



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A fixação do dano moral nos juizados especiais nas demandas em massa contra grandes empresas.

Carlos Eduardo de Souza Santos e Menezes

Rio de Janeiro

2014

CARLOS EDUARDO DE SOUZA SANTOS E MENEZES

A fixação do dano moral nos juizados especiais nas demandas em massa contra grandes empresas.

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

Rio de Janeiro

2014

A FIXAÇÃO DO DANO MORAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS NAS DEMANDA EM MASSA CONTRA GRANDES EMPRESAS

Carlos Eduardo de Souza Santos e Menezes

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis -UCP. Advogado. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Busca-se despertar a atenção para uma possível contradição nos parâmetros de fixação do dano moral nas relações consumeiristas contra grandes empresas, fazendo uma relação direta com o crescente aumento no número de demandas que “sufocam a eficiência do judiciário” e a ausência de um critério que corresponda um “real caráter punitivo” para os grandes fornecedores reincidentes.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Dano Moral. Caráter Punitivo. Enriquecimento sem Causa. Juizados Especiais. Demandas em massa. Industria do Dano Moral.

Sumário: Introdução. 1. O Dano Moral. 2. O Efeito Reverso e o Esvaziamento do Caráter Punitivo. 3. O custo da litigiosidade e do lucro. 4. Critérios de Fixação do Dano Moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade mundial esta vivenciando a chamada era digital, composta de inúmeros avanços tecnológicos em diversos setores, e não se fala mais em barreiras ou distância. Passou a existir o chamado fenômeno da massificação das relações negociais, ocasionando a diminuição na autonomia de escolha de parceiros contratuais.

O consumidor, como regra, fica restrito na maioria das situações a um pequeno número de grandes empresas que dominam o mercado, inexistindo praticamente uma concorrência. Situação que vem ocasionando práticas comerciais abusivas, descasos reiterados com os consumidores e etc.

O trabalho em questão busca analisar o Dano Moral nas demandas consumeiristas crescentes nos juizados especiais, com enfoque primordial nas chamadas “relações em massa”

contra grandes empresas. O judiciário vem sendo “abarroto” por números crescentes de demandas de tal natureza.

Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre os critérios do *quantum* indenizatório a ser fixado pelo magistrado, tais como: o caráter compensatório da parte lesada; o aspecto pedagógico ou punitivo para a não reincidência; e o chamado o “não enriquecimento sem causa”.

O trabalho enfrenta a dicotomia entre o caráter punitivo (não reincidência) e o enriquecimento indevido frente a tais demandas em massa. Os critérios utilizados na fixação do dano moral se mostram de certo modo contraditórios, situação que vem ocasionando em valores irrisórios que não atendem o caráter punitivo, tornando um meio econômico viável para as empresas de grande porte litigarem em juízo e reincidirem nas condutas lesivas.

A necessidade de alto investimento para proporcionar um serviço ou produto de qualidade, gastos com “SACS” aptos a solucionarem prontamente os problemas dos consumidores, dentre outros elementos necessários para um bom serviço e pós venda, se mostram menos atrativos para tais fornecedores, que dentro de uma ótica econômica optam por não investir na qualidade e arcar com tal consequência na via judicial.

1. DO DANO MORAL

No âmbito da responsabilidade civil, pode-se destacar o elemento central como a existência de um dano, é uníssono o entendimento na doutrina de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano. Esse que se subdivide em: dano patrimonial e dano não patrimonial ou normalmente chamado de dano moral. No caso do dano moral, esse pode ser expresso pela existência de um sofrimento psíquico, angústia ou dor causado ao ofendido.

A conceituação do dano moral em sua acepção mais ampla está de certa forma atrelada ao aspecto patrimonial, a doutrina costuma caracteriza-lo como aquele dano que não está englobado na esfera material (patrimônio).

Nesse sentido, cabe citar o professor Carlos Roberto Gonçalves¹:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. A “a expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327.

designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

O instituto em tela possui uma feição subjetiva atrelada a um sofrimento humano, não possui qualquer aspecto de lesão pecuniária em sua acepção. Fortemente atrelada aos direitos da personalidade. O doutrinador João Roberto Parizatto² complementa:

[...] são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado; enquanto os danos materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio.

Cahali³ com outras palavras afirma:

Parece mais razoável caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do ser humano e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)”.

Apesar das expressões e explicações distintas é possível se extrair certa harmonia de elementos em comum, como por exemplo, a existência de uma lesão no âmbito extrapatrimonial, seja contra pessoa física ou jurídica. A prática de tal ato lesivo alcança um dano na esfera extrapatrimonial, em especial os “direitos da personalidade”, tais como a intimidade, moralidade, honra, liberdade, integridade psicológica e etc.

No que tange a sua natureza, a doutrina e jurisprudência em sua maioria destaca a existência de um caráter dúplice: de um lado temos aspecto compensatório de confortar a vítima em termos financeiro (apesar de não retornar ao “status a quo”), bem como, o aspecto punitivo do agressor para que não volte a prejudicar outras pessoas.

Segundo as lições de Fábio Ulhoa Coelho⁴, pode-se dizer que a indenização por danos morais atua exclusivamente como forma recompensatória quantificada num valor. O autor complementa e diz que:

A função dos danos morais é exclusivamente compensar a dor extremada da vítima, quando ela se verifica. Quer dizer, só cabe obrigar o devedor a compensar os danos morais do credor quando este tiver experimentado um sofrimento atroz, de envergadura. A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela tormentosa dor experimentada pela vítima em alguns eventos danosos.

² PARIZATTO, João Roberto. *Manual prático da responsabilidade civil*. São Paulo: Edipa, 2006. p.51.

³ CAHALI, Yussef. *Dano moral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 416.

Parte da doutrina critica a aplicação do aspecto punitivo, pois violaria o princípio da legalidade, já que tal aspecto não encontra respaldo legal. Nesse sentido podemos destacar Maria Celina⁵ ao afirmar que a aceitação do caráter punitivo se contrapõe a ideia de responsabilidade civil e compensação.

Em sentido oposto, Pablo Stolze⁶ elucida quanto ao aspecto punitivo:

Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil.

Pablo Stolze⁷ complementar que “na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória.”

Dentro de uma visão mais moderna Rodrigo Macias⁸ menciona uma autora estrangeira chamada de Suzane Carval, ao falar da responsabilidade civil, diz não haver dúvidas que, “para o homem da rua, a responsabilidade civil é bem outra coisa do que um simples instrumento de reparação de danos, constituindo-se também por ser uma contribuição ou garantia social.”

Felipe Peixoto Braga⁹ pondera acerca dessa ótica social, bem como da funcionalização do direito e explica:

Esses conceitos, operam relacionando dois planos: o plano normativo e o plano da realidade social. [...] É equívoca, portanto, a leitura de institutos civis sob a perspectiva puramente estrutural. As categorias, conceitos e institutos devem ser lidos à luz da função exercida. É essa a grande viragem do direito moderno: a passagem de uma concepção estrutural do direito em favor de uma postura funcionalizada, onde sobreleva a atuação social dos direitos.

Trata-se da busca de valores sociais, vislumbrando aspectos da igualdade de direitos e da solidariedade, o direito moderno visa resguarda não só o indivíduo, mas a coletividade. Os efeitos lesivos extrapatrimoniais que decorrem de uma relação entre indivíduos não lesa somente uma pessoa envolvida, mas afetam a sociedade como um todo e, portanto, deve ser passível de incidir mecanismos protetivos (aspecto punitivo).

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 51.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ STOLZE, Pablo. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

⁸ OLIVEIRA, Rodrigo Macias apud CARVAL SUZANE . *O dano moral no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3863>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

⁹ BRAGA Netto, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 38.

2. O EFEITO REVERSO E O Esvaziamento do caráter punitivo

O judiciário vem sendo “abarroado” por números crescentes de demandas consumeristas em face de grandes empresas, faz-se necessário uma reflexão sobre os critérios do *quantum* indenizatório a serem fixados pelos magistrados.

A título de ilustração, pode-se destacar o Termo de Cooperação Técnica Nº 002/2012, de março de 2012, firmado entre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para o desenvolvimento conjunto do projeto de pesquisa denominado “Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis”.

Desenvolveu-se um relatório que fora publicado em 2013, documento que apresentou dados relevantes para o presente trabalho. Inicialmente, em 2012 os juizados cíveis do Rio de Janeiro totalizavam um acervo de 477.769 processos distribuídos entre os 137 juizados existentes no Rio de Janeiro. Nos últimos 5 anos, chega-se a um acervo total de 1.975.393,00 só nos juizados especiais cíveis do Rio de Janeiro, com um aumento anual médio que gira em torno de 16%.

Levando em consideração tal acervo, 58,00% das demandas envolviam questões indenizatórias extrapatrimoniais (dano moral), formou-se um ranking dos setores mais demandados, no qual: o sistema financeiro vêm em primeiro lugar com 32,29%, o de Varejo com 24,36% em segundo lugar, em terceiro o de comunicações com 20,96% e em quarto o setor de energia elétrica com 10,48% das demandas.

No caso, a quantidade de autores “pessoas físicas” era de 97,11% nas demandas no Rio de Janeiro. A grande maioria dos réus é constituída por “pessoas jurídicas”, percentual de 94,47% segundo constatação do relatório.

Essa informação pode apontar o perfil dos demandados no Rio de Janeiro, constituído em sua maior por empresas, em especial o setor que oferta serviços, como telefonia, energia elétrica e etc.

Corroborando com os dados supramencionados, numa breve consulta junto ao sítio do TJRJ é possível verificar um Ranking dos “Fornecedores de produto e serviço mais acionados” nos últimos 5 anos. Os dez primeiros da lista são empresas como Telemar, Banco Santander, Light, Claro, Banco Itaú e etc.

O somatório de processos das “dez empresas mais demandadas” nesses últimos cinco anos (até 2014) perfazem um total astronômico de 1.085.453,00 processos somente nos juizados cíveis do Rio de Janeiro.

O número mencionado evidencia a impossibilidade de prestação jurisdicional de qualidade e atenta para outros fatores relevantes que foram melhores explorados na pesquisa do IPEA.

Dentre as inúmeras conclusões elucidativas, atentou-se para uma questão de grande relevância¹⁰:

“Mensuração do dano moral – formas de conciliação entre o combate à “indústria do dano moral” e a possibilidade de imposição de dano moral punitivo ou inibitório. **Há que se levar em consideração a possibilidade de a redução das condenações em danos morais com o intuito de desestimular a litigiosidade ocasionarem efeito reverso, isto é, trazerem incentivo financeiro ao aumento da violação de direitos, gerando maior litigiosidade.” (grifo)**

Para analisar os dados de forma precisa, é necessário ter em mente de forma resumida a evolução da aplicação do dano moral no âmbito no judiciário até a atual conjuntura da chamada “ máquina do dano moral” e o critério limitador do “não enriquecimento sem causa”.

Num primeiro momento, a doutrina conservadora tinha dificuldade em aceitar o instituto do dano moral. Dentro de tal ótica, Agostinho Alvim¹¹, antes do advento da constituição de 1988 sustentava:

Em doutrina pura, quase ninguém sustenta hoje a irreparabilidade dos danos morais. É assim a obrigação de reparar tais danos vai se impondo as legislações, mais ousadamente aqui, mais timidamente ali, já admitindo-se a reparação, como regra, já, somente, nos casos expressamente previstos.

Posteriormente com as mudanças de paradigma constitucional de 1988, surgimento do código de Defesa do Consumidor, bem como a criação dos juizados especiais pela lei 9.099/98, fomentaram uma postura mais enérgica do judiciário, onde se passou a aplicar o dano moral com quantias consideráveis.

Dinamarco¹² aduz acerca da criação dos juizados:

O mesmo art. 1º, que autoriza a criação desse órgão judiciário, di-lo competente para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico. Concebido para ampliar o acesso ao Poder Judiciário e facilitar o litígio para as pessoas que sejam portadoras de pequenas postulações (especialmente para as menos dotadas economicamente), a lei erigiu o próprio interessado em juiz da conveniência da propositura de sua demanda perante o Juizado Especial das Pequenas Causas ou no juízo comum – e, com isso, deu mais uma demonstração de que não se trata de discriminar pobres e ricos, uma vez que continuam aqueles, querendo, com a possibilidade de optar por este e pelo procedimento mais formal e demorado que ele oferece.

¹⁰ IPEA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis: relatório de pesquisa*. Brasília. 2013. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20288>. Acesso em : 07 de jun 2014.

¹¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1980. p.220.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.p. 4.

Por conta dessa “desburocratização”, bem como a facilitação ao acesso à justiça, houve um abarrotamento de demandas indenizatórias extrapatrimoniais que antes não eram normalmente levadas ao judiciário. Note-se que um dos objetivos da lei 9.099 era justamente “desafogar” o judiciário cível comum, transferindo causas de baixo valor econômico e pouca complexidade que tramitavam na justiça comum.

Todavia, o que se deparou ao longo dos tempos foi o abrandamento da tutela jurisdicional, onde o poder judiciário passou a intervir em questões que antes não eram levadas ao seu conhecimento.

Levando em consideração tal fato e o susto quanto aos números de litígio, bem como a defesa certos interesses econômicos envolvidos, muitos passaram a advogar a tese “da indústria do dano moral” e a necessidade de evitar “enriquecimento sem causa”. Alinhado a tal entendimento Galvani¹³ defende:

Portanto, é bom frisar que se a intenção do legislador era a de reparar de alguma forma a ofensa ou mácula causada no íntimo ou psique do ofendido, atualmente, com a aplicação inveterada desse instituto acabou gerando um certo oportunismo corroborando a ideia de existir hoje uma verdadeira indústria do dano moral.

Conforme Schreiber¹⁴,

As lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo como única resposta um remédio tradicional, de conteúdo patrimonial. O que se vê é uma inversão axiológica, através da qual invoca-se a dignidade da pessoa humana e interesses existenciais com vistas à obtenção de ganhos pecuniários. A isso, soma-se a consequência não do desenvolvimento social de ideologia reparatória, mas sim a inércia da comunidade jurídica ao oferecer como solução à vítima do dano o pagamento em dinheiro, estimulando sentimentos mercenários.

Grande parcela da doutrina e do judiciário passou adotar uma postura inversa como tentativa de desestimular demandas desse tipo, situação que pode ser verificada corriqueiramente com notícias de danos morais irrisórios aplicados por alguns magistrados.

Contudo, o que se tem verificado na prática é um grande aumento anual desse acervo. Conforme consulta no sítio do TJRJ¹⁵, em 2010 o acervo total foi de 327.627 processos, em 2011 de 367.543, em 2012 o número foi de 477.769 e em 2013 chegou-se ao volume de 509.687,00 só no JEC do TJRJ.

Diante dos dados apresentados, mostra-se a insustentabilidade de tal posição, que ocasiona sérios efeitos práticos na qualidade e eficiência jurisdicional, bem como estimula

¹³ GALVANI, Taíse Garcia. *Excesso de pedido de dano moral banaliza o direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-15/industria-indenizacao-banaliza-direito-dano-moral>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 191.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>> acesso em 16 jun. 2014.

certas posturas adotadas pelo setor privado nas relações em massa envolvendo grandes empresas.

Noutro giro, há que se destacar o “esvaziamento do caráter punitivo” tão defendido pela doutrina e jurisprudência. Deve-se atentar para uma incompatibilidade entre o caráter punitivo e o não enriquecimento na forma que vêm sendo aplicado.

De um lado é sustentado a “banalização dos danos morais” por conta do enriquecimento indevido. Em contrapartida tem ocorrido a “ banalização da prestação dos serviços” ocasionando lesões extensivas a coletividade sempre visando a diretriz de lucro.

Dentro desse contexto, Martins Costa¹⁶ afirma:

A indenização punitiva ganha espaço no cenário nacional, pois é instrumento apto a coibir danos causados por empresas que auferem lucro, colocando no mercado um grande número de produtos danosos, mesmo com o custo da indenização paga às vítimas que ingressam em juízo buscando o ressarcimento pelos danos sofridos.

Analisando os aspectos envolvidos, é possível visualizar um impasse entre o caráter punitivo (inibidor) e o enriquecimento sem causa. Dificilmente a fixação do valor vai conseguir inibir e ao mesmo tempo não gerar enriquecimento sem causa.

A utilização do critério do chamado “enriquecimento ilícito” limita e esvazia o aspecto punitivo, bem como por via indireta estimula o crescimento da litigiosidade conforme os dados já mencionados.

Além de outros inúmeros fatores que escapam do objeto do trabalho, tais como, a ausência de fiscalização e normatização por parte das Agências reguladoras, políticas públicas eficientes, entre outros mecanismo mais eficazes para solução administrativa do litígio, há que se destacar o baixo custo da litigiosidade.

4. DO CUSTO DA LITIGIOSIDADE E DO LUCRO

Em decorrência do sistema capitalista adotado por nossa sociedade, o lucro é a essência de qualquer negócio no âmbito privado. Para melhor elucidar o tema, vale citar a autora FUJI¹⁷, profissional na área de contabilidade, que afirma:

No âmbito da sociedade capitalista, caracterizada pela propriedade privada de recursos econômicos, o lucro é a remuneração pelo uso do fator de produção

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Maria Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. 2005. p. 25

¹⁷ FUJI. Alessandra Hirano. *O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada*. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772004000300004> Acessado em: 16 jun. 2014

Capacidade Empresarial, considerando-se a combinação dos demais fatores de produção (Terra, Capital e Trabalho). Cada fator recebe uma recompensa pela sua participação no processo de produção, sendo que as remunerações pelo uso da Terra, Capital e Trabalho são, respectivamente, Renda de Terra, Juro e Salário. O lucro é, em suma, a recompensa e a motivação para a instalação e continuidade de um empreendimento na sociedade capitalista.

A autora complementa:

Na Ciência Econômica, há preocupação com os recursos limitados da economia, buscando-se a alocação ótima dos recursos escassos e das alternativas disponíveis para a maximização da utilidade e da riqueza dos agentes econômicos. O conceito de lucro, nesse contexto, é um importante referencial para orientar as decisões econômicas dos agentes. O conceito de lucro, no âmbito das atividades empresariais - caracterizadas pela busca da maximização da riqueza dos proprietários e dos *stakeholders* - é um importante indicador de sucesso das empresas.

Dentro de tal visão “lucrativa”, vale atentar para preferência e viabilidade econômica das grandes empresas em litigarem em juízo. O custo de investimento no fornecimento do serviço e pós-venda é muito elevado se comparado com o percentual gasto para litigar em juízo.

Inicialmente, pode-se citar o levantamento realizado pelo escritório Amaral, Yazbek Advogados¹⁸, artigo publicado em 2014. Estão em trâmite no Poder Judiciário 74,38 milhões de processos envolvendo as empresas, sendo que as grandes empresas são responsáveis por 53,40% do total, as médias por 23,80% e as micro e pequenas empresas por 22,80%.

Segundo a pesquisa, as matérias mais discutidas judicialmente são: Consumidor e Contratual (45,97%), Tributário (43,19%), Trabalho (9,18%), Outros (1,66%).

Segundo uma média, chegou-se a um custo para litigar, este que representa 1,69% do faturamento das empresas, sendo que as micro e pequenas empresas gastam 1,43% do seu faturamento, as médias gastam 1,89% e as grandes empresas gastam 1,67% do seu faturamento.

No que diz respeito ao fornecimento de serviço e o pós venda, este engloba investimento em infraestrutura de SACS, na qualidade e manutenção do serviço, assistência técnica, treinamento de funcionários, alocação de tecnologia, inovações, entre outros fatores que facilmente ultrapassam a faixa de 15-35% do faturamento anual da empresa.

Sob a ótica privada, o investimento desse tipo é visto pela maioria como custo e tem elevado grau de risco, caso alocado de forma incorreta pode levar a empresa à ruína. Assim sendo, a empresa almejando lucro, sempre tenta buscar o menor custo possível. Por isso,

¹⁸YAZEK, Cristiano Amaral. *Custos da Empresa para litigar judicialmente*. Disponível em: <<http://ayadvogados.com.br/uploads/ESTUDO%20AY%20CUSTO%20PARA%20LITIGAR%20JUDICIALMENTE.pdf>>. Acessado em: 20 jun. 2014

conclui-se que a litigiosidade tem custo significativamente inferior e se mostra uma escolha mais “rentável” para grandes empresas que possuem milhares de clientes.

Uma das críticas possíveis na doutrina quanto à atitude dos consumidores, seria que estes buscassem e discutissem por contratos mais vantajosos com as empresas contratadas.

Vale atentar que com os inúmeros avanços tecnológicos em diferentes áreas da sociedade, passou a existir o chamado fenômeno da massificação das relações negociais (um exemplo seria os contratos de adesão), ocasionando a diminuição na autonomia de escolha de parceiros, bem como a restrição na discussão das cláusulas pactuadas.

Nas palavras de Maria Helena Diniz¹⁹:

Os contratos por adesão constituem uma oposição à idéia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratos se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.

A atual intensidade e celeridade nas relações acabaram ocasionando uma limitação ao ato contratual, uma vez que somente uma das partes estipula as cláusulas, cabendo à outra somente aceitar os termos previamente fixados unilateralmente. Caio Mário²⁰ destaca esse aspecto unilateral do contratato e explica: “chamam-se contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provém do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas.”

Não obstante, dentro da clássica visão contratualista, poderia ser indagado que a parte prejudicada buscasse outro concorrente do setor que prestasse o serviço, assim fomentaria a concorrência e, conseqüentemente, ocasionaria a melhora do serviço. Tal visão esbarra com outro problema atual da realidade brasileira, em especial no setor de energia, água, telefonia e bancário, onde a concorrência é inexistente ou praticamente irrelevante.

O leque de opções em sua maioria é restrito a um pequeno grupo econômico ou inexistente concorrente como nos casos de concessão de serviço público, condicionando em muitas vezes a parte aceitar aquela relação ou não desfrutar de serviços necessários para sua vida em sociedade.

Note-se que a falta de concorrência somada a outros fatores (ex: ausência de fiscalização e regulamentação adequada pelas agências reguladoras) implicam na má prestação do serviço e a preferência pelo litígio. A obtenção da fidelização do cliente fica em

¹⁹ DINIZ, Helena Maria. *Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Lesão nos Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 73.

segundo plano, pois inexistente concorrência na maioria dos casos conforme já supramencionado.

Patterson²¹ explica qual seria o objetivo da empresa dentro de um regime sadio de concorrência:

A definição de marketing e econômica tradicionalmente utilizada indica que o objetivo primordial de uma empresa não é fornecer, nem vender, nem servir, mas sim satisfazer as necessidades dos clientes levando os consumidores a fazer novos negócios .

Por conta de certas situações peculiares (ausência de fiscalização, monopólio, pouca concorrência, legislações ineficazes, baixa custo para litigar), ocasionam num certo vício no objetivo primordial da empresa.

4. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO DANO MORAL

Antes de adentrar no cerne da questão e seus possíveis desdobramentos, vale ressaltar que o presente trabalho não busca trabalhar com uma fórmula genérica do dano moral. O artigo busca enfrentar o dano moral nas demandas consumeristas, com enfoque primordial nas chamadas “relações em massa” contra grandes empresas.

O judiciário vem sendo “abarroado” por números crescentes de demandas de tal natureza, faz-se necessário uma reflexão sobre os critérios do *quantum* indenizatório a ser fixado pelo magistrado, este que atrelado a outras medidas pode ter impacto relevante no volume e eficiência do acervo de processos existentes.

A mecânica de fixação em comento se insere de forma subjetiva, um sistema aberto conferido ao magistrado a fixação dos valores conforme sua percepção no caso em concreto. Os critérios aplicados são os mais variados, não havendo um norte claro na doutrina ou jurisprudência.

Nesse sentido Bernardo²² aduz:

Todos os estudiosos da responsabilidade civil por dano moral mostram-se inquietos quando a questão é valorar a reparação. Se já não resta controvérsia sobre sua reparabilidade, se sua cumulabilidade com outras espécies de danos é amplamente admitida, tormentosa é a tarefa do juiz quando, verificada a existência de danos morais, resta-lhe o único dever de especificar o quantum debeatur.

²¹ PATTERSON, Paul. *Modeling the determinants of customer satisfaction for business-to-business professional services*. Journal of the Academy of Marketing Science. V. 25. p 4-17.

²² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: Critérios de Fixação do Valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 117.

O tema pode ser abordados por diferentes viés, seja por conta de uma legislação estabelecendo critérios mais objetivos através de sistema tarifado (ex: antiga lei de imprensa), a implementação de uma fórmula matemática ou tabelas (ex: tentativa do STJ de realizar tabela do dano moral em 2010), ou ainda a criação de um novo instituto desvinculado da ideia do dano moral , inventando uma outra espécie de “dano coletivo“, cujo o valor é destinado a algum fundo. Em suma, são ideias que dependeriam de uma postura ativa por parte do legislativo em longo prazo.

Quanto à postura a ser adotada pelo judiciário em curto prazo, seria pela interpretação dos dispositivos já presentes, devendo trabalhar dentro do atual “sistema aberto”, que por conta do alto grau de subjetividade necessitam da adoção de algum critério mais eficaz.

Dentro dessa ótica, tem-se a teoria do desestímulo ou os chamados “punitives damages” originado nos Estados Unidos. No caso, a indenização necessitaria ser expressiva, conscientizando o ofensor a não reincidir novamente, tendo como enfoque primordial as relações consumeristas.

Vale atentar, que a função punitiva da reparação do dano moral não está amparada expressamente em nenhum dispositivo legal, todavia vem sendo usada por parcela da doutrina e jurisprudência brasileira conforme já elucidado, ainda que de forma ineficaz e tímida em muitos casos.

Dentro de uma interpretação sistemática, as autoras MARTINS-COSTA²³ atentam para a função do dano moral:

A regra do artigo 944, do Código Civil, segundo a qual, a indenização é medida pela extensão do dano, aplica-se somente aos danos patrimoniais. A extensão dos danos morais, por sua vez, não tem como ser mensurada. Por não se aplicar o artigo 944 aos danos morais, a sua fixação resulta de uma ponderação do juiz, o que traduz uma grande flexibilidade do sistema no que tange à responsabilidade pelo dano extrapatrimonial. Essa flexibilidade, segundo as autoras, permitiria ao juiz elevar a indenização, para que ela cumpra com as suas finalidades punitiva e preventiva.

O autor ANDRADE²⁴ sustenta que o aspecto punitivo tem seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB. Nos dizeres do próprio autor:

A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da

²³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Maria Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. 2005. p. 120.

²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 54.

dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.”

Nesse sentido, Nehemias Domingos de Melo²⁵ defende a aplicação de tal teoria:

“O peso da indenização no ‘bolso’ do infrator, é, a nosso sentir, a resposta mais adequada que o ordenamento jurídico pátrio pode oferecer para garantir que não sejam ofendidos diuturnamente os bens atinentes à personalidade do ser humano.”

Uma parte da parcela doutrina, tal como o autor Carlos Roberto Gonçalves²⁶ se mostram contrários à aplicação de tal instituto:

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode se fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo as indenizações em proveito do próprio lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento.

O próprio STJ²⁷ possui inúmeros julgados favorecendo a ideia de indenizações punitivas, todavia no momento de fixar o *quantum* atribui o enriquecimento indevido como um dos requisitos. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002)2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso,

²⁵ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 678

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1999/0031519-7*. Relator o Carlos Fernando Mathias. Publicado no DOU 09/12/2008. Disponível em: <HTTP: <http://dj.stj.jus.br/20080626.pdf>> Acesso em: 29. mar. 2014.

bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.” (Processo REsp 210101 / PR/RECURSO ESPECIAL 1999/0031519-7, Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (8135), Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 20/11/2008, Data de Publicação e Fonte: DJe 09/12/2008)

A aplicação do critério punitivo às indenizações é feito de modo bastante acanhado pela Corte, situação que tem gerado pouco impacto e aumento insignificante no *quantum* indenizatório na maioria dos casos, tornando o litígio um caminho viável.

Para tentar resolver tal impasse, Nehemias Domingos de Melo²⁸ sugere a destinação dessa verba a um fundo e não para a própria vítima:

“Diferentemente do direito americano, em que vige o *exemplary damages*, pelo qual é a vítima quem se beneficia do *plus* condenatório outorgado à título de condenação penal, poder-se-á cogitar da possibilidade de criação de um fundo de interesses difusos, para onde seriam carreados os valores advindos dessas condenações adicionais aplicadas à título de exemplo social, cujo resultado financeiro pudesse reverter à sociedade em campanhas educativas de respeito aos direitos do cidadão consumidor”.

Grande parcela da doutrina e jurisprudência tem resistência quanto a tal teoria, por conta dos valores de monta vultuosa que podem gerar e a sua destinação exclusiva à vítima. A destinação a um fundo coletivo, torna a ideia mais aceitável e com maiores benefícios a coletividade (além “da não reincidência”). Todavia, padece de legislação regulamentando.

Não obstante, para romper com tal visão do chamado enriquecimento sem causa”a autora Mayara Barros²⁹ defende:

Ora, é certo que o enriquecimento ilícito é vedado pelo Código Civil e deve ser combatido, porém há que se atentar para o que configura o enriquecimento ilícito. O enriquecimento ilícito é aquele obtido à custa de outra pessoa, sem causa que o justifique. Enriquecimento ilícito é receber o que não lhe é devido.

A autora conclui³⁰:

Portanto, a indenização por danos morais proveniente de uma decisão judicial jamais se configurará como enriquecimento ilícito, ao contrário, trata-se de um enriquecimento lícito, pois o acréscimo patrimonial da vítima não decorre de uma causa injustificável e sim de uma ordem judicial, devidamente fundamentada e perfeitamente válida.

²⁸ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

²⁹ BARROS, Mayara. *Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo: análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro*. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550 > Acesso em: 20 de jun. 2014.

³⁰

Note-se que o critério do enriquecimento indevido é incompatível com o caráter punitivo. Não há como ter enriquecimento indevido na hipótese de ocorrência de dano por ato lesivo. O que seria possível falar, é na aplicação da máxima da proporcionalidade e razoabilidade, para que não se chegue a quantias astronômicas que inviabilizem a atividade exercida pela empresa ou ocasionem sua ruína. Como tudo no direito, há que preponderar o uso do “bom senso”.

Essa visão está fortemente atrelada à ideia de “justiça geométrica” de Aristóteles, cujo núcleo é a busca de uma igualdade através do nivelamento das desigualdades. No caso, há de um lado o consumidor hipossuficiente que tem poucas ferramentas à sua disposição para evitar situações impostas por grandes empresas em certos segmentos da sociedade.

A responsabilização pelo dano moral também contribui como meio de efetivação dos direitos dos consumidores. É no campo da reparação de danos patrimoniais e morais que se verifica a forma de controle de práticas comerciais abusivas, dando ao consumidor condições de exigir dos fornecedores uma conduta compatível com a lealdade e a confiança.

O consumidor, como regra, fica restrito na maioria das situações a um pequeno número de grandes empresas que dominam o mercado, inexistindo praticamente uma concorrência. Situação que vem ocasionando práticas comerciais abusivas, descasos reiterados com os consumidores e etc.

CONCLUSÃO

Os inúmeros dados apresentados apontam para um esvaziamento do caráter punitivo na aplicação do dano moral, bem como a incompatibilidade desse com o requisito do enriquecimento sem causa.

Corroborado com inúmeros fatores, (agências reguladoras que não fiscalizam, falta de concorrência em certos setores, entre outros) a aplicação das condenações em valores irrisórios com o fito de desestimular a “indústria do dano moral” tem demonstrando um efeito “reverso”, foi possível constatar um aumento exponencial ao longo dos anos do acervo de processos consumeristas.

O trabalho explorou alguns aspectos acerca da preferência das empresas de arcarem com o custo para litigar, relacionado tal informação com as diretrizes de lucro, bem como o

alto valor e risco do investimento necessário na melhoria do serviço, este por último que não se mostra “nem um pouco atrativo”.

O trabalho está longe de esgotar todas as discussões e hipóteses que envolvam o tema, mas dentro da situação proposta elucidou-se aspectos relevantes e possíveis medidas aplicáveis pelos magistrados.

Embora existam variáveis diversas para solução do problema (punitive damage, critério objetivos de fixação de tarifas, entre outros), é possível extrair um denominador comum de qualquer proposta presente na doutrina: o valor pecuniário tem que ser significativo para causar impacto no lucro/custo.

No momento em que os magistrados passarem a fixar um valor significativo, rapidamente tal postura irá repercutir no modo de funcionamento da empresa, que tentará buscar resolver administrativamente os problemas e obrigatoriamente investirá na qualidade de seu serviço para poder se resguardar de eventual demanda.

O Dano Moral não pode ser visto de forma puramente positiva ou como um mero instrumento de reparação de danos, devendo ser interpretado como uma contribuição ou garantia social.

O direito moderno visa a resguardar não só o indivíduo, mas a coletividade. Os efeitos lesivos extrapatrimoniais que decorrem de uma relação entre indivíduos não lesa somente a pessoa envolvida, mas afetam a sociedade como um todo e, portanto, deve ser passível de incidir mecanismos protetivos inibitórios.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BRAGA Netto, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>>. Acesso em: 02.set.2014.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Código de Defesa do Consumidor. In: *Vade Mecum Compacto Saraiva*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 771-783.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição Federal. In: *Vade Mecum Compacto Saraiva*. 5.eEd. São Paulo: Saraiva, 2011, p.9-83.
- CAHALI, Yussef. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GALVANI, Taíse Garcia. *Excesso de pedido de dano moral banaliza o direito*. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2009-fev-15/industria-indenizacao-banaliza-direito-dano-moral>>. Acesso em: 28 jun. 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- IPEA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis: Relatório de Pesquisa*. Brasília. 2013. Disponível em:< http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20288>. Acesso em : 07 de jun. 2014.
- JOÃO, Mayana Barros Jorge. Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>. Acesso em out. 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Maria Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Rodrigo Macias apud CARVAL SUZANE. *O dano moral no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3863>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

PARIZATTO, João Roberto. *Manual p*

rático da responsabilidade civil. São Paulo: Edipa, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOLZE, Pablo. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012