



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Compensação por danos morais nas relações de consumo

José Carlos Guimarães Almeida

Rio de Janeiro
2012

JOSÉ CARLOS GUIMARÃES ALMEIDA

Compensação por danos morais nas relações de consumo

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

Professores orientadores
Guilherme Sandoval
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Iório

Rio de Janeiro
2012

COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

José Carlos Guimarães Almeida

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Plínio Leite. Bacharel em direito.

Resumo: As relações de consumo são contratos cada vez mais frequentes no mundo moderno e se realizam diversas vezes por dia. Com efeito, tomar um café no bar, pegar uma condução, entrar num banco, comprar algo, fazer uma ligação telefônica, ir ao médico – são contratos imediatos do cotidiano, de modo implícito, verbal ou expresso. A probabilidade de algo sair errado várias vezes ao longo de um simples dia é tanto inquestionável quanto inevitável. Contudo, as reclamações no judiciário pelo dano sofrido, têm esbarrado em nova diretriz que, cada vez mais, avilta os valores compensatórios por danos morais. Assim, por via transversa, as sentenças estão conferindo aos fornecedores o direito de transgredir as normas consumeristas – diferentemente da legislação anglo-saxônica, que impõe pesadas sanções para desestimular comportamentos socialmente danosos do ofensor.

Palavras-chave: Consumidor. Enriquecimento sem causa. Dano moral. *Punitive damages*

Sumário: Introdução. 1. A indústria do dano moral 2. A quem interessa os baixos valores por dano moral? 3. O modelo norte-americano e o dano ao consumidor? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O processo de industrialização que se convencionou chamar de Revolução Industrial teve origem na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, a partir de uma série de transformações de ordem econômica, política, social e técnica. Tal avanço, especialmente a partir do século XIX, estendeu-se em direção a outros países europeus como a Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália e na Ásia, o Japão.

A partir do século XX, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, também o Brasil passa por processos de industrialização e, conseqüentemente, essa expansão é forte alavanca para um mercado de consumo.

Esse novo segmento, de modo cada vez mais massificado, vem trazendo uma desordem na qualidade tanto de serviços quanto de produtos oferecidos ao consumidor – com danos e prejuízos que precisam ser evitados.

É ponto pacífico que, no capitalismo, os donos dos meios de produção objetivam, em primeiro lugar, lucros cada vez maiores, mas também é ponto pacífico que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como norma de ordem pública e interesse social, é um guardião da sociedade para, de modo preventivo, coibir abusos dos fornecedores no mercado de consumo.

A ideia de tutelar os direitos dos consumidores data do Brasil Império, mas somente adquiriu *status* de matéria constitucional em 1934. Sua efetividade vem da promulgação do código, em 11 de setembro de 1990, uma das mais modernas normas sobre consumo – mas que sofreu grave mutilação pelo veto presidencial ao Art. 16 do CDC, que previa a multa civil por descumprimento. Norma sem sanção, até as pedras sabem, é norma incompleta. Nesse contexto, o desrespeito aos seus preceitos preventivos tem como principal razão inibitória o pagamento por danos morais ao lesado.

O presente estudo tem por escopo demonstrar a necessidade do judiciário rever seu entendimento acerca das compensações por danos morais elevando seus valores para níveis realmente inibitórios, sem temer a ficção enriquecimento sem causa do consumidor, em decorrência da norma inscrita no artigo 884 do Código Civil de 2002. Efetivamente, é a compensação por danos morais o real poder coercitivo da norma consumerista. Se o judiciário se constringe em determinar valores expressivos que venham a significar um prejuízo ao fornecedor, estará, indiretamente, incentivando a perpetuação do fato danoso.

De modo diverso, no entendimento jurídico anglo-saxônico, tais valores têm caráter punitivo - as altas somas atribuídas, levaram os fornecedor a se envolverem mais com a qualidade dos serviços e produtos que oferecem no mercado.

Este trabalho utilizou a metodologia de pesquisa bibliográfica.

1. INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Promulgada a partir de uma ordem constitucional, a Lei n. 8.078/90 foi recebida pelo empresariado nacional com a certeza da sua quebra. Até o início dos anos 90, as barreiras alfandegárias proibiam a importação e o parque industrial brasileiro era composto por equipamentos antigos pouco produtivos, de manutenção dispendiosa, fabricando caros produtos de segunda categoria, se comparados aos similares estrangeiros. Assim, o mercado consumidor era um nicho reservado às classes A e B.

Coincidente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, essas barreiras foram derrubadas, abrindo-se a importação de máquinas e equipamentos modernos, que resultaram em preços mais competitivos. Um pouco mais adiante, com a nova política monetária, aquele mercado de consumo reprimido começou a expandir-se e com ele a multiplicação de problemas, que passaram a ter os fornecedores acionados pela nova legislação.

As demandas que conferiam também compensações por danos morais¹, agregavam valores mais representativos e o consumidor, amparado por uma lei de vocação constitucional que se mostrava efetiva, passou a demandar pelo estrito cumprimento da obrigação do fornecedor pleiteando seus direitos.

¹ O efetivo artigo punitivo foi retirado do CDC com o veto ao art. 16. Zelmo Denari comenta a questão da seguinte forma: "O veto presidencial considera: "O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da 'multa civil', sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade."

Novamente, não procedem as razões do veto. O propósito do legislador foi o de criar a figura da *multa civil*, verdadeira *sanção judicial*, cuja aplicação foi confiada ao prudente arbítrio do juiz, único responsável pela sua cominação nos estritos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, "de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável". Zelmo Denari. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 198

Dano moral não se resume apenas na lesão sem repercussão patrimonial. Carlos Alberto Bittar² considera que qualquer prejuízo injusto experimentado pela vítima, inclusive o dano moral, deve encontrar resposta no sistema jurídico, eis que a teoria do dano é unitária e direciona-se pra a plena satisfação dos interesses violados.

Se, por uma lado, o dano patrimonial, ou seja, a diferença entre o que se tem e o que se teria se não fosse o fato danoso é de fácil conversão numa dimensão matemática calculável, por outro, no campo do dano moral, isso não é possível por estar na esfera extrapatrimonial - o que não significa estar escusado o direito a uma satisfação compensatória. E compensatório é o vocábulo mais atinente: indenizar, do latim “in dene”, significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior. E por ser extrapatrimonial, resta ser impossível. Mais exato dizer que o dano moral é compensável.

Contudo, aqueles valores compensatórios não se mostraram suficientemente expressivos para convencer os fornecedores a melhorarem seus produtos e, principalmente, seus serviços. Em lugar disso criaram a ficção Indústria do Dano Moral - e uma mudança de foco foi estabelecida: em lugar de punir o ofensor, passou-se a indenizar a vítima do fato danoso mitigando os valores para tornar “menos lucrativa” a nova indústria.

Afinal, a explosão dos pedidos de compensação por dano moral é, de fato, uma indústria ou um justo motivo de indenização do consumidor em face de produtos e serviços de baixa qualidade?

Ao longo dos últimos 30 anos, antes com interesse jornalístico e depois sob a ótica jurídica (pós promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), os acidentes de consumo no mercado brasileiro estão sob particular monitoramento e pode ser afirmado, sem temer incorrer em erro, que a esmagadora razão das demandas nos dias de hoje, tem por

² BITTAR, apud Santana p.154

origem a má prestação de serviços. É por sua ineficiência que o consumidor se exaure em horas a fio de reclamações que não encontram eco nos fornecedores.

Desgaste, irritação, desvio produtivo e prejuízo de tempo desperdiçado pelo consumidor estão sendo minimizados pelos tribunais como se tratassem de pequenos contratempos e exacerbações do mundo moderno – como se reclamações de um consumidor, ao longo de três meses junto a um fornecedor, cujas ligações teimam em cair durante a repetida explicação do problema, pudessem ser traduzidos por meros aborrecimentos.

O tempo que o consumidor perde em repetidas reclamações – que não é mensurável como bem jurídico, é tempo que poderia despender em atividades agradáveis e interessantes. Está inserido no sentido de tempo de vida, útil ou livre, como recurso produtivo limitado, pessoal e finito – eis que cabe a ele destinar seu uso como melhor lhe for conveniente. É tão flagrante sua importância que deveria integrar, ao lado da vida, da saúde, da liberdade, da igualdade, da privacidade, da honra, da imagem, do patrimônio material etc., o rol de bens e interesses jurídicos expressamente abrigados pela Carta Magna. Nesse contexto, Marcos Dessaune³ bem expressa o desvio produtivo do consumidor:

Todavia entendo que, muito embora as "situações de desvio produtivo do consumidor" possam de fato ser consideradas um dano injusto, o "tempo" - por ser o suporte implícito da vida, recurso produtivo basilar e bem primordial da pessoa humana - merece tratamento jurídico especial que o destaque, fora da mencionada cláusula geral de tutela da personalidade - a qual provavelmente aprisionaria o desvio produtivo a um mero "novo fato gerador de dano moral".

Por tais motivos, penso que o "tempo pessoal, útil, livre ou produtivo" da pessoa-consumidora deveria ter regulamentação jurídica própria, à altura do seu valor que reputo supremo, que consequentemente o guindasse do atual ostracismo à plena consciência de suas características e importância singulares em nossas breves vidas - assim, acredito, prevenindo-se seu desperdício temerário.

De todo modo, as situações cotidianas de mau atendimento, ao fazer com que o consumidor inconformado precise se desviar de suas atividades habituais - para tentar sanar a falha do fornecedor que esteja lhe causando algum tipo de prejuízo -, acarretam invariavelmente a *perda definitiva* de uma parcela do tempo de vida do consumidor, bem como ocasionam o *redirecionamento indesejado* das suas competências.

Essas situações fáticas, conforme demonstrei, impõem ao consumidor um significativo prejuízo temporal malquisto, embora elas não se enquadrem nos conceitos tradicionais de "dano material", de "perda de uma chance" e de "dano moral" esmiuçados no item 4.4. Muito menos podem tais situações nocivas serem

³ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p 133-134

juridicamente banalizadas e reduzidas a "meros aborrecimentos, dissabores, irritações, percalços ou contratempos" na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais pátrios.

O universo dos insatisfeitos que recorrem ao judiciário é apenas de oito por cento dos lesados. Esses demandantes, obstinados em sempre defender os seus direitos no mercado de consumo, são identificados pelos fornecedores como “ industriais do dano moral”, nas suas peças de defesa. Pior – não raro esse entendimento é compartilhado por julgadores. Exemplo desse entendimento está no voto do então Ministro Carlos Alberto Meneses Direito⁴ acerca de negativação indevida:

O indivíduo que em outros tempos galgava a ascensão sócio-econômica com o fruto do seu trabalho e esforço, passa a torcer para ser atingido por determinado fato, donde poder-se-ia forçosamente extrair suposta configuração de dano moral, o que lhe equivaleria a tirar a sorte grande.

Neste estágio de desaprovação, as compensações caem a patamares insignificantes – quando não inexistentes, o que se configura na desmoralização do dano moral e, conseqüentemente, da dignidade humana. Mas fica a pergunta que não quer calar: e o violador contumaz, como fica?

A justificativa para manter as compensações em valores aviltados é desestimular a explosão de demandas alimentando a Indústria do Dano Moral, o que faria do já congestionado Juizado Especial, um caos generalizado. É importante lembrar que o já congestionado Juizado Especial tem apenas oito por cento dos insatisfeitos.

Para Cláudio Dell ‘Orto⁵, esse entendimento contencioso - quanto maior a demanda com pedidos por dano moral, menores estarão sendo fixados os valores compensatórios – é uma visão equivocada da jurisprudência, que vem flexibilizado a culpa do fornecedor, amenizando os danos morais, ou mesmo não mais os reconhecendo. Não é razoável que o demandante seja entendido e qualificado como um aproveitador do CDC.

⁴ DIREITO, *apud* MORAES, p.52

⁵ DELL’ ORTO, Cláudio. *Contratos nas relações de consumo*. In Modulo IV, Aula 9. ESCOLA DE MAGISTRATURA DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, 2012

2. A QUEM INTERESSA OS BAIXOS VALORES POR DANO MORAL?

A resposta imediata e lógica a essa pergunta é interessa aqueles que obtém lucros compensatórios com a pratica de métodos industriais, comerciais ou serviços em detrimento dos valores aos quais esteja imposto ressarcir.

Com efeito, ainda é corrente o envio de cartões de crédito não solicitados – a despeito do TAC junto ao DPDC na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, em dezembro de 1998 que acordava na Cláusula 3 “obriga-se a não encaminhar cartões de crédito sem a prévia e expressa solicitação dos consumidores, ou sem prévia consulta da Administradora / Empresa e expressa e comprovada concordância do consumidor”. Eventuais débitos na conta corrente do consumidor, referentes a despesas no cartão de crédito foram também vetados.⁶

Ainda no mesmo termo ficou estabelecida multa por descumprimento de qualquer daquelas cláusulas⁷.

Pasmem: decorridos 14 anos daquele ajuste, os tribunais, em lugar de aumentar os valores s compensatórios, passaram desconsiderar a existência de danos morais – o que se revela numa incontestável autorização de desrespeito a legislação consumerista e ao TAC .

⁶ DIÁRIO Oficial. Cláusula Quarta F - A compromissária obriga-se a não emitir qualquer título representativo da dívida em nome do onsumidor/titular, assim como a não movimentar conta bancária do titular do cartão de crédito. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/1551045/dou-secao-1-04-12-1998-pg-2>>. Acesso em 13.fev.2005.

⁷ DIÁRIO Oficial.Cláusula Oitava - Pelo descumprimento das obrigações assumidas neste Termo de Compromisso a compromissária, e/ou cada Associada, ficará sujeita, desde já, à multa de 500.000 (quinhentas mil) UFIR'S, ou padrão superveniente, pela prática, devidamente comprovada, de remessa de cartões de crédito sem a prévia e expressa solicitação do consumidor, por suas Associadas, ou sem prévia consulta da administradora / empresa ao consumidor e expressa e comprovada concordância do consumidor, e de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) UFIR'S, ou padrão superveniente, pela prática, devidamente comprovada de remessa / e/ou entrega de contratos firmados que não atendam ao constante deste Termo. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/1551045/dou-secao-1-04-12-1998-pg-2>>. Acesso em 13.fev.02/2005.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.54.

Maria Celina Bodin de Moraes⁸ levanta a possibilidade da “ [...] parcela que se acresce à compensação na indenização do dano moral não diria respeito a uma tentativa de retorno à moralização em nossa sociedade? “

Ou, por outra, ao nos afastarmos, para a atribuição da responsabilidade, do critério da culpa, possivelmente, dada a nossa formação teológico-cultural, sentimos falta de algum mecanismo *capaz* de imputar aos "culpados" a sua culpabilidade, isto é, a assunção das consequências de seus atos, ou dos atos de seus subordinados. É provável que esteja aí a origem da rápida consolidação da idéia da imprescindibilidade (inclusive "científica") do caráter punitivo na reparação do dano moral.

Na verdade não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório para confortar a vítima — ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injusto —, e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.⁹

No raciocínio lógico de Bruno Ponish Ruzon¹⁰, quando faz a opção pelo caráter punitivo/preventivo, o julgador não pode lançar seu olhar contra os valores que tocarão a vítima, preservando a norma inscrita no 884 do Código Civil 2002. Esse equilíbrio é uma quimera jurídica .

Ora, em uma relação de consumo, a convivência destas duas regras é absolutamente impossível. Isto porque o abismo econômico entre fornecedor e consumidor faz com que, ou se fixe o quantum indenizatório em valor expressivo, e com isso se atinja a função punitiva/preventiva do instituto, ou se fixe o quantum indenizatório

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.54.

⁹ Na doutrina estrangeira admitem o caráter punitivo. Dentre outros, Rene Savatier, Jean Carbonier, André Tunk, Suzanne Carval, Massimo Franzoni, Antonio Meneses Cordeiro e Bernd Rudiger Kern.

¹⁰ RUZON, Bruno Ponish. Paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. In *Revista de Direito do Consumidor*, n.78, p.157. Revista dos Tribunais, 2011.

em valor irrisório para a empresa, evitando-se o enriquecimento do consumidor. Não é possível que um valor atenda a estas duas regras. Não existe meio-termo neste caso, em razão da diferença significativa da posição econômica entre consumidor e fornecedor, típica na relação consumerista.

(...)

Logicamente, há um paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo, em decorrência da manifesta desigualdade econômica entre consumidor e fornecedor, que impossibilita a aplicação concomitante da finalidade punitiva/preventiva do instituto e da regra da vedação do enriquecimento sem causa. Toda decisão, consciente ou inconscientemente, implica na opção do juiz por um destes dois critérios, ainda que na sua fundamentação, como acontece todos os dias, assevere que está respeitando ambas. Não está.

Esse posicionamento, com efeito, permite que os tradicionais infratores do direito à honra, à boa reputação, à tranquilidade, ao sossego, à dignidade, enfim, continuem na sua sanha de desrespeito a princípio que hoje está esculpido no capítulo da Constituição Federal, atinente aos direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe ¹¹ afirma que “ [...] as normas materiais mais severas, coibição e repressão mais eficazes em nível administrativo e criminal de todas as formas de abuso, certamente influirão decisivamente na redução dos conflitos de interesse”.

De fato, um banco que lucra 30 bilhões anualmente não se preocupará com 1000 indenizações de R\$1000,00 por reiteradas - e lucrativas - práticas abusivas. Mas certamente terá outra postura com valores indenizatórios da ordem de R\$30, 40, 50 mil.

No mesmo sentimento, Werson Rêgo ¹² textualmente afirma que “no dia em que um juiz der um milhão de reais por uma negativação indevida, o tribunal e o STJ confirmarem, os fornecedores passarão a outra postura no trato com o consumidor”.

O argumento do autor é pertinente, pois o fornecedor exerce uma atividade econômica, onde estão contextualizadas as atividades lucrativas, perdas e prejuízos eventuais, perdas e prejuízos previsíveis – e esses contabilizados em suas planilhas de custos. Enquanto as perdas decorrentes de sentenças judiciais forem administráveis, o fornecedor não vai

¹¹ WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p781.

¹² REGO, Werson Franco Pereira. *Contratos nas relações de consumo*. In Modulo III, Aula 6. ESCOLA DE MAGISTRATURA DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, 2012.

mudar seu comportamento - o que se traduz como investimentos, principalmente no setor de serviços.

O sistema atual - melhor dizendo, a cultura judicial atual no que atende à responsabilidade civil (reparação de danos em geral), ainda tolera a *economicidade do dano* caracterizado no binômio do custo-vantagem. A indenização de baixo custo para as posses do agente causador do dano, é fator vantajoso na continuidade, muito mais para o violador da norma do que para o lesado.

O estudo dos professores Bruno Salama e Flávia Püschel, apresentado em recente seminário promovido pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), em junho de 2012, ilustrou bem como a coleta de informações empíricas podem alterar alguns preconceitos. Suas conclusões, a partir da análise de 1.044 acórdãos, invalidam dois mitos: o de que existe uma indústria do dano moral no Brasil e de que falta uniformidade ao julgar casos do tipo.

Segundo Salama,¹³ "Os valores das condenações, pelo mesmo nas hipóteses que observamos, não nos pareceram elevadas", disse Salama, pouco após revelar que 38% das indenizações ficaram em menos de R\$ 5 mil e apenas 3% em mais R\$ 100 mil [...]

Vale dizer, em síntese, que a fixação do *quantum* indenizatório na reparação por danos morais é efetuada por arbitramento, embora não haja um consenso quanto a essa questão na doutrina brasileira.

Caminhar no terreno de valores no pedido de compensação por danos morais, exige uma fundamentação bem alicerçada, com destaque a todas as implicações que justifiquem o quantum ali determinado. Em sequencia, quando a sentença determina um valor aquém daquele pleiteado, deve ser exigida a justificativa - porque 10 mil e não 20 mil? - , pois ao magistrado a fundamentação é obrigatória. Onde o Código Civil de 1916 era omissivo, o

¹³ Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-22/justica-aina-primeiros-passos-elaboracao-dados-estatisticos>>. Acesso em 03.ago.2012.

Código Civil e 2002 prevê, expressamente no art. 944: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Para Yussef Cahali¹⁴:

A boa doutrina vem de sustentar que a ressarcibilidade do dano moral deve propiciar meios sucedâneos ou derivativos que visem amenizar o sofrimento da vítima, como passeios, divertimentos, ocupações e outros do mesmo gênero, ou seja, a melhoria na qualidade de vida da vítima proporcionada pela indenização do dano moral não representa qualquer ilicitude, ou qualquer falta de justa causa, senão contraprestação compensatória e punitiva em face do ato ilícito do dano moral. O contrário disso seria converter a vítima do dano em vítima, também, da miopia judicial.

Desde a velha Roma é conhecido o princípio jurídico de que *ubi emolumento, ibi onus* (existe a vantagem, existe o ônus correspondente). Assim verificado, em princípio, não seria absurdo as condenações judiciais de grandes empresas e ricos fornecedores serem fixadas em consideráveis indenizações por danos que sua atividade empresarial gera aos consumidores. É pacífico no ordenamento pátrio que o risco faz parte do negócio jurídico e quem com ele lucra deve arcar com os encargos da reparação plena dos danos decorrentes.

No declínio do valor das compensações atribuídas por dano moral - a única rédea inibitória capaz de conter o binômio custo-vantagem que lesa o consumidor cada vez mais fragilizado -, recentemente, o Procon do Rio Grande do Sul e, dois dias depois, o Ministério Público, proibiram as empresas de telecomunicações de comercializar novos *chips* até a apresentação de um detalhado planejamento dos investimentos para resolver os problemas de comunicabilidade nos próximos 24 meses – o que, efetivamente, representou um violento prejuízo àquelas empresas envolvidas e gerou promessas de soluções a curto e médio prazo.

Nesse viés, no que diz respeito aos 8 bilhões de reais em multas aplicadas pelas agências reguladoras desde 2008, segundo Maurício Wanderley¹⁵ do TCU, apenas 690 milhões foram pagos (cerca de 7%) – sem que qualquer melhoria na qualidade dos serviços fosse apresentada. Para o TCU, as medidas cautelares são mais importantes e efetivas do que

¹⁴ CAHALI, Yussef. Said. *Dano moral*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.261.

¹⁵ WANDERLEY Maurício de Albuquerque. *Regulação dos serviços públicos e direito do consumidor*. In. XI CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DO CONSUMIDOR, BRASILCON, 2012, Natal, RN.

as multas, ou seja, quando a agencia suspende a comercialização de novos serviços, como também ocorreu em 2010 com a Telefônica, braço espanhol do setor, em São Paulo.

3. O MODELO NORTE-AMERICANO E OS DANOS AO CONSUMIDOR

A prática vem demonstrando que sim. No que se refere aos EUA, não existe o temor de um suposto enriquecimento sem causa. Entende-se que o cidadão demandante é uma alavanca que vai inibir a repetição do dano imaterial e ele deve ser compensado por isso com remuneração por seu empenho na afirmação do seu próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral de ordem jurídica. Ali o dano punitivo tem realmente este caráter: punir o ofensor - plenamente justificado para que cumpra alguns objetivos de pacificação social intrínsecos àquela sociedade.

O *punitive damages*, em geral concedido quando o ofensor age com dolo, ou com descaso e negligência, se presta à punição do ofensor por seu mau comportamento; possíveis atos de vingança e retaliação por parte da vítima, desestimular comportamentos socialmente danosos do ofensor e da coletividade, sob a sombra de estar obrigados as severas e pesadas compensações.

Nos Estados Unidos, as questões relacionadas às indenizações por danos punitivos, em lugar de serem reguladas no âmbito de critérios e de parâmetros estritamente jurídicos, têm sido absorvidas pela lógica do mercado. De acordo com o *Administrative Office of the United States Courts*, o número de casos de produtos com defeito apresentados à Corte Federal baixou significativamente nos últimos anos, passando de 32.856 casos em 1997 para 14.428 em 2000. No entanto, observa ainda o jornal, os valores das sentenças — sem incluir danos punitivos — triplicaram desde 1993, quando atingiam cerca de US\$500 mil para, em 1999 alcançarem a cifra de US\$1,8 milhão.¹⁶

Como tratar a justiça no caso de dolo do fornecedor que prefere continuar praticando o dano, no entendimento que é mais interessante do ponto de vista econômico? Na lógica empresarial, o fornecedor deixar de reparar um defeito que pode causar dano – até mesmo

¹⁶ Ibid, p.233

morte do consumidor, estará plenamente compensado se o pagamento de eventuais indenizações daqueles que, venham a ingressar no judiciário, ficarem aquém dos lucros que sua atividade gerou.

O caso do Ford Pinto¹⁷ nos EUA que é emblemático, foi um dos pontos de partida para uma legislação consumerista:

Especialistas calcularam o valor de uma vida humana em cerca de US \$ 200.000, enquanto uma lesão por grave queimadura valia cerca de US \$ 67.000. Usando uma estimativa de 180 mortes e 180 queimaduras graves, alguém colocou no papel que o custo para redesenhar e reformular o tanque Pinto de gasolina custaria cerca de US \$ 137 milhões, enquanto os custos de eventual responsabilidade cerca de US \$ 49 milhões.

Embora o veto presidencial ao art. 16 do CDC tenha afastado a multa civil - função punitiva na reparação do dano moral que norteia as decisões nos EUA, essa tese está encontrando um convergente contingente de adeptos no Brasil, onde se inclui tanto em doutrina como na jurisprudência atual. Maria Celina¹⁸ observa que

[...] não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo.

Finalmente, não há porque deixar de compensar o dano injusto, decorrente, muitas vezes, do maior enriquecimento do fornecedor. Cabe, sim, impor uma penalidade exemplar ao ofensor, transferindo parte do seu patrimônio econômico para o patrimônio do ofendido. É certo que o procedimento danoso do ofensor ao mesmo tempo que lhe trouxe enriquecimento, causou prejuízo ao ofendido – e nem por isso houve o entendimento de enriquecimento sem causa.

¹⁷CONTROVERSIA Ford Pinto. Disponível em <[http://www.wfu.edu/~palmitar/Law%26Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html&prev=/se arch%3Fq%3Da%2Bcontroversia%2Bford%2Bpinto%26hl%3Dpt-BR%26 client%3 Dfirefox-a%26hs%3DNNp %26rls%3Dorg.mozilla:pt-BR:official%26prmd% Dimvnsb&sa =X%ei =lfSFUI CpLYHq8wSbxoCoBg&ved=0C FwQ7gEwBg](http://www.wfu.edu/~palmitar/Law%26Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html&prev=/se%20arch%3Fq%3Da%2Bcontroversia%2Bford%2Bpinto%26hl%3Dpt-BR%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DNNp%26rls%3Dorg.mozilla:pt-BR:official%26prmd%26dimvnsb&sa=X%ei=lfSFUI%26cpLYHq8wSbxoCoBg&ved=0CfwQ7gEwBg)>. <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt BR&sl=en&u=> Acesso em 15. dez. 2008.

¹⁸ Ibid, p219.

CONCLUSÃO

O entendimento do dano moral como sofrimento físico e mental ou sentimento de dor e desânimo, não é mensurável por critérios objetivos. O óbice que se apresenta é a valoração que deve ser atribuída na sentença para que a reparação dê à vítima o conforto e a esperança de ver valorizado o seu sofrimento, humilhação, tempo de vida desperdiçado e o sentimento de justiça cumprida.

Entretanto não é assim que se procede. O direito não é contra a sanção penal; no direito privado, no ilícito relativo, um contra o outro, se este outro não cumpre o previamente acordado, sofre a cláusula penal. Porque no ilícito absoluto não pode haver caráter punitivo? O sistema comporta punição para o infrator. É da essência do direito. E direito sem pena é norma incompleta. Assim, a repetição das mesmas demandas contra os mesmos demandados ao longo dos últimos anos, vem demonstrar que são equivocados os atuais valores compensatórios atribuídos por danos morais.

Conquanto, por regra, seja o indicador da indenização a extensão do dano, esses valores caminham na contramão do preceito. Nesse temor de enriquecer o ofendido consegue-se, por via transversa, autorização implícita, chancelada pelo judiciário, para o fornecedor transgredir a norma consumerista – desde que, para ele, fornecedor, haja, no mínimo, razoável compensação econômico-financeira nesse procedimento abusivo. É preciso reconhecer o consumidor que reclama, que interpõe ação: ele contratou advogado, gastou dinheiro, perdeu seu tempo, exerceu relevante papel público – não é enriquecer ilicitamente, é fazer um favor à sociedade inerte.

Em análise definitiva, é inconteste que a atribuição de valores pífios nessas sentenças, contribui, cada vez mais, para tornar o judiciário lento, onde cerca de 60% das demandas versam sobre consumo. Por sorte deste mesmo judiciário, o Brasil ainda não entrou

na era dos direitos individuais do consumidor. A manifestação espontânea do brasileiro é de origem emocional e afetiva, nunca de cunho voluntarista ou racional, - haja vista que apenas oito por cento dos que reclamam chegam às portas da lei: imagine-se o inverso!

Finalizando, fica evidente que enquanto não for retirado o proveito econômico do infrator, a sociedade continuará penalizada pela fria análise do fornecedor na sua contabilidade de lucros e perdas.

Esse trabalho se propôs a demonstrar a impossibilidade lógica do equilíbrio entre os dois critérios onde, se o magistrado decide por não enriquecer a vítima está, inevitavelmente, decidindo por não punir o fornecedor. A indenização, no caso, apenas é uma insignificante compensação pró-forma ao consumidor, e nada mais.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Em *Revista de Direito do Consumidor* n.77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- CONTROVERSIA Ford Pinto. Disponível em <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law%26Valuation/Papers/1999/Leggettpinto.html&prev=/search%3Fq%3Da%2Bcontroversia%2Bford%2Bpinto%26hl%3Dpt-BR%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DNNp%26rls%3Dorg.mozilla:pt-BR:official%26prmd%26dimvnsb&sa=X%ei=lfSFUI%26CpLYHq8wSbxoCoBg&ved=0CFwQ7gEwBg>>. <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=> Acesso em 15 dez.2008
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DENARI, Zelmo.. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIÁRIO Oficial.. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/1551045/dou-secao-1-04-12-1998-pg-2>>
- DIREITO, *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. 1.ed.2ti. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2.ed.3ti. São Paulo.: Saraiva, 2006.
- REGO, Werson Franco Pereira. *Contratos nas relações de consumo*. In Modulo III, Aula 6. EMERJ. Rio de Janeiro, 2012.
- RUZON, Bruno Ponish. Paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. In *Revista de Direito do Consumidor* n.78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SANTANA, Hector Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*.2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WANDERLEY Maurício de Albuquerque, TCU In. XI CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DO CONSUMIDOR, BRASILCON, 2012, Natal, RN.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.