



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Método para Aplicação do Caráter Punitivo-Pedagógico do Dano Moral no Contexto do Ativismo  
Judicial

MARCOS TELLES MOURA

Rio de Janeiro  
2016

MARCOS TELLES MOURA

**Método para Aplicação do Caráter Punitivo-Pedagógico do Dano Moral no Contexto do  
Ativismo Judicial**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Néli Luiza C. fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2016

## MÉTODO PARA APLICAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DO DANO MORAL NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Marcos Telles Moura

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo:** abusos econômicos perpetrados reiteradamente por algumas empresas podem ser combatidos de inúmeras formas, dentre as quais o dano moral em seu caráter punitivo-pedagógico. O presente trabalho visa compreender esse instituto e racionalizar sua aplicação fortalecendo sua efetividade.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Dano moral. Ativismo Judicial.

**Sumário:** Introdução. 1. Tentativas metodológicas para fixar o dano moral respeitando o critério punitivo-pedagógico. 2. Aplicação do caráter pedagógico do dano moral no contexto da judicialização da política. 3. Nova sistemática para a aplicação do caráter pedagógico do dano moral. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho é mais um dos muitos que busca solucionar o crescimento da litigiosidade referente a demandas de massa no Direito do Consumidor. Um dos principais institutos jurídicos que um magistrado possui para punir empresas que abusam do poder econômico para lesar o consumidor é o dano moral, sobretudo em seu aspecto punitivo e pedagógico.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a evolução do conceito de dano moral e suas peculiaridades para assegurar uma boa compreensão do instituto.

No segundo capítulo, serão apresentadas algumas tentativas metodológicas de solucionar a crescente litigiosidade já mencionada. Nessa parte serão discutidas algumas propostas legislativas e teorias utilizadas.

No terceiro capítulo será aprofundado a importância do caráter pedagógico do dano moral, sobretudo no atual contexto de judicialização da política, pois se revela como última

trincheira que o consumidor encontra para defender e se proteger de abusos econômicos que venha a sofrer.

No quarto capítulo será apresentada uma sugestão de uma nova sistemática para se aplicar o caráter pedagógico do dano moral, de forma a garantir ao Judiciário um novo instrumental para tutelar o consumidor e onerar a reiteração de práticas abusivas.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## **1. ESTUDO CONCEITUAL DO DANO MORAL**

A doutrina ainda diverge quanto ao conceito de dano moral. Resumidamente há aqueles que identificam o dano moral com a dor em sentido amplo, e os que veem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica<sup>1</sup>.

O presente trabalho adota o entendimento de André Gustavo C. de Andrade<sup>2</sup> que entende o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico psicológico ou espiritual da pessoa definido-o em seu sentido mais amplo englobando não somente a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. Em suma é a dor moral ou o sofrimento do indivíduo. Assim, para os adeptos dessa corrente, não há dano moral sem dor.

Interessante crítica a ser feita sobre essa segunda corrente é que a dor é consequência do dano moral e não sua causa. Há, portanto, um equívoco de perspectiva. Esse equívoco fica

---

<sup>1</sup>ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, nº 24, p. 141-173, 2003.

<sup>2</sup> Ibid.

mais claro quando se nota que o próprio dano material pode acarretar dor ou sofrimento. Em decorrência da observância desse equívoco foi criada uma terceira corrente.

Essa terceira corrente entende que o dano moral é uma lesão a determinada categoria de direitos que majoritariamente se entende ser a categoria dos direitos da personalidade. Esse é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho<sup>3</sup> que afirma ser o dano moral “uma agressão a um bem ou atributo da personalidade”.

Comentar sobre a desnecessidade de alterações psicológicas para a Configuração do Dano Moral é importante porque a necessária associação entre dano moral e alteração psicológica, desprotegeria diversas outras formas de lesões que mesmo não gerando essas alterações, não devem ser toleradas pelo ordenamento jurídico.

Como primeiro exemplo podem ser citadas as pessoas jurídicas que são titulares de alguns direitos da personalidade de forma particular. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral conforme Súmula 227 do STJ e não sofrer qualquer abalo psíquico. A razão é que ela é titular de honra objetiva, a qual dispensa manifestações psíquicas.

Nas palavras de André Gustavo C. de Andrade<sup>4</sup>:

Embora despidas direitos próprios da personalidade humana (tais como o direito à vida, à integridade corporal e psíquica, à saúde), as pessoas jurídicas ou coletivas são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente.

Sobre esse entendimento pode ser notada uma quebra de isonomia, pois para uma pessoa física causar dano moral em uma pessoa jurídica não se exige abalo psíquico, e nem poderia, mas o contrário se exige. Por essa lógica é mais fácil uma pessoa física causar dano a uma pessoa jurídica do que o contrário, pois para a pessoa jurídica causar dano em uma pessoa física se exigiria como requisito o abalo psíquico.

---

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90

<sup>4</sup> ANDRADE, op. cit., p. 151.

A injustiça desse entendimento é que na prática observa-se um número muito maior de danos morais causados pelas pessoas jurídicas, notadamente na seara consumerista, do que lesões causadas pelas pessoas físicas às pessoas jurídicas. Portanto esse entendimento acaba protegendo os violadores contumazes em detrimento dos lesados, os consumidores.

Um segundo exemplo que afasta a necessidade de alteração psicológica é a lesão a direito da personalidade dos doentes mentais<sup>5</sup>. O abalo psíquico é afastado, principalmente, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana conforme apregoa o princípio da isonomia em seu aspecto material. A rigor o direito deveria proteger ainda mais os direitos da personalidade dos desprovidos de plena consciência ou compreensão, inclusive considerando sua condição psíquica para majorar o valor da compensação pelo dano moral.

Como terceiro exemplo, André Gustavo C. de Andrade<sup>6</sup>, se vale das crianças. Segundo exemplo apresentado pelo referido autor, uma criança de tenra idade que sofra abuso sexual, terá direito a dano moral, ainda que não tenha sofrido dor física, nem sofrido emocionalmente por não ter maturidade intelectual para tanto.

Então adotando como premissa a desnecessidade de dor em sentido amplo para se configurar o dano moral, resta o entendimento que sua origem está na violação do direito da personalidade. Nesse sentido, a dor funciona como elemento a majorar o valor da compensação pelo dano sofrido. Esse entendimento se coaduna com o caráter punitivo-pedagógico do dano moral que objetiva intervir em comportamentos sociais ilícitos para extirpa-los da vida em sociedade.

De qualquer forma, as situações apresentadas são exceções, pois, em regra, há sim a necessidade de perturbações psíquicas para a caracterização do dano moral. O importante é

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 158.

<sup>6</sup> Ibid., p. 159.

notar, nas palavras de André Gustavo C. de Andrade<sup>7</sup> que “o dano é a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão”.

Para o presente trabalho, a importância de se estudar as hipóteses de desnecessidade de alterações psicológicas para a Configuração do Dano Moral é tentar identificar o motivo pelo qual essas hipóteses foram criadas. Portanto, analisando tais hipóteses pode-se identificar a razão de sua existência.

Essas hipóteses corroboram o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho<sup>8</sup>, ao defender que a noção de dano moral não mais deve se restringir à dor, sofrimento ou tristeza, como se pode depreender do art. 5º, X da CRFB<sup>9</sup>, ao contrário, deve se estender a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica.

Então, se o objetivo do dano moral é proteger o respeito à personalidade jurídica das pessoas, não faz sentido algum que seu valor seja na exata medida do dano causado, sem que seja capaz de desestimular futuras violações, pois não se conseguira proteger satisfatoriamente a personalidade jurídica em uma sociedade que permite ou tolere reiteradas violações, quanto mais em situações de vulnerabilidade.

Quanto maior for a vulnerabilidade do ofendido perante o ofensor, maior deve ser o *quantum* a compensar a lesão causada para que se alcance um equilíbrio entre o ofensor e o ofendido respeitando os preceitos da igualdade material. Assim nas relações consumeristas deve o Poder Judiciário assumir esse papel, pois se o Poder Público tivesse fiscalizado e punido administrativamente o ofensor visando a prevenir os danos, não se teria o aumento cada vez maior das demandas de consumo versando sobre as mesmas práticas abusivas.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 162.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 109.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 junho. 2016

É nesse contexto que deve ser estudado e compreendido o dano moral. Sua aplicação na seara consumerista deve ser o de buscar a justiça social e para lograr êxito o Poder Judiciário deve ter métodos eficientes para a aplicação desse importante instrumento.

Para melhor compreender os critérios metodológicos utilizados na fixação do dano moral em seu caráter punitivo-pedagógico é imprescindível dominar a aplicação do conceito de indenização, seu alcance e significado.

Sobre a reparação do dano moral, Rui Stoco<sup>10</sup> ensina que por não possuir equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório. Para se mitigar essa aleatoriedade, a qual, de certa forma, confronta o princípio da segurança jurídica, Rui Stoco comenta sobre um balizamento necessário para se bem fixar o dano moral, ao qual chama de: “binômio do equilíbrio”.

Pelo binômio do equilíbrio, a compensação pelo dano causado não pode caracterizar enriquecimento sem causa para o indenizado, nem levar à ruína quem indeniza. Essa compensação também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido<sup>11</sup>.

A Lei 6.038<sup>12</sup>, CDC, tem como meta proteger os hipossuficientes do abuso econômico, no entanto, o Judiciário vem atribuindo mais peso ao critério do enriquecimento sem justa causa, do que ao critério do desestímulo do ofensor em perpetrar práticas abusivas. Convém mencionar que ambos os critérios são relevantes, mas se com o passar do tempo um deles não vem sendo atingido, este deverá ser avaliado com maior vigor de modo a ajustar as indenizações à realidade.

---

<sup>10</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: graus da culpa e redução equitativa da indenização*. 9. ed. São Paulo, v. 839, ano 94, set./2005, p. 391-392.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 01 junho 2016.

E essa adequação, para ser o mais eficaz possível, requer um acompanhamento dos efeitos das indenizações ao longo do tempo, o qual deve ser especializado e de longo prazo. Portanto, esse artigo pretende demonstrar que o melhor caminho é uma especialização temática das Câmaras do Consumo.

Vale ressaltar que amparo teórico já existe, sobretudo na teoria do valor do desestímulo. O preço do desestímulo tem finalidade punitiva e visa a coibir o ofensor de reiterar a prática pela qual já foi condenado. Trata-se de punição exemplar que não guarda relação com o dano efetivamente sofrido pela vítima<sup>13</sup>. Essa teoria é, nas palavras de Rui Stoco: “um critério de quantificação da reparação e não a necessidade de um *plus* de valor na fixação de dano moral.”<sup>14</sup>

Esse panorama torna imprescindível a reflexão trazida por Norberto Bobbio<sup>15</sup>: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”<sup>16</sup>.

Essa reflexão é, na verdade, o espírito do presente trabalho pois a prática forense mostra que é incessante a perpetração de práticas abusivas pelas grandes corporações. De fato, existem tentativas de se proteger os direitos do homem, tentativas essas que serão apresentadas e discutidas ao longo da pesquisa.

## **2. TENTATIVAS METODOLÓGICAS PARA FIXAR O DANO MORAL RESPEITANDO O CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO**

Como aponta pesquisa ainda inédita de Armando Castelar e Fernando de Holanda<sup>17</sup>, comparando o perfil dos demandantes do Judiciário entre 1988 e 2009, aponta o crescimento

---

<sup>13</sup> STOCO, op. cit., p. 398.

<sup>14</sup> Ibid., p.151.

<sup>15</sup> NORBERTO BOBBIO *apud* STOCO, p. 937.

<sup>16</sup> STOCO, op. cit., p.937.

de 1,7 para 4,7 milhões do número de pessoas envolvidas em conflitos nas áreas de serviços de água, luz ou telefone e bancos ou instituições financeiras.

A causa mais provável, conforme aponta o Recurso de Apelação Cível n. 2010.058844-0, de Itajaí, cujo Relator foi o Des. Lédio Rosa de Andrade<sup>18</sup>, é a lucratividade que se obtém da diferença entre o que se economiza para prevenir os danos aos consumidores e o valor pago nas indenizações referentes ao dano moral. Sobre esse ponto vale citar as palavras do referido relator:

E a política econômica atual é minimizar os custos e maximizar os lucros. Há uma decisão financeira em muitas empresas neste sentido, qual seja, não gastar com funcionário, mesmo sabendo-se que isto levará a prática de muitos atos ilícitos contra consumidores. O que se economiza com a contratação de funcionários e gastos em análise da própria atuação empresarial gera um valor superior ao que se paga como indenização por danos morais.

O foco do trabalho é, portanto, propor solução para quebrar essa lógica e para tanto será o dano moral a principal ferramenta. Dessa forma, cumpre esclarecer o que é exatamente o dano moral.

Convém ressaltar que não existem critérios legais para a fixação da compensação por dano moral, o próprio CC/2002, como bem observa Rui Stoco<sup>19</sup>, é estéril na fixação de balizadores para o dano moral. Sendo assim, a fixação é feita pelo magistrado basicamente conforme sua consciência. Para mitigar os efeitos de tamanha discricionariedade é que, como dito, o STJ decidiu por bem rever e fixar o *quantum* do dano moral em sede de recurso especial, fato esse que Rui Stoco<sup>20</sup>, considera ser o responsável por evitar a banalização do instituto.

Importante metodologia é a teoria do valor do desestímulo e os *punitive damages*.

---

<sup>17</sup> CASTELAR, Armando. et al. Texto de Discussão 40: os determinantes da demanda pelo judiciário. Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=402880811D8E34B9011D9CCBFDD1784C&contentId=8A7C82C546FCECF5014716CEDB233DBD>>. Acesso em: 15 abril. 2016.

<sup>18</sup> FAVARETTO, Cícero. *A reparação dos danos morais nas relações de consumo*. Disponível em: <<http://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/114233257/a-reparacao-dos-danos-morais-nas-relacoes-de-consumo>> Acesso em: 31 maio 2016.

<sup>19</sup> STOCO, op. cit., 938.

<sup>20</sup> STOCO, op. cit., p. 939.

O *punitive damage*<sup>21</sup> é o sistema adotado nos Estados Unidos pelo qual se busca fixar uma indenização por danos morais que desestimule o autor dos danos e outros a agir da mesma forma lesiva em outra oportunidade. Para lograr êxito, o fundamento essencial do sistema do *punitive damage* é basicamente a aplicação de indenizações milionárias.

Esse sistema difere da teoria do valor do desestímulo pelo *quantum* da indenização pelo dano moral.

O importante sobre os danos punitivos é saber que foram perdendo força ao longo do tempo, salvo nos Estados Unidos que apresenta tendência inversa à observada no resto do mundo, pois esse país apresenta indenizações milionárias na seara, por exemplo, dos acidentes de consumo. Todavia, cabe ressaltar que a imposição de valores altíssimos a título de dano moral encontram-se em declínio também nesse país.

A tendência moderna para o arbitramento do dano moral é aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano sofrido. Vale destacar que para Rui Stoco o conceito de punição engloba o de prevenção<sup>22</sup>.

### **3. APLICAÇÃO DO CARÁTER PEDAGÓGICO DO DANO MORAL NO CONTEXTO DA JUDICILAIZAÇÃO DA POLÍTICA**

---

<sup>21</sup> Apenas a título de curiosidade histórica, Rui Stoco na página 992, Tomo II, lembra que a doutrina do *punitive damage* foi aplicado pela primeira vez na Inglaterra em 1763 no caso Wilkes versus Wood. Entretanto, a teoria consolidou-se a partir do caso Rookes versus Barnard em 1964.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes: “Embora em sua configuração atual, os danos punitivos datem do século XVIII, já desde o século XIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, em *trespass to the person* ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio surgido para tutelar os direitos civis dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, frequentemente vexatório e arbitrário”. Danos à Pessoa Humana. Tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 228-229.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 940

Antes de abordar um tema que se refere à judicialização da política, se faz necessário entender como se manifesta esse fenômeno, assim como descompatibilizar seu conceito com o conceito de ativismo judicial.

Em artigo publicado em 2012, Luís Roberto Barroso<sup>23</sup> conceituou as expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”. O termo Judicialização da Política significa, basicamente, que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias políticas que deveriam desempenhar tal papel como os Poderes Executivo e Legislativo. Esse quadro altera a participação da sociedade nos rumos a serem tomados pelo Estado uma vez que não há eleição para os membros do Poder Judiciário. As causas que consubstanciam esse fenômeno representam, em parte, uma tendência mundial e em outra parte estão relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Barroso<sup>24</sup> cita como causas da Judicialização: A) a redemocratização; B) constitucionalização abrangente, e; C) sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. O aprofundamento dessas causas não é condizente com o tema tratado neste trabalho, bastando saber que essas causas serviram para fortalecer o Poder Judiciário fazendo-o se sobressair em relação aos demais, podendo-se dizer que é visto, hoje, como único capaz de efetivar os direitos fundamentais previstos na CRFB de 1988.

Sobre o ativismo judicial<sup>25</sup> Barroso entende ser esse conceito próximo ao de Judicialização, embora não possuam a mesma origem. A judicialização, no contexto brasileiro, decorre do modelo constitucional adotado. Já o ativismo judicial é um ato de escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a Constituição, expandindo seu

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>24</sup> Ibid., p. 3-4.

<sup>25</sup> Ibid., p. 6-7.

sentido e alcance. Em suma, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes<sup>26</sup>.

A postura ativista, no entendimento de Barroso<sup>27</sup>, se manifesta por meio de diferentes condutas, dentre as quais se pode incluir: A) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; B) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, e; C) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Vale ressaltar que o ativismo judicial tem raízes na jurisprudência norte-americana o que pode explicar, em parte, a dificuldade do Poder Judiciário pátrio em assumir postura mais ativa no combate aos abusos cometidos contra os consumidores pelos grandes fornecedores. Isso porque nossa raiz<sup>28</sup> está no sistema do *civil law*, o qual tem uma postura mais subserviente em face ao Poder Legislativo, esperando que este mude a lei para que somente depois o Judiciário modifique sua jurisprudência.

Pensar o direito no *Common law* demanda o conhecimento dos precedentes, ou julgados paradigmas que sempre podem ser suplantados por novos entendimentos sem grandes problemas. Ao julgar um caso concreto, no *commom law*, o magistrado deve buscar, primeiro, se há um precedente, um caso anterior que já tenha decidido a matéria sob análise. No caso de existir um precedente o magistrado deve procurar perceber se esse precedente ainda se coaduna com a sociedade presente, pois se o precedente não se adequar aos novos tempos ele deverá ser superado por um novo entendimento.

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Embora o direito brasileiro esteja caminhando para um sistema mais próximo ao *commom law*, a interpretação da lei ainda está mais próxima ao *civil law*.

No sistema do *civil law*, o magistrado, em um primeiro momento, deve buscar a solução do caso concreto no ordenamento jurídico vigente à época do julgamento. A lei é o que importa e decidir contrário à lei não é tão simples como fixar um novo precedente. Pelo contrário, decidir em sentido contrário a lei, nem é recomendado. Isso porque uma lei é elaborada por um outro poder, o Poder Legislativo, e desobedecer à lei é ferir o princípio da separação de poderes, o qual é cláusula pétrea, art. 60, §4º da CRFB/88. No entanto, um precedente é fixado pelo próprio Poder Judiciário, sendo menos complicado superá-lo.

Essa tradição do *civil law* faz com que o magistrado tenha o hábito de buscar as soluções do caso concreto na lei, encontrando certa dificuldade em decidir quando há ausência de lei. A quebra desse sistema vem ocorrendo rapidamente no direito pátrio em decorrência da opção pelo legislador quando, na elaboração do Código Civil de 2002 optou pelo sistema de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Vale ressaltar ainda a crescente força da jurisprudência nos dias atuais. Contemporaneamente o jurista brasileiro cada vez mais procura saber os entendimentos dos Tribunais sobre determinado caso, antes mesmo de consultar a lei ou a doutrina. Esse processo também decorre do fenômeno da Judicialização, pois reflete a primazia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

E se o Judiciário é desafiado, como disse Barroso<sup>29</sup>, constantemente a decidir sobre causas de grande repercussão política ou social, substituindo, as instâncias políticas que deveriam desempenhar tal papel – Executivo e Legislativo – é natural que o judiciário fosse paulatinamente adotando uma postura mais proativa. O desdobramento da Judicialização é sem dúvida o ativismo judicial.

Se os demais poderes não conseguirem dar as respostas e a proteção para a efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário fazê-lo. E se para proteger os direitos

---

<sup>29</sup> BARROSO, op. cit., p. 9

fundamentais não encontrar o instrumento específico ou ideal para usar, não deve se furtar a se valer de algum instituto já previsto e alargar sua aplicação, pois mais importante que o tecnicismo é a justiça.

Não se pode aceitar ter um Judiciário que assista, passivamente, à perpetuação de práticas injustas e abusivas cometidas por grandes corporações. Mesmo não sendo um instituto, inicialmente, elaborado para tal fim, o dano moral, composto por seu caráter punitivo-pedagógico, tem condição de reverter esse quadro. Se bem aplicado, o caráter punitivo-pedagógico do dano moral pode vir, enfim, a atingir indenizações capazes de desestimular a reincidência de práticas abusivas, ao invés de apenas fixarem um preço para as práticas ilegais e abusivas.

Hoje, o dano moral é a única arma que o consumidor tem e, ao limitar sua força, o Judiciário acaba por desarmá-lo. Sem ter um outro instrumental, o Judiciário não pode enfraquecer o único que resta ao consumidor.

Cabe mencionar que a ação civil pública não tem o mesmo efeito, pois os legitimados do art. 82 do CDC<sup>30</sup> não conseguem ser onipresentes e apenas atuam nos casos de grande repercussão, e mesmo assim, ainda não abarcam todos. As ações coletivas são essenciais, mas sozinhas não conseguem fazer frente a tantos desmandos. Apenas com o dano moral cada indivíduo poderá perseguir seus interesses ao invés de deixar de levar ao Judiciário demanda por considerar que o desgaste pessoal que venha a sofrer com o processo não o recompensará no final.

Criar uma nova sistemática para a aplicação do caráter pedagógico do dano moral além de poder atingir uma das finalidades do mesmo, qual seja: a de fixar um preço do

---

<sup>30</sup>BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 01 junho 2016.

desestímulo; também poderá tornar cada consumidor um verdadeiro fiscal da lei e das boas práticas empresariais. Além disso, ser cidadão é poder fazer valer seus direitos.

O lado positivo do ativismo judicial é que o Judiciário, de fato, vem conseguido atender a contento demandas sociais que por qualquer razão não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento ou pelo Executivo, por exemplo, nos seguintes temas: medicamentos, nepotismo, regras eleitorais, greve no serviço público, dentre outros. O lado negativo citado por Barroso<sup>31</sup> é o fato do ativismo judicial evidenciar as dificuldades do Poder Legislativo em atender as demandas sociais.

Barroso<sup>32</sup> cita como exemplo do deslocamento do debate político do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, que tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Apesar dos bons resultados apresentados pelo fenômeno do ativismo judicial, não se pode olvidar, quando do estudo do tema, de mencionar as críticas feitas ao fenômeno em estudo.

A primeira crítica apontada no artigo de Barroso<sup>33</sup> se refere aos riscos sobre a legitimidade democrática, pois os membros do Poder Judiciário não foram eleitos, mas mesmo assim, poderão invalidar atos dos Poderes Executivo e Judiciário. A explicação desse fenômeno está na teoria constitucional do papel contramajoritário do Judiciário. Assim, dois são os argumentos para legitimar a atuação contramajoritária do Judiciário, sendo um de ordem normativa e outro de ordem filosófica.

O fundamento normativo decorre de dispositivos da própria Constituição que conferem parcela do poder político para ser exercido pelo Judiciário, já que por não serem

---

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid., p. 10-12.

eleitos, podem agir com imparcialidade. O fato de os membros do Executivo e Legislativo serem eleitos, o tornam subservientes ao interesse da maioria, pois senão agiram conforme o desejo de seus eleitores, não serão reeleitos. Sendo assim, resta ao Judiciário o papel de proteção das minorias.

O fundamento filosófico, segundo Barroso<sup>34</sup>, é a necessidade de se proteger os direitos da minoria. Sobre esse fundamento, Barroso usa exemplo famoso: se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número.

Entende-se por minoria os grupos humanos que têm menor poder de pressão na sociedade. Esse conceito de minoria é interessante para entendermos o porquê de ter sido tão importante um diploma legal como o Código de Defesa do Consumidor. Apesar da maior parcela da população ser composta por consumidores, na verdade, todas as pessoas, em algum momento são consumidores, mesmo assim, os interesses dos consumidores são violados. Esse fato decorre do fato de não existir uma associação de consumidores que façam lobby no Parlamento para a aprovação de leis do seu interesse, como existem lobbies defendendo interesses de grandes corporações.

A segunda crítica apontada no artigo do Barroso<sup>35</sup> se refere ao risco de politização da justiça. Barroso assevera que no pós-positivismo o direito se aproxima da ética, tornando-se meio para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Portanto, direito não é política. Nas palavras de Barroso, Direito seria política no sentido de que:

- (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis;
- (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos;
- (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

---

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid., p. 12-15.

A terceira crítica apontada no artigo do Barroso<sup>36</sup> se refere à capacidade institucional do Judiciário e seus limites. Sobre essa crítica a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos.

A Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Já o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados recomenda, em certos casos, o Judiciário adote uma posição de cautela, pois nem sempre o magistrado estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de

---

<sup>36</sup> Ibid. p. 15-17.

concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.

Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência.

#### **4. NOVA SISTEMÁTICA PARA A APLICAÇÃO DO CARÁTER PEDAGÓGICO DO DANO MORAL**

A visão clássica segue literalmente a redação do artigo 944 do Código Civil que diz: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”, portanto a responsabilidade civil não permite nenhuma graduação quanto ao desvalor da conduta ilícita<sup>37</sup>.

O problema é que a visão clássica torna o instituto ineficaz ou insatisfatório em alguns casos como quando o ofensor obtém proveito econômico com o ilícito praticado, mesmo depois de pagar as indenizações cabíveis; ou quando ele se propõe a pagar o valor para cometer ou continuar praticando o ilícito<sup>38</sup>.

Essa crise da visão clássica acarretou a inclusão, ao lado da função reparatória a função de prevenção de danos. A indenização punitiva se constrói a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. Essa ideia de conferir o caráter de pena à indenização por dano moral pode ser

---

<sup>37</sup> ANDRADE, op. cit., p. 135-136, 2006.

<sup>38</sup> Ibid.

justificada em casos específicos, nos quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a necessidade de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>39</sup>.

Ao lado da função preventiva cresce nos países de tradição romanística, cada vez mais, a função punitiva da responsabilidade civil. O objetivo é o mesmo, ou seja, proteger a dignidade humana. No entanto essa função enfrenta profunda resistência no direito brasileiro, não obstante cabe uma breve explanação sobre o funcionamento desse instituto do direito norte-americano<sup>40</sup>.

Portanto, uma nova sistemática se faz necessário e essa nova sistemática deve dialogar com o atual contexto que o Poder Judiciário está inserido: ativismo judicial. A nova sistemática para a aplicação do caráter pedagógico do dano moral presume que o Judiciário adote o protagonismo inerente ao ativismo judicial, entendido no presente trabalho como desdobramento do fenômeno da Judicialização da Política.

O ativismo judicial, como dito anteriormente, é um ato de escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Sua ideia está associada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Portanto, a proposta e do trabalho é especializar as Câmaras do Consumo da seguinte forma: em primeiro lugar a Câmara identifica uma conduta a ser combatida; em segundo lugar a Câmara se torna preventa para julgar os demais casos semelhantes majorando o dano moral até cessar a conduta ilícita.

## CONCLUSÃO

---

<sup>39</sup> Ibid., p. 137.

<sup>40</sup> Ibid., p. 138.

Não obstante não ser unânime na comunidade jurídica a necessidade do Judiciário se valer do dano moral, sobretudo de seu caráter pedagógico, para controlar práticas comerciais abusivas, não se pode negar que, no contexto da Judicialização da Política, cabe ao Judiciário, como última trincheira, efetuar tal controle.

Dessa forma, o debate deveria focar em como o Judiciário poderia enfrentar essas lides consumeristas da forma mais eficiente possível, inclusive se valendo do dano moral como instrumento. E para instiga o debate que o presente trabalho apresenta a tese da especialização das Câmaras do Consumo.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, nº 24, p. 141-173, 2003.

CAIO MÁRIO *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 junho. 2016

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.