monografia. E a professora Luciana Berlini que me acolheu de braços abertos como orientadora e cumpriu essa atribuição com excelência.

Meu muito obrigada aos meus amigos, namorado e familiares que me incentivaram a nunca desistir e a me concentrar para dar sempre o melhor de mim.

RESUMO

A massificação das relações de consumo, advinda das revoluções industriais e técnico-científicas, propiciou que fornecedores passassem a cometer práticas abusivas de forma reiterada perante a coletividade, visando auferir maior lucratividade em seus empreendimentos. Nesse panorama a presente monografia objetivou investigar se o ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da Responsabilidade Civil, disporia de instrumentos aptos a desestimular esses fornecedores, que por meio de cálculos matemáticos optam deliberadamente por cometerem os ilícitos. Para atingir o objetivo foi utilizada a pesquisa bibliográfica e a análise legal e jurisprudencial qualitativa, percorrendo o estudo da relação de consumo e seus elementos, das práticas abusivas no direito do consumidor, do instituto do dano moral e seus critérios de quantificação, das funções da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro e dos institutos do dano social e do dano moral coletivo. Verificou-se que o instituto do dano moral pleiteado em demandas individuais, não é suficiente para dissuadir os fornecedores, visto assegurar quantum indenizatório baixo às vítimas quando comparado com a lucratividade que a reincidência da prática abusiva gera para os fornecedores. Isso se dá devido a predominância da função compensatória, função tradicional da responsabilidade civil. Deste modo, verificou-se que o dano social e o dano moral coletivo são instrumentos aptos a desestimular que os fornecedores reincidam nas práticas ilícitas contra a coletividade, visto possuir preeminente caráter punitivo e preventivo.

Palavras-Chave: Dano moral. Dano social. Função punitiva. Função preventiva.

ABSTRACT

The massification of the consumer relations, stemming from the industrial and techno-scientific revolutions, has enabled providers the opportunity to repeatedly commit abusive practices towards the collectivity, aiming higher profits in their investments. This monography intends to look if the Brazilian legal system, in the context of the Civil liability, would have the means to discourage the supplier, which by mathematical calculations choose to deliberately commit wrongdoings. In order to achieve this objective, a bibliographic research and a legal and jurisprudential qualitative analysis were used, through the study of the consumer relations and its elements, abusive practices in consumer law, the moral damage institute and its classification criteria, the purpose of civil liability in the Brazilian legal system and the moral damage institute and the collective moral damage. It was found that the moral damage institute, pleaded in individual cases, is not enough to discourage the suppliers, as it ensures low minimal indemnity quantum to the victims when compared to the profitability that the repetitive abusive practices yield to the suppliers. This is due to the predominance of the compensatory purpose traditional purpose of the Civil liability. Thus, it was found that the social damage and the collective moral damage are means to discourage the recurrence of suppliers in wrongdoings towards the collectivity, as they possess punitive and preventive character.

Keywords: Moral damage. Social damage. Punitive purpose. Preventive purpose.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A SOCIEDADE DE CONSUMO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	12
2.1	A relação de consumo e os seus elementos	13
2.2	Das práticas abusivas.....	16
3	DO DANO MORAL.....	19
3.1	O dano moral no direito do consumidor	23
3.2	As funções da responsabilidade civil	25
4	DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	31
4.1	A função punitiva dos danos morais e o dano social.....	35
4.2	O dano moral e a sua quantificação	40
4.3	O dano social no direito do consumidor.....	44
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A massificação das relações de consumo na sociedade pós-moderna impulsionou que os Estados nacionais passassem a tutelar os riscos trazidos por esse novo paradigma de mercado. Foi com o advento das revoluções industriais e técnico-científicas que as relações de consumo evoluíram do escambo e transações unitárias para a massificação da produção e comercialização. Nesse contexto de maior expansão mercadológica e dinamismo nas vendas que os fornecedores passaram a se impor no mercado de consumo, ocasionando práticas abusivas frente a coletividade de consumidores vulneráveis.

Perante esse panorama os Estados Nacionais, assim como o Brasil, se mobilizaram em defesa dos consumidores, legislando sistemas de defesa do consumidor. O presente trabalho de conclusão de curso busca estudar de que forma o sistema jurídico brasileiro tem se posicionado, no âmbito da responsabilidade civil, a tutelar a coletividade, quanto consumidora, perante as práticas abusivas reiteradas cometidas pelos grandes fornecedores no mercado de consumo.

É notório que fornecedores vêm cometendo práticas abusivas deliberadamente contra a coletividade, por proporcionar grande margem de lucro em seus empreendimentos. Verificam por meio de cálculos matemáticos, que os ganhos com as práticas ilícitas, contra a globalidade de consumidores, são superiores as eventuais indenizações por danos morais e materiais que venham a pagar em processos no Judiciário.

Portanto, objetiva-se verificar se a responsabilidade civil brasileira dispõe de instrumentos aptos a desestimular que grandes fornecedores ajam deliberadamente cometendo ilícitos contra a coletividade e conseqüentemente diminuindo a sua qualidade de vida.

Para alcançar esse objetivo a pesquisa foi dividida em três capítulos: O primeiro capítulo articula acerca da contextualização de criação do Código de Defesa do Consumidor no Brasil; demonstra quais os elementos necessários para a configuração das relações consumeristas; e identifica práticas abusivas cometidas pelos fornecedores contra os consumidores. Tal capítulo possui grande importância, pois delimita quais situações são classificadas como relação de consumo, além de pormenorizar os seus elementos, como as figuradas de consumidor, coletividade e fornecedor.

O segundo capítulo inicia o estudo do dano moral, resgatando a conceituação do instituto, a atuação do dano moral no direito do consumidor e as funções da responsabilidade civil, afim de possibilitar a investigação da maneira a qual o dano moral vem sendo aplicado de modo a desestimular que fornecedores ajam cometendo ilícitos deliberadamente contra a coletividade.

O terceiro capítulo dispõe a respeito dos critérios utilizados para determinação dos montantes indenizatórios no direito do consumidor, englobando o estudo dos critérios para a quantificação dos danos morais. E apresenta o instituto do dano social, as suas funções punitiva e preventiva e o seu papel no direito do consumidor.

O aprofundamento do estudo das funções da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro e do instituto do dano social ocupa posição de destaque visto a importância das funções punitiva e preventiva para a dissuasão da reiteração de ilícitos pelos grandes fornecedores.

A presente monografia é uma pesquisa exploratória, na qual utilizou análise bibliográfica, legal e jurisprudencial qualitativa, interpretando-se os dados coletados através do método dedutivo.

Inicialmente, com respaldo nas doutrinas de Sérgio Cavalieri Filho (2014) e Bruno Miragem (2014) foi traçada a contextualização histórica da massificação das relações de consumo, demonstrando o surgimento dos contratos de adesão e os movimentos consumeristas que deram aporte para a criação do microsistema de defesa do consumidor no Brasil. Sylvio Capanema de Souza, José Guilherme V. Werner e Tiago F. Cardoso Neves (2018), Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2018) e Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018) contribuíram com os ensinamentos sobre as práticas abusivas expostas no Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Em seguida, passou-se a investigar o papel do dano moral como instrumento de defesa da coletividade. Quanto a difícil conceituação do instituto do dano moral utilizou-se as doutrinas de Pablo Stolze Gagliano e Rofolfo Pamplona Filho (2018), Héctor Valverde Santana (2014), Maria Celina Bodin de Moraes (2007) e Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018). Além de buscar esclarecimentos nas fontes primárias de conhecimento jurídico, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, foram consultados enunciados de Jornadas Jurídicas de Direito Civil e Informativos do Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere ao desenvolvimento do tema do dano moral no Código de Defesa do Consumidor o doutrinador Héctor Valverde (2014) esclarece que tal instituto é fonte de responsabilização objetiva, assim como as espécies do fato do produto e serviço e do vício do produto e serviço, entretanto o dano moral trata-se de espécie autônoma.

Nelson Rosenvald (2014) e André Gustavo de Corrêa de Andrade (2006) ofereceram suporte para o desenvolvimento do tema das funções da responsabilidade civil, acrescentando a função tradicional compensatória, as funções punitiva, precaucional e preventiva. Que são

essenciais para a dissuasão dos grandes fornecedores no cometimento de práticas abusivas reiteradas.

Mariana Pargendler (2003), Flávio Tartuce (2018), Caio Mario da Silva Pereira (2016) e Sérgio Cavalieri Filho (2018) colaboraram oferecendo conhecimento acerca das correntes existentes na doutrina sobre as funções da indenização por danos morais. Percebeu-se que a corrente majoritária na atualidade é a corrente mista, que defende que a indenização por danos morais cumpre o papel compensatório e punitivo.

Entretanto, de acordo com resultado extraído do Projeto Pensando o Direito nº 37 (2010) e o entendimento do doutrinador André Gustavo Corrêa de Andrade (2006) sobre os critérios utilizados para a quantificação do dano moral, percebe-se que a utilização de critérios compensatórios e punitivos em um mesmo instituto é insuficiente para cumprir com a real função punitiva capaz de desestimular o cometimento de ilícitos pelos fornecedores no mercado de consumo.

Deste modo, iniciou-se a investigação da efetividade do instituto do dano social, criado por Antônio Junqueira de Azevedo (2010), como ferramenta apta a tutelar os consumidores das práticas abusivas, que diminuem globalmente a qualidade de vida da coletividade, visto atuar com finalidade essencialmente punitiva e preventiva. Nessa investigação foi utilizado principalmente a análise de julgados que reconheceram o instituto e delimitaram a sua forma de atuação.

Devido ao reconhecimento do dano social como espécie de ação coletiva pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Reclamação com qualidade de representativa de controvérsia de nº 12.062, e pelo Enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, se fez necessário traçar o paralelo entre o dano social e o dano moral coletivo, que nessas condições apresentam similitudes.

Leonardo Roscoe Bessa (2007) e Xisto Tiago Medeiros Neto (2007) acresceram com a conceituação e reconhecimento das finalidades do dano moral coletivo. E por sua vez Flávio Tartuce (2018) propõe a diferença existentes entre os institutos.

Em face à trajetória percorrida e de maneira sucinta, percebeu-se que o instituto do dano social é instrumento apto a defender a coletividade de práticas abusivas cometidas pelos fornecedores no mercado de consumo.

Tem-se que a utilização do instituto tradicional do dano moral em demandas individuais não é apto a desestimular que grandes fornecedores deixem de cometer práticas abusivas contra a coletividade, visto que o quantum indenizatório estipulado nessa espécie é baixo quando comparado a lucratividade que o ilícito reiterado aufere.

Assim, as funções punitiva e preventiva são essenciais para dar efetividade aos institutos do dano social e do dano moral coletivo, visto impedir que os fornecedores por meio de cálculos matemáticos percebam que a reiteração do ilícito compensa financeiramente.

2 A SOCIEDADE DE CONSUMO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Desde o advento da Primeira Revolução Industrial a humanidade já realizou feitos inimagináveis, utilizou a fissão nuclear com finalidades pacíficas e militares; enviou satélites para o espaço; foi capaz de conectar os mercados do mundo com a rapidez de um clique de tecla na rede mundial de computadores, movimentando desta forma bilhões de dólares; utilizou a engenharia genética para otimizar a produção de alimentos com o desenvolvimento dos transgêneros e na seara médica desenvolveu a cura de doenças que antigamente eram consideradas incuráveis e ainda possibilitou a comunicação instantânea de pessoas que se encontram em extremos do mundo. (CAVALIERI FILHO, 2014)

Sérgio Cavalieri Filho (2014) aponta que feitos como esses, apenas são exemplos das consequências das revoluções tecnológicas e científicas do século XX, que transformaram de maneira profunda as relações sociais, políticas e econômicas no mundo contemporâneo.

As Revoluções Industriais e Tecnico-científica impulsionaram a produção em massa de bens, possibilitando que grande parte da população tenha acesso aos bens essenciais e também aos supérfluos. Entretanto, paradoxalmente, os riscos de desenvolvimento e riscos à saúde e segurança da coletividade aumentaram, já que os estoques de bens produzidos alcançam milhares de consumidores simultaneamente.

Com os excedentes de produção de bens e a ampliação de transações comerciais mais rápidas e acessíveis, os fornecedores passaram impor contratos de adesão aos consumidores, que são aqueles em que os polos da relação não possuem a oportunidade de negociar as cláusulas contratuais, estas são impostas unilateralmente pelo fornecedor, já que ele possui o conhecimento técnico e superioridade econômica frente ao consumidor.

Bruno Miragem (2014) acrescenta a respeito do surgimento dos contratos de adesão:

“[...] o crescimento das empresas e a adoção de estruturas cada vez mais complexas de decisão pelas grandes corporações, terminam por dar causa a que, por parte destas, passe a existir a necessidade de uniformização dos contratos celebrados, facilitando seu planejamento, e mesmo a obtenção de maiores vantagens. Nasce aí, a figura das *condições gerais dos contratos* e dos *contratos de adesão*, que restringem a vontade de um dos contratantes apenas à decisão de celebrar ou não o ajuste, mas sem nenhuma relevância para a definição do conteúdo.” (MIRAGEM, 2014, p. 41)

E foi neste contexto de transformação das relações mercantis que o Direito Civil com ideário liberal individualista se tornou insuficiente para tutelar as novas problemáticas trazidas pelos contratos de adesão em massa. Assim se fez necessário a criação dos Novos Direitos, que

buscam tutelar os interesses dos cidadãos e coletividade atingidos pela nova dinâmica econômica, social e comercial, como o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor.

Sergio Cavalieri Filho (2014) aduz que o movimento consumerista no Brasil iniciou nos primórdios de 1970 com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para a defesa do consumidor. Entretanto a população brasileira só veio a despertar para a importância do direito do consumidor na segunda metade da década de 1980 com a plano Cruzado e os problemas econômicos trazidos por ele. E foi apenas com a Constituição de 1988 (CF/88) que o Estado foi incumbido de promover a defesa do consumidor, inclusive no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais e Transitória (ADCT) estabeleceu prazo de cento e vinte dias para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A Constituição Cidadã de 1988, atenta aos movimentos consumeristas mundiais e nacionais, trouxe a defesa do consumidor como direito fundamental, em seu art. 5º, inciso XXXII¹ e como princípio da ordem econômica, em seu art. 170, inciso V², elevando o patamar de importância dada a figura do consumidor no Brasil.

Promulgado em 11 de Setembro de 1990 o Código de Defesa Consumidor possui o objetivo de implantar a Política Nacional de Consumo no Brasil, o objetivo desta política está expresso no art. 4º do CDC e trata-se do:

Atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. (BRASIL, 1990)

2.1 A relação de consumo e os seus elementos

O âmbito de aplicação do CDC é determinado com a identificação da relação de consumo, entretanto por opção legislativa o conceito de “relação de consumo” não foi inserido na lei, mas apenas os seus elementos: os sujeitos: consumidor e fornecedor e o objeto: produto e serviço. Portanto para a aplicação do microsistema do Código de Defesa do Consumidor no

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

caso concreto é necessário a existência da relação de consumo, verificada por meio dos sujeitos consumidor e fornecedor nos polos da relação jurídica e do objeto, que se trata do produto ou do serviço negociado.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu artigo 2º caput, o conceito de consumidor, trata-se de “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, 1990). Percebe-se que o legislador não fez distinção entre as pessoas naturais ou jurídicas como consumidoras, entretanto especificou que elas devem ser destinatárias finais do bem ou serviço. Bruno Miragem (2016) ensina que a expressão “destinatário final” pode gerar várias interpretações, entretanto entende que o termo deve ser interpretado de modo a identificar o consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço. Em suas palavras:

Todavia, ainda se pode considerar como destinatário final quem não apenas retira o produto ou serviço do mercado de consumo, mas que ao fazê-lo exaure também sua vida econômica. Ou seja, não apenas o retira do mercado como também não volta a reempregá-lo, tornando-se por isso o destinatário fático e econômico do produto ou serviço em questão. Neste último caso, é destinatário final por ter praticado ato de consumo e não pela aquisição de insumos que posteriormente reempregará na atividade no mercado, transformando-os em outros produtos ou aproveitando-os no oferecimento de algum outro serviço. A definição da expressão destinatário final e, por consequência a definição de consumidor admite, portanto, diversas interpretações. Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço. (MIRAGEM, 2016, p.157)

O legislador com o intuito de ampliar a incidência das normas protetivas do CDC criou a figura dos consumidores equiparados, que são aqueles enquadrados nos artigos 2º parágrafo único, artigo 17 e artigo 29 do CDC. O art. 2º, parágrafo único disciplina que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (BRASIL, 1990). Nesse caso a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, tornasse consumidoras pelo simples fato de estarem submetidas as práticas dos fornecedores no mercado de consumo. Não é necessário que elas atuem positivamente adquirindo ou utilizando bens e serviços. A finalidade dessa norma é tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por sua vez o artigo 17 do CDC dispõe: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” (BRASIL,1990). A seção em que esse artigo está

inserido é a que trata da responsabilidade do fato do produto e do serviço, logo as pessoas atingidas por um acidente de consumo, mesmo que não tenham participado diretamente da relação consumerista será equiparada a consumidor para a aplicação da Responsabilidade civil prevista no CDC. A intenção é proteger o cidadão dos acidentes de consumos provocados pelos fatos dos produtos e serviços.

A última modalidade de consumidor equiparado está exposta no artigo 29 do CDC que dispõe: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” (BRASIL, 1990). Os capítulos mencionados versam sobre as práticas comerciais e a proteção contratual. A incidência desta norma, interpretada conjuntamente com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, deve restringir-se as pessoas determináveis ou não que em práticas e contratos comerciais estejam em evidente desequilíbrio técnico e econômico, prejudicando-se de maneira desproporcional. Neste caso o contratante será equiparado ao consumidor para que se restabeleça o equilíbrio da relação com as normas protetivas do CDC.

As três modalidades de consumidores equiparados possuem em comum a característica de não necessariamente precisarem praticar um ato de consumo direto, isto é, adquirir ou utilizar bens ou serviços. Basta que eles estejam expostos as situações descritas no Código, como ser integrante de uma coletividade de pessoas expostas as práticas dos fornecedores, ter sofrido acidente de consumo ou ser destinatário de práticas comerciais e formação contratual desequilibrada.

O outro sujeito da relação de consumo é o fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor o conceitua em seu artigo 3º caput, dispondo:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL, 1990)

Trata-se de um conceito amplo, em que o legislador não distingue a natureza, regime jurídico e nacionalidade do fornecedor. De maneira que o fornecedor pode ser pessoa natural ou jurídica, possuir qualquer nacionalidade, ser de iniciativa privada ou pública e ainda possuir ou não personalidade jurídica. Além disso, o legislador tentou englobar no conceito de fornecedor o maior número possível de ações do processo produtivo, desde a criação até a comercialização dos produtos ou prestação de serviço.

Contudo os conceitos do art. 3º caput e parágrafos do CDC deixaram implícito algumas características do fornecedor, ele deve agir com habitualidade no mercado de consumo, de maneira profissional, possuir um conhecimento especial sobre o produto ou serviço que desenvolve e ser remunerado, isto é, haver uma contraprestação pecuniária pelo produto ou serviço prestado ou oferecer outro tipo de vantagem ao fornecedor.

O objeto da relação de consumo está conceituado nos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do CDC, podendo ser o produto ou o serviço, vejamos:

Art. 3º [...] § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990)

Os conceitos de produto e serviço não trazem grandes controvérsias nos dias atuais, os produtos são bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. Já o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, excetuando as de caráter trabalhista. E percebe-se que o legislador enfatizou que os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária são serviços consumeristas, disciplinados pelo CDC, colocando fim a discussão anteriormente criada pelos bancos.

Visto os elementos subjetivos e objetivos que caracterizam a relação de consumo é possível articular sobre as práticas abusivas cometidas pelos fornecedores e a incidência da responsabilidade civil, do dano moral e do dano social nas relações de consumo.

2.2 Das práticas abusivas

Sérgio Cavalieri Filho (2014, pg.109), elucida que a expressão prática abusiva é indubitavelmente genérica e deve ser interpretada de maneira minuciosa para que não ocorra equívoco, considera que abusivo é “tudo o que afronte a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor, bem assim se relacione à noção de abuso do direito (art. 187, Código Cível c/c art. 7º, caput, CDC)”.

Sylvio Capanema de Souza, José Guilherme V. Werner e Thiago F. Cardoso Neves (2018)³, Rizzato Nunes (2019), assim como Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assunção Neves

³ Nas palavras dos autores: “O alicerce doutrinário do elenco das práticas abusivas, assim como o das cláusulas referidas no artigo 51, é a noção do abuso de direito.” (SOUZA, et al., 2019, p.134)

(2018)⁴, possuem o entendimento similar de que o alicerce doutrinário do elenco de práticas abusivas exposto no CDC é a noção de abuso de direito, conceituada no art. 187 de Código Civil, existindo, portanto, um diálogo entre as fontes do Direito Civil e do Direito do Consumidor.

O art. 187 do Código Civil Brasileiro dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002)

Tal dispositivo equiparou o abuso de direito ao ilícito puro ao dar tratamento equivalente ao art. 186 do CC⁵, ambos gerando o dever de reparar os danos causados, pela força do art. 927 do mesmo diploma legal⁶. Essa norma revolucionou a visualização da responsabilidade civil ao imputar a reparação do dano ao seu gerador independente de culpa, trata-se da cláusula geral de responsabilidade objetiva. Portanto independente do *animus* do agente, ele será obrigado a reparar os danos causados quando exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018) reforçam o entendimento de que o abuso de direito é configurado independente de culpa do agente causador:

Na teoria objetiva da responsabilidade civil, descarta-se a discussão quanto à conduta lícita ou ilícita do causador do dano, sendo bastante como nexo de imputação a existência de uma norma definidora da obrigação objetiva de indenizar ou da constatação pelo magistrado do risco inerente à atividade; por fim, naquilo que agora nos interessa, a análise quanto à configuração da culpa do agente será dispensada nas hipóteses em que constatado um abuso do direito. Em tais situações, bastará a imputação do dano que o agente tenha exercitado um direito – subjetivo ou potestativo – de forma excessiva, frustrando a boa-fé objetiva, os bons costumes ou a função econômico-social para a qual aquela situação jurídica lhe fora concedida. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p.259)

Dessa maneira assim como o abuso de direito, as práticas abusivas do Código de Defesa do Consumidor acontecem sem a verificação da culpa do agente, é necessário averiguar se a

⁴ Os autores tratam como sinônimo os termos práticas abusivas e abuso de direito consumerista, em suas palavras: “Uma das categorias mais importantes para o Direito Privado Contemporâneo é o abuso de direito, conceito que consta tanto do Código Civil de 2002 quanto do Código de Defesa do Consumidor, o que possibilita, mais uma vez, uma interessante interação entre as normas, em *diálogo das fontes*. Como lei central do Direito Privado, o CC/2002 traz no seu art. 187 o conceito de abuso de direito, que serve perfeitamente para o Direito do Consumidor” (TARTUCE; NEVES, 2018, p.484)

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

sua conduta se deu ultrapassando os limites traçados pela boa fé, bons costumes e pelo fim econômico ou social da atividade praticada.

De modo a sintetizar todo o exposto, Sergio Cavalieri Filho (2018) conceitua práticas abusivas;

De maneira concisa, práticas abusivas são ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. São práticas que, no exercício da atividade empresarial, excedem os limites dos bons costumes comerciais e, principalmente, da boa-fé, pelo que caracterizam o abuso do direito, considerado ilícito pelo art. 187 do Código Civil. Por isso são proibidas. (CAVALIERI FILHO, 2018, p.159)

O legislador optou por trazer no Código de Defesa do Consumidor um rol exemplificativo de práticas abusivas, em seu artigo 39. Vejamos alguns exemplos: i) prática da venda casada; ii) recusa de atendimento a demanda do consumidor, na exata medida de suas disponibilidades em estoque; iii) fornecimento de produtos ou serviços não solicitados; iv) executar serviços sem orçamento prévio e sem autorização; v) exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; vi) aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido vii) elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

As práticas abusivas podem ocorrer em momento pré contratual, contratual ou pós contratual. A prática abusiva pré contratual ocorre antes do consumidor e do fornecedor firmarem o contrato de consumo, exemplo dessa prática é a situação em que o fornecedor se recusa a vender o bem ou serviço a quem se disponha a adquiri-lo mediante pronto pagamento. Já a prática abusiva contratual ocorre quando a abusividade está explícita ou implícita nas cláusulas contratuais do contrato de consumo. Exemplos dessa situação estão dispostos no art. 51 do CDC, que consideram nulas de pleno direito as cláusulas abusivas. E por fim a prática abusiva pós contratual ocorre mediante uma ação do fornecedor devido a um ato de consumo preexistente com o consumidor. Um exemplo de prática abusiva pós contratual é a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito.

Depreendesse com todo o exposto que as práticas abusivas expressas no CDC são exemplos do abuso do direito cometidos pelo fornecedor frente ao consumidor, concernindo em conduta repugnada pelo direito, que como forma de proteção do consumidor e prevenção dos ilícitos imputa ao fornecedor a reparação do dano gerado.

3 DO DANO MORAL

A Constituição de 1988 em seu art. 5º, incisos V e X⁷ (BRASIL, 1988), admitiu definitivamente a ressarcibilidade do dano moral, colocando fim as divergências doutrinárias existentes sobre a possibilidade de indenizar-se o dano moral puro.

Apesar da CF/88 reconhecer a existência do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, a definição e o balizamento sobre a quantificação de tal dano não foi explícito em lei, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência delimitar seus contornos, o que tem sido feito nos últimos 31 anos.

Com o alargamento das demandas envolvendo danos extrapatrimoniais os tribunais firmaram o entendimento de que o dano moral se configura com “dor, vexame, sofrimento e humilhação” experimentada pela pessoa lesada.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018) (2018) criticam esse entendimento:

Ocorre que o dano moral nada tem que ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamentos. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 360)

Explicam que o dano moral, a dor e outras sensações desagradáveis são confundidas frequentemente, pois são sintomas e causa. Isso quer dizer que, a dor, a mágoa, o sofrimento e a humilhação são apenas os sentimentos causados pelo dano moral. A dor sentida por uma vítima do dano moral pode ser mais ou menos profunda do que a dor sentida por outra pessoa que passou pela mesma situação de dano. Os seres humanos possuem sentimentos subjetivos, sendo mais ou menos sensíveis de acordo com as suas vivências. Portanto não é possível que os juízes indenizem ou não vítimas do dano moral avaliando a quantidade de dor, sofrimento ou humilhação sentidas por elas, já que as pessoas são diferentes nas suas subjetividades.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Uniforme ao entendimento doutrinário exposto, o enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil fixou “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.”

Outra definição construída sob os alicerces do art. 5º, inciso X da CF/88 e art. 11 do Código Civil⁸, trata-se do dano moral como lesão ao direito de personalidade. O Texto constitucional, traz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2002)

Dessa forma, é devido indenização por danos morais pelo agente que violar direitos da personalidade como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa.

Utilizando dessa construção Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) definem o dano moral:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.114)

Héctor Valverde Santana (2014) por sua vez, define:

Define-se dano moral como a privação ou lesão de direito da personalidade, independente de repercussão patrimonial, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica. (SANTANA, 2014, p. 133)

Percebe-se que ambos doutrinadores conceituam o dano moral como lesão ao direito da personalidade, o qual não possui conteúdo pecuniário. A opção por frisar a característica de não possuir repercussão patrimonial se dá justamente para afastar da análise indenizatória do dano moral qualquer reflexo patrimonial, distanciando o dano moral do dano material.

Héctor Valverde Santana acrescenta em sua conceituação a necessária diferenciação entre o dano moral e o mero aborrecimento. Este trata-se de dissabores causados pelo convívio

⁸ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

em sociedade, situações corriqueiras do cotidiano que apesar de gerar alteração de ânimos e tranquilidade não são consideradas lesão a personalidade.

Vislumbrando outra concepção de dano moral Maria Celina Bodin de Moraes (2007) utiliza para construção de sua definição a metodologia “civil-constitucional”, a qual defende a unidade do ordenamento jurídico, de maneira a irradiar regras e princípios constitucionais em relações intersubjetivas de Direito Civil. A Constituição de 1988 transportou para o centro do ordenamento jurídico a tutela à pessoa humana e sua dignidade, portanto a responsabilidade civil, assim como o dano moral deve se ocupar em proteger a pessoa humana e sua dignidade.

A autora (2007, p.182) afirma que o objetivo do dano moral é “oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado.”

Nesse contexto, define o dano moral como sendo lesão à dignidade humana, que por sua vez possui como substrato material quatro princípios jurídicos fundamentais, são eles a igualdade, vedando toda e qualquer discriminação decorrente da qualidade da pessoa, a liberdade que assegura a autonomia ética à pessoa, a integridade psicofísica e a solidariedade.

Em suas palavras:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes a dignidade humana- dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. (MORAES, 2007, p. 327)

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, se posicionou de modo a acrescentar ao estudo do dano moral no Brasil, por meio do Informativo n. 0513, no sentido de conceituar o dano moral como lesão a dignidade da pessoa humana, vejamos:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO *IN RE IPSA*. Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta. (BRASIL, REsp. 1.292.141/SP, 201).

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018, p. 365) conceituam o do dano moral como sendo “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”. Eles entendem que o dano moral não deve ser abstratamente conceituado como lesão a dignidade da pessoa humana, pois para o pleno sentido e operacionalidade desse princípio democrático de direito, com certo grau de segurança jurídica, é necessário à sua inserção no caso concreto.

Afirmam que o dano moral deve ser verificado no caso concreto utilizando a técnica de ponderação e a regra de proporcionalidade dos interesses contrapostos.

Em suas palavras:

Esse exame objetivo do fato, na ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o interesse supostamente lesado, é que selecionará o interesse existencial concretamente merecedor de tutela e evidenciará se, de fato, trata-se de dano injusto (e reparável) ou de um dano justificado à luz do dimensionamento da colisão dos bens jurídicos na concretude do caso. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 365)

Com isso eles não querem dizer que apenas lesões gravíssimas a interesses existenciais serão compensadas, visto que toda ofensa a um bem jurídico da personalidade ou a uma situação existencial é grave. Apenas afirmam que o magistrado frente ao caso concreto será responsável por averiguar se ocorreu ofensa a um interesse existencial do indivíduo, configurando com isso o dano moral.

Em consonância com o entendimento exposto foi aprovado o Enunciado nº 274 na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça que estabelece:

Enunciado nº 274 – Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Assim, percebe-se que a definição de dano moral na doutrina e jurisprudência ainda não é uníssona, sendo aplicada nos tribunais de maneira despadrãozada, como expos a docente Thaís Seco em Palestra ministrada na Universidade Federal de Lavras no ano de 2017, o dano moral vem sendo aplicado de três maneiras: como dor, vexame, sofrimento e humilhação, como lesão ao direito de personalidade e como lesão a dignidade da pessoa humana. (SECO, 2017).

Apesar das divergências conceituais do dano moral é visível que a doutrina, assim como a jurisprudência, tem evoluído no sentido de usá-lo como forma de proteção ampla e irrestrita

a dignidade da pessoa humana em todas as dimensões de sua personalidade, abandonando a proteção exclusivamente patrimonial, e perseguindo justas decisões que coadunam com o fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, CF/88)⁹

3.1 O dano moral no direito do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, incisos VI e VII estabelece o direito do consumidor a reparação dos danos morais nas relações de consumo, tais dispositivos possuem harmonia com o princípio da compensação do dano moral consagrado no art. 5º, incisos V e X da CF/88, assim como o fundamento do Estado Democrático de Direito de tutela da dignidade da pessoa humana. No plano infraconstitucional os direitos da personalidade dispostos nos artigos 11 a 21 do CC, também são fundamentos para a proteção jurídica dos interesses imateriais dos consumidores.

Explica Héctor Valverde Santana (2014) que com vistas a tutelar os interesses do sujeito vulnerável no mercado de consumo, o legislador optou pela responsabilidade civil objetiva do fornecedor frente aos danos gerados aos consumidores, aplicando a teoria do risco da atividade. Os artigos 12, caput¹⁰ e 14, caput¹¹, ambos do CDC, dispõem que o fornecedor responde pelo fato do produto e serviço, independentemente da existência de culpa. O dano moral no Código de Defesa do Consumidor segue a mesma natureza de responsabilidade objetiva. Em suas palavras:

Assentada a natureza objetiva da responsabilidade civil por danos materiais na relação de consumo, excepcionado o caso do profissional liberal, tem-se que a aferição do dano moral também segue a mesma regra geral do Código de Defesa do Consumidor. A teoria do risco da atividade ou do negócio desenvolvido pelo fornecedor informa igualmente o tema do dano moral, que, por conseguinte, configura-se independentemente da existência de dolo ou culpa da conduta do fornecedor responsável pela violação dos direitos da personalidade do consumidor. (SANTANA, 2014, p.100)

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ou seja, para a configuração da responsabilidade civil por danos materiais, o qual é dividido em fato do produto e serviço e vício do produto e serviço, e por danos morais não são necessárias as análises de dolo ou culpa do fornecedor, somente verificando o dano e o nexo causal entre a conduta comissiva ou omissiva.

O renomado autor (2014), aponta que o dano moral no direito do consumidor trata-se de categoria autônoma, não devendo apontá-lo como espécie do fato do produto e do serviço. Eis que é possível que a conduta ilícita do fornecedor atinja aspectos da dignidade do consumidor causando dano moral puro, independente de perda material. E é igualmente possível que a conduta ilícita do fornecedor atinja apenas o patrimônio material do consumidor, não configurando dano moral. Por fim, também é possível que a conduta antijurídica do fornecedor cause um fato do produto ou serviço ou vício do produto ou serviço e também atinja algum atributo da sua dignidade, causando ao mesmo tempo dano material e dano moral.

Mister se faz apontar que o Código de Defesa do Consumidor ao tutelar o dano moral, o fez protegendo não apenas o consumidor individual, mas toda a coletividade. Vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; (BRASIL, 1990)

Héctor Valverde Santana (2014) lembra que a princípio a categoria do dano moral coletivo foi repudiada, visto que apenas o ser humano era capaz de sofrer alteração anímica em virtude de lesão a direitos imateriais. Além disso, argumentava-se que a coletividade não é um sujeito de direito, portanto não possui capacidade para assumir direitos e deveres. A resistência ao dano moral coletivo somente veio a ceder em virtude de o reconhecimento da possibilidade de a pessoa jurídica, ente criado por lei, sofrer dano moral, eis que ela possui a titularidade dos direitos imateriais do nome e reputação (Súmula 227 do STJ :A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.)

Ainda não merece resistência a reparabilidade do dano moral coletivo, visto que a própria Constituição Federal de 1988 reconhece, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a existência dos direitos transindividuais.

Anderson Schreiber (2015) constata, com relação ao reconhecimento do dano moral coletivo:

Com efeito, o tecido normativo brasileiro não parece deixar qualquer dúvida no tocante ao reconhecimento de tutela a interesses supraindividuais, que, uma vez lesados, resultam em danos coletivos ou difusos, que podem assumir conotação patrimonial ou moral. (SCHREIBER, 2015, p. 90)

No tocante a sua operabilidade o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82 estipulou taxativamente os legitimados para ajuizar ação coletiva, são eles: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses do consumidor e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos do consumidor.

Com o êxito da demanda de danos morais coletivos, que cuidou da proteção de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a indenização é revertida para o fundo criado pelo art. 13 da Lei 7.347/1985.

Percebe-se que o microsistema do Código de Defesa do Consumidor amparou a dignidade do consumidor standard e equiparado, inserido no mercado de produtos e serviços, protegendo, principalmente, a sua vida, segurança, liberdade, intimidade, respeito e honra.

3.2 As funções da responsabilidade civil

De maneira sucinta Nelson Rosenthal (2014) expõe a evolução do significado da palavra responsabilizar no contexto do instituto da responsabilidade civil brasileira:

“Responsabilizar” já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, “responsabilizar” se converteu em reparação de danos. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos. (ROSENTHAL, 2014, p. 18)

Demonstra que “responsabilizar” a princípio estava atrelado a culpa do agente, aquele que com culpa causasse dano a outrem ficaria obrigado a reparar. Com o advento da massificação das relações de consumo, na pós modernidade, surgiu a teoria do risco, apta a tutelar de maneira mais ampla a propriedade e dignidade das vítimas dos danos, nessa perspectiva parou-se de questionar a culpa do agente agressor para garantir a reparação integral aos danos causados as vítimas.

Apesar da responsabilidade civil objetiva possibilitar que as vítimas vulneráveis aos danos sejam integralmente ressarcidas sem a necessidade de provar o *animus* do agente, a teoria

objetiva passou a ignorar a culpa ou dolo do agressor, importando-se apenas em possibilitar que a vítima volte ao *status quo ante* ou seja ao menos compensada pelos danos extrapatrimoniais. Desde modo foi criado o mercado de seguradora de danos. As seguradoras passaram a ressarcir os danos causados pelos agentes agressores diretamente às vítimas. Nessa situação aparentemente perfeita, as vítimas ficam satisfeitas por receberem as indenizações de maneira rápida e os agentes também ficam satisfeitos por não lidarem com os danos causados diretamente e possuem um planejamento financeiro destinado aos danos eventuais. Porém, o autor (2014) aponta que responsabilidade objetiva de cunho predominantemente compensatório não possui poder preventivo ou punitivo para que os agentes causadores de danos se abstenham de agir de modo ilícito.

Desta maneira, aponta a necessidade de se inserir no conceito de “responsabilizar”, não apenas a finalidade compensatória da indenização, mas também a finalidade de prevenção de ilícitos.

Vale pontuar que o Código Civil de 2002 trouxe as duas teorias da responsabilidade civil, a objetiva, que não se discute a culpa ou dolo do agente, sendo necessário para configuração a sua conduta comissiva ou omissiva, onexo causal e o dano, e a teoria subjetiva, que por sua vez, possui como requisito indispensável a demonstração de culpa do agressor, além dos outros requisitos pontuados na teoria objetiva. Já o Código de Defesa do Consumidor com a finalidade de dar maior proteção à parte vulnerável nas relações consumeristas optou pela responsabilidade objetiva, excetuado aos casos dos profissionais liberais, como visto no tópico anterior.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018) discorrem a acerca da multifuncionalidade da responsabilidade civil:

Creemos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI, a conjunção dessas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 68)

Os autores (2018) explicam que a função preventiva possui grande abertura semântica, podendo decorrer das outras três funções da responsabilidade civil ou se manifestar de maneira autônoma.

Para a finalidade desse trabalho iremos nos ater as funções reparatória, punitiva e preventiva. Ainda vale apontar que a divisão de funções proposta não é unânime da doutrina,

possuído autores mais conservadores que defendem a responsabilidade civil com a finalidade apenas reparatória, a título de exemplo: Paulo Nader (2015), Maria Celina Bodin de Moraes (2007) e Sergio Cavaliere Filho (2018).

A função reparatória da responsabilidade civil é a função clássica do instituto, que não enfrenta controvérsias na doutrina. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) ensinam que a finalidade reparatória se trata de fazer com que a vítima do dano volte ao *status quo ante*, com a reposição do bem perdido diretamente, ou quando não for possível tal circunstância, o pagamento do valor proporcional ao dano sofrido ou a compensação do dano não redutível pecuniariamente.

A função reparatória é verificada no art. 944 do Código Civil, que disciplina “A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002). No caso de dano material será verificado o dano emergente, que equivale ao valor que a vítima perdeu em consequência do evento danoso e os lucros cessantes, que consiste ao o que a vítima deixou de ganhar devido ao dano. A verificação do quantum indenizatório a título de lucros cessantes deve ser concreta e provada, não ressarcindo mera promessa de ganho futuro.

Já com relação aos danos morais o *quantum* indenizatório terá caráter compensatório da situação de lesão a dignidade da pessoa, trata-se de valor de difícil constatação que comporta diversos critérios para a sua apuração, o que veremos a frente. O valor indenizatório dos danos morais não pretende que a vítima volte ao estado anterior, mas intenciona proporcionar momentos de felicidade, de modo a minimizar a dor sofrida.

Nelson Rosenvald(2014) citando Salvatore Mazzamuto e Carlo Castronovo identifica dentro da função reparatória três formas de tutela: a restitutória, a ressarcitória e a satisfativa:

(a) restitutória – volta-se a reconstituir as condições em que se encontrava o titular do interesse antes da violação, como exigência de uma repristinação ao status quo ante. Por objetivar a restauração de uma situação atingida por uma lesão, apresenta uma vocação de satisfação *in natura*; (b) ressarcitória – objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido. Essa tutela poderá possuir caráter subsidiário em relação à restitutória, onde está não seja viável, ou mesmo se colocar em relação de complementaridade, quando a restauração da situação originária não elimine por completo o desequilíbrio econômico sofrido pela vítima; (c) satisfativa – a tutela civil pode não se voltar à restauração de uma dada estrutura de interesses – seja pela via restitutória ou ressarcitória –, mas sobremaneira à satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que restou não atuada, ou defeituosamente atuada (v. g., uma prestação negocial). Nesse caso, a tutela é satisfativa, uma resposta solidarista ao modelo liberal-individualista da incoercibilidade das obrigações de fazer. (MAZZUMUTO; CASTRONOVO apud ROSENDALD, 2014 p. 85)

Percebe-se que a indenização reparatória pode acontecer *in natura* na forma de uma obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa, de modo que a vítima volte a sua situação anterior ao dano, podendo ser somada a uma quantia em dinheiro para restabelecer o equilíbrio econômico.

Uma das críticas feitas por Nelson Rosenvald (2014) sobre o monopólio da função reparatória é que ela somente vem atuar depois da concretização do dano para reestabelecer o equilíbrio entre as partes. Sustenta que a codificação da responsabilidade civil aparenta neutralidade, entretanto possui a conotação ideológica do *laissez-faire*, em que o aparato jurídico aceita passivamente a auto gerencia do mercado e somente vem atuar nos momentos patológicos.

A função punitiva se fez necessária entre a transição do estado liberal para o estado constitucional, o qual ampliou a tutela dos direitos fundamentais da pessoa, assim como dos consumidores, trabalhadores e de toda a coletividade.

Nesse panorama a indenização reparatória se tornou insuficiente para desestimular os grandes fornecedores a se absterem de cometer ilícitos no mercado de produtos e serviços, visto que o quantum indenizatório é modesto frente ao lucro que a reiteração dos ilícitos proporciona.

André Gustavo Corrêa de Andrade (2006) ensina a respeito do objetivo da função punitiva:

A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, senão pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um preço, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar direito alheio. (ANDRADE, 2006, p.156)

Nelson Rosenvald (2014) propõe que a função punitiva na responsabilidade civil deve ser imposta por meio de pena civil ao ofensor como forma de desestímulo dos comportamentos reprováveis. Para ele a pena civil deveria possuir autonomia das indenizações reparatórias, e somente surgiria em casos de dolo ou culpa grave do agente causador do dano. Por se tratar de indenização autônoma não conflitaria com a teoria objetiva da responsabilidade civil, já que está é empregada para imputar a indenização reparatória e compensatória. Ele constata que a implementação da pena civil, nos moldes que ele propõe, carece de atividade legislativa, entretanto ele aponta que a jurisprudência vem admitindo um plus indenizatório com função punitiva embutida no dano moral. Em suas palavras:

Na falta de normas específicas para alicerçar a pena civil, nossos magistrados -por muitas vezes conhecedores desta umbilical relação da sanção punitiva com a reserva legal- deliberarão pela atécnica opção de introjetar a função de desestímulo no interno do dano moral, mesmo que cientes do equívoco metodológico da escolha. Pelo menos dessa forma, alcançam, por vias transversas, a finalidade preventiva da pena civil. Daí a profusão de "criativas" decisões que acrescem à reparação de danos uma função pedagógica ou inibitória que defere um plusvalor à condenação (ROSEVALD, 2014, p. 242)

Percebe-se que a atuação dos magistrados está voltada a dar efetividade a responsabilidade civil nos dias atuais, mesmo carecendo de legislação específica. A responsabilidade civil é matéria altamente mutável, pois deve ser capaz de manter a paz social e dar respostas efetivas aos ilícitos que acontecem diariamente na sociedade, portanto os juízes vêm fundamentando suas decisões em princípios e cláusulas gerais, de modo a suprir a lacuna legislativa infraconstitucional. No tópico 3.1 veremos de que forma o dano moral vem aplicando a função punitiva da responsabilidade civil.

A função preventiva realiza-se em conjunto com as funções reparatória, punitiva e precaucional. Uma mera indenização reparatória ou compensatória por danos materiais ou morais inibirá o agente causador do dano a reincidir no ilícito, eis que aprendeu que a conduta reprovável trará consequências negativas financeiramente. A capacidade pedagógica da indenização é acentuada com a utilização da pena civil, visto que a perda patrimonial à título de indenização superará o ganho com a atividade ilícita. Percebe-se que a função punitiva amplia a força da função preventiva, pois faz com que os agentes econômicos, utilizando de cálculos matemáticos, percebam que as condutas ilícitas contra a coletividade não serão lucrativas.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2018) afirmam que não se deve reduzir o sistema de responsabilidade civil a apenas uma função, dado que todas são complementares:

Cada uma das funções da responsabilidade civil persegue uma necessidade de segurança. Pode-se dizer que a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de “certeza” do direito como uma importante garantia de uma compensação. A outro turno, a segurança, que se prende às funções preventiva e punitiva, é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana. (FARIAS; NETTO; ROSEVALD, 2018, p. 85)

Diante do exposto concordamos que o instituto da responsabilidade civil deve se moldar as necessidades da sociedade pós-moderna, perseguindo a efetividade das indenizações, de modo que elas venham a reparar os danos, tornando as vítimas ao *status quo ante* ou ao menos compensando-as, e punindo os agressores com finalidade pedagógica e inibitória.

4 DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Antes de adentrarmos no quantum indenizatório no direito do consumidor se faz necessário delinear as espécies de danos existentes no sistema consumerista. Héctor Valverde Santana (2014) explica que o Código de Defesa do Consumidor afastou-se da classificação civilista assentada na dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual e codificou classificação diversa mais coerente às relações de consumo.

O diploma legal consumerista subdividiu a responsabilidade civil do fornecedor em fato do produto e serviço e vício do produto e serviço. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2003 apud SANTANA, 2014) discorrendo sobre as diferenças existentes entre as duas espécies de danos, ensina que o fato do produto e serviço tutela a saúde e segurança do consumidor, protegendo a integridade psicofísica do consumidor contra acidentes de consumo. Portanto o fato do produto não engloba todos os produtos e serviços, mas apenas aqueles que provoquem acidentes de consumo.

Já o vício de produtos e serviços assegura exclusivamente o aspecto patrimonial, trata-se de produtos ou serviços que não atendem as expectativas legítimas dos consumidores quanto ao funcionamento do bem ou serviço adquirido. Héctor Valverde Santana (2014, p. 97) explica sobre os vícios de produtos e serviços que “Os produtos e serviços podem apresentar vícios de qualidade por inadequação ou improbidade, bem como por vícios de quantidade, sejam aparentes, de fácil constatação ou ocultos”

Percebe-se que todos os produtos afetados pelo fato do produto também são viciados, pois não funcionam conforme a legítima expectativas dos consumidores e conforme as especificações descritas no próprio produto. Entretanto a recíproca não é verdadeira, um produto com vício não necessariamente sofrerá de fato do produto, visto que não ameaça à integridade do consumidor e dos demais cidadãos próximos.

Como visto alhures, além das espécies de danos materiais descritas o dano moral possui autonomia entre eles. O dano moral pode vir a ocorrer juntamente com o fato do produto e serviço, com o vício do produto e serviço ou de forma autônoma na relação consumerista.

Quanto a reparação de danos pelo fato do produto e serviço elucidada Silvio de Salvo Venosa (2017):

Os danos projetados nos consumidores, decorrentes da atividade do fornecedor de produtos e serviços, devem ser cabalmente indenizados. No nosso sistema foi adotada a responsabilidade objetiva no campo do consumidor, sem que haja limites para a indenização. Ao contrário do que ocorre em outros setores, no campo da indenização aos consumidores não

existe limitação tarifada. Desse modo, por exemplo, medicamento que ocasiona prejuízo à saúde do consumidor ou de grupos de consumidores deve ser cabalmente indenizado, no âmbito da responsabilidade objetiva, abrangendo tanto os danos morais como os danos materiais. (VENOSA, 2017, p.748)

Depreende-se que o dano causado pelo fato do produto será indenizado sem limitação tarifada, sendo calculado o *quantum* indenizatório de acordo com a dimensão dos danos emergentes, lucros cessantes, danos estéticos e danos morais decorrentes da conduta ilícita.

Quanto ao vício do produto e serviço o Código de Defesa do consumidor deu opções de soluções capazes de sanar o vício. Vejamos

Art. 18. 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 a 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

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. (BRASIL, 1990)

Verificado o vício no produto ou serviço o consumidor mandará que o vício seja sanado pelo fornecedor no prazo de 30 dias, caso o fornecedor fique inerte ou o vício não seja sanado de maneira efetiva, o consumidor poderá escolher alternativamente uma das três opções expostas no §1º do art. 18 do CDC : poderá requerer a substituição do produto por outro da mesma espécie, poderá pedir a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada e sem prejuízo de eventuais perdas e danos e ainda poderá pedir o abatimento proporcional do preço de acordo com o tamanho do vício no produto ou serviço adquirido.

Vejamos a apelação civil 1.0105.13.038656-5/002, julgada no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2019, para melhor ilustrar a quantificação dos danos por fato e vício do produto.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - VÍCIO DO PRODUTO E FATO DO PRODUTO - VEÍCULO ZERO QUILOMETRO - DEFEITO NO AIRBAG - ACIONAMENTO INDEVIDO COM O VEÍCULO EM MOVIMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS FABRICANTE E COMERCIANTE PELO VÍCIO DO PRODUTO - DEFEITO NÃO SANADO NO PRAZO DE TRINTA DIAS - RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO DEVIDAMENTE CORRIGIDO - FACULDADE DO CONSUMIDOR - DEDUÇÃO DE VALOR PELO USO

DO BEM - DESCABIMENTO - DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO - ACIDENTE DE CONSUMO SOFRIDO PELO TERCEIRO AUTOR - DANOS MORAIS SUPOSTOS UNICAMENTE PELA FABRICANTE DO BEM - "QUANTUM." I - As empresas que fabricam e comercializam o produto viciado possuem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de indenização na qual se pleiteia reparação moral em decorrência do vício do produto, uma vez que se enquadram no conceito de fornecedora, previsto no art.3º do CDC. II - Diante do insucesso nas tentativas de solução dos vícios junto à concessionária responsável pela venda do bem e pela respectiva assistência técnica, pode o consumidor exigir a restituição do valor pago pelo produto, devidamente atualizado, conforme lhe faculta o art. 18, §1º, do CDC, sem dedução de eventual compensação pelo uso do bem, eis que o veículo permaneceu, sem condições de uso, em poder das requeridas, após a negativa de conserto. III - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito,nexo causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. IV - A venda de veículo zero quilômetro com vício que compromete a segurança que dele se espera, associada à relutância das fornecedoras em solucionar os defeitos no produto, mesmo diante de diversas reclamações do consumidor, configura ato ilícito. V - Extrapola os limites do mero aborrecimento a frustração experimentada pelo consumidor que adquire veículo "zero quilômetro" e não pode fazer pleno uso do mesmo em virtude dos vícios apresentados, configurando dano moral que deve ser indenizado em valor suficiente e adequado para compensação da ofensa suportada pela vítima e para desestimular-se a prática reiterada da conduta lesiva pelo ofensor. VI - Constatado que o terceiro autor foi vítima de acidente de consumo quando da abertura indevida de airbag com o veículo em movimento e sem qualquer colisão, que lhe causou inequívocos danos de ordem moral, imperiosa a condenação da fabricante, devidamente identificada, à reparação dos aludidos danos (fato do produto), na esteira do disposto nos artigos 12 e 13 do CDC. (MINAS GERAIS, ACi 1.0105.13.038656-5/002, 2019)

O presente julgado foi selecionado devido a sua abrangência na matéria de responsabilidade civil do fornecedor, visto que a concessionária e a fabricante de veículos, ora apelantes, foram condenadas a indenizar os consumidores, ora apelados, a quantias referentes a danos pelo fato do produto, danos pelo vício do produto, além de quantia a título de danos morais.

A turma julgadora rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva interposta pela concessionária, deram parcial provimento ao primeiro recurso (da concessionária) e negaram provimento ao segundo recurso (da fabricante).

Foi decidido que as apelantes devolvessem aos apelados, solidariamente, o valor pago para a aquisição do veículo, na quantia de R\$ 36.290,00 reais, reembolsassem aos apelados a quantia gasta com DPVAT, seguro obrigatório e privado, além dos equipamentos instalados no veículo, no valor de R\$ 2.289,13. E por fim ficou mantida a quantia de R\$ 7.000,00 reais a

título de danos morais para cada apelado, entretanto foi reformada a solidariedade, a fabricante pagará a quantia de R\$ 7.000,00 reais ao terceiro apelado sozinha, visto que somente ele sofreu o acidente de consumo com a abertura do airbag, não responsabilizando a concessionária pelo dano moral decorrente do fato do produto.

Percebesse que os critérios para a aferição da indenização pelo fato do produto e vício do produto foram quantificadas de acordo com as perdas patrimoniais concretamente provadas, os consumidores optaram pela restituição da quantia paga pelo veículo e pleitearam ainda os gastos com ele no decorrer dos meses em que ficou parado impróprio para uso.

Os danos morais das primeiras duas apeladas foram indenizados pelos transtornos que o vício no veículo trouxe, foi levado em consideração as tentativas infrutíferas de solucionar o problema do veículo junto a concessionária e a fabricante, além da privação do seu uso. Já o dano moral do terceiro apelado foi auferido devido aos danos físicos que o acidente de consumo trouxe.

O relator para a manutenção do valor a título de danos morais contemplou em sua decisão citações do doutrinador Sergio Cavalieri Filho, que ressaltou os seguintes critérios para a aferição do *quantum* do dano moral: proporcionalidade e razoabilidade, reprovabilidade da conduta ilícita, intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, capacidade econômica do ofensor, condições sociais do ofendido e outras circunstâncias que se fizerem presentes no caso concreto. Nas palavras do relator:

Em atenção às especificidades do caso em comento, bem como aos parâmetros que vêm sendo adotados pelos Tribunais pátrios tenho que o montante de R\$7.000,00 para cada um dos autores, estabelecido na sentença, mostra-se suficiente e adequado à efetiva reparação do dano sofrido, sendo capaz de inibir a reiteração da conduta negligente por parte das rés, sem, contudo, promover o enriquecimento sem justa causa da autora. (MINAS GERAIS, ACi 1.0105.13.038656-5/002, 2019)

Percebe-se com o julgado que a responsabilidade civil no direito do consumidor vem cumprindo com as funções reparatórias, ao buscar restabelecer a vítima ao *status quo ante*. E também, mesmo que de maneira moderada, vem efetivando a função punitiva na quantificação do dano moral.

4.1 A função punitiva dos danos morais e o dano social

A função punitiva dos danos morais não é unânime na doutrina, como citado anteriormente, a própria função punitiva dentro da responsabilidade civil brasileira é tratada com parcimônia. Mariana Pargendler (2003) mapeou que na doutrina nacional existem três correntes sobre as funções da indenização do dano moral:

Assim, ainda hoje coexistem três correntes, em sede tanto doutrinária como jurisprudencial, sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam (1) a compensação/satisfação do ofendido, (2) a punição do ofensor e (3) tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor. (PARGENDLER, 2003, p.27)

A autora (2003) constatou que a corrente majoritária na doutrina e jurisprudência é a mista, que introjeta dupla função ao dano moral, tanto a satisfação do ofendido quanto a punição do ofensor.

O doutrinador Flávio Tartuce (2018) esclarece de que maneira a corrente mista vem sendo compreendida pela doutrina:

Para a *terceira e última corrente*, a indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Assim, haveria um caráter misto na indenização imaterial. Contudo, ressalve-se que o caráter acessório somente existirá, se estiver acompanhado do principal, não podendo subsistir por si só. Essa tese tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência nacional, na visão deste autor, e a ela se filia. Sobre a ausência de fundamento legal para tanto, deve-se ponderar que o caráter pedagógico da responsabilidade civil tem fundamento na socialidade, um dos princípios do Código Civil de 2002, segundo Miguel Reale. Reconhece-se, desse modo, a *função social da responsabilidade civil*, que tem relação com a sua função preventiva. (TARTUCE, 2018, p. 443)

Caio Mario da Silva Pereira (2016) adepto a corrente mista, preleciona que a indenização por danos morais possui duas concausas, em suas palavras:

Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (vol. 2, n. 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material o que pode ser obtido “no fato” de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. A isso é de acrescer que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima. (PEREIRA, 2016, p. 387)

Caio Mario (2016, p. 387) completa o raciocínio resgatando o seu Projeto de Obrigações de 1965 que determinava, em seu artigo 879, que “o juiz arbitrará moderada e equitativamente a indenização”, fazendo menção ao arbitramento do dano moral puro. Apesar do Código Civil de 2002 não fazer referência a nenhuma limitação ou moderação no arbitramento da indenização por danos morais, o autor permanece defendendo a aplicação do princípio da moderação no estabelecimento do *quantum* indenizatório. Afirma que o *quantum* não pode significar enriquecimento injustificado para a vítima, fazendo com que o sofrimento se converta em meio de captação de lucro.

Já Carlos Roberto Gonçalves (2018) compreende existir a dupla função no dano moral, entretanto entende que a função sancionadora se externaliza como reflexo do valor fixado a título de compensação pelo dano moral sofrido, negando a existência da soma de um *plus* monetário no valor determinado para a compensação do dano moral. Porém alguns dos critérios defendidos pelo autor para a fixação do montante indenizatório, como a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor, a sua condição econômica e os benefícios que obteve com o ilícito são critérios aptos a aumentar o montante indenizatório cumprindo com a função punitiva e preventiva.

Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho (2018) recomenda a aplicação da indenização punitiva no dano moral em situações específicas, em que a função compensatória não é apta a desestimular o cometimento de ilícitos na sociedade:

Em nosso entender, a indenização punitiva pelo dano moral (e não dano moral punitivo) encontra fundamento nos princípios constitucionais, principalmente naquele que garante a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito, sendo recomendável a sua aplicação em duas situações especiais: (i) em razão da gravidade do comportamento do ofensor, que se revelar altamente reprovável, não apenas em função do elemento subjetivo (dolo, culpa grave, fraude, malícia), mas também em razão da reiteração da conduta ofensiva e desconsideração da vítima – indiferença com a saúde, segurança, dignidade, vulnerabilidade, vantagem financeira etc.; (ii) em razão da gravidade e extensão dos danos ofensivos de interesses coletivos, difusos, sociais, ambientais e outros mais. (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 135)

A doutrina nacional obteve inspiração da função punitiva do dano moral no instituto do *punitive damage* do direito norte americano, o objetivo de majorar o valor do dano moral é dar maior efetividade a indenização para que o agente e toda a sociedade não reincidam no ilícito cometido, trata-se de atingir serventia sancionadora e pedagógica.

Entretanto o *punitive damage* nos Estados Unidos trata-se de categoria autônoma ao *compensatory damage*, como ensina Salomão Resedá (2008):

Percebe-se que há somente dois pilares de sustentação do *punitive damage*, ou seja, um sancionatório e outro que busca o desestímulo a novas práticas. Ele possui uma sistemática apartada da ideia de compensação da vítima. Em momento algum se falou em compensação ou ressarcimento. São duas figuras que andam em paralelo, porém de forma independente. Não há ligação entre ambos. Esta característica encontra-se em outra espécie de indenização conhecida no direito americano com *compensatory damage*. (RESEDÁ, 2008, p.229)

No direito norte americano as funções sancionatória e reparatória da responsabilidade civil são aplicadas por meio de institutos apartados, os danos patrimoniais e morais são indenizados na figura dos *compensatory damage*, já a pena civil com finalidade sancionatória e pedagógica é indenizada a título de *punitive damages*, nesse sentido reforça Nelson Rosenvad (2014):

De qualquer forma, os danos exemplares e punitivos se contrapõem aos *compensatory damages*, ligados estes exclusivamente à importância dos danos sofridos pela vítima, sejam danos patrimoniais ou as perdas não pecuniárias, conhecidas como *pain and suffering*, que abrange em seu interno heterogêneas figuras de lesões a interesses existenciais. (ROSEVALD, 2014, p.170)

O *punitive damages* no direito norte americano é concedido exclusivamente para punir a malícia ou condutas arbitrárias, possui a finalidade de deter o ofensor a reter o cometimento da conduta reprovável, assim como desestimular que outros agentes da sociedade ajam de forma similar. É importante mencionar que para a incidência desse instituto é necessário que o agente tenha atuado com dolo ou grave negligência, justificando suportar o pagamento de indenização de *quantum* elevado a título de punição e desestímulo. Nelson Rosenvad (2014) fazendo pertinente análise distintiva entre os dois institutos do direito norte americano, dispõe:

São três os critérios fundamentais para a distinção entre os *punitive damages* e os *compensatory damages*: (!) finalidade - os danos compensatórios se inspiram na necessidade de ripristinar a perda súbita sofrida pela vítima (*loss-oriented*), enquanto os *punitive damages* enfatizam a finalidade inibitória (*wrong oriented*); (2) individualização do sujeito a que se aplica o remédio - enquanto os danos compensatórios focalizam a figura da vítima (*victim-oriented*), os danos punitivos concentram sua atenção na figura do autor do *tort* e sobre a sua conduta ilícita (*society-oriented*); (3) a diferença de perspectivas - os *compensatory damages* são retrospectivos, pois focam os danos já suportados pela vítima, com exceção dos futuros prejuízos do ato ilícito, que poderão ser compensados no futuro; enquanto nos danos punitivos esta perspectiva possui amplitude maior, pois eles tendem a inibir o ofensor da prática daquela conduta ilícita. Pode-se afirmar que os *compensatory damages* são retrospectivos, visando colocar a vítima onde estaria se não houvesse ocorrido o ilícito, enquanto os *punitive damages* são prospectivos, punindo e desestimulando o ofensor. (ROSEVALD, 2014, p. 195)

Alcança-se que o Judiciário nacional, averiguando reiterados ilícitos atentatórios a dignidade da pessoa humana e sua personalidade, no contexto da pós modernidade, se viu desamparado legalmente no âmbito da responsabilidade civil a aplicar medida capaz de inibir os agentes causadores de ilícitos, nesse panorama surgiu a interpretação do instituto do dano moral inspirada nos *punitive damages* estrangeiro. Devido a difícil quantificação dano moral, foi adotado critérios que além de cumprir com a função tradicional de reparação, cumpre com a função de sancionar o agressor e desestimular a sociedade a cometer conduta similar.

Apesar da doutora Maria Celina Bodin de Moraes (2007) filiar-se a corrente que defende a exclusividade da finalidade reparatória da responsabilidade civil, ela excepciona essa teoria de modo aceitar a função punitiva em situações especiais:

Como hipótese excepcional, pode-se admitir uma figura semelhante à do dano punitivo quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justificaria o remédio. Requer-se, porém, a manifestação do legislador tanto para delinear o instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais, imprescindíveis quando se trata de juízo de punição. (MORAES, 2007, p. 330)

Atento aos novos danos que surgiram na sociedade pós-moderna e assentindo em parte com o posicionamento da autora supracitada, Antônio Junqueira de Azevedo, em ensaio publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, no ano de 2004, sugere uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, dado vislumbrar a aplicação da pena civil no direito brasileiro de maneira autônoma ao instituto do dano moral.

O autor idealizou uma espécie de pena civil apta a lidar com a reiteração de ilícitos cometidos contra a coletividade, trata-se da categoria denominada dano social, em suas palavras:

Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral-principalmente a respeito da segurança-quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população. (AZEVEDO, 2010, p. 382)

A indenização punitiva a título de danos sociais busca amparar a coletividade de atitudes exemplarmente reprováveis que são aptas a diminuir a qualidade de vida da população, reduzindo a tranquilidade social. A nova categoria de dano se desprende da ideia de indenização

atribuída ao dano individual, a indenização é deferida visto que a atitude ilícita é capaz de atingir a coletividade. Nesta perspectiva, a depender do caso concreto, a vítima da conduta reprovável poderá pleitear os danos materiais, os danos morais e ainda o dano social com objetivo punitivo e dissuasório.

Antônio Junqueira (2010) ensina que o dano social é apto a cumprir com as funções punitiva e de desestímulo, a função punitiva da pena civil normalmente tem em vista um fato passado, já o valor de desestímulo mira um fato futuro, funcionando de maneira didática para que o agente não reincida no ilícito e para que os outros que estejam atentados a comete-lo também desistam. Ele explica que em regra a indenização por danos sociais aplicada a pessoa física funciona como punição a conduta dolosa ou gravemente culposa cometida, capaz de retirar a tranquilidade da sociedade, já a indenização aplicada a pessoa jurídica funciona predominantemente como desestímulo a reiteração da conduta negativamente exemplar.

É plenamente possível aplicar a indenização por danos sociais na teoria de responsabilidade objetiva, eis que ela não impede que o juiz faça exame de dolo ou culpa grave do agente, estipulando cumulativamente a indenização por danos sociais as indenizações de danos morais e materiais que foram fixadas objetivamente. O autor ainda exclama que nos casos de apuração do dano social por desestímulo de pessoas jurídicas não é necessário a averiguação do dolo e da culpa grave, apenas a constatação da capacidade da conduta reprovável de diminuir a qualidade de vida da população.

O autor (2010) exemplifica situação de ato negativamente exemplar na seara do direito do consumidor em que a indenização por dano social seria apta a agir desestimulando a reiteração da conduta:

Por outro lado, o mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares- no sentido de que sobre eles cabe dizer: “Imagine se todos as vezes fosse assim!”. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especialmente da qualidade de vida. Se, por exemplo, uma empresa de transporte aéreo atrasa sistematicamente os seus voos, não basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que essa empresa- ou outra que a imite- está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda população. É muito diferente o passageiro sair de casa confiante quando ao cumprimento dos horários de seus compromissos ou, nas mesmas condições, sair na angústia do imprevisível. (AZEVEDO, 2010, p. 381)

É possível elucidar outras inúmeras condutas abusivas empregadas pelos fornecedores contra a coletividade que diminuem a sua qualidade de vida, por exemplo: recusa injustificada de seguradora de plano de saúde, prática de overbooking pelas empresas aéreas, inscrição

indevida do consumidor em cadastro de proteção ao crédito, cobrança de taxas não contratadas, e o abuso do telemarketing.

Em sua proposta da criação de nova categoria do dano o catedrático sugere que a indenização auferida pelo dano social deve ser destinada ao próprio indivíduo que ajuizou a ação. Nesta perspectiva um consumidor individual possui legitimidade ativa para pleitear indenização por danos sociais contra um fornecedor que agiu com uso de práticas abusivas aptas a rebaixar a qualidade de vida da população.

A destinação do *quantum* indenizatório a vítima não é bem vista pela doutrina e jurisprudência nacional, eis que o *quantum* estipulado possui a finalidade exclusiva de punir e desestimular o agente causador da conduta exemplarmente negativa, em nada tendo relação com a compensação da vítima pelos danos sofridos. A cultura jurídica nacional, diferentemente da cultura norte americana, repudia sobremaneira o “enriquecimento sem causa” da vítima.

Entretanto, o autor (2010) afirma tratar apenas de opção de política legislativa, defende que o *quantum* indenizatório deve ser destinado a vítima, pois ela quem atuará no processo em defesa dos seus direitos e também em defesa da coletividade. O indivíduo agiria como um “promotor público privado”, merecedor da recompensa. Ele (2010) afirma que outra opção seria destinar o valor a um fundo, porém repele a ideia de dar mais atribuições ao Ministério Público, entende tratar de “irrealismo” conferir mais responsabilidade ao Estado.

4.2 O dano moral e a sua quantificação

A quantificação do dano moral é tarefa tortuosa para os juízes brasileiros, e não existe unanimidade na matéria, como já mencionado anteriormente, a indenização por danos morais puros foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988, mas ela e nenhuma lei infraconstitucional trouxe parâmetros objetivos para o estabelecimento do *quantum* indenizatório.

Quantificar a lesão a dignidade da pessoa humana em seus substratos da igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade, assim como danos aos direitos da personalidade, é matéria deveras difícil, visto que essas lesões podem atingir os cidadãos de maneiras diferentes a depender do seu estilo de vida, profissão, hobbies e cultura, necessitando, desta forma, o exame fático do caso concreto para a justa quantificação dos danos morais sofridos e para possibilitar a ponderação em casos de princípios colidentes.

Nesta perceptiva, foram rejeitados todos os projetos de lei que objetivavam o tabelamento do *quantum* dos danos morais de acordo com o tipo de lesão ocorrida, assim como

parou de vigorar os critérios trazidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e pela Lei de Imprensa (nº 2.250/69), que tabelavam o *quantum* indenizatório. O STJ se pronunciou nesse sentido por meio da súmula 281 “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

Visto que o Poder Judiciário ficou incumbido de estabelecer os critérios de quantificação do dano moral, o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX do CF/88) atinge grandíssima importância. Deve ser possível que as partes identifiquem precisamente os motivos e critérios utilizados pelo juiz para a determinação da condenação do pagamento de indenização pelos danos morais, sendo capazes de impugnar e debater as razões expostas. Nessa perspectiva, com o passar dos anos, a jurisprudência abandonou a exclusividade dos critérios do “bom senso” e “experiência de vida” e adicionou outros critérios capazes de cumprir com as funções de compensação, punição e prevenção de danos.

O projeto Pensando o Direito, de iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça que tem como objetivo promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil, publicou em sua edição de número 37, pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com o tema “Dano Moral no Brasil”. A pesquisa que contou com a participação de vários doutores, pesquisadores e estatístico buscou responder à pergunta: “Haveria uma discricionariedade excessiva do Poder Judiciário no estabelecimento dos valores de danos morais, capaz de comprometer a previsibilidade das decisões e o tratamento igual de casos iguais?”

Essa inquietação surgiu, como já vimos, pela falta de critérios legislados para a quantificação do dano moral no Brasil, surgindo a dúvida quanto à segurança jurídica que a lacuna legislativa traz. Para responder a indagação objeto do estudo, os pesquisadores fizeram pesquisa quantitativa jurisprudencial, sendo capazes de mapear quais os critérios foram usados no ano de 2008 para estabelecer o *quantum* das indenizações por danos morais.

O método de pesquisa utilizado entrega um resultado com margem de erro 5% a mais ou a menos e foram analisados 1044 acórdãos, eles optaram por selecionar cinco tribunais de justiça estaduais, cinco tribunais regionais federais e cinco tribunais regionais trabalhistas, com o objetivo de abranger julgados de todas as regiões geopolíticas brasileiras.

Quanto aos critérios de determinação do *quantum* do dano moral em 221 casos em que as demandas foram cobrança indevida e Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido, nos tribunais de justiça estaduais (TJRS; TJSP; TJSE; TJPA; TJMS), ficou determinado que : 206 casos citou o enriquecimento sem causa, 195 a extensão de dano, 110 a posição da vítima,

64 a posição do agressor, 54 a capacidade econômica da vítima, 64 a capacidade econômica do ofensor, 67 a razoabilidade, 41 a equidade, 34 a proporcionalidade, 13 critério material, 7 culpa concorrente da vítima, 3 indústria do dano moral, 66 função punitiva, 45 função pedagógica, 63 função preventiva, 72 simples violação do direito, 52 grau de culpa do ofensor, 1 ganhos obtidos, 43 circunstâncias fáticas, 8 lapso temporal entre o ilícito e a propositura da ação, 3 práticas atenuantes por parte do ofensor e 19 conduta das partes antes e depois.

Percebeu-se que há critérios compensatórios, ao lado de critérios com excessiva vagueza como “razoabilidade”, há também critérios punitivos juntamente com critérios limitadores como “enriquecimento sem causa”. De acordo com a estatística exposta percebeu-se que o critério que mais incidiu foi o “enriquecimento sem causa” que mostra a preocupação do judiciário com o surgimento da “indústria do dano moral”, o segundo critério com maior frequência foi a extensão do dano, critério predominantemente compensatório. Entretanto com grande incidência apareceram os critérios punitivos como “função punitiva”, “função preventiva”, “função pedagógica”, “capacidade econômica do ofensor” e “grau de culpa do ofensor”.

Diagnosticando os mesmos critérios de cunho compensatório e punitivo expostos na pesquisa do ano de 2008, Arnaldo Rizzardo, em obra publicada no ano de 2019 dispõe:

Não existe uma previsão na lei sobre a quantia a ser fixada ou arbitrada. No entanto, consolidaram-se alguns critérios. Domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato. Devem preponderar, ainda, as situações especiais que envolvem o caso, e assim a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a posição social das partes, a condição econômica dos envolvidos, a vida pregressa da pessoa que tem o título protestado ou o nome negativado. (RIZZARDO, 2019, p.186)

A pesquisa concluiu quanto a função punitiva na quantificação dos danos morais em todos os tribunais pesquisados que:

Finalmente, dado importante é a constatação do grande uso de critérios punitivos na justificativa do cálculo dos valores dos danos morais a serem compensados. Isto indica que, apesar das divergências doutrinárias ainda existentes, a jurisprudência aceita a ideia de que a responsabilidade civil por danos morais deve servir para punir/dissuadir o autor de atos ilícitos. Curioso, no entanto, é que a aceitação de critérios punitivos não resultou em valores de condenação altos. Tendo em vista que a dissuasão depende do efeito negativo que a sanção tem sobre o sujeito responsabilizado, os baixos valores encontrados nas decisões judiciais analisadas indicam a necessidade de discutir abertamente a questão, propondo, eventualmente, sua regulação por meio legislativo (neste caso, para elevar os valores das condenações). (PENSANDO O DIREITO, n 37, 2010, p.25)

André Gustavo Corrêa de Andrade (2006) já havia constatado que mesmo com a utilização dos critérios punitivos para justificação do *quantum* indenizatório do dano moral, os valores arbitrados permaneceram baixos, de modo a não cumprir com o papel punitivo da responsabilidade civil, em suas palavras:

Contudo, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes. (ANDRADE, 2006, p.144)

Com o resultado da pesquisa e com os critérios já notoriamente conhecidos pela doutrina é possível inferir que o uso de critérios compensatórios e punitivos no mesmo instituto faz com que um diminua a eficácia do outro. Por exemplo, ao mencionar que a indenização por danos morais deve servir com função punitiva, pedagógica e preventiva é de se esperar que o *quantum* indenizatório irá causar um grande incomodo financeiro no agente da conduta ilícita, para que ele não venha a reincidir no mesmo ilícito, porém ao conjugar esses critérios com a vedação de enriquecimento sem causa, analisando a condição econômica da vítima, a quantia logicamente será reduzida.

Vejamos: se o agente causador do dano trata-se de grande empresa aérea que realiza centenas de voos por dia, auferindo milhares de reais por voo, causar dano a dignidade de pessoa de classe média baixa, será condenada a pagar quantia baixa, visto o respeito aos critérios de não enriquecer a vítima sem causa, e análise de suas condições econômicas. É claro que a empresa aérea não será desestimulada a cometer novos ilícitos, eis que a indenização não te trouxe perdas significativas. É ainda mais preocupante nos casos em que a empresa área lucrar com o ilícito, como na pratica do *overbooking*, pois ela fará a conta custo benefício do cometimento da conduta abusiva, calculará que a indenização para as poucas vítimas que buscarem o judiciário será de pequena a moderada, sendo muito inferior ao lucro obtido na pratica reiterada do ilícito contra a coletividade.

Percebe-se que a função punitiva embutida no dano moral individual é ineficiente quando o causador de ilícitos se tratar de grande agente econômico. A função punitiva coadunada com a compensatória pode ser eficaz em casos do causador do dano e vítima serem pessoas físicas, visto que não é necessário condenação a quantia exorbitante para que a pessoa

se sinta punida, além disso é menos provável que a pessoa física vá lucrar com o ilícito cometido, muitas vezes trata-se apenas de conduta meramente culposa.

Outra crítica feita por André Gustavo Corrêa de Andrade (2006) a tese mista funcional é o uso indiscriminado da fundamentação punitiva na estipulação do *quantum* do dano moral, ele aponta que não são todas as situações de dano moral que irão merecer a punição do agente, somente circunstâncias “particularmente reprováveis”. Situações em que o agente causar dano sem culpa ou por mera culpa simples, deve atuar apenas a função compensatória do dano moral, amparando a vítima. Ele acrescenta que a generalização da função punitiva pode diminuir a sua eficácia, se tornando um simples jargão empregado nas decisões, em suas palavras:

Por outro lado, a generalização da função punitiva da indenização do dano moral acaba por anular ou, pelo menos, enfraquecer sensivelmente essa função que se busca imprimir à indenização. A invocação da função punitiva da indenização, ao fim e ao cabo, torna-se um simples jargão, vazio de conteúdo. De nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva (é frequente, também a alusão às funções preventiva, pedagógica, exemplar e outras semelhantes), se a fixação do montante indenizatório não levou em consideração critérios punitivos. (ANDRADE, 2006, p.146)

Diante do exposto, percebe-se que o instituto do dano moral não é apto a desestimular que grandes fornecedores ajam cometendo ilícitos no mercado de consumo, visto não imputar montante indenizatório suficiente para essa finalidade.

4.3 O dano social no direito do consumidor

A indenização por danos sociais aplicada ao Direito do Consumidor tem o objetivo principal de proteger a coletividade contra práticas negativamente exemplares, como as práticas abusivas, cometidas pelos fornecedores, que são capazes de diminuir a qualidade de vida da população. Antônio Junqueira de Azevedo (2010) explica que o *quantum* indenizatório a título de danos sociais, para os grandes fornecedores, possui a função principal de “valor de desestímulo”, visto que o montante fixado será suficientemente alto para fazer com que o ilícito não compense financeiramente e os agentes não venham a reincidir na conduta.

Andrade (2006) citando Ramón Daniel Pizarro observa a motivação dos fornecedores que reincidem sistematicamente nas práticas ilícitas contra os consumidores:

Conforme observa Ramón Daniel Pizarro , produtores e fornecedores , com frequência, por descumprimento de seus deveres legais e de suas obrigações contratuais, causam danos aos consumidores, sem preocupação com as

consequências de seus atos, porque os danos causados são de pequena expressão econômica em relação ao conjunto de negócios realizados e porque o número de consumidores que efetivamente irão a juízo postular uma reparação quase sempre será menor do que o daqueles que, por razões diversas, não o farão. (ANDRADE, 2006, p. 161)

Nessa perspectiva a indenização por danos sociais torna-se uma ferramenta apta a dar efetividade a função preventiva da responsabilidade civil frente aos grandes fornecedores, visto que a indenização não possui caráter compensatório, mas sim de punição e desestímulo. O dano social é voltado a defesa da coletividade, se desvinculando de mera reparação de microlesões individuais e se atendo a imputar *quantum* suficientemente alto para fazer com que o fornecedor não reincida na conduta negativa, eis que a conta custo benefício deixará de ser positiva.

Rosenvald (2014) explica que o dano social corresponde a uma espécie de pena civil pensada para o “habitat brasileiro”:

O dano social é uma espécie de pena civil, ou seja, uma condenação autônoma que não se confunde com o dano moral ou o patrimonial sofrido pela vítima, mas uma sanção punitiva aplicada ao autor da ofensa pela prática de um comportamento gravemente reprovável. Ou seja, independente da fixação de uma reparação de danos, a pena civil detém caráter pedagógico, pois quer inibir o ofensor no sentido de desestimular a prática de novos ilícitos (em face da vítima ou de terceiros). (ROSENVOLD, 2014, p.232)

Andrade (2006) considera que a sanção pecuniária imposta pela pena civil é instrumento capaz de reequilibrar o mercado, visto que o consumidor, que é a parte vulnerável da relação de consumo, terá ferramenta apta a punir o fornecedor de modo a desestimula-lo a reiteração de práticas abusivas, conseqüentemente tornando a prestação de bens e serviços mais eficiente, beneficiando toda a coletividade.

A sanção pecuniária aparece, portanto, como fator de reequilíbrio do mercado, por entregar aos consumidores, que constituem a parte sempre mais vulnerável na relação de consumo, instrumento que lhes estimularia a agir contra atos lesivos de seus direitos. De outra parte, a indenização punitiva compeliaria produtores e fornecedores a colocar no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes. (ANDRADE, 2006, p.162)

A interpretação e a aplicação do dano social na jurisprudência brasileira avançaram, desde a criação do instituto pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo em 2004, de modo a se adaptar ao ordenamento brasileiro contemporâneo.

Os julgados expostos a seguir não possuem a pretensão de exaurir as interpretações dadas ao dano social nos tribunais, apenas foram selecionados para ilustrar a aceitação do instituto, a sua tentativa de dar efetividade a proteção da coletividade nas relações de consumo

e a sua mutação processual com o crescimento da quantidade de julgados que condenaram a indenização a título de danos sociais.

O caso que ganhou ampla divulgação no ano de 2004 foi o caso “Toto Bola”, trata-se de um sistema de teleloteria regional, que funcionou entre os anos de 1997 e 2004, no qual utilizou de fraude no sistema computacional para retirar as chances dos consumidores de ganhar o prêmio.

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. ¿O Direito deve ser mais esperto do que o torto¿, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensantion. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (RIO GRANDE DO SUL, ACi 71001251750, 2007)

A terceira turma recursal civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2007, entendeu que não houve dano moral no caso, visto que não configurou lesão a personalidade do consumidor. Também não aceitou a tese de perda de uma chance, eis que loteria é um jogo de baixíssima probabilidade de êxito. Entendeu, no entanto, que mais do que

gerar um prejuízo individual, gerou dano social, sendo inadmissível que a empresa lucre ilícitamente, utilizando de fraudes, as custas de uma grande massa de consumidores enganados. Nas palavras do relator: “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, isto é, deve punir o agressor de modo que ele não lucre com o ilícito cometido e nunca mais venha a reincidir na conduta.

Iuri Fisberg (2018) constatou que o caso “Toto bola” ensejou mais de uma centena de ações indenizatórias individuais no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual todas as turmas recursais arbitraram *quantum* a título de danos sociais. O voto do Desembargador Eugênio Facchini Neto conduziu os demais, em cada demanda ficou estabelecido o valor de R\$ 10.400,00, totalizando quase dois milhões de reais, que foram destinados em favor do Fundo Gaúcho de Defesa do Consumidor.

Outro caso que merece destaque, é o Recurso Extraordinário de número 741.868, julgado pela ministra relatora Cármen Lúcia, em 23 de abril de 2013. Ela negou seguimento ao recurso extraordinário por entender que a decisão do tribunal *a quo* não feriu norma constitucional. O Tribunal de Justiça de Goiás manteve condenação a empresa Brasil Telecon SA. a pagar indenização a título de danos sociais a instituição pública de caráter social, pelo fato de a empresa utilizar de prática abusiva contra a coletividade. Vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSUMIDOR. DANO SOCIAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra julgado da Primeira Turma Julgadora Mista da 7ª Região do Tribunal de Justiça de Goiás, que decidiu:
“APELAÇÃO CÍVEL [RECURSO]. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CONDUTA CAUSADORA DE DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO SEGUNDO PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO PUNITIVO. POSSIBILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO. NORMA PROIBITIVA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INSTITUIÇÃO DE CARÁTER SOCIAL BENEFICIÁRIA DE PARTE DO VALOR. Pretensão indenizatória oriunda de constrangimentos passados por consumidores de serviço de telefonia móvel como o cancelamento do número da linha, sem possibilidade de portabilidade e migração. Não pode o judiciário compactuar com a conduta levada a efeito pelos prepostos da ré, posto que, empresas que atuam por concessão do poder público tem o dever jurídico de prestar suas atividades essenciais com eficiência, atenção e consideração no trato para os cidadãos. Não há um critério legal fechado, menos ainda tarifado, para fixação do valor compensatório do dano moral. Devem, então, ser observados os critérios doutrinários e jurisprudenciais norteadores dessa fixação. O valor arbitrado não deve tornar a indenização por dano moral fonte de enriquecimento sem causa para o autor da ação, mas apenas a justa medida da compensação da dor pelo ocorrido. Outrossim, deve-se ater, na tarefa de arbitramento de um justo valor compensatório, para o viés de punição ao infrator, capaz de desestimulá-

lo a reincidir na prática do ato ilícito, tudo visando resguardar que empresas como a executada mudem de postura, coibindo a reiteração de condutas lesivas, que desrespeitam os direitos dos consumidores e representam o chamado dano social. Por tal razão, buscando equilibrar todos esses elementos, pode o julgador destinar parte do valor da condenação à instituição pública de caráter social. Recurso parcialmente provido, para reformar parcialmente a sentença, declarando rescindido o contrato de prestação de serviços firmados pelas partes. Mantida, no mais, a sentença” (fl. 82). (BRASIL, RE 741868/GO, 2013)

Percebe-se nos dois casos acima apresentados que houve o reconhecimento do instituto do dano social como forma de defesa da coletividade nas relações de consumo. Em ambos o dano social foi reconhecido em demandas individuais, mas distinguiram quanto a destinação da indenização. No caso Toto Bola as indenizações foram revertidas para o fundo criado pelo artigo 13 da Lei nº 7.347 de 1985¹², a qual trata da ação civil pública. Já no caso da Brasil Telecon o juiz destinou o quantum a instituição pública de caráter social, fazendo analogia ao artigo 883 parágrafo único do Código Civil¹³. Verifica-se que nas duas fundamentações exaltou-se a importância de não enriquecer a vítima sem causa, redirecionando o *quantum* indenizatório em prol da sociedade, visto que ela foi a maior lesada.

Apenas um ano após o reconhecimento pela ministra Cármen Lúcia da possibilidade de condenação por danos sociais em demandas individuais o Superior Tribunal de Justiça firmou tese no sentido de: "É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide".

RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. QUALIDADE DE REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA, POR ANALOGIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO. DANOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONDENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO ALHEIO À LIDE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA (CPC ARTS. 128 E 460). PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de

¹² Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

¹³ Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento *extra petita*, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC.

2. A eg. Segunda Seção, em questão de ordem, deliberou por atribuir à presente reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia.

3. Para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, adota-se a seguinte tese: "É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide".4. No caso concreto, reclamação julgada procedente.(BRASIL, Rcl 12.062/GO, 2014)

No julgamento da Reclamação que ensejou a tese argumentou-se que condenar o réu a título de danos sociais sem o pedido da parte autora viola o princípio da congruência dos pedidos, configurando julgamento *extra petita*. Somando-se a isso, entendeu-se que mesmo que a parte autora pleiteasse a condenação por danos sociais, tal pedido não poderia ser julgado em ação individual. O enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil ¹⁴ já havia reconhecido que o dano social deve ser reclamado pelos legitimados para propor ações coletivas, trata-se daqueles dispostos no artigo 5º da lei nº 7.347 de 1985.¹⁵

Outro julgado, mais recente, que vem acrescentar na compreensão do tema é a Apelação nº 1001176-39.2016.8.26.0615, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2017. O que distingue tal julgado dos demais trazido é a diferente abordagem do dano social pelo relator. Neste caso ficou reconhecido que a apelante Crefisa S/A Crédito, Financiamento e Investimentos cometia a prática de juros abusivos contra a coletividade de forma reiterada, o relator para embasar tal circunstancia de dano social colacionou a título exemplificativo 20 julgados com a mesma causa de pedir e réu. Entretanto, os nobres julgadores não condenaram a empresa a pagar indenização por danos sociais, apenas remeteram a decisão que evidencia o dano social para os legitimados a pleitear ação coletiva.

¹⁴ Enunciado 456: A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

¹⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. INSTITUIÇÃO APELANTE QUE SE VALE DA CONDIÇÃO DA APELADA PARA COBRAR JUROS EXTREMAMENTE ABUSIVOS E PROMOVENDO DESCONTOS QUE A PRIVAM DE CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SOBREVIVÊNCIA CHEGANDO AO INACEITÁVEL PERCENTUAL DE 61,42% DOS SEUS PROVENTOS. CARACTERIZADA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS MAIS COMEZINHOS REFERENTES À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA.

Apelante que se vale da condição de pessoa aposentada por invalidez e não alfabetizada da apelada para celebrar contrato em que lhe permite a cobrança de juros extremamente abusivos (22% ao mês e 987,22% ao ano). Prática abusiva (art. 39, IV e V, CDC). Contrato que deveria ter sido realizado por instrumento público para garantir que a apelada tivesse conhecimento do conteúdo e da extensão da obrigação assumida. Contrato declarado nulo de pleno direito, de ofício, com restituição ao “status quo ante”. Cobrança de juros de 22% ao mês e 987,22% ao ano, que efetivamente atentam contra o princípio da *função social do contrato*. Comportamento da instituição financeira credora que viola o princípio da boa-fé objetiva com ofensa ao fundamento constitucional de proteção da *dignidade da pessoa humana*, tendo em vista que tal cobrança excessiva pode levar a pessoa natural, ainda mais, no caso concreto, à situação de penúria e miserabilidade. Descontos que chegaram a superar o percentual de 60% do benefício previdenciário da apelada, como já registrado, e que, com certeza, promoveram indevida repercussão nas suas condições mínimas de sobrevivência. Dano moral configurado. Quantificação razoável.

No presente recurso, em vista dos precedentes trazidos à baila, devidamente enumerados, a turma julgadora reconhece indícios da existência do denominado dano social, que pode ter as repercussões próprias, caso as Nobres Instituições a quem peças integrais dos autos devem ser, de pronto, remetidas, tomem, respeitado o insuperável livre convencimento de tais Entidades, as providências próprias, inerentes e atinentes à espécie, de sua titularidade.

Remessa de peças ao Nobre Ministério Público do Estado de São Paulo, à Nobre Fundação Procon/SP Diretoria Executiva, e Banco Central do Brasil BACEN.

Recurso não provido, decretada a nulidade, de ofício, do contrato copiado a fls. 15/17, com determinação. (SÃO PAULO, ACi 1001176-39.2016.8.26.0615, 2017)

Utilizando dos princípios da inércia do Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa o órgão julgador remeteu sua decisão que evidencia o dano social para os legitimados a pleiteá-lo:

Entretanto, com o devido respeito, para apuração e estipulação do dano social possivelmente causado, não resta autorizado a esta Turma Julgadora estipular condenação, inclusive, eventualmente, a ser destinada a instituições carentes que, via de regra, apoiam os mais necessitados. Assim, como o Nobre Poder Judiciário é regido pelo princípio da inércia e não deseja frustrar princípios constitucionais insuperáveis como o devido processo legal, o contraditório, e a ampla defesa, entende esta Turma Julgadora, que ora prolata o presente Aresto, uma vez reconhecida a existência de indícios do denominado dano social, que peças, capa a capa, deverão ser, pela Nobre Serventia, enviadas às Instituições abaixo arroladas para que, se assim entenderem, dentro da sua

plena liberdade de convencimento e nas suas áreas de competências próprias, tomem as providências que entenderem como adequadas, se for o caso, para que o dano social aparentemente causado, e acima identificado em face das decisões supra mencionadas e, possivelmente, ao que tudo indica, em outras situações que nem chegaram ao conhecimento do Poder Judiciário, seja reparado a favor, insista-se, de instituições que estão a merecer. (SÃO PAULO, ACi 1001176-39.2016.8.26.0615, 2017)

Diante do exposto afirma-se que o reconhecimento do dano social, na sociedade pós-moderna, é essencial para tutelar a coletividade das práticas abusivas cometidas pelos grandes fornecedores de maneira reiterada. Visto que a indenização a título de danos morais não é capaz de coibi-los, por impor quantia moderada, em que prevalece o caráter compensatório.

O dano social por tratar-se de categoria nova na responsabilidade civil não possui contornos legislados, sendo reconhecido jurisprudencialmente, como constatado acima. Por conseguinte, com o passar dos anos e quantidade de julgados em que o dano social foi apurado, o instituto foi sofrendo mutações em sua aplicação.

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2014, pautado nos princípios da economia processual e harmonização dos julgados, com a finalidade de uniformizar a matéria, reafirmou o emolduramento do dano social como espécie de dano coletivo. Assim como já havia sido enunciado na V Jornada de Direito Civil, em que reconheceu a existência do dano social e inseriu-o como espécie de dano coletivo, apenas sendo possível pleiteá-lo por meio dos legitimados disposto no artigo 5º da lei nº 7.347 de 1985, em sede a Ação Civil Pública.

Entendemos que tal posicionamento é coerente com o microsistema coletivo existente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tutela os direitos difusos, coletivos *stritu sensu* e individuais homogêneos, possuindo seu núcleo duro nas normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública (Lei n 7.347 de 1985). Nelson Rosenvald (2014) concorda que a ação civil pública é a maneira mais adequada de implementar a pena civil, em suas palavras:

Além do prisma teórico, em termos de efetividade a ação civil pública é a via mais adequada à efetivação da pena civil, pois através de uma única demanda é possível a obtenção da totalidade do montante decorrente de uma dada situação fática lesiva a um interesse difuso, evitando-se não apenas decisões contraditórias, mas que o produto da sanção punitiva não seja retido por uns poucos, em detrimento de muitos. A coisa julgada será erga omnes e ultra partes, sem que incida qualquer discussão a respeito de enriquecimento sem causa, pois o valor será destinado a um Fundo. (ROSENVALD, 2014, p. 231)

Iure Fisberg (2018) acrescenta que o dano social pleiteado por meio dos legitimados em ação civil pública confere segurança jurídica ao sistema e evita proliferação de demandas temerárias, em suas palavras:

O dano social constitui mecanismo adequado de sanção no âmbito cível; mas somente sua compreensão coletiva pode conferir previsibilidade e segurança jurídica, evitando a proliferação de demandas temerárias e estabelecendo atuação racional dos legitimados para a tutela coletiva. (FISBERG, 2018, p.136)

Já em 2007, no caso “Toto Bola”, o desembargador Carlos Eduardo Richinitti que aderiu integralmente o voto do Relator, criticou que tal litígio deveria ter sido solucionado por meio da Ação civil pública, evitando o congestionamento de demandas repetitivas no Tribunal. Em suas palavras:

Em verdade, conflitos desse tipo, os quais atingem uma gama indefinida de consumidores, não podem continuar a ser examinados pelo Judiciário de forma individualizada. Isso está gerando o caos. Impõe-se, entre outros, medidas de aperfeiçoamento da legislação e a valorização das ações coletivas, bem como uma atuação mais efetiva, administrativamente, das agências reguladoras e, na esfera judicial, do Ministério Público e associações com legitimidade para tanto, sem falar no próprio Judiciário, o qual há de despender maior atenção a essa realidade, valorizando cada vez mais as ações de cunho coletivo.

Para mim foge do aceitável a situação que hoje se vê, na qual a jurisdição resta praticamente inviabilizada em face do aforamento de milhares de processos que poderiam ser facilmente solucionados com uma só demanda.

Para isso existem as ações coletivas do código do consumidor, bem como o instrumento da ação civil pública – lei 7.346/85 – sendo que esta, inclusive, em seu artigo 13, acima já transcrito, estabelece a possibilidade de fixar-se uma condenação em valores a serem depositados em fundos, com participação na gestão, entre outros, da própria comunidade lesada. (RIO GRANDE DO SUL, Voto dr. Carlos Eduardo Richinitti, ACi 71001251750, 2007)

Visto os argumentos, concordamos que o dano social deve ser pleiteado por meio de Ação Civil Pública, eis que é a melhor maneira de aglutinar a nova espécie de dano no ordenamento jurídico existente, pois propicia maior segurança jurídica por estar inserido em um sistema previamente legislado, evitando decisões contraditórias e proporcionando a justiça nas decisões. Além de evitar que os tribunais fiquem congestionados de demandas repetitivas, auxiliando na maior celeridade processual e eficiência do Judiciário.

A apelação 1001176-39.2016.8.26.0615 julgada no tribunal de São Paulo, no ano de 2017, contribuiu no sentido de apreendermos que o Judiciário, sendo porta de entrada das demandas da sociedade, é apto a averiguar quais fornecedores agem cometendo práticas abusivas de maneira reiterada contra coletividade, gerando dano social. Desta forma é possível

e exigido que os juízes e desembargadores remetam as demandas de danos social para o legitimados a pleiteá-las. Nesse sentido dispõe o art. 6º da Lei 7347 de 1985:

Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do ministério público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. (BRASIL, 1985)

Percebe-se ao interpretar o instituto do dano social, criado pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, como uma espécie de ação coletiva, que ele se assemelha sobremaneira ao dano moral coletivo. Nelson Rosenvald (2014) entende que o dano moral coletivo se trata de espécie de dano social, sendo este mais amplo. Vejamos:

Nesta linha de pensamento, o dano moral coletivo seria uma espécie de dano social, mas ao contrário deste – ainda de contornos imprecisos e tratado por escassa doutrina-, o modelo dano moral coletivo foi objeto de delineamento legislativo, o que permitiu a sua ampla aplicação jurisprudencial em razão da segurança jurídica proporcionada. (ROSENVALD, 2014, p. 232)

Xisto Tiago Medeiros Neto (2007) conceitua dano moral coletivo:

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade. (MEDEIROS NETO, 2007, p.60)

Ambos os institutos possuem finalidade punitiva e preventiva, Leonardo Roscoe Bessa (2007) se referindo ao dano moral coletivo, sugere que a denominação dada pela doutrina é errônea, visto gerar confusão entre o dano moral individual e o dano moral coletivo. O autor (2007) prefere a denominação dano extrapatrimonial coletivo, pois a racionalidade do dano moral individual e coletivo são diferentes, deve-se afastar a argumentação dada no sentido de apurar a afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletiva, eis que não possui pertinência com a finalidade da indenização a título de dano moral coletivo, além de ser tarefa de impossível execução.

Xisto Tiago Medeiros Neto (2012) compartilha do entendimento do Leonardo Bessa no sentido de não ser relevante para a configuração do dano moral coletivo a verificação de sentimentos negativos pela coletividade, em suas palavras:

Por isso mesmo, a adequada compreensão do *dano moral coletivo* não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos, como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno no plano coletivo. Estabelece se, sim, a sua concepção, de maneira objetiva, concernindo ao fato

que reflete uma violação intolerável do ordenamento jurídico, a atingir direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. (MEDEIROS NETO, 2012, p. 289)

Bessa (2007) se refere ao dano moral coletivo como sendo uma sanção pecuniária, em suas palavras:

A condenação judicial por dano moral coletivo é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas (consumidor, meio ambiente, ordem urbanística etc.). (BESSA, 2007, p. 247)

A finalidade do dano social no direito do consumidor esculpido por Antônio Junqueira de Azevedo é a mesma da interpretação punitiva do dano moral coletivo, ambas buscam prevenir ofensas a direitos transindividuais de inerente relevância social. Isso quer dizer que, ambos possuem a finalidade de prevenir ofensas a coletividade, em seus caracteres difuso e coletivo *stritu sensu*, impondo pena civil para desestimular a reiteração da conduta pelo agente e por terceiros.

Possuindo a mesma finalidade, a doutrina reconhece que é tênue a linha que diferencia o dano moral coletivo do dano social, mas afirma que não são sinônimos.

Flávio Tartuce (2018) os diferenciam quanto as espécies de lesões que geram os danos sociais e danos morais coletivos, para ele o dano social é configurado como lesão extrapatrimonial ou patrimonial, exemplarmente negativa, capaz de diminuir a qualidade de vida da coletividade. Já para configuração do dano moral coletivo é necessária lesão de cunho extrapatrimonial. Em suas palavras:

O Professor Titular da Universidade de São Paulo, Antonio Junqueira de Azevedo, propôs, há mais de uma década, uma nova modalidade de prejuízo reparável, o *dano social*. Para o jurista, “os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”. Pelas palavras transcritas, percebe-se que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais. (TARTUCE, 2018, p.487)

Vale ressaltar que é escassa a doutrina que se debruça sobre a diferenciação entre os institutos do dano social e do dano moral coletivo, trata-se de matéria recentemente aceita pelos tribunais, o que torna as suas delimitações nebulosas.

Reconhecemos que tanto os danos sociais quantos os danos morais coletivos são instrumentos eficientes para desestimularem grandes fornecedores a cometerem práticas abusivas contra a coletividade no mercado de consumo, o que diminui globalmente a qualidade

de vida da população. Ambas as categorias cumprindo as finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil são capazes de desestimular os fornecedores, eis que o *quantum* indenizatório é suficientemente alto para fazer com que os ilícitos em massa deixem de ser lucrativos. E apenas é possível que esses institutos efetivamente ajam punindo os agentes agressores, porque os montantes indenizatórios serão revertidos para a sociedade por meio do fundo de defesa dos direitos difusos, esvaziando a argumentação do enriquecimento sem causa que se mantém borbulhante no âmbito do dano moral individual.

5 CONCLUSÃO

As revoluções industriais e técnico-científicas inauguraram um novo paradigma nas relações consumeristas, com a massificação da produção surgiram os contratos de adesão e a maior vulnerabilidade dos consumidores perante os fornecedores. Os bens e serviços passaram a atingir uma maior quantidade de pessoas, em menor tempo, o que conseqüentemente nos trouxe mais riscos. Neste panorama de expansão comercial e grande liberdade do mercado, os fornecedores se viram desimpedidos a cometerem práticas abusivas contra a coletividade, de modo a aumentar suas margens de lucro. Desse modo, surgiu o Direito do Consumidor comprometido a reequilibrar as relações de consumo, tutelando os consumidores das práticas abusivas desenfreadas.

A responsabilidade civil no Direito do Consumidor se apresentou a princípio como forma de reparar e compensar os danos ocorridos no mercado de consumo, entretanto com a evolução das práticas comerciais ilícitas houve uma mutação de finalidades, foi reconhecido as funções punitiva e preventiva na responsabilidade civil.

Em um primeiro momento, em sede de demandas individuais, as novas funções foram acopladas ao instituto do dano moral, visto a falta de critérios legislados para a sua quantificação e a dificuldade em dimensionar a lesão a dignidade da pessoa humana. Todavia foi possível constatar, analisando os critérios jurisprudenciais utilizados para determinação do *quantum* indenizatório dos danos morais no direito do consumidor, que as quantias não são aptas a desestimular grandes fornecedores.

A função compensatória na quantificação do dano moral permanece predominante, direcionada a amparar as vítimas dos danos sofridos. Em muitos casos as funções punitiva e preventiva são empregadas em segundo plano, apenas como reflexo do montante compensatório, o que torna o valor da indenização de baixo a moderado. E nos casos em que os julgadores utilizam explicitamente critérios punitivos, eles são balanceados por critérios limitadores como o “enriquecimento sem causa”, o que retira sua efetividade dissuasória.

Entendemos que a união das funções compensatória, punitiva e preventiva em um único instituto, em demandas individuais, não é instrumento apto a lidar com a problemática generalizada do cometimento reiterado de práticas abusivas no mercado de consumo. A estipulação de valores baixos a título de indenização por danos morais decorrentes de práticas abusivas, estimula que os fornecedores façam o cálculo custo benefício do ilícito, isto é, averiguam que as indenizações das poucas pessoas que irão pleitear seus direitos no judiciário são pequenas frente ao lucro que a repetição do ilícito auferem.

É evidente que indenizações de valores ínfimos pleiteados pelos poucos consumidores que lutam por seus direitos do judiciário não serão capazes de desestimular a reiteração dos ilícitos, que são mais lucrativos matematicamente. Em outras palavras, o pagamento das poucas indenizações valerá a pena, visto o lucro que os ilícitos geram.

Neste contexto, o dano social surgiu como proposta de uma nova categoria na responsabilidade civil, hábil a desestimular os fornecedores de praticar condutas negativamente exemplares contra a coletividade. Essa nova categoria desempenha a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, sem ser limitada a critérios eminentemente compensatórios. Desse modo é possível arbitrar valores elevados que passem a fazer diferença na conta custo benefício dos ilícitos para os fornecedores, tornando-os prejudiciais financeiramente.

A indenização por danos sociais no mercado de consumo atua como valor de desestímulo, sendo arbitrada objetivamente a grandes fornecedores que agem cometendo práticas abusivas reiteradamente contra a coletividade, diminuindo a qualidade de vida da população. Para a determinação do *quantum* indenizatório por dano social é levado em conta o capital econômico do fornecedor, o lucro auferido com a prática abusiva e a dimensão da violação à coletividade.

Entendemos com o decorrer do estudo, que o reconhecimento do dano social se tornou imprescindível para estabelecer o equilíbrio no mercado de consumo. Hoje já é reconhecido pelo STJ a existência do instituto do dano social no ordenamento brasileiro, entretanto como modalidade de ação coletiva, o que difere da proposta inicial do professor Antônio Junqueira de Azevedo, criador do instituto.

Devido ao entendimento firmado de categorização do dano social como ação coletiva, tal instituto passou a conferir extrema semelhança com o dano moral coletivo, ficou evidenciado que ambos são capazes de dissuadir grandes fornecedores a cometerem ilícitos por possuírem finalidades punitiva e preventiva. Entretanto entendemos que o primeiro é mais amplo que o segundo, tutelando a sociedade inclusive em situações em que danos materiais exemplarmente negativos afetam a qualidade de vida da sociedade.

Ambos institutos logram êxito na defesa da coletividade nas relações de consumo, pois o microsistema de tutela coletiva proporciona que as indenizações sejam revertidas em favor da própria coletividade por meio do Fundo de direitos difusos. Desta maneira é possível utilizar os critérios punitivos para a quantificação das indenizações sem esbarrar no princípio do enriquecimento sem causa, visto que ela voltará em benefício da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, G. Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.9, n. 36, p. 135-168, 2006. Disponível em:< http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf>. Acesso em: 12 set 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2010

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 40, p. 247-283, 2007, Disponível em< <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=BESSA%2C+Leonardo+Roscoe.+Dano+moral+coletivo.#>>. Acesso em: 09 out 2019.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 out 2019.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em :11 out 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Compilado. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação n. 12.062/GO**, Segunda Seção, Rel. Min. Raul Araújo, Brasília, DF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 741868 GO**, Decisão Monocrática, Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação cível n. 1.0105.13.038656-5/002**, 18ª Câmara cível, Rel. João Cancio, Belo Horizonte, MG, 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 1001176-39.2016.8.26.0615**, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Roberto Mac Cracken, São Paulo, SP, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 71001251750**, 3ª Turma Recursal Cível, Rel. Eugênio Facchini Neto, Porto Alegre, RS, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2019.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FISBERG, Yuri. O dano social como instituto de aperfeiçoamento do tratamento coletivo da responsabilidade civil. **Revista Jurídica ESMP**, São Paulo, v.14, p. 134-147, 2018, Disponível

em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwii5qDc1fHkAhXBCtQKHZeJCTMQFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.esmp.sp.gov.br%2Frevista_esmp%2Findex.php%2FRJESMPSP%2Farticle%2Fdownload%2F356%2F340340378&usg=AOvVaw2AdQrsFWivZcCoKgxpZM6g> Acesso em : 27 set 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano Moral Coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista TST**, Brasília, v.78, n. 4, p. 288-304, 2012. Disponível em: <

https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=O+DANO+MORAL+COLETIVO+E+O+VALOR+DASUA+REPARA%C3%87%C3%83OXisto+Tiago+de+Medeiros+Neto*#> Acesso em: 09 out 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARGENDLER, Mariana. **O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil brasileiro: pena privada ou punitive damages**. 35 p., Artigo (Projeto de pesquisa Temas atuais do direito privado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

PENSANDO O DIREITO: Dano moral no Brasil. Brasília: Secretaria de assuntos legislativos do Ministério da Justiça. n. 37, 2011.

PEREIRA, Caio Mario. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 324 p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros tradicionais da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SECO, Thaís Fernanda Tenório. **Três Conceitos de Dano Moral: para uma harmonização**. In: DANO E REPARAÇÃO CIVIL, Lavras, 2017.

SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme V.; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito do Consumidor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.