

O Dano Moral nas relações de consumo à luz do Direito Brasileiro e do Português

DENISE NICOLL SIMÕES DE SOUSA

Juíza de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a ressarcibilidade do dano moral em sede obrigacional, designadamente nas relações de consumo.

O direito à reparação dos danos morais não sofre atualmente contestação, estando expressamente reconhecido em alguns ordenamentos jurídicos, como no caso de Portugal¹ e do Brasil². Porém, há ainda alguma resistência quanto à possibilidade de reparação dos danos morais na área da responsabilidade contratual.

Observe-se que a idéia de relação contratual sofreu uma sensível evolução em razão do surgimento, a partir do século XX, notadamente após a II Guerra Mundial, de um novo tipo de sociedade: a sociedade industrializada, de consumo em massa, levando à necessidade de proteção da parte mais fraca dessa relação: o consumidor.

Na teoria contratual clássica, o direito deveria apenas proteger a vontade dos contratantes, reconhecida sua força vinculativa, pouco importando a justiça ou o equilíbrio das estipulações contratuais, uma vez que o contrato seria obra de duas pessoas em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, com possibilidade de discutirem livremente as cláusulas contratuais³. A justiça do contrato estava na vontade das partes.

¹ Código Civil, artigo 496º, Decreto-Lei nº 383/89, artigo 8º, nº 1; Lei nº 24/96, artigos 3º, letra f e 12, nº 4.

² Constituição Federal, artigo 5º, incisos V e X, Novo Código Civil, artigos 953 e 954, Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso VI.

³ Sobre a historicidade da teoria clássica do contrato, veja Cláudia Lima Marques, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4. Edição, p. 43 e ss.

Na sociedade atual, onde os métodos de contratação se dão em massa, predominando as relações contratuais entre empresas e consumidores, torna-se imperiosa a criação de princípios e normas próprias visando à proteção da parte débil dessas relações contratuais.

Nesse sentido, a concepção clássica cede lugar a uma concepção mais social do contrato, onde surgem os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato⁴.

É nesse contexto que a questão da reparação do dano moral oriundo das relações de consumo deve ser examinada, levando-se em consideração os princípios norteadores dessa “nova realidade contratual”.

2. ESPECIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A proteção do consumidor é um tema universal e uma das grandes questões do direito contratual que marcaram o final do século passado e que continua a merecer a atenção mundial, em busca de um novo sistema jurídico que traduza o ideal de justiça do modelo de sociedade dos dias atuais.

Nas palavras do professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor António Pinto Monteiro, “O ideal de Justiça, de que a lei deve ser instrumento de realização, pressupõe e está conforme o modelo de sociedade que se perfilhe”⁵. Dessa forma, a questão da defesa do consumidor na sociedade de consumo moderna ganha importância e traduz o ideal de justiça desejável.

Isso porque, na sociedade massificada a liberdade contratual deu lugar ao desequilíbrio desproporcional das relações, não sendo mais de se pensar que a vontade, por si só, geraria a justiça contratual. A partir de então, algo mais haveria de se fazer para proteger os consumidores, na medida em que estes não determinam o conteúdo dos contratos que são obrigados a celebrar⁶, seja porque não estão em condições técnicas de avaliar a qualidade dos bens e serviços, seja porque os contratos não são negociados individualmente, ao contrário, são prévia e unilateralmente elaborados pelos fornecedores.⁷

⁴ CDC Brasileiro, artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV e Novo Código Civil Brasileiro, artigo 423. Código Civil Português, art. 227º, Cláusulas Contratuais Gerais, art. 15º.

⁵ MONTEIRO, António Pinto, “O Direito do Consumidor em Portugal”, **Revista Brasileira de Direito Comparado** n.º 17, p. 128/142.

⁶ Especialmente no que toca a bens e serviços essenciais.

⁷ ANDRADE, J.C. Vieira, “Direitos Fundamentais”, lições ao 5º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, ano letivo 2002/2003, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fotocopiado.

Nesse universo de relações comerciais, a desigualdade de poder entre os que compram e os que vendem produtos e serviços justifica a intervenção do Estado a fim de criar mecanismos eficientes para superar esta desigualdade.

Dada a importância que o tema alcançou é que se entende necessária uma intervenção pública, nomeadamente por via legislativa, para reequilibrar as relações jurídicas em foco.

Esse intervencionismo se manifesta de duas formas:

a) pelo modelo majoritário dos países que disciplinam a relação de consumo através de leis esparsas, específicas para cada atividade econômica (publicidade, crédito ao consumo, responsabilidade civil do produtor, viagens organizadas, direito de habitação periódica, contratos à distância, garantias, cláusulas contratuais gerais etc.), como é o caso de Portugal; e

b) pelo modelo daqueles países que optaram pela tutela do consumidor de modo sistemático e unitário, através da criação de um código, como no caso do Brasil.

2.1 A QUESTÃO BRASILEIRA

2.1.1 O Direito do Consumidor como Direito Fundamental

A especial sensibilização da necessidade de proteção do consumidor levou o Brasil a consagrar seus direitos como direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira inclui a defesa do consumidor no elenco dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, dispondo no artigo 5º, inciso XXXII, que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” e, mais adiante, estabelece no artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Por sua vez, o artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do mercado será baseada na livre iniciativa, mas observados os direitos do consumidor, dispondo que: “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”.

Com base nesses dispositivos constitucionais, foi promulgado em 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90 – figurando o Brasil como o pioneiro da codificação do Direito do Consumidor em todo o mundo.⁸

2.1.2 O Código de Defesa do Consumidor: Âmbito do Microssistema

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro é considerado um microssistema jurídico de caráter inter e pluridisciplinar, ou seja, ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada *ciência consumerista*, o Código relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos.⁹

Com efeito, o Código do Consumidor regula as diversas áreas de atuação do Direito das Relações de Consumo, disciplinado por regras não só de direito civil, mas também de direito administrativo, direito penal, processual civil e processual penal, dando tratamento diferenciado às relações de consumo, sempre tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e sua condição de destinatário final dos produtos e serviços.¹⁰

Nesse sentido, os artigos 2º e 3º do citado diploma legal delimitam, num primeiro momento, o âmbito de sua incidência às denominadas relações de consumo, conceituando as duas partes envolvidas nesta relação: consumidor¹¹ e fornecedor¹², seu objeto: produtos¹³ e serviços¹⁴, sempre tendo como elemento essencial a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo¹⁵.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini e BEJAMIN, António Herman de Vasconcellos, **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 8.

⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...**, op. cit. p. 19.

¹⁰ Para Sergio Cavalieri Filho, o Código de Defesa do Consumidor criou uma *sobre-estrutura jurídica* multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer relação de consumo (**Programa de Responsabilidade Civil**, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 359).

¹¹ CDC, art. 2º - *Consumidor é toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹² CDC, art. 3º - *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

¹³ CDC, art. 3º, § 1º - *Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial;*

¹⁴ CDC, art. 3º, § 2º - *Serviço é qualquer atividade fornecida, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

¹⁵ CDC, art. 4º, inciso I.

Além da definição legal de consumidor *stricto sensu* (art. 2º, *caput*), o CDC amplia seu campo de aplicação aos chamados consumidores por equiparação (parágrafo único do artigo 2º, artigos 17 e 29). Vale dizer que, embora determinadas pessoas não se enquadrem na definição de consumidores *stricto sensu*, serão equiparadas aos consumidores e receberão a proteção especial do Código, desde que presentes os pressupostos previstos nos dispositivos citados.

Da mesma forma, o conceito de fornecedor de produtos e serviços é amplo, tendo como elemento caracterizador o desenvolvimento de atividade profissional, estabelecendo o Código a responsabilidade solidária entre todos os envolvidos na cadeia de fornecimento (artigos 18 e 20).

A ampla definição dos partícipes da relação de consumo, com a extinção da figura do terceiro, incluído como consumidor equiparado, e a imposição da solidariedade na cadeia de produção e fornecimento de bens e serviços tem como reflexo a superação da *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e extracontratual¹⁶, surgindo um regime próprio para a responsabilidade oriunda dessa relação.

Discorrendo sobre o tema, Claudia Lima Marques observa que: “A ciência do direito para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado terá que superar a ‘*summa divisio*’ entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos (*‘Nebenpflichten’*). Estes são deveres de conduta, deveres de boa-fé presentes nas relações sociais mesmo antes da conclusão de contratos, presentes mesmo depois de exauridas as prestações principais ou em caso de contratos nulos ou inexistentes”.¹⁷

No mesmo sentido, Zelmo Denari observa que o tratamento dado pelo Código do Consumidor em sede de responsabilidade “afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito, rendendo ensejo à unificação da ‘*summa divisio*’”.¹⁸

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...** op. cit. p. 346.

¹⁷ **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 346.

¹⁸ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado, cit., p. 155.

Igualmente, Sergio Cavalieri Filho enfrenta a questão salientando que: “A clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual foi aqui superada, ficando o assunto submetido a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento da responsabilidade do fornecedor é o risco nas relações de consumo, contratuais ou não”.¹⁹

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor criou regras próprias para responsabilidade nas relações de consumo, responsabilidade objetiva do fornecedor com fundamento no risco, prevendo expressamente o direito à *reparação do dano moral* (artigo 6º, inciso VI), não havendo no Brasil qualquer controvérsia a respeito da possibilidade de seu ressarcimento, quer se trate de dano de índole contratual, quer se trate de dano de índole extracontratual.

2.1.3 Os Princípios Norteadores da Relação Consumerista

Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Tomando como base o caráter pluridisciplinar do Direito do Consumidor, pode-se afirmar que o artigo 6º do CDC é uma síntese dos princípios gerais que norteiam o aplicador das normas de proteção ou defesa do consumidor.²⁰

Dispõe o referido dispositivo legal:

“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

¹⁹ Programa de Responsabilidade Civil, cit., p. 364-365.

²⁰ Os direitos básicos dos consumidores foram inspirados na Resolução n.º 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembléia-geral da Organização das Nações Unidas. (Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...** op. cit. p. 10).

IV – a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

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;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

IX – (vetado);

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.” (grifamos).

Tais direitos consagram, como já foi dito, os princípios norteadores do direito consumerista no Brasil, interessando para o presente trabalho o direito à efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, positivado no inciso VI.

A questão da prevenção de danos está direcionada principalmente às empresas fornecedoras de produtos e serviços, que devem tomar atitudes concretas para evitar a ocorrência de danos ao consumidor.²¹ Da mesma forma, o Poder Público também tem sua cota de responsabilidade, na medida em que, exercendo seu papel fiscalizador pode evitar danos principalmente à saúde dos consumidores, hipótese de maior incidência na fabricação de medicamentos e de produtos alimentícios.

Mas se de alguma maneira falham tais medidas, e venha a ocorrer qualquer dano (patrimonial ou moral) ao consumidor, haverá lugar para sua integral reparação, sendo colocados à sua disposição meca-

²¹ Exemplo típico é o procedimento conhecido por *recall*, que consiste na atitude dos fabricantes de bens duráveis de convocarem os consumidores para, no caso de defeito, trocarem as peças necessárias a fim de evitar futuros danos.

nismos processuais eficazes a fim de efetivar seu direito: ações coletivas para a tutela dos interesses difusos, dos interesses coletivos e dos interesses individuais homogêneos de origem comum²², inversão do ônus da prova²³, antecipação da tutela jurisdicional²⁴, etc.

Além disso, o mencionado dispositivo legal deixa clara a possibilidade de haver cumulação entre o dano moral e o dano patrimonial oriundos do mesmo fato, colocando termo a antiga discussão no direito brasileiro a respeito do tema.²⁵

Para bem retratar esse ponto, Nelson Nery Júnior ressalta que: “Agora, a cumulação decorre de texto expresso de lei, sendo válida tanto para a responsabilidade contratual quanto para a aquilina, derivada das relações de consumo.”²⁶

É a própria lei que prevê o ressarcimento de danos morais decorrentes do sofrimento, da dor, do constrangimento, da angústia, por bens e serviços defeituosos ou inadequadamente fornecidos.²⁷

Assim, no âmbito das relações de consumo não haverá mais lugar para a antiga controvérsia a respeito da possibilidade de indenização dos danos morais de índole contratual, nem tampouco da possibilidade de sua cumulação com o dano patrimonial, pois a própria lei consagra o direito à reparação, donde se conclui que nas relações de consumo qualquer que seja a natureza do dano, haverá sempre o dever de indenizar.

2.2 A QUESTÃO PORTUGUESA

2.2.1 O Direito do Consumidor no Rol dos Direitos e Deveres Econômicos: Artigo 60º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa

Portugal, embora já se preocupasse de longa data sobre a ques-

²² CDC, art. 81.

²³ CDC, art. 6º, inciso VIII.

²⁴ CDC, artigo 84, § 3º.

²⁵ O entendimento predominante do STJ é no sentido da possibilidade da cumulação do dano moral com o patrimonial em qualquer relação jurídica, conforme Súmula nº 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material ou moral oriundos do mesmo fato”.

²⁶ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor..., op. cit. p. 482.

²⁷ CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 520.

tão *consumerista*, fazendo referência aos consumidores na Constituição de 1976²⁸, somente na revisão de 1989 incluiu formalmente os direitos dos consumidores no catálogo dos direitos fundamentais, entre os denominados “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais” (artigo 60º), vindo, desde então, trabalhando na idéia de uma legislação codificada, a qual deve, ainda, coadunar-se com as exigências da Comunidade Européia.

O alcance da proteção constitucional do consumidor enquanto titular de direitos fundamentais vale na medida em que: os titulares sejam indivíduos e só por analogia pessoas coletivas²⁹; os bens protegidos sejam bens de carácter pessoal; e exista uma relação entre consumidor de bens, serviços ou direitos para uso não profissional e quem exerça uma atividade profissional de produção ou fornecimento, sempre tendo como elemento essencial a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

O artigo 60º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, enumera os direitos fundamentais dos consumidores, são eles: a) direito à *qualidade dos bens e serviços consumidos*, b) direito à *formação e à informação*, c) direito à *proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos*, d) direito à *reparação de danos*.

Trata-se de direitos que não têm a mesma natureza. A maioria reveste a natureza de direitos a prestação ou ações do Estado, como é o caso dos direitos à *formação e à informação*, do direito à *proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos*, sujeitos as características típicas dos “direitos econômicos, sociais e culturais”. Outros, como o direito à *reparação de danos*, têm a natureza análoga à dos “direitos, liberdades e garantias”, beneficiando-se do respectivo regime³⁰ (aplicabilidade direta).

²⁸ Na versão originária da Constituição Portuguesa de 1976, a única referência aos consumidores aparecia nos princípios gerais da Organização Económica (José Carlos Vieira de Andrade, “Lições ao 5º Curso de Pós-Graduação do Direito do Consumidor...”, *op. cit.*).

²⁹ É grande a controvérsia em Portugal quanto à possibilidade de a pessoa coletiva ser considerada consumidora para efeitos de aplicação das normas de proteção do consumidor. A Lei de Defesa do Consumidor, Lei 24/96, no seu artigo 2º, não inclui expressamente a pessoa coletiva do conceito de consumidor, havendo, dessa forma, a possibilidade de extensão, desde que as normas de defesa do consumidor não restrinjam expressamente sua incidência às pessoas físicas, e na medida em que as pessoas coletivas não tenham competência específica para a atividade em causa.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes/VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3ª Ed., Coimbra Editora, 1993, p. 323.

Com propriedade, Vieira de Andrade³¹ esclarece que: “A diferença de regimes decorre da diversa densidade normativa dos preceitos constitucionais: verifica-se que os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, apesar de utilizarem conteúdos imprecisos ou cláusulas gerais, têm conteúdo susceptível de determinação, pelas vias da interpretação jurídica, ao nível constitucional, conteúdo que, em última instância, pode e deve ser estabelecido pelos tribunais e pelo Tribunal Constitucional.

Mesmo quando a intervenção legislativa não é só conveniente e adequada, mas estritamente necessária ao exercício dos direitos, estes preceitos constituem normas diretamente aplicáveis, que vinculam estritamente o legislador, a quem cabe concretizar, regular, proteger os direitos, ou até condicioná-los ou restringi-los, quando e na medida em para tal esteja constitucionalmente autorizado.”

De qualquer forma, o efeito típico das normas constitucionais relativas aos direitos dos consumidores é o dever do Estado de legislar, cabendo ao legislador infraconstitucional definir o conteúdo desses direitos, tendo como base as diretrizes constitucionais estabelecidas. Tal imposição é reforçada pela tarefa fundamental do Estado no âmbito económico e social, prevista no artigo 81, alínea *h*, da Constituição da República Portuguesa.

Como já mencionado, o *direito à reparação de danos* tem a natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias” e se traduz “no direito de indenização dos prejuízos causados pelo fornecimento de bens ou serviços defeituosos, por assistência deficiente ou por violação do contrato de fornecimento”.³²

A Constituição, ao consagrar o direito fundamental do consumidor à *reparação de danos*, não distingue entre danos *patrimoniais* e *não patrimoniais*, nem fornece qualquer indício de que a responsabilidade, neste caso, se deva circunscrever somente aos primeiros, o que leva à conclusão de que o diploma legal, seja *lei geral* ou *código*, que venha a concretizar e regular esse direito, não poderá restringir o alcance do preceito constitucional.

³¹ “Lições ao 5º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo...”, op. cit.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes/VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada...**, op. cit. 324.

E nesse sentido, Portugal vem cumprindo de forma satisfatória a imposição constitucional de proteção do consumidor, existindo desde 1981 uma *lei geral*, a Lei de Defesa do Consumidor: Lei nº 29/81, de 22 de Agosto, onde se estabeleceram as regras e os princípios para concretizar a defesa desses direitos. A esta *lei geral* foram somadas outras que serviram para transpor para o direito português as correspondentes Diretivas da Comunidade Européia: lei sobre cláusulas contratuais gerais, lei sobre a responsabilidade do produtor, sobre publicidade, sobre *time sharing*, crédito ao consumo etc.³³

Em 1996, a Lei nº 29/81 foi revogada e substituída pela atual Lei nº 24/96, de 31 de Julho, que “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”, concretizando no seu artigo 3º os direitos constitucionais previstos no artigo 60º, nº 1.

2.2.2 Lei de Defesa do Consumidor e o Dano Não Patrimonial: Artigo 3º, Alínea f

Embora a Lei nº 24/96 não tenha a amplitude de um Código do Consumidor³⁴, estamos diante de uma *lei geral*, mais desenvolvida do que a primeira, e que “passa a ser a *trave-mestra* da política de consumo e o *quadro normativo* de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos”, conforme sintetizado por Pinto Monteiro.³⁵

Estabelece o artigo 3º:

“Art. 3º - O consumidor tem direito:

- a) à qualidade dos bens e serviços;
- b) à protecção da saúde e da segurança física;
- c) à formação e à educação para o consumo;
- c) à informação para o consumo;
- d) à protecção dos interesses económicos;

³³ MONTEIRO, António Pinto, "O Direito do Consumidor em Portugal", **Revista Brasileira de Direito Comparado**... op. cit. p.133.

³⁴ Existe em Portugal, desde 1996, uma Comissão encarregada da elaboração de um Código do Consumidor, visando a reforma do Direito do Consumidor (António Pinto Monteiro, "O Direito do Consumidor em Portugal"... op. cit. p. 135).

³⁵ "O Direito do Consumidor em Portugal" ... op. cit.

e) **à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos;**

f) *à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta;*

g) *à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.*” **(grifamos)**

A *alínea f*, acima transcrita, consagra, a meu sentir, definitivamente, no *direito consumerista português*, a possibilidade da reparação do dano moral nas relações de consumo (tanto na responsabilidade contratual, como na extracontratual), colocando um ponto final na controvertida aplicação do artigo 496º do Código Civil³⁶ no âmbito da responsabilidade contratual³⁷. E assim penso porque, o Estado, ao cumprir o imperativo constitucional de protecção do consumidor, estabeleceu na referida *alínea* a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito fundamental *à reparação de dano* (art. 60º, nº 1, *in fine*).³⁸

Com efeito, a questão de saber se a reparação dos danos *não patrimoniais* circunscreve-se ao domínio da responsabilidade extracontratual, ou se abrange igualmente os danos *não patrimoniais* de índole contratual perde relevância prática no âmbito das relações de consumo, uma vez que a Lei de Defesa do Consumidor, como *lei geral*, consagra o direito ao ressarcimento das duas espécies de dano, consolidando o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência portuguesa no sentido de considerar a reparação do dano moral um princípio geral.

³⁶ Artigo 496º, nº 1: "Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito".

³⁷ A posição predominante na doutrina e na jurisprudência é no sentido de admitir a reparação dos danos não patrimoniais de índole contratual, sustentando corretamente, no meu entendimento, que o artigo 496º se aplica por analogia à responsabilidade contratual, pois seria um princípio de alcance geral.

³⁸ Sobre a importância da protecção do consumidor ter assento constitucional, é oportuno citar uma decisão do Tribunal Constitucional, de 3 de Maio de 1990, que julgou inconstitucional a norma jurídica que fazia parte do estatuto dos Correios (CTT), segundo a qual "em relação aos utentes, a responsabilidade dos CTT não poderá abranger, em caso algum, lucros cessantes..." (nº 3 do art. 53º do anexo I ao Decreto-Lei nº 49.638, de 10 de novembro de 1969), sob o fundamento de que a referida norma violava o imperativo constitucional de protecção do consumidor onde se consagra o direito dos consumidores à reparação de danos. (*apud* António Pinto Monteiro, "O Direito do Consumidor em Portugal").

Com toda razão pondera João Calvão da Silva que: "...tendo em conta a tendência crescente para a unificação das duas espécies de responsabilidade, não descortinamos razões poderosas para não considerar a ressarcibilidade do dano não patrimonial um princípio geral aplicável também à responsabilidade contratual."

Nessa mesma linha, cabe citar o Decreto-lei nº 383/89, de 6 de Novembro, que transpôs a Diretiva nº 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, sobre a *Responsabilidade Civil do Produtor*, que reconheceu o *direito à reparação de dano não patrimonial* no âmbito dos danos ressarcíveis pelo produtor, para evitar que, neste domínio, se controvertesse a aplicação do disposto no artigo 496º do Código Civil.³⁹

Cabe salientar que a orientação da Diretiva 374/85 da Comunidade Económica Europeia foi no sentido de delimitar as hipóteses que seriam consideradas *dano* para fins de sua aplicação, mas somente quanto aos danos patrimoniais, permitindo, porém, que os Estados-membros regulassem diversamente os danos *imateriais* (*não patrimoniais* ou *morais*), seguindo essa posição em virtude da forte pressão exercida pela Alemanha, onde predomina a tese da irressarcibilidade dos danos morais na responsabilidade pelo risco.⁴⁰

O artigo 8º, nº 1, do Decreto-Lei nº 383/89 dispõe: "*São ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino.*"

³⁹ Cf. João Calvão da Silva, **Responsabilidade Civil do Produtor**, Coimbra, p. 678. O Autor esclarece ainda que a expressão dano não patrimonial é mais correta, porque, além do dano moral, derivado da ofensa da personalidade moral, abrange os sofrimentos físicos, os danos estéticos.

⁴⁰ O artigo 9º da Diretiva 374/85 da CEE está assim redigido: "Para os efeitos do artigo 1º, o termo 'dano' designa: a) O dano causado por morte ou por lesões corporais; b) O dano causado numa coisa ou a destruição de uma coisa, distinta do produto defeituoso, deduzida uma quantia de 500 ECUs, desde que essa coisa: i) seja de tipo normalmente destinado ao uso e consumo privados, e ii) Tenha sido utilizada pela vítima principalmente para seu uso ou consumo privado. O presente artigo não prejudica as disposições nacionais reactivas aos danos imateriais." (*apud* Maria Afonso e Manuel Variz, **Da Responsabilidade Civil Decorrente de Produtos Defeituosos**, Coimbra Editora, 1991, p. 47).

A expressão utilizada pelo legislador referente aos danos resultantes de *lesão pessoal* abrange não só os danos provenientes de lesão física, como também (e neste aspecto com muita propriedade) os resultantes de qualquer lesão à integridade psíquica e mental, atendendo desta forma os *danos não patrimoniais* porventura causados pelo produto defeituoso.

Sobre o tema, sustenta Calvão da Silva⁴¹ que: “no caso de morte ou lesão pessoal, são ressarcíveis todos os danos, sejam patrimoniais ou não patrimoniais, também chamados danos morais”. Ressalta ainda que o artigo 496º do Código Civil tem aplicação neste domínio, quer perante um terceiro, quer perante a parte contratante.

Essa opção do legislador português de reconhecer na responsabilidade civil do produtor a ressarcibilidade do *dano não patrimonial*, demonstra que o *direito consumerista português* já caminhava para unificação das responsabilidades contratual e extracontratual nas relações de consumo.

Ao abordar a questão da dicotomia entre os dois tipos de responsabilidade, na hipótese da responsabilidade do produtor, o mencionado Autor⁴² assevera que: “essa unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro.”

De fato, a razão que levou o legislador português a consagrar o direito ao ressarcimento do *dano não patrimonial* na hipótese de responsabilidade pelo fato do produto, é a mesma reconhecida na Lei de Defesa do Consumidor, porque a diferenciação ou discriminação normativa do consumidor no âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual, é totalmente injustificável, tendo em vista a evolução legislativa na defesa de seus direitos.

Além do reconhecimento expresso do direito ao *dano não patrimonial* como direito básico ou fundamental do consumidor no artigo 3º, alínea f, a Lei nº 24/96 reafirma o direito ao *dano não patrimonial*

⁴¹ **Compra e Venda de Coisas Defeituosas**, Almedina, Coimbra, 2002, p. 202.

⁴² *Apud* DENARI Zelmo, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...** op. cit., p. 155.

na hipótese prevista no n° 4 do artigo 12º, a saber: “Sem prejuízo do disposto no número anterior, o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos”.

Por todas essas razões, tenho para mim que o *direito ao ressarcimento do dano moral* está definitivamente reconhecido no âmbito das relações de consumo pelo disposto no artigo 3º, alínea f, da Lei n° 24/96, não havendo mais lugar para a controvérsia a respeito da aplicação do artigo 496º do Código Civil, que será aplicado subsidiariamente para caracterização do dano e a fixação do montante da indenização devida, eis esta norma consagra um princípio de alcance geral, qual seja, estabelece um critério para a configuração do dano, na medida em que condiciona a sua reparação à gravidade da lesão, evitando a banalização e industrialização do *dano moral*.

Cabe ainda ressaltar que qualquer lei que vier a transpor para o direito interno português a correspondente diretiva da Comunidade Europeia na área do Direito do Consumo, terá que respeitar o direito à reparação dos danos *não patrimoniais (morais)* consagrados na *Lei Geral*, direito este que deverá ser mantido no futuro *Código do Consumidor Português*, ora em fase de elaboração, eis que decorre do imperativo constitucional de proteção do consumidor.⁴³

⁴³ Nesse sentido, J. J. Canotilho / Vital Moreira: "...as leis que estabeleçam novos direitos, para além dos previstos na Constituição, são em certo sentido leis reforçadas, visto que não podem ser livremente derogadas por outras leis. É certo que, diversamente do que sucede com os direitos fundamentais com assento constitucional (que, como se viu, só podem ser restringidos nos casos previstos na Constituição), os direitos com assento legal não gozam desse privilégio, podendo por isso vir a ser objeto de restrição ulterior por nova lei. Mas, tal como os direitos de origem constitucional, os direitos com assento apenas legal só podem ser restringidos ou sacrificados por mor de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e isso apenas na medida necessária para o efeito (cfr. art. 18º-2, 2ª parte: princípio da proporcionalidade). Isto equivale a dizer que os direitos com assento legal também gozam de um privilégio da proibição do retrocesso, não podem ser restringidos, e muito menos revogados, de forma arbitrária, mas apenas quando tal se justifique e de forma proporcionada". Prossegue o eminente professor: "O que se diz para os direitos com assento exclusivamente legislativo vale por maioria de razão para os casos das leis que ampliam o âmbito de proteção de um direito constitucional (v. g. a lei que admite a constituição de comissões de trabalhadores na função pública) ou que concretizam um direito constitucional quando a Constituição devolve para a lei a sua delimitação (v. g. o reconhecimento da ação popular no âmbito da administração local, previsto no Cód. Administrativo)" (**Constituição da República Portuguesa...** op. cit. p. 143).

3. O DANO COMO FOCO DA QUESTÃO

3.1 O DANO MORAL

Antes de iniciar este tópico, convém esclarecer a opção pela expressão *dano moral*. Embora reconheça que a expressão *dano não patrimonial* seja mais abrangente, optei pela utilização de *dano moral* porque é a designação consagrada na literatura jurídica, além de ser a expressão adotada no direito brasileiro.

O princípio da reparabilidade dos danos morais vem sendo consagrado paulatinamente pela maioria dos países, variando suas legislações quanto à amplitude que lhe conferem. Porém, impende seja feita uma análise, ainda que de forma sucinta, da sua evolução histórica, sua natureza e seus fundamentos, os pressupostos para sua configuração, a fim de possibilitar a identificação do dano moral nas relações de consumo.

Um dos requisitos essenciais da responsabilidade civil é a existência de dano, que pode ser dividido em duas categorias, *dano patrimonial*, que importa no prejuízo econômico, e *dano não patrimonial* ou *moral*, que é o sofrimento psíquico, a dor, a angústia infligida ao ofendido.

Muitos autores conceituam o dano moral através da comparação negativa ao dano patrimonial, referindo Aguiar Dias⁴⁴ que: “quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, estamos na presença de dano moral”. Sustenta referido Autor que a distinção entre as duas categorias não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas sim da natureza do próprio dano, das suas consequências sobre a vítima.⁴⁵

Discordando dessa posição e sustentando que o patrimônio do lesado não se circunscreve ao seu caráter econômico, Yussef Said Cahali⁴⁶ caracteriza o dano moral “como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do

⁴⁴ **Da Responsabilidade Civil**, Vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 729.

⁴⁵ No mesmo sentido, Pinto Monteiro “Apelidam-se de não patrimoniais os danos não susceptíveis de uma avaliação pecuniária, em dinheiro” (“Sobre a Reparação do Dano Moral”, **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, setembro 1992, n. 1, 1º Ano, p. 17/25).

⁴⁶ **Dano Moral**, op. cit., p. 20.

patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e o dano moral puro (dor, tristeza etc.)".

De qualquer forma, quando se fala em dano moral, deve-se ter em mente que o essencial para sua caracterização é a ofensa a um direito, bem ou interesse, sem prejuízo material, que tenha repercussão na esfera dos direitos da personalidade da vítima (honra, liberdade, saúde, integridade psíquica, causando dor, tristeza, vexame, imagem, bom nome, privacidade, etc.).

Num primeiro momento, negava-se ressarcibilidade ao dano moral, pela relutância natural em admitir um preço para dor, pela incerteza da existência do dano e, principalmente, pela impossibilidade de sua avaliação em dinheiro.

Tais argumentos foram aos poucos afastados, sustentando os defensores da tese positivista que o dano moral não poderia ser negado, eis que negar a existência do dano seria negar o próprio direito à personalidade do ser humano, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos⁴⁷. A falta de critérios econômicos para avaliar o dano não apaga a realidade de sua existência, e, por conseguinte, não dispensa da obrigação de indenizar.

Com efeito, a impossibilidade de avaliação em dinheiro, não poderia servir de obstáculo para a reparação do dano moral. Seria mais imoral a posição que pretendia negar a reparação, sob o argumento da natureza não patrimonial dos danos, pois que essa atitude levaria a que a vítima sofresse o dano, ficando sem qualquer indenização, beneficiando, dessa forma, o autor da ofensa, que não suportaria qualquer custo pelo dano causado.

Por tais razões, hoje predomina a idéia de que para o conceito ressarcitório do dano moral se convergem duas forças: o caráter *punitivo* para que o causador do dano seja punido pela ofensa praticada (uma espécie de *pena privada*); e o caráter *compensatório* para a vítima, que receberá uma quantia pela ofensa que sofreu. Em outras palavras, a indenização dos danos morais visa, simultaneamente, a compensar o lesado e sancionar o lesante.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil...**, op. cit., 54.

Mais recentemente, vem crescendo o entendimento segundo o qual no ressarcimento do dano moral deve prevalecer o *caráter punitivo*, assumindo a natureza de *pena privativa* em benefício da vítima, impondo ao ofensor uma sanção para não passar impune o ato ilícito e para desestimular novas agressões⁴⁸. Neste contexto, a *pena* se justificaria especialmente no domínio e para tutela dos direitos de personalidade. De fato, a íntima relação entre os direitos da personalidade e a responsabilidade civil por danos de natureza moral é tão grande que se pode afirmar que a responsabilização contribui como meio para a efetivação dos referidos direitos.

Da mesma forma, no que concerne ao Direito do Consumidor, a *responsabilização pelo dano moral* também contribui como *meio de efetivação dos seus direitos*. É no campo da reparação de danos patrimoniais e morais que se verifica a forma de controle de práticas comerciais abusivas, dando ao consumidor condições de exigir dos fornecedores uma conduta compatível com a lealdade e a confiança que a relação impõe.

Nesse sentido, a nova concepção social do contrato traz como paradigma, o *princípio da boa-fé objetiva*, princípio este que deve reger toda e qualquer relação jurídica, designadamente as relações de consumo, tendo como função, além de outras⁴⁹, a função criadora, como fonte de novos deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual. Esses *deveres anexos* pressupõem o *dever de informar, de cuidado e de cooperação*.

Trata-se dos conhecidos *deveres laterais*, sendo os danos causados pela violação desses deveres indenizáveis em sede de responsabili-

⁴⁸ Esse entendimento entre nós é defendido por Letícia de Faria Sardas, Dano patrimonial e dano moral, Livro de Estudos Jurídicos 6/25: "O Direito exerce uma função protetora através de penas e de reparações, determinando a conduta que deve ser observada e impondo sanções aos que infringirem as normas legais. A pessoa física, assim como a pessoa jurídica, enfeixa uma série de direitos, fazendo jus à proteção outorgada pela norma jurídica. A violação de qualquer um desses direitos traz como consequência a aplicação de uma pena, que é um dos meios utilizados pelo direito para o cumprimento de sua função tutelar. As penas são características do Direito Penal, enquanto, no Direito Privado, a reparação, em matéria de dano, é o meio pelo qual a tutela é prestada, na defesa de direitos violados" (*apud*, Yussef Said Cahali, **Dano Moral ...**, op. cit. p. 35, nota 46).

⁴⁹ Cláudia Lima Marques observa que o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução do contrato possui três principais funções: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta, 2) como cláusula limitadora do exercício dos direitos subjetivos e 3) na interpretação do contrato (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 180).

dade contratual, por se tratar de deveres indispensáveis para cabal realização do fim contratual.

Assim, estando em causa uma ofensa ilícita a direitos de personalidade (a vida, integridade física e psíquica, a honra, o bom nome e reputação, etc.), a reparação dos danos morais é indiscutível por se tratar de ato ilícito (violação de direitos absolutos), pouco importando que a lesão se verifique na fase pré-contratual, no cumprimento do contrato, ou até mesmo na fase pós-contratual.

Dos *deveres anexos*, o dever de informar é o mais conhecido, estando presente em todas as fases da relação contratual, acompanhando-a do nascimento à extinção. Na fase pré-contratual, fase das tratativas, da oferta do produto ou serviço, da publicidade, as *informações* são fundamentais para a escolha do consumidor, não podendo haver indução em erro, dolo ou falha na informação por parte do fornecedor.

Com efeito, a informação publicitária e as práticas comerciais⁵⁰ devem respeitar os direitos básicos de transparência e boa-fé nas relações de consumo, impondo, além das sanções administrativas e penais pela violação desses *deveres laterais*, o ressarcimento por eventuais danos, notadamente os *danos morais*.

Durante o cumprimento do contrato, principalmente nos contratos cativos de longa duração, como nos contratos bancários e de cartão de crédito, os fornecedores devem cumprir o dever de informar, em atenção aos *deveres anexos* de cuidado e de cooperação.

Igualmente, presente o dever de informar na fase pós-contratual⁵¹, considerando os riscos descobertos depois de concluído o contrato, como é o caso do *recall*⁵². Também, no caso de cobrança de dívidas através de bancos de dados, é dever do fornecedor manter o consumidor informado da eventual abertura de cadastro, ficha, registro e dados

⁵⁰ Práticas comerciais seriam: "os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o seu destinatário final", conforme ensina Bejamin, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, op. cit. p. 137.

⁵¹ "A tese, denominada culpa pos factum finitum, é oriunda da doutrina alemã, que tem encontrado respaldo jurisprudencial", Nelson Nery Junior, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...** op. cit. p. 480.

⁵² Obrigação imposta pelo art. 10º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

pessoais e de consumo, abrindo para o consumidor a possibilidade de retificar ou ratificar o registro feito.⁵³

Com relação a divulgação de informação depreciativa sobre o consumidor, como por exemplo nos bancos de dados, as hipóteses de danos morais são inúmeras, eis que a utilização, por vezes, maliciosa, outras vezes, negligentes destes bancos de dados por fornecedores estão causando grandes e reiterados danos aos consumidores, havendo vasta jurisprudência nos tribunais brasileiros sobre a matéria.

Por aí se vê a impossibilidade de se relacionarem, de maneira exaustiva, todas as hipóteses de danos morais nas relações de consumo, mormente tendo em consideração os avanços tecnológicos e o surgimento de novas formas de relacionamento social, que acabam por gerar novas espécies de danos.

Isso leva à conclusão de que na apreciação da hipótese em julgamento, bem como na eventual fixação do montante da indenização do dano moral, deve o juiz atentar para que a *aplicação da lei consumerista* seja de tal ordem que modifique as práticas hoje existentes no mercado. Cláudia Lima Marques sintetiza com propriedade essa preocupação, asseverando que: “De nada vale a lei (*law in the books*), se não tem efeitos práticos na vida dos consumidores (*law in action*) e no reequilíbrio de situações de poder (*Machtpositionen*) e relações desequilibradas e mesmo ilícitas. A função satisfativa das perdas e danos civis, mesmo que não punitivas, é uma realidade no sistema do CDC (art.6º, VI) ... **Os danos materiais e morais sofridos pelo consumidor individual, porém, devem ser todos ressarcidos, pois indenizar pela metade seria afirmar que o consumidor deve suportar parte do dano e autorizar a prática danosa dos fornecedores perante os consumidores**” (grifamos).⁵⁴

Todavia, não é qualquer lesão que configura o *dano moral* passível de reparação, “há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravi-

⁵³ Artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

⁵⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, op. cit. p. 695.

dade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”, conforme pondera Antunes Varela⁵⁵ (**Das Obrigações em Geral**, 8ª ed., Coimbra, Almedina, p. 617).

Nessa linha de entendimento, os simples incômodos ou as meras contrariedades não serão, em regra, suficientes para justificar uma indenização, só devendo ser considerado como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”, sempre tendo como “paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensato, e o homem de extremada sensibilidade”.⁵⁶

Não será a simples falta de cumprimento do contrato de consumo que, por si só, poderá ensejar a indenização dos danos morais, mas somente “quando a especial natureza da prestação o exija, ou quando as circunstâncias que acompanharam a violação do contrato hajam contribuído decisivamente para uma grave lesão susceptível de causar, segundo a experiência da vida, danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica.”⁵⁷

Já está superada a questão que envolvia a necessidade de demonstração do efetivo dano moral experimentado, bastando a prova do ato ilícito e a sua potencialidade danosa aos direitos inerentes à personalidade. Em outras palavras, o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. São situações em que o dano é evidente, como por exemplo a morte de um filho, a divulgação equivocada da inadimplência do consumidor, a deformidade permanente (dano estético) em decorrência de acidente de consumo, o não cumprimento da oferta, etc.

A indenização, quando configurado o dano moral, tem como escopo dar uma compensação ou satisfação ao lesado pelos danos sofridos, além do caráter punitivo, destinado a desestimular a reiteração da infração.

⁵⁵ *Apud*, Sérgio Cavalieri Filho, **Programa de Responsabilidade Civil...**, op. cit. p. 77/78.

⁵⁶ Cavalieri Filho, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**, 2ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

⁵⁷ MONTEIRO, António Pinto Monteiro, **Sobre a Reparação dos Danos Morais...** op. cit. p.24

Nessa linha de princípio, entendo que, na reparação do dano moral oriundo das relações de consumo, deve prevalecer o caráter *punitivo*, devendo o magistrado na fixação do montante da indenização, atentar para que a *aplicação da lei consumerista* seja de tal ordem que modifique as práticas abusivas hoje existentes no mercado. Não se pode negar que, no mercado de consumo, a sanção pecuniária exemplar é o meio mais eficiente de se induzir o comportamento adequado dos fornecedores.

3.2. VISÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Em face da extensa jurisprudência acerca da reparação dos danos morais nas relações de consumo, optei por selecionar dois acórdãos que servirão para demonstrar as considerações deduzidas no presente trabalho.

a) O primeiro caso foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 165.727 – DF (4º Turma): Erivan da Silva Raposo ajuizou ação de indenização por danos morais, contra Losango Promotora de Vendas Ltda., sob a alegação de que teve seu nome indevidamente inscrito pela empresa Ré no Serviço de Proteção ao Crédito, recebendo a pretensão o julgamento de improcedência, sentença confirmada no segundo grau. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, adotando entendimento uniforme daquela Corte, no sentido de ser obrigatória a comunicação prévia do consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao crédito, tendo-se, na ausência dessa comunicação, por reparável o dano moral oriundo da indevida inclusão, deu provimento ao Recurso Especial, condenando a Ré ao pagamento de indenização a título de dano moral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incidindo correção monetária e juros. A ementa é do seguinte teor:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. FURTO DO CARTÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR DE SUA INSCRIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. LEI 8.078/90, ART. 43, § 2º. DOCTRINA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, “a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular” nesse cadastro.

II – De acordo com o artigo 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inscrição indevida.

III – É de todo recomendável, aliás, que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade.

VI – Não se caracteriza o dissídio quando os arestos em cotejo não se ajustam em diversidade de teses.”

A solução ali alcançada procedeu ao enquadramento teórico respeitante à natureza e conteúdo do direito ao bom nome e reputação, no contexto da tutela geral dos direitos do consumidor, fazendo o estudo doutrinário e legal da matéria em exame.

Com acerto, a Turma Julgadora reconheceu como prática abusiva a falta de comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome no cadastro de proteção do crédito. No caso, admitiu-se, corretamente, a existência do dano moral pela simples demonstração da inscrição irregular.

b) O segundo caso a ser citado é o Recurso Especial nº 373.219 – RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 28 de maio de 2002, e se refere também a uma Ação de Indenização por Dano Moral, proposta por Guilherme Frederico Piclum contra Banco do Estado de Minas Gerais S/A – BENGGE.

O Autor, com arrimo na obrigação legal do fornecedor de comunicar ao consumidor qualquer registro no banco de dados (art. 43, § 2º, do CDC), pretendia a indenização por dano moral decorrente da inclusão indevida de seu nome no cadastro de proteção ao crédito, sem a prévia comunicação.

Na primeira instância, o Autor teve o pedido de dano moral negado, mantendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sentença proferida, conforme se verifica da ementa do acórdão:

“Apelação cível. Ação de responsabilidade Civil. Aval. Inadimplência do devedor. Inclusão do nome do avalista no SERASA. Notificação prévia. Desnecessidade. Devedor solidário. Ausência de dano moral.

Estando o devedor, em favor de quem o avalista prestou aval em contrato firmado por instrumento particular de confissão de dívida, inadimplente, são lícitas as providências adotadas pelo banco em razão da existência desse débito e levadas a efeito, especialmente a inclusão do nome do avalista em cadastro restritivo de crédito, não revelando conduta ilícita, mas sim, atos praticados no exercício regular de um direito. Recurso desprovido”.

Contudo, em que pese o reconhecimento do débito do devedor principal, a decisão do segundo grau deixou de considerar a falta de comunicação prévia do devedor, obrigação estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de evitar abusos por parte dos fornecedores nas cobranças de dívidas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, entendendo ser essencial a comunicação do devedor antes mesmo da inscrição no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, entendimento, aliás, adotado em várias outras decisões, deu provimento ao Recurso Especial, condenando o Banco Réu a pagar indenização ao Autor a título de dano moral, fixando o montante em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em acórdão assim ementado:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. SERASA. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR. COMUNICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. ART. 43, § 2º, CDC. DANO MORAL. CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

I – A inscrição do nome do devedor no cadastro do Serasa deve ser precedida da comunicação exigida no art. 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

II – O interstício de mais de dois anos entre a inscrição do nome no Serasa e a posterior notificação judicial ao devedor, além de não ser razoável, não afasta o constrangimento que advém da inscrição, notadamente se esta for indevida, tornando cabível a indenização por dano moral.”

Inúmeras são as decisões a respeito da obrigatoriedade de cumprimento dos deveres impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, como o dever de informar, de tratar com cuidado os dados incluídos nos bancos, de notificar o consumidor para que possa retificá-los, se for o caso. Isto demonstra que essa prática comercial abusiva fere o princí-

pio legal da boa-fé, obrigatória em todas as relações contratuais, especialmente nas relações do consumidor, e que a responsabilização dos agentes econômicos pelos danos morais oriundos dessa prática pode contribuir para que haja uma modificação do mercado.

3.3. VISÃO JURISPRUDENCIAL PORTUGUESA

A jurisprudência portuguesa sobre ressarcimento do *dano não patrimonial ou moral* em sede da responsabilidade contratual nas relações de consumo não é muito extensa, e nos poucos acórdãos encontrados não há aplicação da nova Lei de Defesa do Consumidor, pois são anteriores a sua publicação, havendo a aplicação por analogia do artigo 496º do Código Civil. Mas, de qualquer forma, o reconhecimento do dano moral de índole contratual é pacífico.

a) O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Março de 1995, proferido no Recurso de Revista nº 6873/94, confirmou a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que condenou a Ré a pagar aos Autores indenização pelos *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos em decorrência do não cumprimento de contrato de compra e venda de parcela de terreno, por culpa da Ré, aplicando o artigo 496º do Código Civil. O sumário é do seguinte teor:

“I – É hoje princípio geral de direito comunitário a ressarcibilidade do dano não patrimonial em sede obrigacional.

II – Será abusivo o comportamento que pretende ser exercício de um direito quando – não constituindo tal exercício mesmo em abstracto, uma vantagem objectiva – se revela resultar dele, em concreto, uma desvantagem para terceiro.”

Verifica-se pelo exame do acórdão em foco que o ressarcimento do dano moral em sede obrigacional é entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência portuguesa.

b) O segundo caso foi apreciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 14 de Dezembro de 1993 – Recurso de Apelação nº 7363/903, e refere-se a ação declarativa de condenação, proposta por (A), contra SCCI – Serviços de Controlo de Crédito e Informações LDA, alegando que a empresa Ré incluiu indevidamente o seu nome em uma lista de nomes de pessoas *que haviam emitidos cheques sem provisão*. *Pleiteou a condenação da Ré em retirar o seu nome da tal*

lista, com o desmentido formal da imputação resultante da inclusão do nome na referida lista. Requereu, ainda, a indenização por danos morais. O pedido foi parcialmente acolhido no primeiro grau, com a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de Esc. 600000 escudos, bem como a dar pública explicação junto aos clientes sobre o motivo da inclusão do nome do Autor nas listas que edita. Tal decisão foi confirmada pelo segundo grau, que concluiu, assim, o seu julgamento com o seguinte Sumário:

I – As respostas aos quesitos podem ser restritivas ou explicativas, desde que se mantenham dentro da matéria articulada.

II – Se se deu como provado algo não alegado nem quesitado, a resposta é excessiva, devendo, por aplicação analógica do artigo 646, nº 4, do CPC, ter-se por não escrita.

III – Uma das modalidades que a ilicitude, (pressuposto da responsabilidade civil) pode revestir é a violação de um direito subjectivo e a violação dos direitos de personalidade absoluta, esta abrangida no nº 1 do artigo 483 do Código Civil.

IV – Em relação ao direito da honra e do bom nome, impõe-se uma actuação cuidadosa no tratamento da difusão e publicitação de informação.

V – É responsável por ofensa ao bom nome uma empresa que faz circular por estabelecimentos comerciais aderentes a informação de que determinada pessoa sacou cheques não pagos, quando nem foi essa pessoa que sacou os cheques, nem eles foram recusados por falta de provisão, mas, por serem dados como extraviados.

VI – Se não tivesse havido tal conduta culposa dessa empresa não teria o autor sofrido o vexame e a humilhação de lhe ser vedado o pagamento por cheque”.

4. CONCLUSÃO

Para concluir, acredito poder afirmar que tanto o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (artigo 6º, inciso VI) como a Lei de Defesa do Consumidor Portuguesa (artigo 3º, alínea f) consagra como direi-

to básico e fundamental do consumidor o direito à efetiva reparação de *danos morais ou não patrimoniais*, tornando a responsabilização dos fornecedores num importante meio de garantia de seus direitos.

Tenho para mim que é no campo da responsabilidade civil dos fornecedores que se verifica a forma de controle de práticas comerciais abusivas, dando ao consumidor condições de exigir dos fornecedores uma conduta compatível com a lealdade e a confiança que a relação impõe.

Portanto, o *direito à reparação de danos morais nas relações de consumo* deve merecer da doutrina e da jurisprudência tratamento adequado e compatível com a importância que este direito representa. ◆