



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Caráter Punitivo do Dano Moral

Gezina Nazareth Ferreira

Rio de Janeiro  
2012

GEZINA NAZARETH FERREIRA

**O Caráter Punitivo do Dano Moral**

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

Professores Orientadores:

Nelson Carlos Tavares Junior

Rafael Iorio

Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro

2012

## O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL

Gezina Nazareth Ferreira

Pedagoga graduada pela Universidade Federal Fluminense, Bacharel em Direito pela Universidade do Rio de Janeiro e funcionária pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O caráter punitivo do dano moral é um novo instituto do Direito Civil que tem sido objeto de intensos debates e estudos cada vez mais complexos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. O objetivo desse artigo é abordar os argumentos mais benéficos ao consumidor, à luz das disposições principiológicas da legislação constitucional e consumerista. Propor uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da função punitiva é meta integrante desse contexto. Por sua vez, o que se pretende demonstrar é que a mesma deve servir como desestímulo às práticas abusivas cometidas pelas empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços mais acionadas na justiça, principalmente nos juizados especiais cíveis. É oportuna nesse trabalho a abordagem do Projeto de Lei em trâmite no Senado que trouxe à baila a questão da multa civil, alicerce do dano moral com caráter punitivo, a qual foi objeto de veto no projeto de lei pretérito que deu origem ao código atual. O que se almeja não é importar os *punitive damages*, nos moldes dos países de tradição *common law* para *civil law*, mas trazer um viés alternativo que possibilite o redirecionamento das verbas indenizatórias arbitradas em sede judicial, caso exorbitem a alçada da compensação dos danos sofridos pelo ofendido, para um fundo de reserva que promova a proteção e a defesa do consumidor. Em verdade, a aplicação da indenização punitiva encontra amparo na própria constituição, o que desmistifica a tese da indústria do dano moral e do enriquecimento ilícito ou sem causa. Assim é que o dano moral revestiu-se de nova dimensão: quando o legislador constituinte consagrou os direitos do consumidor à categoria de cláusula pétrea, ao integrá-los topograficamente no rol dos direitos e garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Origem. Evolução. Princípios. Dispositivos. Dano Moral. Indústria. Enriquecimento. Arbitramento. Indenização. Multa. Fundo Especial.

**Sumário:** Introdução. 1- A evolução histórica do dano moral punitivo. 2- Fundamentos legais principiológicos na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor. 3- A desmistificação da indústria do dano moral: Enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa. 4- Do arbitramento do *quantum* indenizatório e a reversão de um montante para os fundos especiais dos órgãos de defesa e proteção do consumidor e similares. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado é o caráter punitivo do dano moral com foco nas empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviço público que mais integram demandas judiciais no âmbito dos juizados especiais cíveis, em flagrante descumprimento às normas de

proteção e defesa do consumidor. A questão ainda é alvo de discussões na doutrina e na jurisprudência, todavia, o assunto não foi exaurido e nem atingiu um ápice de conhecimento satisfatório. Também não há soluções equânimes no que tange ao *quantum* indenizatório, de modo a não gerar enriquecimento ilícito do consumidor e nem estimular a indústria do dano moral.<sup>1</sup>

Não é por outra razão que as questões norteadoras do presente artigo trazem consigo as seguintes reflexões: a função punitiva do dano moral pertence ao âmbito de análise da esfera penal ou do Direito Civil? A adoção da teoria do desestímulo tem incentivado o enriquecimento ilícito de quem pleiteia em juízo reparação por dano sofrido? A crescente demanda das ações judiciais, principalmente nos juizados especiais cíveis, tem colaborado para a indústria do dano moral (expressão corriqueiramente usada pelas empresas mais acionadas no judiciário)? Pode-se enfrentar a questão da indenização com efeito punitivo através de outros ramos do Direito, face ao princípio da fragmentabilidade e da intervenção mínima do Direito Penal?

A esfera do Direito Penal deve ser reservada para os conflitos de maior ofensa lesiva, os quais os outros ramos do Direito não são capazes de sancionar as situações ali problematizadas, tal a gravidade da extensão do dano causado ao bem jurídico tutelado (informação verbal).<sup>2</sup> Numa relação consumerista jamais seria indevido ou ilícito o enriquecimento que advém de indenização recebida e fixada em decisão judicial, resultante da má conduta das empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços, que deram causa à ação ajuizada pelo consumidor prejudicado.

---

<sup>1</sup> ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 219-220.

<sup>2</sup> Informação fornecida pelo professor Cláudio Dell Orto na aula inaugural, ministrada no módulo IV sobre Direito do Consumidor – A defesa do Consumidor, em 05 de junho de 2012.

Além disso, o dano moral arbitrado em patamar expressivo tem a finalidade de repelir práticas abusivas reincidentes, por ser a resposta mais eficaz da sociedade para educar quem violou o bem mais precioso de uma pessoa - a sua dignidade - e provocar mudanças nas ações do agente causador do infortúnio.

O objetivo desse trabalho é abordar os argumentos mais benéficos ao consumidor, quanto à possibilidade de aplicação da função punitiva, analisar os princípios da legislação constitucional e consumerista que devem servir como desestímulo às práticas abusivas cometidas pelas empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços mais acionadas na justiça, demonstrar que o patamar ínfimo das indenizações nas sentenças condenatórias proporciona a reiteração das práticas abusivas em face do consumidor.

O que se pretende avaliar é que esses princípios, presentes em vários dispositivos do CDC e da Carta Magna, devem servir de fundamento para aplicação da função punitiva das indenizações no Direito Pátrio como meta de coibição ou, ao menos, de minimização das condutas lesivas ao consumidor com a consequente diminuição do número das demandas judiciais aforadas nos juizados especiais cíveis. A metodologia que norteará a produção do trabalho será bibliográfico-qualitativa, empírica, parcialmente exploratória e comparada.

## **1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL PUNITIVO**

A responsabilidade civil com fins punitivos, como sistema de restauração decorrente do ato ilícito, tem evolução histórica: a responsabilização pelos atos praticados firmou-se com a Lei de Talião (Código de Hamurabi), que previa penas para atos danosos a terceiros e estabelecia uma adequação entre o dano sofrido e a vingança.<sup>3</sup>A partir daí, o instituto evoluiu até a época recente e direcionou a incidência da responsabilidade do causador do dano ao seu

---

<sup>3</sup> ANDRADE, op. cit., p. 178.

patrimônio e não mais em sua pessoa. Com o tempo, a *Lex Aquilia* do Direito Romano, aperfeiçoada pelos franceses, trouxe a concepção de compensar o dano pecuniariamente.

Com efeito, ao se reportar à origem da função punitiva, não se pode deixar de trazer à reflexão o instituto dos *Punitive Damages*, figura atípica, intermediária entre o Direito Civil e o Direito Penal, oriunda dos países da *Common Law* com princípios diferentes do continente latino-americano (países de tradição *Civil Law*). O objetivo das indenizações vultosas concedidas ao ofendido não é só pelo prejuízo sofrido, mas também para punir o ofensor pela conduta ilícita. Com o tempo, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador. O instituto da indenização com caráter punitivo, que teve origem nos países anglo-saxônicos, atualmente é utilizado nos estados norte-americanos.<sup>4</sup>

Os *punitive damages*, em sua essência, são aplicados a casos de extrema gravidade em que a conduta do ofensor se mostra muito reprovável. O Código de Defesa do Consumidor já acolheu uma versão dos *punitive damages* em seus art. 16, o qual foi objeto de veto. Tratava-se da previsão de uma multa civil aplicada pelo próprio juiz, em ações ajuizadas em defesa do consumidor por agentes legitimados, cujo patamar máximo equivalia a um milhão de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional, de acordo com a gravidade e a extensão do dano e a capacidade econômica do agente causador da lesão. No mesmo sentido, os art. 15 e 45 foram vetados.<sup>5</sup>

Embora persista o veto do art. 16 da Legislação Consumerista, há uma proposta de resgate da função punitiva no novo projeto de lei de reforma do CDC (Projeto de Lei n. 278/10 da Comissão do Meio Ambiente e Defesa do Consumidor), cujo centro das atenções é a possibilidade da reparação civil adicional no código. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, condenar o fornecedor ao pagamento de uma multa civil, que se propõe obedecer a critérios de graduação, tais como: capacidade econômica do ofensor, nível

---

<sup>4</sup> *Ibidem.*, p. 169.

<sup>5</sup> *Ibidem.*, p. 181.

de extensão do dano, quantidade de pessoas afetadas pela reprovabilidade da conduta do agente causador do dano e distribuição do montante recolhido aos destinatários legitimados.

Na mesma perspectiva do projeto referido no parágrafo anterior existiram outras propostas que corroboravam a aplicação do instituto da multa civil, de caráter punitivo e preventivo, nos casos de infração às normas do CDC. Foram projetos que tiveram por finalidade inserir a expressão “majorar” na redação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, no que se referia à indenização baseada no grau de reprovação da conduta lesiva daquele que causou dano a outrem. Neste mesmo parâmetro, outras propostas tramitaram pelo Senado com o objetivo de acrescentar um § 2º a esse artigo, com identidade semelhante às anteriores, ou seja, aplicação da função punitiva.

Malogradamente, os projetos que almejavam conferir à indenização além da função compensatória, a preventiva e a punitiva, foram rejeitados e arquivados (Projetos de Lei n. 6960/02, n. 114/08, n. 334/08). Quanto ao Projeto de Lei n. 413/07 está em tramitação e se encontra em fase de aguardar designação de relator desde 14/01/2011, conforme consulta em 06/12/12. A propósito, pode-se observar que em todo o contexto da figura do dano moral com função punitiva, o alicerce que sustenta a sua aplicação é a Teoria do Desestímulo. Nos *punitive damages* dos norte-americanos é o intitulado *deterrence*, que significa o desencorajamento, o impedimento, cujo objetivo é dissuadir o ofensor em relação à prática dos mesmos atos ou de novas modalidades abusivas ensejadoras de dano.

Em síntese, somente com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, ficou patente o direito à indenização por dano moral no Direito Pátrio. Mesmo assim, foi alvo de infundáveis discussões a existência autônoma do dano moral e a possibilidade de sua reparação sem a cumulação com o dano material. O novo Código Civil, introduzido pela Lei n. 10.406/2002, veio dirimir as dúvidas sobre a independência do dano

moral em face do dano material e admitir a indenização daquele dano exclusivamente.<sup>6</sup> Em todas as épocas o dano foi perquirido pelo lesado.

Não se pode olvidar que a forma de pleitear essa reparação e combater as práticas abusivas em face do consumidor é que se alterou e sofreu modificações de acordo com a evolução da sociedade, do direito e do dinamismo das relações pessoais no mundo globalizado. Essa evolução obrigou o Estado a interpor medidas de coerção, de parâmetros administrativos e penais e culminou com a responsabilidade civil do agente causador do dano, a qual, no entanto, não permanece estática, mas sim em contínua evolução, exigida pelo dinamismo da própria sociedade, que está sempre a buscar um direito mais justo e eficiente.

## **2. FUNDAMENTOS LEGAIS PRINCIPIOLÓGICOS NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O art. 1º, III da CRFB consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, a Carta Magna deu ao dano moral uma dimensão maior, porque a dignidade da pessoa humana é a base de todos os valores morais, a essência dos direitos da personalidade. O art. 5º, XXXII determina que o Estado promova a defesa do consumidor na forma da lei. O art. 170, do mesmo diploma, estabelece a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.<sup>7</sup>

De fato, uma das primeiras preocupações da nova ordem jurídica implantada pela constituição e seus principais paradigmas foi a solidariedade social: a sociedade que se solidariza com a vítima e que invoca a restauração do patrimônio desta pessoa, caso um ato ilícito lhe tenha causado algum dano. O art. 37, § 6º da CRFB estabeleceu que o Estado

---

<sup>6</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 81-87.

respondesse objetivamente, e não só ele, mas as concessionárias, permissionárias, as delegatárias. Por sua vez, os art. 12 e 13 do CDC são bem amplos ao inserir quase todos (senão todos) os envolvidos numa relação de consumo como responsáveis pela reparação dos danos causados aos consumidores; e vai desde o fabricante, produtor, construtor, importador até chegar ao comerciante.<sup>8</sup>

O constituinte, no Título VII, capítulo I, art. 170, V, instituiu a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica, e este foi o marco normativo do CDC no Estado social de Direito. Do mesmo modo, logo no início da Carta Política, em seu Título I, art. 1º, III, o legislador consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.<sup>9</sup> Assim, o Diploma Excelsior deu ao dano moral uma maior dimensão porque a dignidade da pessoa humana é a base de todos os valores morais, a essência dos direitos da personalidade. É entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência que os princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia máxima (informação verbal).<sup>10</sup>

Ora, isto é o que preconiza o art. 6º, VI do CDC, ao declarar textualmente que a reparação pelos danos patrimoniais e morais, como direito básico do consumidor, deve se dar de forma efetiva e preventiva. Eis aí um dos argumentos que otimiza, como forma de desestímulo, a garantia punitiva para o dano moral no arbitramento das indenizações. O código consumerista é essencialmente principiológico. Princípios são mais do que regras, englobam valores éticos, morais, sociais, são verdadeiramente o atlas, a bússola, as colunas de todo ordenamento jurídico. Deste modo, são diretrizes que podem e devem ser aplicadas na maior medida e dimensão possíveis.

O sábio operador do direito é aquele que transcende a norma escrita, vislumbra nela o valor principiológico, sabe harmonizar a norma positivada com a questão principiológica

---

<sup>8</sup> BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 33-42.

<sup>9</sup> SARLET, op. cit., p. 81.

<sup>10</sup> Informação fornecida pelo professor Werson Rego na aula ministrada no módulo IV sobre Direitos Básicos dos Consumidores, em 14 de junho de 2012.

nela inserida e aproxima-se da satisfação do senso de justiça social dominante na resolução de conflitos. As referências legislativas até aqui explanadas já parecem suficientes para fundamentar a aplicação da indenização com caráter punitivo e para ratificar que essa demonstra ser a resposta mais eficaz na defesa preventiva do consumidor, pois desestimula a atuação negligente das pessoas jurídicas até aqui mencionadas e as compele a respeitar os direitos básicos do consumidor.<sup>11</sup>

Nesta linha de raciocínio, é oportuno comentar a decisão da ANATEL anunciada em 18 de julho do ano em curso, a qual suspendeu por onze dias as vendas de produtos e serviços de telefonia celular da OI, TIM e CLARO. Com essa medida punitiva as operadoras, preventivamente, já se comprometeram até 2014 em melhorar a qualidade de rede dos serviços e atendimento aos clientes nos parâmetros estabelecidos pela agência reguladora. Essas companhias telefônicas estão entre as onze empresas com mais reclamações no PROCON. Parece que seria uma solução mais alvissareira se o órgão fiscalizador tivesse aplicado cumulativamente uma multa administrativa vultosa, pois a suspensão das vendas não prejudica e tumultua só o empreendimento comercial das entidades de telefonia. Afeta a rotina de todos aqueles que figuram como consumidor, trabalhador ou pequeno empresário e dependem do bom ou mau funcionamento das prestadoras em seu cotidiano.

É bom reiterar que a eficácia máxima da proteção ao consumidor não deve residir só em compensar o dano por ele sofrido, mas em evitar ao máximo a ocorrência deste propriamente para garantir a proteção do consumidor, já consolidado no art. 6º, VI do CDC. O caráter punitivo-pedagógico das indenizações cíveis merece reflexão jurídica apoiada na sustentabilidade do direito contemporâneo, o qual deve acompanhar a realidade social, afastar-se cada vez mais da literalidade da lei, uma vez que o legislador e os profissionais do direito não podem prever todas as hipóteses jurídicas do mundo real.

---

<sup>11</sup> ANDRADE, op. cit., p. 7-9.

Por isso, vale lembrar um princípio bíblico que fala que *a letra mata, porém, o espírito vivifica*. Pode-se extrair desse provérbio que a letra é o Direito positivado, obsoleto, face à evolução contínua da sociedade. O espírito pode ser traduzido como a nova hermenêutica constitucional que enxerga a constituição como um sistema aberto de regras e princípios para melhor aplicação do direito. O caráter punitivo do dano moral nas sentenças condenatórias deve ser encarado como um novo paradigma de interpretação da norma constitucional e consumerista, cujos princípios têm por meta a priorização do respeito aos valores democráticos e à dignidade da pessoa humana.<sup>12</sup>

Cumprido ressaltar que o direito à vida, à saúde e à segurança são bens jurídicos inalienáveis e indissolúveis do princípio universal maior da intangibilidade da vida humana. Por isso, tudo que afronte à principiologia e à proteção econômica das relações de consumo merece tratamento diferenciado, sempre com foco na dimensão coletiva e no bem estar da sociedade, através da ação conjunta do Estado, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e dos Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), que podem fiscalizar, aplicar sanções administrativas e formalizar compromisso de ajustamento de conduta, em conformidade com os art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e 6º, *caput*, do Decreto n. 2.181/97.

### **3. A DESMISTIFICAÇÃO DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL: ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.**

O caráter punitivo do dano moral não tem por objetivo o enriquecimento ilícito do ofendido. Numa relação consumerista a parte lesionada pode até enriquecer, mas não é ilicitamente porque não foi ela quem deu causa e sim a desídia ou, quiçá, a má-fé do agente

---

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.106.

causador do dano. Pode ser enriquecimento sem causa, mas jamais ilícito. Dessa maneira, a função punitiva do dano moral deve ser interpretada à luz da flagrante desídia, negligência, imprudência ou imperícia das empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços que desrespeitam seus consumidores, pois é mais econômico negligenciar e indenizar depois.

As baixas indenizações soam como um prêmio para encorajar a reiteração das práticas abusivas e banalizar o instituto sob o pretexto da indústria do dano moral e do enriquecimento ilícito sem causa. Numa relação consumerista jamais seria indevido ou ilícito o enriquecimento que advém de indenização recebida e fixada em decisão judicial, resultante da má conduta das empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços, que deram causa à ação ajuizada pelo consumidor prejudicado.

Enriquecimento ilícito e indústria do dano moral são conceitos míticos, uma vez que somente uma pequena parcela, num universo de consumidores, vai ao judiciário para resolver questões de relação de consumo. Em contraste ao que foi narrado, grande parte dos consumidores lesionados no país em alguma relação de consumo não perpetram ações judiciais. Portanto, como é que se pode falar em indústria do dano moral? Em primeiro plano, porque as classes menos favorecidas sequer são conhecedoras de seus direitos.

Por outro lado, porque muitos nem desfrutam da condição de cidadania. Têm acesso à justiça no plano abstrato constitucional. E por sua vez, quando conseguem acionar o judiciário, não gozam de uma garantia jurídica que lhes dê uma prestação jurisdicional satisfatória: não há Defensor Público em alguns juizados especiais cíveis e, às vezes, também não tem advogado dativo; as audiências são marcadas com datas muito distantes e levam à desistência das ações ajuizadas; a hipossuficiência técnico-jurídica para demandar sem a presença de um advogado; os juizados especiais não atendem mais a pelo menos um dos princípios de quando foram criados (celeridade).

Quem lucra com isso são as empresas amplamente citadas no presente trabalho, que mais figuram no polo passivo das relações jurídicas de consumo. Se existe indústria do dano moral e enriquecimento ilícito, quem está a se locupletar com o prejuízo causado ao consumidor? Em verdade, não se pode mensurar em quanto aumenta o patrimônio dessas agências, quando deixam de pagar inúmeras indenizações, face aos pedidos frequentes de desistência da ação por morosidade da justiça. Isto sem falar em outros lucros auferidos por terem deixado de fornecer algum produto, de prestar algum serviço, ou por executarem a sua obrigação contratual de forma desidiosa, negligente, imprudente ou com imperícia.

Em síntese, a que conclusão se pode chegar a despeito de quem se locupleta de forma ilícita e se beneficia da banalização do dano moral no Direito Brasileiro? Até quando a justiça vai permanecer de olhos vendados? Será que em plena era da sustentabilidade, do neoconstitucionalismo jurídico, está faltando comprometimento dos operadores do direito em lidar com essa questão e enxergar a nova hermenêutica constitucional? Aplicar não apenas a lei, mas todos os princípios da legislação consumerista em sede de juizado especial cível, em outras esferas do poder judiciário, conforme o caso concreto, é tarefa da qual não se podem furtar os juristas e operadores do direito do mundo hodierno.

Com efeito, o art. inaugural do Diploma Consumerista dá margem à argumentação sobre a possibilidade de ingerência da legislação penal, ao situar as normas de defesa do consumidor como normas de ordem pública, de interesse social, amparadas em princípios constitucionais sensíveis, como os do art. 5º da CRFB que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais. É tudo uma questão política. Vencidos os meandros políticos, vencem-se as demais questões judicantes.

#### **4. DO ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO E A REVERSÃO DE UM MONTANTE PARA OS FUNDOS ESPECIAIS DOS ÓRGÃOS DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E SIMILARES**

Quanto aos sistemas de aferição do *quantum* reparatório do dano moral, antes do advento da constituição federal, havia dois tipos de sistemas em discussão a serem aplicados na apuração da verba indenizatória do dano moral: sistema tarifário e sistema aberto. No primeiro, o valor da indenização era predeterminado. Nesse caso, cabia ao Magistrado aplicá-lo ao caso concreto e atentar para os limites fixados para cada situação. No segundo, ao Juiz era atribuída a competência para estabelecer o valor indenizatório, de forma subjetiva e correspondente a satisfação da lesão experimentada pela parte, com obediência aos critérios da razoabilidade, proporcionalidade e outros pertinentes.

Esse sistema aberto é o que tem predominado após a promulgação da Carta Magna.<sup>13</sup> O sistema aberto é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O dano moral arbitrado em patamares expressivos tem diversas finalidades, tais como: repelir práticas abusivas reincidentes, ser a resposta mais eficaz da sociedade para educar quem violou o bem mais precioso de uma pessoa (a sua dignidade), provocar mudanças nas ações do agente causador do infortúnio. Não é por outra razão que estabelecer indenizações em valores inexpressivos é o mesmo que encorajar o ofensor à reincidência infracional.

O caráter punitivo deve visar essa pacificação dos conflitos pela elevação máxima do valor indenizatório nas sentenças judiciais. Um patamar compensatório vultoso opera como instrumento de transformação social, porque paulatinamente contribui para que os fornecedores, prestadores de serviços e equivalentes diminuam o quantitativo de lesões provocadas nas relações jurídicas de consumo estabelecidas. A consequência de um

---

<sup>13</sup> Ibidem., p. 107-108.

comportamento ajustado será a redução do número de ações de natureza semelhante às que são intentadas nos juizados especiais.

É necessário atingir a capacidade econômica das empresas fornecedoras de produtos e das agências reguladoras e prestadoras de serviço público de forma a não poderem mais comportar em seu orçamento mensal aquela reserva de capital destinada ao pagamento das indenizações em demandas judiciais, já previamente ajustada numa planilha de cálculo elaborada pelo departamento contábil e jurídico. Insta ressaltar que esse valor arbitrado não deve ser de tal forma que torne inviável a continuidade do negócio jurídico e ponha em risco as atividades negociais da empresa, para que não gere desemprego e outras mazelas sociais mais nefastas. Nem tão acintosa que seja fonte de enriquecimento, nem tão aviltante que se torne inexpressiva.

Com efeito, não pode ser uma compensação ínfima que não tenha a capacidade de reprimir a participação rotineira das instituições ou entidades mais acionadas nos juizados especiais cíveis, tais como: as operadoras de telefonia (Telemar, Oi, Claro, Vivo), as fornecedoras de energia elétrica (Ampla e Light), as companhias de água e esgotos (Cedae, Águas de Niterói), as financeiras e operadoras de cartão de crédito (BV Financeira, Panamericano, Losango), os bancos (BMG, Itaú), os estabelecimentos comerciais (Casas Bahia, Casa & Vídeo, Ponto Frio- Globex). Essas empresas são responsáveis por grande parte do acervo das ações judiciais em juizados e é notório que estão sempre a figurar nas estatísticas dos tribunais de justiça de todo o país.

É mais lucrativo infringir as normas, depois conceder uma módica indenização e repassar os custos dessa conta ao contribuinte e ao consumidor. Um exemplo de composição dessa natureza é o que se faz em sede de juizados especiais, nas ações onde a Ampla (agência prestadora de serviço de energia elétrica em Niterói) é ré. A autora do artigo desconhece se é um procedimento de praxe em todos os juizados, mas existe o chamado “expressinho”, em

São Gonçalo, que reúne as partes envolvidas no litígio antes mesmo da ação ser distribuída. Feito o acordo, os autos do processo seguem direto para o distribuidor dos juizados e vêm preparados para sentença homologatória.

Em matéria jurídica é uma prática legal que propicia, inclusive, a otimização dos princípios norteadores da criação dos juizados: celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade. Em parte essa prática alivia o acervo cartorário, otimiza o andamento processual, diminui o número de feitos em tramitação, tendo em vista que o processo já está quase apto para a etapa de baixa e arquivamento. Em contrapartida, o que interessa ressaltar nesse tipo de acordo é o fato de a instituição conseguir escapar de uma punição mais severa e condizente com a conduta manifestada em sua relação comercial com os consumidores.

Ela encontra uma maneira de se eximir da responsabilidade de ofertar com presteza, qualidade e segurança os produtos ou serviços que põe em circulação no mercado de consumo, ao conceder um crédito ao consumidor em sua conta de luz ou propor-lhe o parcelamento de uma fatura, por exemplo. Esses abusos, no âmbito do Direito Consumerista, poderiam ser evitados se houvesse no Direito Brasileiro entendimento doutrinário e jurisprudencial uniforme quanto à aplicação da função punitiva como norma principiológica, de maneira a operacionalizar a efetivação da multa prevista no art. 57, *caput*, do CDC, em face dessas e de outras empresas tão conhecidas no mundo jurídico pelo número de ações contra elas aforadas.<sup>14</sup>

Cabe lembrar que o parágrafo único desse artigo prevê a incidência do valor máximo cabível à multa. A multa prevista no artigo supramencionado é fruto da Lei n. 7347/85, Lei de Ação Civil Pública, a qual trabalha com a possibilidade de reversão para o fundo da pecúnia sofrida pelo infrator. O instituto da multa civil não tem por meta compensar o consumidor

---

<sup>14</sup> *Ibidem.*, P. 106-107.

lesado de forma a exorbitar os meandros do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Para tanto, os profissionais do direito no exercício jurisdicional devem reverter em favor de um fundo especial o que extrapolar a esfera compensatória, no que concerne à extensão do dano sofrido, a capacidade econômica do ofendido, dentre tantos outros critérios, de acordo com o caso concreto, objeto da relação consumerista que se pretende pacificar.

Apenas a título exemplificativo, para o fundo especial destinado poderiam ser estipulados dois milhões; e para o reclamante o que se costuma pagar em ações desse tipo nos juizados, cujo patamar poderá obedecer aos valores limitativos para o ajuizamento das ações, que é entre 20 e 40 salários mínimos, dependendo se a parte estiver demandando sem ou com a assistência de advogado. Ou, ainda, segundo o livre convencimento consciente do operador do direito. Uma boa notícia é que o novo projeto do CDC ressuscita a discussão do instituto da multa civil com caráter punitivo e preventivo que, desta feita, espera-se não seja alvo de novo veto como foi no projeto anterior.

O novo projeto do Diploma Consumerista tem como meta restabelecer a multa civil e resgatar a criação de um fundo, instituir a cobrança da multa civil na hipótese de infração das normas de defesa do consumidor. Nas ações de defesa de interesse ou direito do consumidor, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento da parte, condenar o fornecedor ao pagamento de multa civil, de caráter punitivo e preventivo. A multa será graduada em função dos seguintes parâmetros: gravidade e extensão da lesão, número de consumidores atingidos pela ação ou omissão danosa, grau de reprovabilidade da culpa ou do dolo do responsável, condição econômica do fornecedor.

Nas ações de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o valor da multa civil também levará em conta o custo estimado do investimento que teria sido necessário à prevenção do dano em relação a todos os potenciais consumidores, de forma a tornar

economicamente desvantajosa a opção por não realizá-lo. Nas ações individuais a distribuição ocorrerá do seguinte modo: o equivalente à fração de um centésimo a um décimo do valor recolhido, a título de multa civil, será destinado ao autor. O restante será encaminhado a um fundo especial, gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, dos quais participarão necessariamente os Ministérios Públicos e representantes da comunidade.

Na hipótese de ação coletiva o valor integral da multa será destinado para um dos fundos citados, destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela Legislação Consumerista, caso a ação tenha sido ajuizada pelo Ministério Público, pela União, pelos entes da Federação ou pelas entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Um terço do valor será distribuído para as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

## CONCLUSÃO

No Brasil ainda se discute doutrinariamente se o valor da indenização deve respeitar limites mínimo e máximo fixados em lei ou deve ser entregue ao arbítrio prudente do Magistrado, e a este caber estimar livremente o *quantum*, verificadas as particularidades do caso concreto. Em que pese o respeito devido aos que divergem sobre o assunto, não seria possível a dosimetria da indenização cabível. É preciso levar em conta que a igualdade de todos perante a lei, da maneira como consagrada pela Carta Magna, é a jurídica, e não natural. Diante de sua condenação, aquele que irresponsavelmente se conduziu não poderá, jamais, concluir que sua conduta reprovável tenha sido compensadora, porque os ganhos com ela

obtidos foram superiores à indenização por ele paga, pois, aí, veria razão maior para persistir nas suas distorções de comportamento.

O Estado Democrático de Direito tem que enfrentar a polêmica questão da indústria do dano moral *versus* o caráter punitivo-pedagógico da indenização, pois a garantia deve ser jurídica, e não apenas constitucional, a todos que tiverem os seus direitos violados. A CRFB, no art. 48 do ADCT, trouxe como norma imperativa a necessidade de uma lei para a proteção dos direitos do consumidor. A Assembleia Nacional Constituinte impôs a obrigação de elaboração de uma lei de proteção ao consumidor. Logo, o direito do consumidor no Brasil nasceu da vontade constitucional, alicerçada na convicção de que a atividade econômica não podia estar dissociada de um princípio fundamental que é o da Dignidade da Pessoa Humana.

O CDC brasileiro deve apenas ser aplicado de forma correta para que se possa manter na íntegra a realidade de seus objetivos quanto a sua verdadeira função. Cabe aos entes federativos, por meio de sanções administrativas e em coparticipação com o judiciário, o papel de atuar na coibição dos abusos praticados no mercado de consumo. Todas as referências legislativas aqui demonstradas, sem falar no advento do Código de Defesa do Consumidor, são suficientes para amparar o caráter punitivo do dano moral, uma vez que o acesso do cidadão ao judiciário geralmente ocorre depois de inúmeras tentativas frustradas em sede administrativa para resolver o seu problema. O CDC veio para lutar pela efetivação dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A BÍBLIA SAGRADA. Tradução João Ferreira de Almeida. 9. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 2005.

BAROUCHE, Tônia de Oliveira. Os danos morais e o Judiciário: a problemática do *quantum indenizatório*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2938, 18 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19409>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

BRASIL. Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 12 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Âmbito Cultural, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Apresentação Antônio Herman Benjamin. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORTO, Cláudio Dell. Aula inaugural ministrada no módulo IV sobre Direito do Consumidor: a defesa do consumidor, em 05 de junho de 2012.

REGO, Werson. Aula ministrada no módulo IV sobre Direitos Básicos dos Consumidores, em 14 de junho de 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.