

DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA QUALIDADE EM DIREITO DO CONSUMIDOR (SISTEMATIZANDO A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ)

Cássio Benvenuti de Castro

Bacharel, especialista em Ciências Criminais, especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor, pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito. Mestre e doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

Submetido em: 23/08/2022

Aprovado em: 26/08/2022 e 29/08/2022

SUMÁRIO: Introdução 1 Os pressupostos da responsabilidade civil (em crise?). Em especial: a transformação do direito privado 1.1 A separação ortodoxa entre ilícito e dano extrapatrimonial (legado do direito privado individualista) 1.2 O entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça 2 Novas necessidades da sociedade do consumo e a tutela do Direito 2.1 A imbricação entre ilícito e dano extrapatrimonial (compromisso da repartição social pelos riscos do mercado de consumo) 2.2 O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça 3 O dano extrapatrimonial conglobante não prejudica a tutela preventiva específica na perspectiva do processo civil. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction 1 The assumptions of civil liability (is that a crise?). In particular: the transformation of private law 1.1 The classic separation between tort and over patrimonial damage (legacy of individualistic private law) 1.2 The past understanding of the Superior Court of Justice 2 New needs of the consumer society and the protection of Law 2.1 The overlap between tort and over patrimonial damage (commitment of the social division for the risks of the consumer market) 2.2 The

recent understanding of the Superior Court of Justice 3 The pool over patrimonial damage does not prejudice the specific preventive protection from the perspective of the civil procedure. Conclusion. References.

RESUMO: O vício do produto ou do serviço, em o Direito do Consumidor, tradicionalmente, não resultava no dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial. O trabalho assinala recortes doutrinários que permitem dizer que o dano extrapatrimonial possui uma feição cultural, ou seja, os elementos psicológicos que outrora eram utilizados para justificar a indenização (como o abalo ou o experimento do sofrimento), atualmente, são meramente instrumentais à responsabilização. O foco de um juízo de valor que implica na responsabilização é a reprovação cultural de um fenômeno praticado pelo fornecedor no próprio dever de informação e zelo a respeito do produto ou serviço colocado no mercado. Essa premissa teórica é confirmada pela evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que está admitindo a indenização pelo dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e, em decorrência, acaba aproximando as categorias que estão contidas no gênero denominado Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço prevista no Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: Historically, the seller of the good or service had no obligation to compensate the consumer for off-balance sheet harm. The study indicates that the extra-personal injury has a cultural component, i.e., the psychological elements that were previously used to support the responsibility (such as the concussion or the feeling experiment) are now merely tools for attribution of blame. The focus of a value judgment that affects responsibility is the cultural critique of a phenomenon that the provider is engaging in with regard to their own obligation to provide information and care about the good or service they have placed on the market. This theoretical premise is supported by the development of the Superior Tribunal of Justice's legal doctrine, which is now accepting the responsibility for off-balance sheet harm resulting from product damaged and, consequently, is approaching the categories contained in the category known as Theory of Quality in Consumer Law bound by Chapter IV of the Consumer Protection Code.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade; consumidor; ilícito; dano

KEYWORDS: responsibility, consumer, illegal activity, damage

INTRODUÇÃO

O dano extrapatrimonial se trata de instituto atualmente consagrado na dogmática e na jurisprudência do contencioso do Direito do Consumidor. Situações como a inscrição indevida do nome do sujeito em cadastro de inadimplentes, acidentes que vitimam passageiros em transportes públicos, desfalque bancário mediante fraude, *overbooking* em transporte aéreo, dentre outros eventos, acarretam o dever de indenizar. De outro lado, algumas situações são limítrofes, tanto que a jurisprudência refere que não ocorre a responsabilização civil pela ausência do que se denomina “prova” do dano extrapatrimonial.

As linhas que seguem discutem se a questão da prova do dano extrapatrimonial está imbricada ao maior ou menor “grau” da ilicitude perpetrada. Em especial no trato da distinção entre responsabilidade pelo vício do produto ou serviço ou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, a pesquisa analisa se o discurso judiciário cuida, em realidade, da “prova” do dano ou se os julgados estão se referindo epistemicamente a uma situação peculiar em que a ilicitude é tão desarrazoada que implica no dever de indenizar – com base no gênero Teoria da Qualidade dos Produtos e Serviços. Em um sentido clássico, pertinente ao século XX, o dano indenizável poderia não ser admitido em situação de vício do produto ou do serviço, mas o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pelo dever de indenizar, em decorrência de uma “amplificação dos limites do dano”, com base na tutela da segurança. Vale dizer, a categoria da ilicitude assume significativa envergadura por intermédio da qual o perigo de dano equivale ao próprio dano extrapatrimonial (no contencioso referente ao Direito do Consumidor, que trata de causas repetitivas e massificação da demanda e oferta).

A metodologia de trabalho pontua os pressupostos da responsabilidade civil, identificando o dano como epicentro desse conjunto fatores. A análise de alguns achados doutrinários permite antever a tendência dog-

mática da episódica *aproximação entre ilícito e dano extrapatrimonial*, o que acaba se desenvolvendo ainda mais, em decorrência dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, em uma pesquisa qualitativa que recorta pares de acórdãos paradigmáticos.

Todo o dano extrapatrimonial deve ser provado? Não, tanto que isso já parece assentado na dogmática. Ocorre que um “vício do produto ou do serviço” pode ser equiparado a uma responsabilização pelo “fato do produto ou do serviço” – valendo o simples vício (contrariedade ao direito) como pressuposto da indenização. O ponto destaca a rotação paradigmática da figura do dano extrapatrimonial na Teoria da Qualidade do Produto ou do Serviço, em Direito do Consumidor, na medida em que a “moral” do dano é que ele deixa de ser algo metafísico que o juiz deve tentar buscar dentro do espírito ou da cabeça da vítima, mas se trata de uma reprovação cultural firmada em circunstâncias objetivas previstas pelo próprio ordenamento jurídico.

1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (EM CRISE?). EM ESPECIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A dogmática tem discursado sobre a “crise dos pressupostos” da responsabilidade civil, tanto em vista da enumeração de novos danos outrora não previstos no ordenamento como no tocante às novas fontes que ensejam o dever de indenizar. Não se trata de um fenômeno adstrito ao capítulo da responsabilidade civil, pelo contrário, o direito privado, em sua totalidade, se modificou em tempos de pós-modernidade.

Se existe uma “crise”, é para identificar os fatores que performam algumas diretrizes do direito privado nos tempos atuais. Em primeiro lugar (MARQUES, 2014, p. 20), ocorreu a modificação da matéria-prima economicamente mais relevante – na Idade Média, o bem imóvel consistia no epicentro do sistema; na Idade Moderna, o bem móvel material foi elevado ao sonho das relações privadas; e, atualmente, na Pós-Modernidade, o que se verifica é a gigantesca proliferação, precificação e maior ascensão econômica do bem móvel imaterial. Ou seja, ocorreu uma desmaterialização do

objeto do direito, com a hiperinflação quantitativa e qualitativa da comunicação, dos “softwares”, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do seguro, do crédito, enfim, todos eles configurando uma nova realidade social do terceiro milênio.

A “pessoa” do direito privado tampouco é a mesma dos tempos passados (MARQUES, 2014, p. 21/22). No século XIX, falava-se no *homo politicus*, um indivíduo perante o Estado em uma época em que a soberania tinha suas barreiras firmadas e insuscetíveis de relativização por tribunais internacionais e pelo avanço do mercado sobre as próprias delimitações geográficas que passaram a ser uma ilusão. Na primeira metade do século XX, já se apresenta o *homo faber*, pessoa da revolução industrial, trabalhador que produz e comercializa seus produtos, sendo que a nacionalidade passa a ter uma menor importância. Atualmente, soberania, nacionalidade e outras intercorrências territoriais passaram a ser um espaço paralelo ao mundo digital, com o *homo economicus* assumindo um papel ativo que cria conteúdos facilmente transitáveis por todo o planeta e transforma as suas relações em *networking* para novos negócios cada vez mais alavancados, significativos e agregadores do grande público massificado do consumo.

A “crise” é da responsabilidade civil?

Evidente que a mudança é muito maior que adstrita a um capítulo do direito privado. A transformação remete a um novo paradigma do direito privado, que teve desmoronada a tríade “código-sistema-interpretação”, deves presente desde o advento do individualismo codificado na França pós-revolucionária. Guido Alpa (2006, p. 396-405) pontua que a clássica terminologia da fraternidade – entendida como fazer amizade, ter empatia e constituir um elemento político para reforçar o patrimônio patriótico – cede espaço para uma transição elegante para a solidariedade. Em outros termos, se a fraternidade simbolizava a soberania de um povo, a solidariedade (SCHREIBER, 2005, p. 46) abarca a consciência social para condicionar todas as relações privadas, independentemente das limitações geográficas, temporais e de alguma forma limitadas por individualismos operativos. Trata-se de um valor universal que ilustra o direito privado e não representa uma “crise”, mas uma necessária nova forma de abordagem

de todos os institutos à luz dos valores constitucionais emplacados pelos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

O Estado, as instituições da sociedade civil, os contratos privados e a responsabilidade civil, em síntese, deparam-se com a transição da era da informação para a era do conhecimento. Finalmente, chegou-se à época da sabedoria. A hecatombe pandêmica do ano de 2020 acelerou e misturou toda essa tecnologia, o que também se reflete nas novas necessidades sociais e no renascimento de um novo direito privado, que trabalha com as fontes jurídicas atualmente fragmentadas, com uma revalorização da “pessoa”, com uma realidade socioeconômica que ancora mais os bens imateriais e, sobretudo, está compromissada com a solidariedade enquanto perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

1.1 A separação ortodoxa entre ilícito e dano extrapatrimonial (legado do direito privado individualista)

A suposta “crise” dos pressupostos da responsabilidade civil acaba sendo um *achado reducionista em Direito do Consumidor*. Na realidade, as estruturas do direito privado estão sendo culturalmente balançadas por uma nova abordagem dos fatores que convivem e fazem o direito privado aparelhar uma razão pública que empresta valores aos problemas sociais.

A clássica referência de que o dever de indenizar seguiria uma ortodoxa trilha “ação/omissão -> nexos de causalidade -> nexos de imputação -> ilícito -> dano” é *perfeitamente válida e útil para a questão do dano material*, pois está inserida em uma abordagem formalista que não se sustenta frente às transformações atuais imbricadas ao raciocínio jurídico.

O dano material pode ser reputado uma consequência que está “para fora” da abordagem do ilícito, pela singela constatação de que ele pode ser avistado qualitativa e quantitativamente em seus próprios limites, pela sensibilidade de qualquer pessoa. No dano moral ou extrapatrimonial, isso não acontece, porque ninguém consegue dizer se um sujeito ficou “pouco abalado”, “mais ou menos abalado” ou “muito abalado” em decorrência de um acontecimento da vida. Isso se reflete no discurso da “prova” do dano moral. Quer dizer, a figura do ilícito é sincrética ao dano extrapatrimonial,

considerando que existe uma diferença “de grau”, de intensidade, entre o mero ilícito e o dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial – *a diferença não é qualitativa*, porque ilícito e prejuízo extrapatrimonial são demarcados e arbitrados com base em previsões normativas culturalmente assentadas.

Dois exemplos de casos reais deflagram o problema.

Um casal matriculou o filho de tenra idade em uma creche, para que a criança permanecesse sob os cuidados das professoras e vigilantes do local no período da manhã e da tarde. Por um lapso momentâneo da equipe de trabalho, o menino fugiu das cercanias da creche e saiu andando pelas ruas da cidade, somente sendo achado e devolvido ao lugar quando passados uns vinte minutos e após a criança percorrer umas duas quadras para longe da escola – um menino sozinho à própria sorte nas ruas da cidade. O debate processual foi no seguinte sentido: os pais da criança alegaram a falta de zelo e dever de cuidado para manter a criança em local seguro, dentro da creche, postulando uma indenização por dano extrapatrimonial; do outro lado, o estabelecimento argumentou que não houve dano, porque a criança foi localizada logo após o momento da fuga, nada tendo acontecido à incolumidade do menino, razão pela qual não ocorreu o dano (teria havido mero vício do serviço).

Em outra hipótese, uma consumidora adquiriu remédio psiquiátrico em uma farmácia. Quando abriu a caixa de remédios, embora não tivesse havido violação do lacre dos comprimidos, verificou-se que havia remédios “riscados por uma caneta colorida”. Foi efetuada a perícia no medicamento, que indicou que as propriedades químicas da medicação não teriam sido afetadas. A paciente ajuizou ação de indenização, considerando falha no acondicionamento do produto, até porque uma leiga não teria como saber se o remédio estaria apto à ingestão. Em contrapartida, o laboratório se apegou ao laudo pericial, sustentando que as propriedades químicas estavam preservadas, havendo somente um “risco de caneta” que não comprometia a segurança do consumidor (havia mero vício aparente do produto).

A falha no dever de segurança é bastante para configurar o dever de indenizar por dano extrapatrimonial? Ou seria necessário que houvesse

uma “prova” do dano real à pessoa – pelos exemplos, a criança deveria se machucar ou a paciente deveria ingerir o comprimido e ter complicações para, somente após esses eventos, resultar na responsabilidade civil pelo fato do serviço ou do produto?

As linhas que seguem trazem a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em termos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que enseja a responsabilização por dano extrapatrimonial. O STJ mantinha entendimento bastante rígido para reputar presente o dever de indenizar, aparentemente conjugando a figura do dano à “prova do dano” – tratando-se de dano extrapatrimonial.

1.2 O entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 747.396/DF (relator ministro Fernando Gonçalves, DJe 22/03/2010), entendeu que a aquisição de um refrigerante, dentro do qual havia um inseto, não configurava o dever de indenizar por dano extrapatrimonial – na medida em que não houve o consumo do líquido contido no invólucro. O acórdão pontuou que “o dano moral não é pertinente, porquanto a descrição dos fatos para justificar o pedido, a simples aquisição de refrigerante contendo inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, encontra-se no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade”.

Na teoria do conhecimento “defrontam-se consciência e objeto, sujeito e objeto. O conhecimento aparece como uma relação entre esses dois elementos. Nessa relação, sujeito e objeto permanecem eternamente separados. O dualismo do sujeito e do objeto pertence à essência do conhecimento” (HESSEN, 2003, p. 20). Respeitosamente, o acórdão proferido há mais de uma década se valeu dessa espécie de dogmatismo – a “apreensão do objeto pela consciência do sujeito”.

A noção de direito (sem falar em justiça) passa a ser o que está na *cabeça do juiz*, deixando em um segundo plano os indicativos culturais médios de uma comunidade sofrida e pobre, como a brasileira. A virada hermenêutica recondiciona esses fatores, confrontando os discursos entre

os sujeitos (sujeito-sujeito), na medida em que o objeto possui a sua “verdade intrínseca”. Possível falar em ontologização do objeto da observação, tendo em vista que alguma conclusão sobre os eventos ocorre por intermédio da abordagem hermenêutica e argumentativa desenvolvida entre os debatedores.

Se o legislador positivou a proibição da violação desarrazoada da segurança dos serviços e produtos em consumo, fica *apequenada a discricão judiciária para dizer o que é dissabor ou o que configura um dano*. Na medida em que um julgador refere que a contrariedade às normas de ordem pública configura “mero dissabor”, a metodologia jurídica assume uma postura dogmática (HESSEN, 2003, p. 20)¹, por intermédio da qual o sujeito se apropria do objeto. Com efeito, a figura do ilícito já abarca a noção do dano – que pode ser reputado um dano conglobante, na medida em que causar um dano pressupõe o cometimento de um ilícito (*neminem laedere*); em Direito do Consumidor, portanto, um ilícito caracteriza o dano que deve ser indenizado levando em conta a razoabilidade, ou não, da violação do padrão de segurança.

Quando se fala em “mero dissabor” ou em “prova do dano extrapatrimonial”, na perspectiva sistemática do ordenamento jurídico, a análise é sobre a razoabilidade ou falta de razoabilidade no descumprimento das normas que tutelam a segurança do consumidor. O dano extrapatrimonial não pode ser aferido por uma apreciação meramente subjetivista, supostamente julgando a pessoa, julgando o que se entende pelo “sofrimento que alguém enfrentou”, ao invés de julgar o fato jurídico viciado na perspectiva da segurança do produto e do serviço (a verdadeira missão do Judiciário). Julgar o sofrimento de uma pessoa é manobra que somente pode ser efetuada por alguma entidade divina. Quer dizer, a conclusão pelo dano moral deve estar pautada em critérios – sendo que *eles são objetivos*.

Em julgado mais recente, na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.395.647/SC (relator ministro Ricardo Villas Bôas

¹ Em teoria do conhecimento, “dogmatismo” significa que o sujeito “apreende o objeto”, ou seja, a consciência cognoscente tem vasto espaço de jogo para lidar com o evento em julgamento. Um ponto de vista sustentado por ampla confiança na razão humana, mas que não deixa de mitigar a própria dignidade de uma legislação que estabelece um sistema protetivo em benefício do consumidor (HESSEN, 2003, p. 20).

Cueva, DJ 18/11/2014), o evento em julgamento era análogo – a existência de um corpo estranho no interior de uma embalagem de bebida que estava lacrada e não teria sido ingerida pelo consumidor –, tendo sido proferida a decisão pelo indeferimento da condenação por danos extrapatrimoniais.

Citando vasta jurisprudência do STJ, o acórdão consignou que “a embalagem de refrigerante vendida ao consumidor com uma mosca em seu interior estava lacrada, com a tampa inviolável, não tendo sido sequer aberta pelo autor, consoante demonstrado pela perícia, que afastou a possibilidade de ingestão do produto em questão”. A racionalidade do entendimento é a mesma anteriormente comentada, na medida em que é adotada uma postura “subjetivista” na apreciação do fenômeno.

Na prática, o Superior Tribunal de Justiça estava quase equiparando o dano material ao dano extrapatrimonial. Afinal de contas, subentendia que a responsabilização civil somente deveria ter provimento quando o sujeito ingerisse algo que efetivamente causasse malefícios à saúde.

Ocorre que a legislação de ordem pública que tutela o consumidor não se reporta somente a uma pessoa – àquele que comprou o refrigerante com um objeto impróprio dentro da embalagem. Pelo contrário, o sistema de tutela do consumidor em uma sociedade de massas explicita políticas públicas e normas de segurança que tendem a proteger “toda a sociedade” contra possíveis inseguranças na entrega dos serviços ou produtos. A compra de um produto por apenas um consumidor assume uma condição de representatividade social, tendo em vista o caráter repetitivo dos *players* e a larga escala das produções industriais ou comerciais que ficam difusamente em contato randômico.

Na perspectiva do dogmatismo que antigamente era adotado pelo STJ, os exemplos da criança que fugiu da creche e da paciente que comprou o remédio riscado teriam suas pretensões negadas. A concepção clássica reputa danoso um acontecimento quando ocorre um efetivo prejuízo a uma subjetividade – note-se que esse subjetivismo não está apenas no objeto em análise, mas na cabeça do julgador, o que parece bastante discricionário em virtude da força cogente das normas referentes às relações de consumo.

2 NOVAS NECESSIDADES DA SOCIEDADE DO CONSUMO E A TUTELA DO DIREITO

O século XX apresenta uma rotação epistêmica do direito privado, que pode ser resumida, muito cautelosamente, com base em três premissas: (a) a institucional, (b) a dogmática e (c) a operativa.

O pós-guerra firmou o estado social, atualmente, alavancado para o Estado Constitucional. Em termos de teoria do direito e de metodologia jurídica, houve a consagração dos direitos humanos enquanto direitos fundamentais nas cartas legislativas do ocidente. Logo o direito privado não estava mais no centro do raciocínio jurídico, pois o ordenamento já não se tratava mais de um sistema “fechado” de dispositivos sujeitos e um arquétipo estritamente codificado, jusestatalista e pré-determinado pela exegese de textos. Conforme Zagrebelsky (2009, p. 13-17), o Direito, como um todo, assumiu a realidade sobre a fragmentação das fontes e a decorrente elaboração de um “projeto jurídico”, por intermédio do qual as normas são abertas, preveem conceitos indeterminados, dependem de uma interpretação lógico-argumentativa e uma abordagem hermenêutica para, finalmente, fazer coexistir princípios e ideologias com fundamento na dignidade da pessoa humana e no pluralismo.

A premissa institucional – que reflete o Estado Constitucional e o modelo de supremacia de Direito por ele estabelecido – resulta no que a dogmática denomina “direito privado solidário” (MARQUES, 2014, p. 26). O paradigma individualista e voluntarista vai cedendo espaços para a funcionalização dos institutos, ou seja, o direito privado assume um compromisso social, para além da mera defesa da liberdade e da igualdade formal. “Construir uma sociedade livre, justa e solidária” é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF).

A premissa dogmática poderia ser apresentada antes da institucional, porque reflete um verdadeiro “estado de coisas jurídico” em termos de direito – outrora, *dividido rigidamente entre direito privado e direito público*. A Constituição estabelece seus objetivos e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. O Código Civil de 2002 (REALE, 2002, p. 09), por sua feita, firma-se na eticidade, na socialidade e na operabilidade. Quer dizer, o princípio da

eticidade implica valores nas relações jurídicas, e o princípio da socialidade determina a superação do caráter individualista dos institutos. A operabilidade é um apanhado instrumental que visa a facilitar o emprego dos dispositivos.

Antes do advento do Código Civil, o próprio Código de Defesa do Consumidor já estava repleto dessas informações, conformando um micro-sistema de proteção do sujeito vulnerável em uma relação de consumo. Qual é a “estratégia” normativa utilizada para proteger a vulnerabilidade? Não se trata de meramente estabelecer incansáveis regras de conduta. A nota marcante desse conjunto de dispositivos, inaugurados na transição do século XX para o século XXI, justamente, é a presença de normas programáticas que assinalam finalidades a serem alcançadas.

Ocorre uma mudança de paradigma, porque o direito privado atual se concentra não mais no ato de comércio ou de consumo, mas na atividade. (MARQUES, 2014, p. 91). Não existe uma preocupação estática na suposta vontade interna do indivíduo que declara algo, porém, o foco está nas circunstâncias objetivas que encerram um negócio jurídico, levando em conta o comportamento dos sujeitos. Não se protege a propriedade e a posse enquanto situações, existe uma preocupação no tocante ao atendimento da função social desses institutos. A família deixa de contemplar meros conceitos jurídico-formais, observando-se o afeto e o cuidado. Enfim, o direito privado assume a solidariedade em todos os capítulos de atuação.

A Constituição determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), condicionando a aplicação de um “estado de coisas jurídicas”. A força normativa se polariza na busca de uma perspectiva ao encontro de um paradigma, seja quando o legislador elabora uma lei, seja quando o administrador aplica a norma, ou mesmo quando o juiz efetua um julgamento. Logo, no confronto entre a posição jurídica do consumidor e a posição jurídica do fornecedor, a solução de sentidos que o ordenamento estabelece é pelo privilégio da defesa do consumidor (CASTRO, 2016, p. 65/9).

Em outras palavras, a defesa do consumidor é um *leitmotiv* (motivo-guia) densificado como direito fundamental. Nesse sentido, Erik Jayme estabelece uma teoria metodológica na qual, observado o pluralismo e demais

aspectos da pós-modernidade, entre eles, a comunicação, a narratividade e a primazia dos direitos fundamentais, as normas jurídicas que aparentemente podem estar em conflito devem convergir para uma solução de continuidade que funcionaliza os objetivos predispostos pelo sistema jurídico (MARQUES, 2014, p. 122). A proposta de Erik Jayme é um método (um caminho) e uma metodologia (um processo) de trabalho por intermédio da qual a coordenação das fontes é flexível (MARQUES, 2012, p. 29), sendo que todas as diretrizes se voltam, coerentemente, para os valores verticalizados pela Constituição. Trata-se de um autêntico “realismo” metódico, porque não apenas se restringe em regras de conduta, não apenas afirma critérios, antes fala em valores, que ficam muito evidentes quando explica o caráter narrativo dos dispositivos – normas narrativas são equivalentes ou mais do que normas programáticas, normas inspiradoras, na medida em que narram objetivos e finalidades.

O dispositivo narrativo basilar do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o 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, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta; (...)

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

A aplicação do microssistema de proteção do consumidor deve atender esse *standard de proteção performativa*. A premissa dogmática coordena a teoria e a filosofia do direito, repercutindo na prática da atividade legislativa e na concretização do direito por intermédio da jurisprudência. Assim, o dano extrapatrimonial não chega a ter uma diferenciação ontológica em relação ao ilícito², considerando a comunicação das normas e o vetor da narratividade. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186 do Código Civil). O dispositivo central do ato ilícito não permite distinguir a contrariedade ao direito em relação ao dano extrapatrimonial – considerando que é um dispositivo que prestava tranquilamente para identificar o dano material.

A premissa operativa revela a inquietude dos juristas³ com relação a “dissociações absolutas” – por exemplo, a dicotomia entre responsabilidade

2 A doutrina se vale da expressão “dano injusto”, que congrega duas questões: (a) a função de o dano configurar um fenômeno contrário ao direito, ainda que seja decorrente de um ato aparentemente lícito (por exemplo, o dano praticado por legítima defesa de terceira pessoa ou por exercício regular de um direito, nos termos do art. 188 do Código Civil); (b) a peculiaridade de uma cláusula geral de “dano injusto” informa um modelo de atipicidade dos danos indenizáveis, porque a diuturna evolução social sempre permite a abordagem de novas violações que, por si, podem implicar um dano (ALPA, 2006, p. 486).

3 A autora pontua a evolução epistêmica dos institutos da responsabilidade civil, em especial, com a maior significação do espaço do nexos de imputação objetivo. “A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro”. A culpa em sentido amplo e o risco deixam de ocupar a posição de fundamentos da responsabilidade, passando a serem fontes que convivem no sistema, sem uma solução de exclusão de uma pela outra (HIRONAKA, 2007, p. 45).

contratual e extracontratual, entre nexos de imputação objetivo e subjetivo, assim como a *separação ortodoxa entre o dano extrapatrimonial e a categoria do ilícito*.

Qual é a “moral” do dano extrapatrimonial?

Em outros termos, por que a dicotomia entre dano material e dano extrapatrimonial é nociva à funcionalidade da responsabilidade civil?

O Código Civil de 1916 (elaborado por Clóvis Bevilacqua) trazia conceitos que remetiam à “vontade interna” dos sujeitos (vide art. 85 do Código revogado). Pontes de Miranda (1981, p. 87) comenta que se trata de uma “ingenuidade”, essa utilização de fatores solipsistas, individualistas, porque ficam sujeitos à manipulação. O descuido em relação à fenomenologia e aos aspectos éticos e culturais se deve ao fato de Bevilacqua ser um teórico, um professor, sequer ser um advogado atuante em sua época. Ou seja, a “moral” do “dano moral” do século XX ficava na *cabeça do agente* – que deveria ser interpretado pela discricção do julgador, algo efetivamente impossível e correlacionado a decisionismos estamentais⁴.

A modificação que ocorre por intermédio de um novo direito privado *solidário* é que não importa conferir inúmeros predicados ao dano extrapatrimonial. Se os práticos falam em dano “presumido”, em dano “*in re ipsa*” ou em “aborrecimento significativo”, todos os qualificativos desencobrem uma experiência humana que é meramente instrumental a uma feição “cultural” do que se entende por danoso em determinada sociedade e em um certo lapso temporal. Com efeito, é notável que certas atividades humanas passaram a serem consideradas eventos que desencadeiam a indenização por dano extrapatrimonial, porque foram cotejadas a um grau de ilicitude praticada, ou seja, existe uma reprovação social que decorre da compreensão do ordenamento jurídico⁵.

4 A noção psicológica da “culpabilidade” em direito privado foi abandonada em privilégio da análise de um “modelo de conduta ideal”, um *standard* que abarca as expectativas sociais dos atores em suas diversas relações na sociedade de consumo (SCHREIBER, 2005, p. 51).

5 Na década de 1980, não se cogitava o dano à imagem – não quer dizer que as pessoas não pudessem se sentir lesadas em sua intimidade, em seu psicológico, quando publicada uma notícia perversa a seu respeito. Ocorre que a cultura daquela época, demasiadamente individualista, não se importava com a exposição das pessoas perante a sociedade. Conseqüentemente, o ordenamento jurídico não tinha a previsão sobre a proteção do nome, da imagem, dentre outras facetas da personalidade. Atualmente, a tutela da imagem respalda decisões conforme a seguinte: “Comprovado que a notícia veiculada pela demandada, muito embora não

É por isso que se fala em dano extrapatrimonial “por desvio de capacidade produtiva”, dano extrapatrimonial “por abalo estético”, dano “existencial”, dentre outras inúmeras categorizações não taxativas. *Todas essas espécies de danos extrapatrimoniais não são decorrentes do tamanho do sofrimento da vítima* – algo que leva ao decisionismo. Elas retratam a força normativa ou o significado jurídico que a contrariedade ao direito representa para determinada cultura na perspectiva axiológica atualmente implicada pela Constituição⁶. Em decorrência, elas levam em conta circunstâncias objetivas do caso concreto para a precificação da indenização, que pode variar quantitativamente.

2.1 A imbricação entre ilícito e dano extrapatrimonial (compromisso da repartição social pelos riscos do mercado de consumo)

A questão não é novidade nas ciências criminais⁷.

É notório que um acidente de trânsito é analisado por um juízo monocrático. Entretanto, a jurisprudência é tendente a considerar que um condutor de veículo *transcendeu a culpa consciente e avançou para o dolo eventual*, na hipótese de haver infração de diversas regras jurídicas para além do evento consumativo contra uma pessoa. Embora o resultado da tragédia seja somente um – o atropelamento ou a colisão de um veículo e o evento morte da pessoa –, os práticos consideram a contumaz violação do direito (ilícito) como algo que modifica a categorização do delito. A diferença entre os ilícitos é “de grau”, mas acaba levando o sujeito ao julgamento por um júri popular⁸.

tenha distorcido os fatos, nem tecido comentários a respeito do assalto ocorrido, no qual o autor Paulo, policial à paisana, acabou atirando e matando um dos assaltantes, divulgou dados pessoais do apelado, violando a privacidade deste, expondo-o a um risco desnecessário, mormente porque um dos assaltantes logrou fugir do local dos fatos, resta caracterizado o abuso do direito de informação por parte da empresa jornalística e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.” (TJRS, Apelação Cível nº 70021761473, Décima Câmara Cível, relator desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, DJ 24/04/2008).

⁶ As estruturas jurídicas do direito privado retratam os valores culturais da sociedade contemporânea – o individualismo e o patrimonialismo de outrora cedem espaços à dignidade do ser humano, o autêntico centro epistêmico do direito pós-moderno (HIRONAKA, 2002, p. 221).

⁷ Não se defende a unidade metodológica entre direito privado e direito criminal – porém chama a atenção sobre a valoração das circunstâncias “internas” a um indivíduo. O juiz não consegue adentrar metafisicamente na cabeça de um sujeito e dizer se ele agiu com culpa ou com dolo, assim como não consegue quantificar o sofrimento de uma pessoa. Em contrapartida, a cultura e seu reflexo no ordenamento jurídico permitem justificar hermeneuticamente o “grau” de contrariedade ao direito.

⁸ Conforme respeitável doutrina, se um sujeito ingeriu bebida alcoólica e saiu dirigindo, já praticou o delito

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu sobre a pronúncia em situação análoga: “Caso em que o recorrente, sob o efeito de álcool e pilotando carro em alta velocidade, teria perdido o controle do veículo ao tentar vencer curva da estrada, vindo, com isso, a capotar diversas vezes e a causar a morte de um dos ocupantes do automotor por politraumatismo craniano. Somatório de elementos de prova que dão sustentação à tese acusatória de que o recorrente agiu com dolo eventual na produção do resultado, assumindo o risco de produzir a morte de alguém. Dúvida que, nesta fase do processo, resolve-se em prol da sociedade, devendo ser o acusado submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri” (Recurso em Sentido Estrito nº 50010242020118210070, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Luciano Andre Losekann, DJ 23/06/2022).

O julgador não se vale de intuicionismos ou concepções voluntarísticas para tentar entender o que se passava na cabeça do condutor do veículo. O julgado fala em “somatório de elementos de prova” que, em realidade, refletem as tantas violações a diversas normas jurídicas praticadas pelo condutor do veículo. O magistrado coteja o fenômeno que provocou o evento em relação à inteireza dos ilícitos cometidos – conforme o exemplo, a embriaguez ao volante, a velocidade incompatível, dentre outros aspectos juridicamente reprováveis perante o ordenamento. Esses fatos são instrumentais a uma ressignificação “cultural” da diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual.

A “moral” do dano extrapatrimonial atende ao mesmo raciocínio. O fundamento da atual responsabilidade civil é a colocação do sujeito em risco (dispensando que seja um risco-proveito).

Giselda Hironaka (2007, p. 56) dialoga com respeitável doutrina europeia para assinalar a cláusula geral do “*mise en danger*”, que consiste em *colocar outrem em perigo de maneira qualificada*: isso depende de uma atividade arriscada com potencial capacidade de incorrer em dano, considerando a probabilidade da ocorrência do dano com base empírica ou científica.

doloso previsto no art. 306 do CTB. Havendo uma colisão com evento morte, seria difícil pensar que o dolo de perigo anteriormente praticado não subentende a probabilidade de um resultado que também deve ser doloso – do contrário, somente poderia resultar em crime culposo em decorrência de decisionismo que teoricamente intui aspectos internos do agente (NETO, 2013, p. 186/188).

Adolfo di Majo (2003, p. 191) ressalta que, na sociedade do consumo, atividades socialmente úteis também podem ser perigosas em sua essência. Em especial, porque os produtos ou serviços podem apresentar um defeito massificado, *acabando por fazer equivaler o defeito do produto ou serviço ao dano pelo fato do produto ou serviço*.

Novamente citando um julgado de natureza criminal, o Superior Tribunal de Justiça admite a exasperação da pena base, levando em conta o “grau” da ilicitude – como se houvesse patamares de contrariedade ao direito:

Em princípio, questões relativas à dosimetria da pena não são suscetíveis de apreciação em sede de habeas corpus, que depende da valoração de circunstâncias fáticas, o que é próprio de se fazer nas instâncias ordinárias. Apenas nos casos em que haja violação dos critérios legais ou flagrante desarrazoabilidade do critério adotado nas instâncias ordinárias para o estabelecimento da pena é possível corrigir-se a dosimetria por esta via especial.

Segundo a legislação em vigor (art. 306, § 1º, do CTB), a quantidade de álcool por litro de sangue (6 dg) ou por litro de ar alveolar (0,3 mg) é um dos meios pelo qual é possível inferir a potencial redução da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor.

Sendo assim, a quantidade de álcool ingerida pelo réu pode ser um modulador na fixação da pena-base, porquanto, como é de conhecimento comum, quanto maior o consumo de álcool, menor a capacidade motora e de entendimento do indivíduo, ou seja, o nível de embriaguez está proporcionalmente ligado ao potencial de perigo gerado pela conduta.

Na hipótese, constatado que o nível de álcool no organismo do réu (1,12 mg/L de ar alveolar) era três vezes superior ao limite previsto pela legislação (0,3 mg/L de ar alveolar) não há ilegalidade na exasperação da pena-base, pelas circunstâncias da ação delituosa (maior potencial de perigo).

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no

máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto”. (HC 587.193/DF, Sexta Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, DJ 18/08/2020)

A dogmática criminal é repleta de exemplos, justamente porque trabalha com fatos humanos que causam resultados juridicamente reprováveis. Ou seja, o magistrado não mergulha na consciência do sujeito para saber se ele foi “mais ou menos” criminoso, mas analisa a significação dos casos na perspectiva de um regime baseado na “ilicitude”⁹ e na “culpabilidade” enquanto reprovação social.

O mesmo raciocínio levou o Superior Tribunal de Justiça a modificar o entendimento, no tocante às *espécies abarcadas pela teoria da qualidade de produtos e serviços*. Anteriormente, havia uma cisão ortodoxa entre responsabilidade pelo defeito do produto ou serviço e responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Voltando aos exemplos da criança que fugiu da creche e do remédio que sequer foi retirado do invólucro, *não haveria dano indenizável*. Tudo ficaria restrito à verificação da individualidade do “consumidor que não consumiu o produto ou que não foi machucado pela falta de zelo da creche”. A maioria dos julgados certamente afirmaria que não “houve prova do dano”.

A jurisprudência evoluiu na perspectiva da própria implementação da ciência, em termos de industrialização e comercialização de produtos e serviços. Portanto, atualmente, naquelas hipóteses elencadas, existe uma zona de penumbra entre a ocorrência, ou não, do dano extrapatrimonial. A tendência é que os julgados admitam a responsabilização do fornecedor quando o risco ou perigo identificado assuma um “grau de ilicitude” que transcende os limites do razoável para a cultura brasileira – ainda que a criança não tenha sofrido machucados físicos, ainda que a consumidora não tenha ingerido produto impróprio.

⁹ No direito privado, ocorre uma aproximação entre ilícito e dano injusto, que, pontualmente, denomina-se como “dano conglobante”. O fenômeno não retira a percepção analítica entre as espécies, tampouco afasta o caráter concreto do sujeito que é vítima – apenas salienta os padrões de conduta que o ordenamento jurídico reputa esperados, porque são reputados justos ou eticamente privilegiados. Em decorrência, a tipicidade do ato ilícito acaba refutada, permitindo uma leitura mais aberta em termos de responsabilização (FACHIN, 2010).

Chamando a atenção para a ilicitude e para o caráter dissuasório implicado pela indenização, *a fortiori*, pode ser lembrada a questão do dano social (art. 6, VI, do CDC). Esse prejuízo é decorrente de lesões à sociedade quando abalado um estado de coisas comunitário, que acaba por rebaixar o patrimônio moral da coletividade. Antônio Junqueira de Azevedo¹⁰ lembra que o valor da “segurança” foi desconstruído de diversos negócios jurídicos – contrato de transporte, de saúde, de ensino, de hospedagem –, viabilizando uma indenização “autônoma”, na hipótese em que verificada a contrariedade ao dever de garantir a confiança do sujeito (quebra da expectativa de segurança).

Ao conferir uma proteção autônoma à “segurança”, em determinados contratos ou estados de coisas jurídicas, fica muito evidente que a manutenção do mercado de consumo também depende disso. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça levou em conta o dever de “segurança”, expressamente previsto no art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, para aproximar a funcionalidade da responsabilização pelo vício do produto ou do serviço à responsabilização pelo fato do produto ou do serviço (uma leitura dialogal e coerencial dos dispositivos do CDC), conforme assinalado no item abaixo.

No REsp 1.221.756/RJ (Terceira Turma, relator ministro Massani Uyeda, DJ 02/02/2012), o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

10 AZEVEDO, 2004, p. 215/6. A referência é somente para alertar o fundamento do dano com base no grau de ilicitude. Não é o caso de discutir para quem será a indenização, tampouco a diferença entre dano social e outros danos coletivos – distinção importante, mas que extrapola os limites do presente estudo. Para essa última finalidade, verificar FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp 598.281/MG). RTDC, vol. 28, out./dez. 2006.

Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

A ilicitude desarrazoada foi considerada o epicentro do raciocínio jurídico. Em contrapartida, aspectos contingentes ao dano propriamente dito foram circunstâncias que serviram de parâmetro para o arbitramento da indenização, ratificando a figura do dano conglobante em Direito do Consumidor.

2.2 O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Em um caso no qual foi encontrado objeto estranho dentro de uma garrafa de bebida, ainda que não tenha havido a ingestão do líquido, tampouco a retirada do lacre, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.801.593/RS (relatora ministra Nancy Andrighi, DJe 15/08/2019), entendeu que é devida a condenação por dano extrapatrimonial, ressaltando os julgamentos em contrário. Na oportunidade, a ministra assinalou que a leitura do Código de Defesa do Consumidor deve observar a tutela do sujeito em um sentido amplo, ou seja, ainda que não aconteça um dano material ou sensível a quem não ingeriu a bebida que sequer foi destampada, a identificação de um corpo estranho dentro do recipiente expõe a coletividade a um perigo contrário ao ordenamento. Assim, conforme o voto, “uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto”.

O acórdão afasta a “incidência exclusiva do art. 18 do CDC” (responsabilidade pelo fato do produto). Muito além disso, o Tribunal elabora um raciocínio sistemático que abarca os artigos 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor, concluindo que os dispositivos devem ser coordenados para resultar na finalidade protetiva do vulnerável.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada quando havia o consumo de gênero alimentício em condições impróprias. Porém a Terceira Turma passou a reconhecer o dano extrapatrimonial indenizável para a hipótese em que corpo estranho fosse encontrado no invólucro do produto alimentício, ainda que não houvesse a ingestão do produto – de outro lado, a Quarta Turma entendia que esse caso não ensejava o dever de indenizar por dano extrapatrimonial.

No julgamento do REsp 1.899.304/SP (relatora ministra Nancy Andrighi, DJ 25/08/2021), as Turmas reunidas na Segunda Seção uniformizaram a jurisprudência. Na ocasião, havia corpos estranhos (fungos e ácaro) dentro de um pacote de arroz. Ainda que o consumidor não tivesse ingerido o alimento, o risco da atividade foi considerado suficiente para a condenação do fornecedor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial. O Tribunal reputou necessária a proteção da segurança alimentar correlacionada à qualidade dos alimentos para a garantia de controle dos riscos para a saúde das pessoas. O Código de Defesa do Consumidor trata da “Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”, existindo uma zona de penumbra indissociável que teoricamente separa a responsabilidade pelo fato do consumo (art. 12 do CDC) e a responsabilidade pelo vício do consumo (art. 18). No voto condutor, alegou-se: “Não obstante, em que pese esses sentimentos negativos derivados da exposição ao alimento contaminado/violado realmente sejam aptos a causar abalo psicológico, é imperioso considerar que, nos últimos anos, a jurisprudência desta Corte, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, tem cada vez mais reconhecido a possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor ou sofrimento, concluindo que o dano moral se traduz em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja alguns dos aspectos da dignidade do ser humano.”

Em voto-vista, o ministro Marco Buzzi ressaltou alguns aspectos da fundamentação, alertando que o dano moral não poderia ser considerado independente de prova (*in re ipsa*), mas deveria ser aferido no caso concreto:

Nessa medida, estabelecem-se como parâmetros para a constatação do dano moral indenizável que: (i) o corpo estranho presente no alimento seja distinto da substância ou constituição natural do alimento; e (ii) capaz – por prova bastante – de causar risco à saúde ou incolumidade física do consumidor caso ingerido, manuseado ou utilizado.

Ressalta-se, portanto, que a ingestão do produto contaminado, embora constitua circunstância evidentemente agravante a influenciar nas dimensões do dano e, por conseguinte, de sua reparação, não pode servir como critério/requisito para a configuração do dano moral, pois tal imposição contraria a garantia de segurança alimentar e vem de encontro ao ordenamento jurídico normativo, voltado para a dignidade da pessoa humana e amparo ao consumidor.

Com esse norte hermenêutico, na hipótese ora em comento, a despeito de não ter havido o efetivo consumo do produto, ficou plenamente demonstrada a exposição do consumidor à efetiva e concreta lesão à sua saúde, consubstanciada na comprovação da existência de “(...) fungos filamentosos e esporos de fungos, insetos vivos e mortos e ácaros vivos e mortos” no produto alimentício adquirido.

Os respeitáveis argumentos lançados pelo ministro devolvem à discussão a perspectiva por intermédio da qual se valora o dano extrapatrimonial: (a) trata-se de aferir o sofrimento da pessoa, tentando adentrar na esfera metafísica do sujeito ou (b) parte-se da análise da categorização e aferição do “grau” do ilícito perpetrado.

E se uma pessoa portadora de deficiência visual comprasse um pacote de arroz? Se uma pessoa portadora de deficiência mental adquirisse um refrigerante e não se importasse com uma pedra dentro da garrafa?

É possível alegar que a “condição da pessoa” do caso concreto pode implicar na caracterização do dano. O problema é que um mesmo fenômeno – nocivo, em termos de perspectiva cultural – será tratado de maneira diferente para uma classe de pessoas, ainda que o CDC seja aplicável em uma sociedade de consumo em massa.

A moral do dano extrapatrimonial é o grau de intensidade da desconformidade ao direito que potencialmente causa risco à qualidade do produto ou serviço.

O ponto nodal é a “qualidade do produto ou do serviço”, não a condição da pessoa ou a intensidade do sofrimento que ela enfrenta. Essas circunstâncias podem meramente agravar em termos de precificação da indenização (com todo o respeito ao voto-vista elaborado pelo eminente ministro).

No atual quadrante constitucional, não ocorre uma utilização axiomática e excludente dos critérios da hierarquia, anterioridade ou especialidade das fontes jurídicas. “Pela força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadoras e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional” (MARQUES, 2002, p. 23).

No AREsp 1246550/SP, julgado em 26/03/2018, a ministra Assussete Magalhaes pontuou:

Tem-se que as diferentes normas que tratam da mesma relação jurídica, ou de relações jurídicas convergentes, devem ser aplicadas simultaneamente ao caso concreto, de forma coordenada e dialógica, para que haja preservação da harmonia do sistema jurídico nacional.

Da mesma forma que a Constituição não pode ser interpretada “em tiras”, por força do Princípio da Unidade Constitucional, o sistema jurídico, globalmente considerado, também não pode ser analisado de forma compartimentada, norma a norma.

Ao contrário, a análise deve ser absolutamente sistemática, para que todas as normas jurídicas capazes de incidir no caso concreto possam ser aplicadas aos fatos, com maior ou menor intensidade, de modo que a coerência do ordenamento seja mantida, afastando-se antinomias indesejadas.

Os artigos 4º, 7º e 8º do Código de Defesa do Consumidor valem como normas de orientação lógica e funcional para a teoria da qualidade do produto e do serviço. Nos casos examinados em exemplos e em julgados, a “moral do dano extrapatrimonial” enseja um diálogo sistemático entre os

dispositivos, sobretudo, ocasiona uma aproximação coerencial entre os arts. 12, 14, 18 e 20, todos do CDC. Um produto ou serviço pode apresentar um vício tão desarrazoado que acaba por resultar no dever de indenizar por ocasião do “dano conglobante”, um dano resultante da grave violação dos deveres previstos no próprio sistema jurídico.

3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NÃO PREJUDICA A TUTELA PREVENTIVA ESPECÍFICA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CIVIL

A interpretação sistemática e coerencial do artigo 4º e do artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor aproxima as espécies da teoria da qualidade do produto e do serviço – responsabilidade pelo “vício” e responsabilidade pelo “fato”. Respeitosamente, não é a prova de um sentimento “interno” do sujeito que emplaca o dano extrapatrimonial, porque se trata de categoria conglobante que abarca a ilicitude instrumentalizada para prevenir e compensar o prejuízo ocasionado ao consumidor.

Um objeto estranho dentro de um recipiente que sequer foi aberto implica o dever de reparação civil. Isso não arrefece a primazia da tutela específica prevista no art. 499 do CPC: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prática equivalente”. A tutela do direito continua podendo ser preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) e repressiva (que ataca o dano propriamente dito). Em termos de dano extrapatrimonial, contudo, essas linhas de atuação do processo civil ficam limítrofes, sendo que a desarrazoada contrariedade ao direito já permite identificar o dever de indenizar.

“A tutela específica foi definida em contraposição à tutela pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida, a forma de tutela típica ao processo de conhecimento do século XX. Tutela específica é a preordenada à conservação ad integridade do direito material, enquanto tutela pelo equivalente é a que se resolve em pecúnia, ou seja, a que substitui o direito por uma medida monetária. Nessa linha, a primeira das tutelas específicas é a tutela inibitória. Trata-se da tutela que visa a inibir a violação do direito.

Na sequência, surge a tutela posterior à violação do direito, mas anterior à preocupação com o eventual dano”¹¹. Na hipótese de um sujeito ter comprado um veículo que apresentou vício de fabricação, o Ministério Público ou os órgãos de proteção do consumidor podem provocar a empresa para um “recall” ou para a retirada do automóvel do mercado. Agora, isso não afasta que as pessoas que compraram o carro e enfrentaram esse vício de fabricação postulem a indenização por dano extrapatrimonial pautado por uma ilicitude desarrazoada. Tudo está no plano pré-processual, no plano da tutela das normas de proteção ao consumidor, que convergem para cumprir as finalidades que o sistema jurídico encarrega aos fornecedores de produtos e serviços.

A dogmática do processo civil, ainda que visualizando esse tipo de caso no plano pré-processual, não afasta a questão do dano conglobante em se tratando da teoria da qualidade de produtos e serviços – um dano extrapatrimonial caracterizado pelo ilícito culturalmente desarrazoado. O sistema jurídico protege o consumidor por intermédio de todos os remédios e técnicas previstas pelo ordenamento, sem, contudo, afastar o dever de indenizar nos casos assinalados¹².

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é um microssistema legislado para cumprir a prestação constitucional imposta ao Estado. A teoria da qualidade de produtos e serviços se reporta expressamente à prevenção e reparação de danos, ou seja, consiste em um gênero do qual são espécies a responsabilidade pelo “vício” e pelo “fato” dos produtos e serviços.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016, p. 66. Adolfo di Majo pontua o mesmo raciocínio, no sentido de que um remédio processual não é excludente do outro.

12 A jurisprudência chega a conferir um prazo decadencial de 30 dias para a concessionária resolver o vício de um automóvel que tenha apresentado problemas (art. 18, § 1º, do CPC), sem afastar, contudo, a possibilidade da condenação do fornecedor ao pagamento do dano extrapatrimonial que se caracteriza pela ilicitude desarrazoada da própria conduta: “Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou de forma categórica a existência de vício no produto, tendo sido o veículo encaminhado diversas vezes para conserto e não sanado o defeito no prazo de 30 (trinta) dias. Rever essa conclusão esbarra no óbice supramencionado. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido. O valor fixado a título de danos morais, quando razoável e proporcional, não enseja a possibilidade de revisão, no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ” (REsp 1.632.762/AP, Terceira Turma, relatora ministra Nancy Andriahi, DJ 14/03/2017).

O conjunto de dispositivos deve ser compreendido no enfoque de garantir o “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” (art. 4º do CDC). É por isso que o Superior Tribunal de Justiça se valeu do artigo 8º para ressaltar a tutela da segurança do consumidor e, na prática, aproximou a categoria do “vício” à categoria do “fato” do produto e serviço.

Em um mercado que consome de maneira massificada e que sinaliza a vulnerabilidade do consumidor, o dano extrapatrimonial conglomerante suaviza a ortodoxa separação entre ilícito e dano. Afinal, o próprio sistema jurídico contempla o dever de responsabilização e também de prevenção em relação a todas as práticas que caracterizem um ilícito desarrazoado, independentemente da classificação que se imputar ao dano – dano *in re ipsa*, dano presumido, dano moral puro, dano estético, dano existencial, dano por perda de uma chance, dano por desvio de capacidade produtiva, dentre outros. Os predicados não se reportam estritamente ao dano, parecem enfatizar a necessidade da “prova do dano”. Em termos práticos, encerrados na teoria da qualidade de produtos e serviços, o dano extrapatrimonial possui uma correlação axiológica com o grau de ilicitude praticado.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *I principi generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul./set. 2004.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Tutela jurisdicional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, nº 397, nov. 2010.

HESSSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade presumida – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, nº 1, ano 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr./jun. de 2002.

JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. Discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia de Haia, 18/01/2007. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, edição comemorativa.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan. 1999.

MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das fontes – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981.

NETO, Orlando Faccini. Embriaguez na condução de veículo automotor e homicídio: estudo de um critério. *Revista da Ajuris*, nº 129, mar. 2013.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 9, jan.-mar. 2002.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, abr./jun. 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.