



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A FINALIDADE PUNITIVA DO
INSTITUTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Julio Cesar Monteiro

Rio de Janeiro

2016

JULIO CESAR MONTEIRO

O DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A FINALIDADE PUNITIVA DO
INSTITUTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Flávia Zebulum

Nelson Tavares

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2016

O DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A FINALIDADE PUNITIVA DO INSTITUTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Julio Cesar Monteiro

Graduado pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro Advogado.

Resumo - O dano moral é um instituto de grande complexidade no ordenamento jurídico, seja por sua natureza ou pelo seu propósito no contexto social. Fato é que com a evolução do Direito, mormente com a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos da personalidade, mister se faz estabelecer um critério punitivo eficaz pela sua alta incidência nas relações de consumo. O artigo aborda a falta da adequada sanção aos fornecedores, como responsável por suas reiteradas condutas causadoras do dano aos consumidores, indicando que a solução se encontra na aplicação correta e sistemática dos princípios e normas dispostos no próprio ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Dano Moral. Dano Moral nas Relações de Consumo. Finalidades do Instituto. Arbitramento da Indenização.

Sumário - Introdução. 1. Dignidade da Pessoa Humana, Direitos da Personalidade e Reparação do Dano Moral nas Relações de Consumo. 2. Finalidades do Instituto Jurídico e o Aspecto Punitivo do Dever de Indenizar o Dano Moral. 3. Arbitramento do *Quantum* Indenizatório e a Redução das Ações por Dano Moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo científico apresentado trata de pesquisa abordando o dano moral, em especial sobre o efetivo alcance da finalidade punitiva do instituto jurídico nas relações de consumo dentro do contexto do mercado nacional, onde não raro figura como vítima o consumidor.

Atualmente há grande aumento das relações de consumo com o crescente lucro dos fornecedores sem que, em contrapartida, haja a correspondente melhoria na qualidade dos produtos e eficiência nos serviços disponibilizados.

O enfoque destas questões é dimensionado no primeiro capítulo do artigo e nele destacam-se os princípios norteadores do CDC, dentre outros, o da transparência, da informação e, especialmente o da boa-fé objetiva cujas violações são muito presentes.

Nesse passo, demonstra-se uma constante afronta à dignidade do consumidor pela violação de seus direitos, motivo pelo qual também crescentes são as demandas provenientes dos conflitos nas relações de consumo.

No segundo capítulo, é feita a abordagem das finalidades do instituto do dano moral em seu tríptico aspecto: compensatório, punitivo-pedagógico e preventivo interagindo

funcionalmente os dois últimos, contudo de pouca ou nenhuma aplicação prática no atual sistema.

Destacam-se ainda algumas questões relativas à reparação do dano moral no ordenamento jurídico pátrio à luz da doutrina e da jurisprudência.

No terceiro capítulo a pesquisa apresenta a possibilidade de redução dos processos ajuizados na primeira instância e principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, com a implementação do pagamento de valores expressivos à reparação pelo dano moral nas relações de consumo.

Faz-se alusão ao vetado Artigo 16 do CDC, que previa como penalidade por culpa do fornecedor a imposição de altos valores a título de multa civil para reparação dos danos causados ao consumidor.

O dispositivo deve inspirar à adoção de medidas que aumentem os valores indenizatórios dos danos morais aos casos que ocorrem nas áreas de telefonia, energia elétrica, instituições bancárias etc. Isto, levando-se em conta os altos índices de suas atuações no *ranking* das maiores empresas acionadas no Tribunal de Justiça do Estado, face a inexistência de sanção a coibir as práticas abusivas pelo monopólio destes produtos e serviços.

Demonstra-se a necessidade de se tornar positivo o arbitramento de valores consideráveis a serem desembolsados por estes fornecedores nos abusos por eles praticados, pois no atual do sistema, valores irrisórios e tabelados por baixo nos próprios tribunais, são o que de fato fomenta e mantém o *status quo* vigente.

A pesquisa usa a metodologia bibliográfica doutrinária, jurisprudencial e da *internet* com vistas ao enfoque das opiniões manifestadas por alguns dos autores que aludem às questões relativas ao tema.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E REPARAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Inicialmente cumpre afirmar que o dano moral, diversamente do dano patrimonial, trata das situações inerentes aos bens imateriais de que dispõem os indivíduos. Cuida das questões ligadas a bens extrapatrimoniais, especificamente dos valores que integram áreas afetas ao sentimento e à dignidade humanas.

Tratando-se de bens imateriais, de difícil mensuração valorativa e dado ao extremo subjetivismo da espécie, cuida-se de assunto de grande complexidade e existem muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a seu respeito no estudo do direito.

Em consideração ao tormentoso tema que é o dano moral, corroborando o entendimento preliminar, vejam-se as palavras de Gonçalves¹ no texto a seguir transcrito:

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, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O tema relativo à dignidade da pessoa humana passou a constituir-se em princípio fundamental na Carta Magna Brasileira promulgada em 1988, consoante o disposto no artigo 1º, inciso III², conforme o autor citado.

Para se ter uma ideia da importância do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação pátria, parafraseando Santana³, trata-se de um pilar de sustentação e legitimidade a todos os outros princípios e regras jurídicas. Ainda de acordo com o referido autor⁴:

A exata significação e extensão das normas jurídicas (princípios e regras) que envolvem as noções de dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade são premissas indispensáveis ao estudo do dano moral no Direito do Consumidor.

Os direitos da personalidade ou direitos personalíssimos, previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro, cujo valor é de natureza extrapatrimonial, são destacadamente importantes no estudo do dano moral.

Como não poderia ser de outro modo, o Código de Defesa do Consumidor como regramento jurídico de índole constitucional, abriga em seu texto alguns princípios e normas contidas na Carta Magna sobre os direitos do consumidor.

Dentre os dispositivos que se referem à tutela do dano moral nas relações de consumo, tanto considerados individualmente como sob o prisma da tutela coletiva, dos direitos individuais homogêneos e dos direitos difusos, todos fazem referências às transgressões praticadas contra o consumidor e que atingem seu direito imaterial.

O destaque principal sobre o dano extrapatrimonial do consumidor está expresso nos incisos VI e VII do artigo 6º do CDC, como direitos básicos do consumidor.

O foco da questão envolve delinear em que circunstâncias e casos pode-se vislumbrar a ocorrência do efetivo dano ao consumidor no caso concreto a ser analisado. A doutrina e a jurisprudência faz distinção entre o dano moral e o mero aborrecimento ou dissabor. Há interpretação de que neste caso ocorrem fatos que não afligem a vítima do dano de modo a

¹ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/C3%7ao.htm>. Acesso em: 2 jul. 2016.

³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.29.

⁴ Ibid.

causar-lhe dor, sofrimento ou constrangimentos significativos e capazes de alterar seu estado psíquico ou anímico, são apenas contratempos ou problemas que devem ser suportados por todos pelas dificuldades do cotidiano.

Assim, já se manifestou Sérgio Cavalieri Filho⁵ em sua obra:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral [...]

O respeito aos direitos básicos do consumidor foi até mesmo objeto de manifestação em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas dirigidas ao mercado de consumo, fato que convém referência à Resolução Internacional⁶ sobre a matéria. Várias são as hipóteses de fatos semelhantes, largamente ocorrentes no cotidiano, que revelam não apenas desrespeito ou mero aborrecimento a ser suportado mas, sobretudo a falta da boa-fé objetiva pelo descumprimento dos deveres de lealdade e solidariedade nas relações de consumo.

Muitos desses casos não se tratam de questões a serem reconhecidas como meros aborrecimentos ou dissabores encontrados no dia a dia pelas dificuldades da convivência social, é fruto da desorganização e falta de respeito, e principalmente da desmedida ganância de lucro dos fornecedores aliada à impunidade pelos seus atos.

Fala-se muito numa indústria e na banalização do dano moral a justificar o não pagamento, ou o pagamento de valores irrisórios aos consumidores, pela reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos, sem se levar em conta que isto acaba por incentivar as práticas abusivas e ao mesmo tempo tabela por baixo os valores indenizatórios pagos pelos grandes fornecedores.

A exemplo do enfoque dado vale a transcrição de trecho de artigo publicado na internet por Bernardo Penna⁷ sobre a matéria:

[...]Se não bastasse a demora na obtenção do resultado, vemos condenações ao pagamento de indenizações cada vez menores. Casos em que há morte ou danos realmente graves acabam sendo resolvidos em menos de cem mil reais. Um plano de saúde que negou uma cirurgia, por exemplo, sabe que, ao final de longos anos, será condenado ao pagamento de uns dez, quinze mil reais ao autor da ação. Muito menos do que arcaria com a operação. Acaba, assim, por nunca ser atingido o critério pedagógico. Grandes empresas, como as de telefonia (que sempre figuram entre as maiores demandadas do país), em vez de melhorarem seus serviços, embutem em seus

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

⁶ ASSEMBLEIA-GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n.º 39/248, de 9 de Abril de 1985. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc/servicos/legislacao/pdf/Resolucao%20da%20ONU.>> Acesso em: 12 ago. 2016.

⁷ PENNA, Bernardo. *Um outro lado da indústria do dano moral*. Disponível em: <http://bernardospenna.jusbrasil.com.br/artigos/184733762/um-outro-lado-da-industria-do-dano-moral?ref=topic_feed.> Acesso em: 10 ago. 2016.

custos o chamado passivo judicial. Já sabem que vão perder algumas ações e sabem também que menos de 30% dos lesados batem às portas da Justiça. [...].

Embora a *ratio legis* do CDC seja a mais ampla proteção ao consumidor face sua condição de vulnerável na relação, a inexistência de uma política de enfrentamento à questão e positividade do pagamento de valores elevados pelo descumprimento do dever da boa-fé objetiva⁸ por parte do fornecedor, acaba por incentivá-lo à continuidade das práticas abusivas.

Do exposto conclui-se que somente com o efetivo combate à impunidade das ilicitudes praticadas pelo fornecedor no mercado, através da justa e exemplar reparação do dano moral, é que se poderá obter a redução de sua incidência.

Acrescente-se, fato que é do conhecimento geral, que os valores indenizatórios pagos, mesmo iníquos no varejo, são embutidos no preço final dos produtos e serviços sendo fator determinante de mais um ônus social.

Por conseguinte, diante da ineficácia, e porque não dizer inexistência mesmo, da finalidade punitiva do dano moral no atual sistema tem-se um tríplice ônus: não há reprimenda efetiva dos fornecedores poderosos por falta de sanção adequada que os intimide; quem sofre o dano moral quando propõe ação e tem reconhecida a procedência de seu pedido, se fica momentaneamente satisfeito, não o fica de fato com o valor recebido. Finalmente, a sociedade paga pela conta e pela sobrecarga de processos de dano moral que abarrotam as prateleiras dos cartórios judiciais e agora congestionam o sistema eletrônico do Poder Judiciário.

No capítulo seguinte será abordado o tema relativo ao alcance dos objetivos do instituto jurídico do dano moral, em especial no que diz respeito ao objetivo punitivo de sua reparação em face dos valores atualmente pagos nas ações que versam sobre a matéria, principalmente na primeira instância e nos Juizados Especiais Cíveis.

2. FINALIDADES DO INSTITUTO JURÍDICO E O ASPECTO PUNITIVO DO DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL

A reparação do dano moral como exaustivamente já dito, é matéria bastante complexa e polêmica, gerando grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, tendo em vista que além de outras questões, principalmente o que se discute é o valor em dinheiro que deve ser pago pelo responsável do dano causado a outrem.

⁸BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Art. 4º Inciso III. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 01 ago.2016.

Nas relações de consumo é preciso que o fornecedor tenha como princípios em seu empreendimento a ética e a solidariedade, a fim de evitar a ocorrência do dano. Sobre estas, vale a seguir a transcrição do artigo publicado na rede social pelo RHPortal⁹:

[...] Infelizmente, o que vemos com muita frequência é a total falta de ética em todos os ambientes e grupos sociais, principalmente no serviço público, em todas as esferas, como pudemos ver através de uma reportagem do Programa Fantástico (22.06.08), uma quadrilha de falsos empresários justificando suas atitudes desonestas como sendo a ética do mercado (...). Solidariedade, por sua vez, quase sempre tem seu significado deturpado ou confundido. O povo brasileiro é definido pelos próprios brasileiros como um povo solidário, uma definição que discordo radicalmente, excetuando-se quando nos referimos às pessoas mais pobres e humildes, que sabem repartir o pouco que têm, ao contrário dos grupos sociais de maior poder aquisitivo e melhor condição social, onde o individualismo impera. [...]

Convém na oportunidade fazer as distinções entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial ou moral experimentado pela vítima da lesão. Na ação de reparação do dano patrimonial objetiva-se o ressarcimento que tem o significado de reposição, retorno ao estado patrimonial anterior no qual se achava a vítima, havendo a necessidade de que tal ressarcimento ocorra de forma integral.

No caso do dano moral de acordo com Santana¹⁰ “ocorre situação diversa, pois o dinheiro não se destina à recomposição patrimonial, mas a reparação opera-se no sentido de proporcionar à vítima uma compensação, distinguindo-se da finalidade do ressarcimento.”

Assim se tem a exata noção do objetivo compensatório do dano moral, cujo fim é de alguma forma criar efeito satisfativo à vítima diante da dificuldade de mensurar-se o dano por esta sofrido.

O óbice entretanto encontrado está na mensuração do valor a ser atribuído materialmente ao dano moral sofrido pela vítima, o que se justifica pelo fato de que cada um tem seu próprio modo de sentir e ver as coisas o que é puramente abstrato e subjetivo. Assim sendo, o que pode satisfazer uma pessoa não necessariamente deixará outra igualmente satisfeita.

Ocorre ainda que a depender do sujeito do direito em questão, do entendimento do que efetivamente seja causa de dano moral, aliados às divergentes posições adotadas pelos tribunais sobre a mesma matéria, estabelece-se um clima de incerteza e insegurança jurídicas o que obviamente é pernicioso ao convívio social.

⁹ RHPORTAL: *Cooperação, solidariedade ética responsabilidade social no ambiente corporativo*. Disponível em: <www.rhportal.com.br//cooperao-solidariedade-etica-e-responsabilidade-social-no-ambiente-corporativo> Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁰ CAHALI apud SANTANA, Héctor Valverde. Op. cit. p. 164.

Diante do exposto, tarefa árdua, vale dizer, é a enfrentada pelo operador do direito a quem incumbe a aplicação da lei no sentido de encontrar o justo valor a ser atribuído ao dano moral no caso concreto, no momento de prolatar a sentença.

Reconhecido o *an debeatur*, provada a existência da lesão, como resolver o problema do *quantum debeatur*, quanto é devido? Em face do que prescreve o Código Civil no caput do artigo 944, *in verbis*: “a indenização mede-se pela extensão do dano”¹¹. Como medir a extensão do dano extrapatrimonial, diante de todas as ponderações feitas sobre sua natureza?

Na análise do caso concreto vale-se o julgador dos princípios da razoabilidade para justificar conveniência do caso concreto e da proporcionalidade para a medida da compensação pelo dano moral, princípios doutrinários extraídos do ordenamento jurídico dos EUA e da Alemanha que, embora mereçam elogios, algumas vezes fundamentam decisões eivadas de subjetivismo que não atendem ao ideal de justiça.

Maria Celina Bodin de Moraes¹² afirma que a dignidade da pessoa humana possui quatro princípios: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade social, em que, uma vez um deles violado gera o dever da reparação moral ao agente causador da violação.

Assim afirma: “para se chegar à conclusão se há ou não ofensa à dignidade da pessoa humana, é necessário relacionar o dano aos princípios basilares de proteção do indivíduo, o que propicia uma análise técnica de cada caso afastando entendimentos contraditórios”.

Várias sentenças de primeiro grau de jurisdição são reformadas pelos tribunais que compostos por turmas divergem entre si sobre questões que envolvem o dano moral apreciando a mesma matéria. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil¹³ e da instituição dos precedentes judiciais cujo objetivo é privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência garantindo a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais, espera-se colocar fim a estas divergências.

Todas estas questões devem ser tratadas de forma objetiva, cuja abordagem é feita no curso deste artigo, com referências no capítulo seguinte sobre a redução, tanto no que diz respeito às inúmeras ações por dano moral quanto as das práticas abusivas por parte dos grandes fornecedores, contumazes na inobservância de seus deveres.

¹¹BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 37.

¹³BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

A falta de previsão expressa da finalidade punitiva da reparação do dano moral na responsabilidade civil, tratada nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor, tem como fator determinante os embates doutrinários sobre a aceitação de pena fora da esfera do direito penal.

Há dissenso sobre o correto entendimento de aplicação de pena fora do âmbito do direito penal. À guisa de exemplo, o artigo 16 (vetado) do CDC¹⁴, não sofreu veto somente por questões ligadas às divergências jurídicas citadas, mas também por motivos de política econômica.

Houve entendimento, segundo Santana¹⁵, de se tratar de uma verdadeira sanção judicial vista como punição a ser fixada ao prudente arbítrio do juiz, o que foi severamente rechaçado pelo reconhecimento de excessivo poder que seria dado ao magistrado de primeira instância, na aplicação da multa ao caso concreto.

O fato de as questões referentes à responsabilidade do fornecedor terem sido colocadas de forma a exemplificar sua culpa como subjetiva, levou aos mais acirrados embates sobre teses de Direito Penal, inclusive com dissertações sobre a necessidade de observância do princípio da anterioridade da lei penal.

José de Aguiar Dias¹⁶, eminente civilista aponta, os quatro principais argumentos utilizados pela doutrina contrária à atribuição de uma função penal à reparação do dano moral:

- a) a ideia repousa sobre o fundamento de vingança; b) deve ser condenada face à abolição das penas e à objetivação da responsabilidade civil; c) a pena viola a separação entre direito civil e penal e, portanto, viola a organização jurídica das democracias; d) a pena conduz ao enriquecimento ou empobrecimento da vítima.

Com relação ao terceiro argumento que é o que mais interessa à pesquisa, defende o civilista que a separação entre direito civil e penal tem base puramente empírica e movediça, sendo que situações anteriormente vistas como criminosas são hoje contempladas somente pelo direito civil e vice-versa.

A tutela do dano moral somente pode se tornar efetiva diante da existência real da finalidade punitiva do instituto jurídico. A finalidade preventiva do dano somente existirá em função da anterior existência da função punitiva, pois são intrinsecamente ligadas e não existem dissociadas ou de forma autônoma.

¹⁴Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor será devida a multa civil de até 1.000.000 (um milhão) de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

¹⁵ DENARI apud SANTANA, Hector Valverde, op. cit., p. 166.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil* 12. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

Sob a ótica da dialética jurídica, não se pode falar em prevenção sem se falar em repressão ou punição, conforme se depreende do pensamento exposto pelo doutrinador Santana¹⁷ acerca da função preventiva do dano moral:

[...] O sistema jurídico deve estar voltado para a prevenção do ato ilícito, mormente no que se relaciona aos direitos da personalidade, onde a lesão respectiva jamais encontrará uma equivalência absoluta, mas a sanção em dinheiro servirá apenas como meio relativo de resposta ao direito positivo. Desta forma a finalidade preventiva do dano moral revela-se como meio eficaz para reduzir a incidência de atentados contra os bens mais valiosos da pessoa humana, intimidando o pretense agressor com uma possível diminuição patrimonial, realizada de forma coercitiva pelos órgãos jurisdicionais, contribuindo para a harmonização e pacificação da sociedade. [...]

Corolário do raciocínio exposto, a melhor forma de prevenção é a aplicação de uma punição pecuniária exemplar, pois em psicologia de economia e na máxima popular de que se pretende atingir alguém mexa no seu bolso, encontra-se grande parte da solução do problema.

Prova real da assertiva é que a inexistência ou a ineficácia de punição apropriada, gera certeza na gestão dos grandes grupos empresariais de que sai mais barato continuar arcando com o pagamento de irrisórias quantias aos consumidores lesados, do que ajustar suas condutas de modo a prestar um serviço mais eficiente e adequado aos princípios e normas de defesa do consumidor.

No próprio ordenamento jurídico, através do conhecido Diálogo das Fontes¹⁸, tem-se as condições para a busca de critérios eficazes para a quantificação do valor do dano moral a ser pago nas ações judiciais decorrentes das sistemáticas violações nas relações de consumo.

O que se vê estatisticamente é uma crescente disputa no *ranking* das Top 30 Maiores Litigantes¹⁹ no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em razão de vários fatores, mas o principal deles é à impunidade reinante, sem que nenhuma ou poucas providências sejam efetivamente adotadas a fim de reverter tal quadro caótico.

Não há sinais evidentes de qualquer preocupação na gestão desses grandes monopólios empresariais em sair dos lugares de destaque que ocupam no pódio dos mal prestadores de serviços à sociedade.

¹⁷ SANTANA, op. cit., p.170.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Top 30 Maiores Litigantes. Disponível em:< <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas> >Acesso em: 18 ago.2016.

Certamente encaram o fato como mais uma publicidade gratuita de seus negócios, considerando o artigo anteriormente transcrito sobre a ética do mercado, ou um fator positivo por desestimular outros consumidores a ajuizar demanda em busca de seus direitos.

O capítulo seguinte enfoca a possibilidade do arbitramento judicial nas indenizações para os casos tratados, demonstrando que tal implemento viabilizará a redução das ações ajuizadas pelo dano moral nas relações de consumo.

3. ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO E A REDUÇÃO DAS AÇÕES POR DANO MORAL

Fazendo breve retrospecto sobre os parâmetros legais de fixação das indenizações por dano moral, temos o critério adotado pelo Código Civil de 1916, revogado, que através do artigo 159 tratava da responsabilidade civil dos danos causados a outrem. O sistema adotado era o da tarifação, havia valores prefixados para a reparação do dano moral em leis esparsas.

O antigo Código Civil de 1916 fazia apenas uma única referência ao dano moral em seu Artigo 76, cujo texto dizia: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral”.

A Lei de Imprensa²⁰ estabelecia entre 20 e 200 salários mínimos tendo posteriormente sido declarada sua incompatibilidade com a CRFB/88 pelo Supremo Tribunal Federal²¹. Nos crimes contra a honra, em especial no crime de injúria, era aplicada a pena de multa do Código Penal a ser paga pelo ofensor à vítima do dano moral sofrido.

O Código Nacional de Telecomunicações²² em seu artigo 61 fixava entre 10 e 100 salários mínimos às situações de violação de direitos.

A partir da Constituição de 1988 foi adotado um sistema aberto de avaliação do dano moral no caso concreto, com os dispositivos já citados no primeiro capítulo do presente trabalho, sendo atualmente vedada a indexação ao salário mínimo.

Muito difícil tem sido a tarefa de avaliação em espécie do dano moral. Contudo não há como deixar um ilícito sem a correspondente e adequada repressão pelo fato de que sua natureza não comporta estimativa pecuniária.

²⁰ BRASIL. Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 130 de 30 de abril de 2009. Declarada a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a atual Constituição Federal de 1988. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

²² BRASIL. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm> Acesso em: 01 ago. 2016.

Atualmente o desafio, mais do que a ênfase dada ao enriquecimento indevido da vítima do dano moral, até por que não se pode mensurar de fato qual o valor devido pelo dano moral experimentado para se afirmar categoricamente a existência de enriquecimento, é a tentativa de estabelecer-se critérios capazes de punir e reduzir a renitente atuação de fornecedores litigantes profissionais.

O eminente jurista Sérgio Cavalieri Filho²³ em sua obra destaca, que não obstante não haver como precisar o valor relativo ao dano moral, a única solução seja o prudente arbítrio do juiz a decidir com equidade o caso concreto, entretanto, reconhece como penosa a tarefa de arbitramento do dano moral.

Sobre o assunto, importante destacar a posição de Alice Ribeiro de Souza²⁴ em seu artigo publicado na *internet* no qual cita:

[...] Afinal, o grande problema da fixação do valor devido por essa reparação sempre foi o fato de que a dor humana não tem preço. Daí, razoável concluir que a indenização a que se refere o art. 944 do Código Civil é a referente ao dano material, mesmo porque a doutrina tem evitado o uso do termo indenização para descrever o montante a ser pago com vistas a reparar dano moral. [...]

O Superior Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional superior de reapreciação e controle dos valores pagos às indenizações por dano moral nos recursos especiais que lhe são submetidos a julgamento.

A Corte Superior, contudo, não trata de questão fático-probatória nos casos levados a seu julgamento, face ao óbice determinado pela Súmula 7²⁵, cuida apenas do que se refere ao *quantum* indenizatório, observando se os valores atribuídos nas decisões proferidas pelos Tribunais estão dentro dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Procura adequá-los à sua própria jurisprudência, de acordo com o entendimento da existência ou não de discrepância, ora majorando, ora reduzindo os valores arbitrados no *juízo a quo* e, como já dito, não revê a matéria de fato.

Para Hector Valverde Santana²⁶, a questão é que o próprio STJ reconhecendo que alguns casos que postos a julgamento em sede de Recurso Especial apresentam aspectos carentes de reexame fático, por envolver controvérsias relativas ao valor atribuído aos danos

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91 e 94.

²⁴ SOUZA, Alice Ribeiro de. *Arbitramento de reparação de danos morais e condições econômicas das partes*. Procuradora Jurídica da Câmara Municipal de Uberlândia (MG). Professora titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (MG). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (MG). Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ee2a8f73ebe363a5>>. Acesso em: 20 ago.2016.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Ementa: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 20 ago.2016.

²⁶ SANTANA, op. cit., p. 205.

morais, diante das finalidades constitucionais o STJ procurou superar o obstáculo criado pela súmula 7 e passou a admitir o controle da indenização.

Como exemplo, versando sobre relação jurídica de consumo com inscrição indevida pelo fornecedor do nome do consumidor em banco de dados de proteção ao crédito, o REsp 87.719/RJ²⁷:

Ementa: Dano moral. Indenização. Arbitramento. Possível, em tese rever o valor da indenização em recurso especial. Assim, quando se mostra evidentemente exagerada, distanciando-se das finalidades da lei que não deseja o enriquecimento de quem sofreu a ofensa. Possibilidade, ainda, de conhecimento pelo dissídio, cotejando-se o valor com o estabelecido para outras hipóteses. Hipótese em que se impunha a redução do valor fixado, tendo em vista que o constrangimento pelo autor não foi muito significativo.

No presente julgado observa-se a inexistência de um critério objetivo de valoração do dano moral no reexame da questão. A reforma do *decisum a quo* é fundamentada na afirmação de que a indenização se mostra evidentemente exagerada por atingir a cifra de 200 salários mínimos, hoje R\$176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), sendo reduzida para R\$6.000,00 (seis mil reais).

O fundamento do aresto parte da premissa de que a lei não admite o enriquecimento indevido, ou sem causa que o justifique, contudo, até o presente momento não há lei alguma que determine ou defina valores exatos capazes de mensurar a violação à dignidade humana, aos direitos da personalidade ao qual o bom nome do indivíduo está intimamente ligado.

O fornecedor, de grande poderio econômico e vencedor da demanda, teria mais cuidado a fim de evitar o cometimento de novas falhas como a de inscrever indevidamente o nome de alguém nos cadastros negativos de devedores, se fosse mantida a decisão da inferior instância.

Na questão dos danos morais a Excelsa Corte não parece ter atingido um objetivo lógico e coerente no sentido de renovar sua jurisprudência através de critérios técnicos e justos de avaliação do dano moral. Em alguns casos, os fundamentos das decisões do STJ, segundo os quais se aumenta ou reduz o valor dos danos atribuídos nas instâncias inferiores, são tão empíricos e vezeiros quanto os fundamentos das decisões destas.

Por fim, referência ao chamado dano moral *in re ipsa* que é o dano presumido da ocorrência do evento lesivo, conforme o conceito de Cláudia Lima Marques²⁸: “A presunção

²⁷ SANTANA, op. cit., p.205/206.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

decorre da vulnerabilidade do consumidor e da presença da boa-fé objetiva, a qual se revela verdadeira norma de conduta nas relações de consumo”.

A conceituação dada pela jurista especialista em Direito do Consumidor sintetiza a modalidade atual do melhor entendimento acerca do dano moral, porque ao menos é mais objetiva, não entrando no mérito da necessidade de prova de prejuízo subjetivo da vítima.

Cotejando o pensamento exposto, de acordo com Leonardo de Medeiros Garcia²⁹: “Importante ressaltar que no dano moral não há necessidade de se provar o prejuízo operado em razão do fato lesivo, *in re ipsa*, pois provada a ofensa, o dano moral será uma presunção natural decorrente das regras da experiência comum.”

O novo sistema proposto no Código de Processo Civil, através da implementação dos precedentes judiciais adotado pelo legislador, obviamente que se perseguido pelos julgadores, propiciará a redução das ações propostas por dano moral que se dará através de novo rumo das decisões proferidas nas altas cúpulas do judiciário.

As agências reguladoras, ANA, ANATEL, ANEEL, ANVISA dentre outras, além dos órgãos de fiscalização dos Poderes Executivos como o Procon e Delegacias do Consumidor devem se aliar nesse propósito atuando de maneira mais frequente e eficiente.

CONCLUSÃO

Especulou-se muito em torno da banalização e na indústria do dano moral nas relações de consumo visando creditar-se a existência do fato como sendo criação da própria vítima, muitas vezes objetivando proteger os poderosos fornecedores e justificar o não pagamento, ou, quando reconhecida a existência do dano, ao pagamento de valores ínfimos àqueles que efetivamente foram vítimas.

Os defensores de tal tese consideraram apenas fatos isolados de má fé que podem ser atribuídos a alguns consumidores a fim de justificá-la. Contudo, fato é que ela se revela injusta e contrária ao ordenamento jurídico, pois já parte da presunção de dúvida quanto à veracidade do dano alegado e experimentado pelo consumidor de forma generalizada, consequentemente favorecendo a continuidade das práticas abusivas pelo fornecedor resguardado pela impunidade.

²⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 11. ed., rev., ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2015, p. 90.

No dano moral *in re ipsa*, como visto, a presunção é da verdade das alegações prestadas pelo consumidor, enquanto o fornecedor não apresentar a prova em contrário, prevalece como verdade as alegações do consumidor.

A falta de previsão expressa da finalidade punitiva da reparação do dano moral na responsabilidade civil, tratada no Código de Defesa do Consumidor, sempre foi fator preponderante das práticas recidivas dos fornecedores que seguem na manutenção do *status quo*, sem buscar a melhoria da qualidade de seus empreendimentos num sentido amplo.

Mais do que enfatizar o enriquecimento indevido da vítima do dano moral, deve se buscar o estabelecimento de critérios capazes de reduzir a atuação dos fornecedores contumazes.

Não se trata de defesa irrestrita aos consumidores, pois por força da lei estes também são obrigados a observância da boa-fé objetiva, trata-se de obrigação bilateral e, em verdade como dito, casos há de má fé do consumidor que são verificadas no curso dos processos, contudo isto deve ser visto como exceção.

A grande totalidade dos eventos apontou sempre para a falha do fornecedor na gestão de seus negócios, pela constatação reiterada do dano pela conduta por ele praticada, e algumas vezes pelo risco do empreendimento.

Diante da ineficácia da finalidade punitiva do dano moral no atual sistema de consumo, porque não dizer em face de sua própria inexistência, a sociedade arca com pesados ônus e as vítimas do dano moral não têm segurança jurídica quanto ao êxito na busca de seus direitos.

Enfim, não há efetiva mudança no comportamento dos fornecedores poderosos por falta de sanção positiva que os intimide e a tutela do dano moral somente pode se tornar efetiva diante da existência real da finalidade punitiva do instituto jurídico.

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, e o princípio da necessidade de resguardar a dignidade da pessoa humana conforme dispõe seu artigo oitavo, o consumidor e toda a sociedade têm militando agora a seu favor a possibilidade de mudança de tal quadro. Podendo-se afirmar, por conseguinte, que a efetiva mudança ficará em grande parte a cargo da atuação dos tribunais e dos magistrados na apreciação do caso concreto.

REFERÊNCIAS

Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução n. 39/248, de 9 de Abril de 1985. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=fb3ef67d-9b64-442e-9ad5-b08bccc44d36> Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm> Acesso em: 01 ago. 2016.

_____. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

_____. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Ementa: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADPF 130 de 30 de abril de 2009. Declarada a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a atual Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Top 30 Maiores Litigantes: Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____, *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar: *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 11. ed. rev. atual. ampl. Bahia: : JusPODIVM, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto: *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PENNA, Bernardo. *Um outro lado da indústria do dano moral*. Disponível em: < http://bernardospenna.jusbrasil.com.br/artigos/184733762/um-outro-lado-da-industria-do-dano-moral?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 ago. 2016.

RHPORTAL. *Cooperação, solidariedade, ética responsabilidade social no ambiente corporativo*. Disponível em: <www.rhportal.com.br/.../cooperacao-solidariedade-etica-e-responsabilidade-social-no-ambiente-corporativo> Acesso em: 15 jul.2016.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Alice Ribeiro de. *Arbitramento de reparação de danos morais e condições econômicas das partes*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ee2a8f73ebe363a5>>. Acesso em: 20 ago. 2016.