



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Questões controvertidas do dano moral à luz do Código de Defesa do Consumidor

Priscila Maria Soares de Oliveira

Rio de Janeiro
2012

PRISCILA MARIA SOARES DE OLIVEIRA

Questões controvertidas do dano moral à luz do Código de Defesa do Consumidor

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professor Orientador: Maria de Fátima Alves São Pedro.

Rio de Janeiro
2012

QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO DANO MORAL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Priscila Maria Soares de Oliveira

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: Os desvios decorrentes das relações de consumo passíveis de ser caracterizados como causadores de danos de ordem material ou extrapatrimonial são, indiscutivelmente, indenizáveis. Diante da inexistência de parâmetros expressos em nosso ordenamento jurídico quanto à caracterização do instituto do dano moral, assim como à sua quantificação, surgem condenações impostas pelo Judiciário que impossibilitam a justa aplicação da reparação ou indenização, ao passo que propiciam a cultura da banalização do dano moral.

Palavras-chave: Dano moral. Relações de consumo. Questões controvertidas. Mero aborrecimento. Banalização do dano moral. Fixação do *quantum* indenizatório. Prova do dano.

Sumário: Introdução. 1. Configuração do dano moral. 2. Possibilidade de reparação do dano moral no direito brasileiro. 3. Questões controvertidas do dano moral. 3.1. O mero aborrecimento e a banalização do dano moral. 3.2. A quantificação do dano moral. 3.3. A questão da prova na constatação do dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto enfoca a temática do dano moral sob as vertentes pontuais de controversão do instituto no Código de Defesa do Consumidor, gerando grande diversidade de decisões no sistema jurídico brasileiro.

Desde os primórdios, existiu a corrente daqueles que negavam a existência do dano moral, sob o argumento de que não se poder pagar um preço pela dor. Hodiernamente, é pacífico que são plenamente indenizáveis as lesões geradoras de danos morais, ainda que seja a legislação vigente relativamente omissa quanto à extensão e contornos do dano moral, restando a discussão quanto a sua quantificação.

A responsabilidade civil tem, pois, essencialmente, a função reparadora ou indenizatória, embora possa vir a assumir, acessoriamente, caráter punitivo. A maior dificuldade na aferição do dano moral decorre de sua mensuração, pois apesar dos critérios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, faz-se necessária a análise do caso concreto pelo julgador.

Diante do panorama atual, resta argumentar se a perseguição do princípio da dignidade da pessoa humana está atrelada à feição e mensuração do dano moral, para que não seja exacerbada sua finalidade e seja justa e corretamente aplicado nas relações de consumo.

Para tal, deve-se despertar a atenção para a necessidade de aplicar de forma justa o dano moral nas relações de consumo, sob a égide das regras elencadas na legislação vigente e visando preservar os direitos personalíssimos, sem propiciar a banalização do instituto sob o aspecto de sua quantificação.

O presente estudo tem por escopo evidenciar a discussão sobre o dano moral, em especial quanto à caracterização e quantificação das condenações impostas pelo Judiciário atualmente, as quais tem a primazia de sobrepor o princípio da equidade às relações de consumo, porém acabam por impossibilitar a justa aplicação da reparação ou indenização, ao passo que propiciam a cultura da banalização do dano moral.

A metodologia que norteará a produção do trabalho científico será bibliográfica – qualitativa e empírica.

1. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL

O dano moral é um dos temas mais controvertidos na responsabilidade civil, não havendo consenso quanto à sua definição dentre a doutrina pátria. Sua previsão legal ocorreu tardiamente, tendo sido contemplada em normas especiais como o Código Brasileiro de

Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Constituição de 1988, a qual pôs fim à discussão assegurando, em seu art. 5º, X, o direito à indenização pelo dano moral.

Nessa esfera, será o dano em sua natureza moral, o qual foi definido por Theodoro Júnior¹:

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

No mesmo sentido, leciona Cavalieri Filho²:

Temos hoje o que se pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Configura-se, pois, o dano moral a partir de ofensa à personalidade ou sob a forma de dor, sofrimento e angústia e atentando-se ao nexo de causalidade, gerando a obrigação de indenizar.

2. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico atual prevê a possibilidade de toda vítima de um ato ilícito buscar a tutela jurisdicional visando o ressarcimento de seus prejuízos, prestigiando a proteção de um conjunto de direitos e garantias fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana e os bens jurídicos a esta ligados.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 2-3.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82.

Moraes³, levando em consideração a cláusula geral de tutela da pessoa humana, afirma que:

[...] a unidade do ordenamento é dada pela tutela à pessoa humana e à sua dignidade, como já exposto; portanto, em sede de responsabilidade civil, e, mais especificamente, de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado. (...) Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à ‘lesão a um direito da personalidade’, nem tampouco ao ‘efeito extra-patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial’. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.

A Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor contemplam a previsão legal de reparação do dano em sua esfera moral. Neste passo, o instituto da reparação civil busca restabelecer o *status quo ante* e, assim, fazer com que o agente minimize ou repare o dano causado ou, na impossibilidade, a compensação patrimonial à gravidade, injustiça e causalidade da conduta do agente para a materialização do dano.

No direito consumerista pátrio, a reparação moral assume caráter essencialmente indenizatório, ou seja, pedagógico-preventivo, cujo fundamento da condenação é a repressão a um ilícito civil decorrente de responsabilidade objetiva. Evidencia-se o arbitramento da indenização por dano moral de modo moderado e equitativo, limitado pela extensão provocada pelo dano e com desestímulo à reincidência, não sendo tão grande que se converta em fonte de enriquecimento e nem tão modesta que se torne inexpressiva. Pereira⁴ preceitua que a condenação imposta ao ofensor “não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério subjetivo.”.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182-184.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.176.

Destarte, o julgador, discricionariamente, arbitra a quantia a ser paga pelo ofensor de acordo com sua convicção pessoal e bom senso, aliado aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, verificando, ainda, no caso concreto, a intensidade e duração do dano, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido.

3. QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO DANO MORAL

O dano moral é um dos temas mais controvertidos em relação ao instituto da responsabilidade civil, já que não há consenso na doutrina quanto a seu conceito, efeitos ou, ainda, aos critérios de fixação do *quantum* indenizatório. Apesar de ser pacificamente reconhecida a reparabilidade do dano moral ao consumidor pela legislação constitucional e infraconstitucional, perdura uma vasta gama de questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema e sua incidência nas relações de consumo.

Segundo os ensinamentos de Bolson⁵, “A função jurisdicional hoje reveste-se de importância ímpar, por isto a necessidade do julgado avaliar eticamente a lesão sofrida pela vítima, adotando critérios que possibilitem a efetiva punição ao lesante e satisfação ao lesado.”

O sentido objetivado pelo legislador no processo de indenização dos danos extrapatrimoniais consiste no restabelecimento do equilíbrio social violado, baseado no princípio da *restitutio in integrum*, o qual preceitua, nos dizeres de Reis⁶, que “a restituição, para ser integral, deverá corresponder ao exato prejuízo sofrido pelo ofendido”.

⁵ BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 149.

⁶ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

Contudo, na sociedade contemporânea é possível observar a utilização da tutela jurisdicional de forma indiscriminada, transformando o dano moral em instrumento de mercantilização para banalizar a concepção social do instituto.

Ademais, a valoração do dano moral é tema igualmente controvertido, pois apesar da quantificação econômica do dano decorrer do poder discricionário do julgador, está adstrito aos parâmetros legais.

Certo é que cabe à jurisprudência adotar uma postura equilibrada em relação ao instituto do dano moral, conferindo proteção efetiva aos abalos significativos sofridos pelos consumidores e, ao mesmo tempo, evitando a propagação de tentativas indenizatórias infundadas.

3.1. O MERO ABORRECIMENTO E A BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL

A responsabilidade civil tem como escopo a indenização do prejuízo sofrido pela vítima em seus interesses. Na visão contemporânea, o dano não deve ser considerado como mera ofensa aos bens econômicos, traduzindo-se num processo de transformação que consiste na ampliação do sentido individual de reparação para uma função de caráter social, além da ampla reparação do prejuízo lesionado.

A proteção ao consumidor foi erigida ao *status* de direito fundamental na Constituição Federal de 1988, destacando-se que o expressivo número de ações judiciais pleiteando danos morais nas relações de consumo reflete uma manifestação da conscientização popular quanto à necessidade de ver satisfeitos seus direitos, aliada ao florescimento de uma cultura essencialmente juricista em nosso País.

Contudo, para a configuração do dano moral, é necessária a existência de prova minuciosa de ofensa à moral da vítima, ao passo que um mero aborrecimento, dissabor,

mágoa ou sensibilidade exacerbada não são capazes de ensejar indenização por danos extrapatrimoniais, ao passo que fazem parte da normalidade do dia-a-dia do homem inserido em sociedade.

Neste passo, ensina Bondioli⁷:

O dano moral se caracteriza pelo significativo abalo espiritual e psicológico da vítima. Fala-se de uma impactante e intensa sensação negativa desencadeada pela conduta do ofensor, 'que exacerba a naturalidade dos fatos da vida'. Pequenos contratemplos, ordinárias frustrações, decepções que fazem parte do dia-a-dia de qualquer pessoa não têm aptidão para produzir dano moral.

No mesmo sentido, Tepedino⁸ preleciona:

Torna-se indispensável a busca de balizas que, fundadas nos princípios e valores constitucionais, sirvam para unificar o sistema de responsabilidade, discriminando-se os chamados danos ressarcíveis e reconhecendo a irreparabilidade de inúmeros danos do cotidiano. Em segundo lugar, por mais louvável que seja a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos [...] não se pode desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil. O dever de reparar não há de ser admitido sem a presença do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e o evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima.

Da mesma forma, é entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias atuais que o mero inadimplemento contratual não configura dano moral, ficando abrangido pelo dano material. Todavia, é cediço que se o inadimplemento exorbitar o aborrecimento e repercutir na esfera da dignidade da vítima, restará configurado o dano moral, cuja configuração não depende do ilícito em si, mas da repercussão que este possa ter.

Em descompasso com a intenção do legislador, percebe-se, na atualidade, a existência de considerável número de pessoas que buscam ser taxadas de vítimas de danos morais inexistentes, em busca de indenização por aborrecimentos triviais, causando a banalização do instituto perante o Judiciário. Inobstante existirem, de fato, arbitrariedades

⁷ BONDIOLO, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coord.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 187.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *O futuro da responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/RTDC.Editorial.v.024.pdf>>. Acesso em 19 jan. 2013.

perpetradas por algumas empresas na contratação de fornecimento de produtos ou serviços, hoje, praticamente tudo pode ser causa de dano moral, mediante o uso abusivo do direito de ação e certo oportunismo, gerando um verdadeiro enriquecimento ilícito.

O Poder Judiciário contribui para a mencionada banalização do instituto do dano moral, na medida em que tem utilizado sua aplicação para todo e qualquer fato, sem qualquer embasamento legal ou concedendo indenizações vultosas.

Permite-se admitir que o aumento no número de demandas se deve não apenas à busca por indenizações, mas à crescente divulgação de leis publicadas há anos e muitas vezes, ainda desconhecidas por grande parte da população que, de fato, desconhecia sua situação de hipossuficiente e seus direitos reconhecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.2. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu limites sob o aspecto da fixação do valor pecuniário, dando ensejo à falta de critérios objetivos doutrinários e jurisprudenciais, assim como à discrepância de atribuição aos valores indenizatórios.

Sobre o assunto, discorre Cavalieri Filho⁹:

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da *lógica do razoável*, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade.

É questão de valor fundamental avaliar a extensão do dano subjetivo sofrido pela vítima, bem como os seus reflexos na intimidade da pessoa, para que o julgador possa fixar com precisão e razoabilidade o *quantum* indenizatório, através de um processo de cognição intuitiva.

⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.86.

Neste contexto, entende Bondioli¹⁰:

[...] o dimensionamento do dano moral e da consequente indenização deve ser feito caso a caso, à luz das respectivas circunstâncias. Tais circunstâncias devem ser confrontadas com parâmetros sedimentados pela jurisprudência em torno da matéria, para que desse confronto resulte um número que reflita a exata quantidade de dinheiro necessária a indenizar o prejuízo em questão.

Em via de regra, a jurisprudência pátria estabelece alguns critérios para fixação dos danos morais, quais sejam: i) extensão do dano; ii) grau de culpa do ofensor; iii) capacidade econômica do ofensor e iv) capacidade econômica do ofendido.

Deve-se esclarecer, contudo, que a capacidade econômica do ofensor não dita os contornos do dano ou sua intensidade, não revela por si só maior ou menor culpa ou dolo do causador do prejuízo nem faz oscilar a quantidade de dinheiro a ser arbitrada a título de indenização. Tal sanção não cabe na noção de indenizar, por extrapolar a ideia de neutralização da ofensa, cabendo relembrar os termos do artigo 944 do Código Civil de 2002, que dispõe que “A indenização mede-se pela extensão do dano.”¹¹.

Portanto, a variação que o porte econômico do ofensor causar no valor da indenização não deve ter qualquer relação com o dano nem com as medidas vinculadas à sua eliminação, o que poderá, por via transversa, ensejar o enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Neste passo, leciona Cavalieri Filho¹²:

Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente *o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

¹⁰ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar, op. cit., p. 190.

¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2013.

¹² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 97.

Segundo os ensinamentos de Reis¹³, “a extensão do dano decorrerá da precisa avaliação presente no grau existente no *animus* de ofender do agente lesionador, como igualmente, no nível dos efeitos produzidos na esfera da intimidade da vítima”.

Sob outra ótica, é notória a existência de um excesso de demandas sem qualquer embasamento legal, englobando somas pecuniárias vultosas e, por vezes, ensejando a concessão desmedida de indenizações de cunho extrapatrimonial. Trata-se de uma questão de origem sociológica que acarreta, pela falta de critérios específicos e parâmetros adequados, vantagem excessiva que atualmente é chamada por alguns de “indústria do dano moral”.

Andrade¹⁴ elucidada que:

É certo que em muitos casos a vítima propõe ação sem base fática ou jurídica. Também é certo que os valores pleiteados, muitas vezes sob os auspícios da justiça gratuita, são muito elevados em comparação com o dano sofrido. Todavia, esses casos não são a regra e cada dia mais os pedidos têm sido feitos em valores compatíveis com os fixados pela jurisprudência. Assim, não existe a “indústria dos danos morais”, e sim, alguns pedidos que discrepam do bom-senso e da proporcionalidade que deve existir entre o dano e o valor da indenização correspondente.

Sobre a concessão de indenizações exageradas, discorreu Marçal¹⁵:

O que temos visto hoje, é uma rápida mudança de um sistema que amparava a quase irresponsabilidade por danos morais para um sistema que perigosamente vem procurando se aproximar dos padrões norte-americanos dos *punitive damages*. Essa mudança se deve não às previsões legais feitas pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim a alguns julgados que vêm tentando consolidar na jurisprudência a chamada Teoria do valor de desestímulo.

Ainda que calcado na experiência comum da praxe forense e na ideia do homem médio, se tem observado que os julgadores não têm sido parcimoniosos nas suas condenações, pois o *quantum debeat*, geralmente, não se traduz em uma justa reparação aos danos causados ao ofendido, transformando-se em fonte de lucro, que ultrapassa a finalidade

¹³ REIS, op. cit., p. 56.

¹⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Manole, 2006, p. 51.

¹⁵ STOCO *apud* MARÇAL *apud* SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Dano moral: Questões controvertidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 137.

de ser suficiente para reparar a vítima e o bem jurídico violado e, também, persuadir o ofensor de se abster de praticar a conduta reprovável.

Na fixação do *quantum* indenizatório, o ponto de destaque é a vítima, pouco importando a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa, a sua condição financeira ou outras circunstâncias que lhe sejam inerentes. O valor da indenização é medido pela extensão e repercussão do dano ou prejuízo.

Não se propõe restringir o direito dos jurisdicionados de pleitearem reparações, conforme garantia constitucional, porém depreende-se que se faz necessária a convergência de interpretações que possibilitem a preservação dos provimentos judiciais, sob entendimento de que a indenização é um desestímulo para futuras condutas e, por outro lado, não pode o valor pecuniário gerar enriquecimento sem causa, devendo ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3.3. A QUESTÃO DA PROVA NA CONSTATAÇÃO DO DANO MORAL

Embora o direito brasileiro tenha dotado a responsabilidade subjetiva como regra no Código Civil de 1916 e, de forma mais mitigada, no Código Civil de 2002, observa-se que o número de situações envolvendo responsabilização de natureza objetiva tem aumentado exponencialmente, em especial após a publicação do Código de defesa do Consumidor, através do qual a responsabilidade objetiva foi trazida como regra para todas as relações de consumo.

Em regra, o dano não é presumível, incumbindo o ônus da prova a quem alega, porém a responsabilidade civil objetiva prescinde de prova da conduta culposa do agente, bastando à vítima provar o nexo causal e o dano sofrido para dar ensejo ao direito à indenização.

Doutrina e jurisprudência brasileiras, majoritariamente, têm aceitado a configuração do dano independentemente de prova. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria ao determinar que a caracterização do dano moral é *in re ipsa*, ou seja, independe de prova, bastando a demonstração do fato que, por si só, será suficiente para demonstrar o dano extrapatrimonial.

Cavaliere Filho¹⁶ elucida que:

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.

Importa observar, porém, que o instituto da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor deve ser pautado em alegações plausíveis dos consumidores, dentre as regras de costume e convivência em sociedade. Ademais, os consumidores devem ser hipossuficientes, sob o aspecto de dificuldade de produção de determinada prova, transferindo o encargo de ilidir a presunção *iuris tantum* de veracidade ao fornecedor de serviços.

Gouvêa¹⁷ sustenta:

Naturalmente, a referida legislação não pode ser aplicada indiscriminadamente, sob pena de ferir o teor léxico do art. 333, I, do CPC, já que o desvario resultante da aplicação desenfreada da Lei nº 8.078/90 redundaria em verdadeira revogação da regra processual que remonta aos romanos, cujo dispositivo estabelece que ao autor cabe provar o fato constitutivo de seu direito.

Extrai-se da análise do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor que a inversão do *onus probandi* apenas se justifica quando a alegação do consumidor for verossímil ou, ainda, quando for este hipossuficiente, não podendo se desincumbir do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito. É nítido o escopo visado pela legislação

¹⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.90.

¹⁷ GOUVÊA, Eduardo de Oliveira; OLIVEIRA, Renato Ayres Martins de; FUKS, Sergio Luis. *Questões controvertidas nas ações indenizatórias: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Ed. Ideia Jurídica, 2003, p.34.

consumerista, não pretendendo abarcar com o referido manto protecional outras situações em que não se configurem a inferioridade técnico-financeira efetiva, capaz de desequilibrar a equação de igualdade em que devem se encontrar as partes.

Na jurisprudência brasileira encontram-se, timidamente, exemplos de aplicação da Teoria dinâmica do ônus da prova, segundo a qual tal encargo deve ser suportado por aquele que estiver em melhores condições de produzi-la. Trata-se de uma flexibilização do regramento clássico, sobre a qual escreveu Godinho¹⁸:

[...] pode-se dizer que a ideia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova. Na Espanha, já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes [...].

É cediço, pois, que a ocorrência de danos morais é presumível, dispensando a prova direta e cabendo à vítima provar o evento danoso, podendo o agente, por sua vez, produzir prova em contrário. De outro lado, visto que nem todos os atos ilícitos causam, necessariamente, danos morais, existem também aqueles danos que necessitam de prova, cabendo à vítima demonstrar que não se trata de dano na espécie de meros aborrecimentos cotidianos. Tal diferenciação é efetuada com base na dimensão dos danos sofridos, sendo eficazmente aplicada de forma individualizada aos casos em concreto.

CONCLUSÃO

Admitida a premissa de que toda vítima de um ato ilícito tem o direito de buscar a tutela jurisdicional com vistas ao ressarcimento de seus prejuízos, nasce o direito de indenização pelos danos sofridos, junto ao correlato dever do agente de reparar o prejuízo causado. Esse dever surge da necessidade de devolver à vítima as mesmas condições em que

¹⁸ GODINHO, Robson Renault. Prova e acesso à justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coord.), op. cit., p. 258-260.

se encontrava antes, buscando restabelecer o *status quo ante*, de modo a minimizar o resultado do dano causado.

O ordenamento jurídico pátrio não dispõe acerca dos limites do *quantum* indenizatório, de modo que a utilização da tutela jurisdicional vem ocorrendo de forma indiscriminada por vasta gama de consumidores, valendo-se da análise do caso concreto pelo julgador e transformando, assim, o dano moral em instrumento de mercantilização para banalizar a concepção social do instituto.

Este trabalho propôs que não é prudente sobrepor as alegações autorais de forma indiscriminada, fazendo-se necessário analisar não apenas a configuração efetiva ou não do dano, como também seus reflexos e extensão perante a vítima. Desta forma, a aplicação justa do dano moral nas relações de consumo visa preservar os direitos personalíssimos de forma mitigada, ao passo que considera os contornos da situação fática geradora do dano, buscando identificar a possível ocorrência de mero aborrecimento e, ainda, denotar a prova mínima da lesão por parte do consumidor, sem propiciar a banalização do instituto.

REFERÊNCIAS

- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coord.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GOUVÊA, Eduardo de Oliveira; OLIVEIRA, Renato Ayres Martins de; FUKS, Sergio Luis. *Questões controvertidas nas ações indenizatórias: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Ed. Ideia Jurídica, 2003.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Dano moral: Questões controvertidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.