

CLARISSE DINIZ SEIXAS

**A REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS AO CONSUMIDOR:
Um estudo sobre a aplicação da função punitiva da indenização face às
empresas de telefonia móvel no Distrito Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do UniCeub.

Orientador: Roberto Freitas Filho

BRASÍLIA

2009

Dedico este trabalho a meus pais, por todo amor, dedicação, força e incentivo em todos os momentos. À minha filha, razão da minha vida, que me fez persistir e concluir esta caminhada. A meus irmãos, pela paciência e apoio. A meu namorado, pela compreensão e companheirismo ao longo dessa jornada. E à minha Tia Dinda, que em tantos momentos me ensinou o valor e a importância do estudo.

Agradeço ao meu orientador, Prof.º Roberto Freitas Filho, pela paciência e disponibilidade. Ao Prof.º Walter Faiad de Moura, pela colaboração na realização da presente pesquisa. E aos funcionários do Segundo Juizado Especial Cível de Brasília, que me receberam com atenção e solicitude.

RESUMO

Por meio de pesquisa realizada no segundo Juizado Especial Cível de Brasília, o presente trabalho visa constatar a aplicação da função punitiva da indenização por danos morais a consumidores lesados pelas empresas de telefonia móvel no Distrito Federal, bem como os parâmetros e eficiência desta aplicação. Esta pesquisa aponta um grande número de ações movidas contra tais empresas, o que significa a reiteração de suas condutas lesivas, mesmo estando as decisões dos magistrados calcadas na atribuição de um caráter punitivo à indenização. Reside aí a importância da análise doutrinária e jurisprudencial da temática, já que não é admissível que os consumidores continuem a sofrer danos devido à má qualidade e prestação dos produtos e serviços oferecidos pelas operadoras de celular, surgindo a função punitiva da indenização por danos morais, estabelecida e aplicada segundo os critérios informadores e atendendo às finalidades por ela almejadas, como um meio de proteção do consumidor.

Palavras-chave: dano moral, função punitiva, consumidor, operadora de telefonia móvel.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO I - Número de ações.....	66
GRÁFICO II - Número de indenizações por danos morais.....	66
GRÁFICO III - Valores arbitrados a título de danos morais em 2007.....	67
GRÁFICO IV - Valores arbitrados a título de danos morais em 2008.....	67
GRÁFICO V - Principais reclamações dos consumidores em 2007.....	68
GRÁFICO VI - Principais reclamações dos consumidores em 2008.....	68

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	10
1.1 Origem, conceito e objetivo.....	10
1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	14
1.2.1 <i>Conduta</i>	14
1.2.2 <i>Nexo de causalidade</i>	17
1.2.3 <i>Dano</i>	21
1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	27
1.4 A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.....	30
2 O DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO	33
2.1 Previsão constitucional e infraconstitucional do dano moral	33
2.2 Critérios de reparação e quantificação do dano moral	34
2.3 As funções da reparação do dano moral	40
2.3.1 <i>A função compensatória</i>	41
2.3.2 <i>A função punitiva</i>	43
3 A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA FACE ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL EM BRASÍLIA - DF.....	51
3.1 Apresentação e metodologia.....	51
3.2 Justificativa.....	52
3.3 Resultados.....	52
3.4 Análise dos resultados	54
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64
APÊNDICE	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a aplicação da função punitiva da indenização por danos morais concedidas pelos Juizados Especiais Cíveis de Brasília em ações movidas contra empresas de telefonia móvel.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa simples no Segundo Juizado Especial Cível de Brasília, a fim de acompanhar a quantidade de ações buscando reparação por danos morais intentadas contra as empresas supracitadas, observando o seu aumento ou diminuição, e também sua fundamentação.

A temática se mostra relevante porque, atualmente, grande parte da população é usuária dos produtos e serviços oferecidos pelas empresas de telefonia móvel. Segundo dados divulgados em dezembro de 2006 pela Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL (que desde 1997 regula o setor de telecomunicações no Brasil), em nove anos de existência da agência, o número de celulares aumentou 21 vezes, indicando um crescimento de 2000% no número de aparelhos em serviço no Brasil. Em 1997, para cada 100 brasileiros, havia 2.5 celulares em serviço; ao final de 2006, para cada 100 brasileiros, 51 celulares estavam em operação. No Distrito Federal, eram 1.08 celular em serviço para cada habitante.¹

Por ser um mercado muito abrangente, danos decorrentes da má qualidade e prestação de produtos e serviços de telefonia podem ensejar um número alto de ações contra as operadoras. Não raro se fala, atualmente, em um “abarroamento” dos Juizados com ações

1 ANATEL. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=133828&assuntoPublicacao=Mais%202,6%20milhões%20de%20novas%20adesões%20e%20telefonia%20móvel%20ultrapassa%20os%20100%20milhões%20&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2006/release_22_12_2006mm.pdf> Acesso em: 29 Ago. 2009.

envolvendo estas empresas, que insistem em não readequar seu modo de operação e trabalho, insistindo em praticar condutas danosas contra seus clientes.

De tal fato decorre a importância de se analisar a possibilidade de aplicação de um valor a título punitivo-pedagógico à indenização por danos morais com relações às operadoras de celular.

O presente estudo tem por finalidade, baseado na pesquisa realizada, delinear a situação dos Juizados Especiais do Distrito Federal no que diz respeito ao número de ações movidas contra empresas de telefonia móvel, analisando ainda se a aplicação de indenização a título de danos morais deve focar não só a compensação dos danos sofridos pelo consumidor afetado, mas também o interesse coletivo, a fim de evitar novas lesões semelhantes no futuro.

No primeiro capítulo, é abordada a teoria geral da responsabilidade civil, sua origem, conceito, objetivo e pressupostos. É feita, ainda, uma análise acerca da classificação da responsabilidade, em subjetiva ou objetiva, e sua previsão no Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do dano moral, sua previsão constitucional e infraconstitucional, formas e critérios de reparação, bem como à questão acerca da fixação do *quantum* indenizatório a ser estabelecido. Por fim, são analisadas as funções que devem ser desempenhadas pela indenização por danos morais, o entendimento atual do assunto, dando-se ênfase à função punitiva.

A partir de dados obtidos por meio de pesquisa realizada no Segundo Juizado Especial Cível de Brasília, o último capítulo traz aos leitores um panorama da

situação dos Juizados Especiais Cíveis de Brasília no que diz respeito ao número de ações movidas contra empresas de telefonia móvel a título de danos morais, e, ainda, à fundamentação das decisões proferidas, verificando-se a aplicação ou não da função punitiva das indenizações, bem como os valores arbitrados pelos juízes a fim de atestar se essa função punitiva tem mesmo surtido os efeitos desejados. São apresentados, portanto, a metodologia aplicada, os resultados da pesquisa e sua análise, que demonstram a ausência ou ineficiência da aplicação da função punitiva às indenizações a que são condenadas as operadoras de celular, o que ressalta a importância do estudo do tema, buscando o aperfeiçoamento do instituto para sua aplicação efetiva e eficiente, em benefício não apenas dos consumidores lesados, mas da sociedade como um todo.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Origem, conceito e objetivo

O estudo da responsabilidade civil, atualmente, se mostra relevante, uma vez que está ela constantemente presente nas relações humanas. Conforme Maria Helena Diniz:

[...] cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios [...] que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação.²

Desde o início da civilização, o homem busca meios para restaurar o equilíbrio afetado pelo advento de um dano, daí surgindo a idéia da responsabilidade, que parte do pressuposto de que aquele causa um dano a outrem deve repará-lo.

Nos primórdios da humanidade, predominava a vingança coletiva, em que o grupo ao qual pertencia o indivíduo lesado reagia contra o agressor. Posteriormente, a reação a um dano sofrido passou a ser individual, a denominada vingança privada, que adotava a idéia da reparação do mal pelo mal, com a aplicação da Lei de Talião e, posteriormente, da Lei das XII Tábuas. Nessa época, o Estado somente intervinha para declarar em que ocasiões e circunstâncias a vítima tinha o direito de retaliação.³

Após esse período, surge o da composição. Isto porque se percebeu que a retaliação, em verdade, não reparava o dano sofrido, e sim o duplicava, já que além da própria

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 3.

³ *Ibidem*, p. 9-10.

vítima, o ofensor também era prejudicado. Seria então mais vantajoso entrar em composição com o causador do dano, que o repararia mediante pagamento de certa quantia de dinheiro.⁴

Surge então a *Lex Aquilia de damno*, que corrobora o conceito de reparação pecuniária do dano. Essa lei trouxe consigo a noção de culpa, ainda hoje consagrada, que passou a ser um pressuposto da responsabilidade, isentando o ofensor que agisse sem culpa. Aqui, o Estado passou a intervir nas relações privadas, fixando valores e impondo a composição, que era vista como reparação e pena ao mesmo tempo, não havendo separação entre responsabilidade civil e penal.⁵

Mas é no Direito francês que a teoria moderna da responsabilidade civil encontra sua inspiração; aperfeiçoando as idéias do direito romano, estabeleceu um princípio geral da responsabilidade civil, que influenciou a legislação de todo o mundo.⁶

No Brasil, a fase que antecede o surgimento de códigos e que diz respeito à responsabilidade civil pode ser dividida em três períodos, conforme prevê Caio Mário da Silva Pereira:

Na primeira, observa-se que as Ordenações do Reino tinham presente o direito romano, mandado aplicar como subsidiário do direito pátrio, por força da chamada Lei da Boa Razão [...] A segunda fase inaugura-se com o Código Criminal de 1830, que esboça, no instituto da “satisfação”, a idéia de ressarcimento [...] A terceira fase inicia-se com Teixeira de Freitas [...] Opunha-se ele a que a responsabilidade civil estivesse geminada à criminal.⁷

A partir daí, surgem os Códigos Penais de 1830 e 1940. O primeiro representou quase que mera repetição do contido no Código Criminal do Império, trazendo

⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 10.

⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 30.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6-7.

apenas algumas considerações acerca da responsabilidade civil; o segundo, por outro lado, inovou com certas disposições acerca do referido instituto.⁸

Surge então o Código Civil de 1916, e, finalmente, a legislação atual, o Código Civil de 2002, que trata amplamente da matéria, especialmente em seu artigo 927⁹, em que prevê expressamente a obrigação de reparação e dano causado a outrem.

O conceito de responsabilidade civil é ainda bastante controverso na doutrina. Para José de Aguiar Dias, a divergência doutrinária a respeito da sua definição diz respeito à noção de culpa, havendo uma concepção tradicional de culpa e outra concepção moderna do risco. Para o autor, porém, culpa e risco configuram modos ou fontes da responsabilidade civil, e não seu fundamento.¹⁰

É o que também afirma Caio Mário da Silva Pereira, para quem não importa qual é o fundamento da responsabilidade civil, se a culpa ou outro fator, mas sim que ela estará presente quando houver subordinação de um sujeito passivo ao dever de ressarcimento.¹¹

Maria Helena Diniz aborda os conceitos de culpa e risco em sua definição de responsabilidade civil:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21-22.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita a existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.¹²

A autora, em tão apertada síntese, traz a lume diversos aspectos da responsabilidade civil, dentre eles a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, distinção esta que abordaremos mais adiante mais detidamente.

Mas, apesar das divergências, todos os autores compartilham de uma idéia central, bem sintetizada por Sergio Cavaliere Filho: “Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.¹³

De acordo com o citado autor, há um dever jurídico originário, também chamado de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, ou secundário, que seria o de indenização do prejuízo sofrido. A responsabilidade civil seria justamente esse dever sucessivo, que tem por objetivo reparar o dano advindo do desrespeito a um dever originário.¹⁴

Rui Stoco compartilha do mesmo pensamento, ao dispor que:

[...] a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É, portanto, uma conseqüência e não uma obrigação original.¹⁵

Quanto ao objetivo principal da reparação civil do dano, se faz pertinente a lição de Maria Helena Diniz:

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 34.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. [...] A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*.¹⁶

Vê-se, portanto, que a razão de existir da responsabilidade civil é a tentativa de reequilibrar a ordem moral ou patrimonial de uma pessoa, ordem essa abalada por um dano. Visa-se o restabelecimento, na medida do possível, da situação anterior ao prejuízo, garantindo o direito da pessoa lesada.

Explicitados a origem, o conceito e objetivo da responsabilidade civil, passa-se a apontar e explicar os seus pressupostos.

1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

De suma importância o estudo, ainda que breve, acerca de cada um dos pressupostos que levam à obrigação de reparação de um dano. São eles: a conduta do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre os dois. Configurados esses três elementos, presente estará a responsabilidade civil.

1.2.1 Conduta

Sergio Cavalieri Filho conceitua a conduta como “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.¹⁷ Esse autor opta por utilizar essa terminologia em lugar do termo culpa e em lugar do termo “ação” em sentido lato, o que parece razoável. Isto porque, segundo ele, a culpa, isoladamente, não tem relevância jurídica, pelo que só passa a ter quando associada à conduta humana. Quanto ao termo ação em sentido amplo, aponta uma possível confusão com o termo “ação” em sentido estrito.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 5-6.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

Partilhando de idéia semelhante, Rui Stoco assim prevê:

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. [...] a conduta humana relevante para essa responsabilização apresenta-se como “ação” ou como “omissão”. Viola-se a norma jurídica, ou através de um *facere* (ação), ou de um *non facere* (omissão).¹⁸

Quanto às espécies de conduta (ação ou omissão), vale destacar que a ação constitui um comportamento comissivo, positivo, enquanto que a omissão configura uma abstenção. A omissão, por sua vez, isoladamente não tem o condão de gerar responsabilidade; ela só adquire relevância jurídica se o agente tem o dever de agir, praticar um ato a fim de obstar determinado resultado¹⁹ e ainda se atingir um bem juridicamente tutelado.²⁰

O aspecto da voluntariedade, quando da prática da conduta, é fundamental, uma vez que o agente não pode estar privado de sua vontade, devendo ter consciência de seus atos. A tal respeito, Maria Helena Diniz afirma que a conduta “Deverá ser voluntária no sentido se der controlável pela vontade à qual se imputa o fato”.²¹ Importante salientar outro aspecto relativo à voluntariedade, colocado por Rui Stoco:

A voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta.²²

Pode-se concluir que a voluntariedade exigida para configurar a responsabilidade civil nada tem a ver com uma intenção de causar dano a outrem, característica essa da figura do dolo. Assim, não importa se o comportamento do agente é

¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

²⁰ STOCO, Rui. Op. cit., p. 65.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 38.

²² STOCO, Rui. Op. cit., p. 129.

voltado a causar prejuízo, bastando que o tenha discernimento e o ato seja praticado livremente.

Ainda, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro tem por regra a responsabilidade subjetiva e que, conforme Sergio Cavalieri Filho, “A conduta culposa do agente erige-se [...] em pressuposto principal da obrigação de indenizar”²³, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a noção de culpa.

Caio Mário da Silva Pereira assim conceitua culpa:

[...] um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo. [...] O agente estava adstrito à obediência a uma norma. Se faltou com a sua observância, por imprudência ou negligência, cometeu um erro de comportamento, ou, como na expressão já reafirmada, um erro de conduta, e este é uma definição de culpa.²⁴

Tomando a culpa em sentido amplo, assim como o fez Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa a conceitua como “a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”.²⁵

Maria Helena Diniz, no que diz respeito à culpa, assim dispõe:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.²⁶

Infere-se que, para configuração do dever de indenizar, nos casos de responsabilidade subjetiva, deve o agente agir com culpa, tomando-se esta em seu sentido

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 69-70.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 27

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 40.

amplo, pois pode ainda a conduta culposa do agente ter sido praticada com dolo ou em uma das modalidades de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia).

Conforme Caio Mário Pereira da Silva, apesar da unidade do conceito de culpa, esta pode se manifestar de várias formas, embora todas elas caracterizem uma violação a um dever originário.²⁷ Não serão objeto de análise essas modalidades de culpa, uma vez que o cerne deste projeto está na responsabilidade objetiva (que prescinde de culpa).

Após esta explicação, passa-se ao estudo do segundo pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, qual seja o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

1.2.2 Nexo de causalidade

Conforme já foi dito anteriormente, o nexo de causal entre o dano sofrido e a conduta do agente é o segundo pressuposto para a configuração da responsabilidade civil. Embora aparentemente simples, sua delimitação, na prática, traz alguns problemas, que à frente iremos abordar.

Conforme lição de Sergio Cavaliere Filho, o conceito de nexo causal, *a priori*, não é jurídico, e sim decorrente das leis naturais; seria o vínculo de causa e efeito entre uma conduta e um resultado, determinando se o resultado obtido é consequência natural da conduta voluntária do agente.²⁸

Também Sílvio de Salvo Venosa aponta a derivação do conceito de nexo causal como advinda das leis naturais ao dispor que “o conceito de nexo causal, nexo

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 70.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano”.²⁹

Maria Helena Diniz assim conceitua:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.³⁰

Infere-se, portanto, que o nexo de causalidade é de fundamental importância na apuração da responsabilidade civil, uma vez que é por meio de sua análise que se pode apontar quem deu causa ao prejuízo, ou nas palavras de Rui Stoco “o nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do agente”³¹, e sendo que “a rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado”.³²

Uma primeira questão a ser observada é que não se deve confundir imputabilidade com nexo de causalidade. Caio Mário da Silva Pereira traz a distinção bastante pertinente feita por Serpa Lopes, para quem o nexo causal consiste na determinação de elementos externos, objetivos que são a ação ou omissão do agente, e a imputabilidade diz respeito a elemento interno, subjetivo do agente.³³

Ainda sobre esse assunto, Sergio Cavalieri Filho, utilizando-se da lição de Serpa Lopes prevê:

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 45.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 96.

³¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 151.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 76.

Quando se cogita de *imputabilidade* ou da *culpabilidade*, temos que determinar quais as condições necessárias a que um resultado deva ser imputado *subjetivamente* ao seu autor, enquanto o problema do *nexo causal* diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado *objetivamente* à ação ou omissão de uma pessoa.³⁴

Como já mencionado anteriormente, grandes são as dificuldades enfrentadas quando da delimitação do nexo de causalidade na configuração da responsabilidade civil. A primeira delas diz respeito à sua prova; a segunda, diz respeito à multiplicidade de causas e a determinação do fato que verdadeiramente causou o dano.³⁵

A primeira situação, diz respeito à dificuldade de prova do nexo causal, que residiria no fato que “sendo o nexo de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser provado. O *onus probandi* caberá ao autor da demanda”.³⁶

A dificuldade maior, porém, diz respeito à situações de causas múltiplas, em que deve-se determinar qual o fato constitui a real causa do dano. É o que diz, dentre outros autores, Sergio Cavalieri Filho:

Quando o resultado decorre de um *fato simples*, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de *causalidade múltipla*, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado.³⁷

A fim de solucionar esses problemas, várias teorias foram criadas, sendo as principais delas a teoria da equivalência dos antecedentes ou condições e a teoria da causalidade adequada. Importante ressaltar, porém, que nenhuma delas é regra absoluta,

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 46.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 98.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 46.

devendo ser o nexó causal analisado e delimitado caso a caso, com base nas provas apresentadas e nos princípios gerais do direito.³⁸

A primeira teoria, não faz distinção entre causa e condição, sendo causa aquilo de que depende a existência de algo, e condição aquilo que permite que a causa produza seus efeitos. Assim, essa teoria reza que se várias condições concorrem para um resultado comum, todas elas têm a mesma importância, ou seja, são equivalentes. Portanto, não se faz necessário determinar qual delas foi a mais adequada à produção do resultado danoso.³⁹

A crítica a esta teoria é bem representada pela lição de Philippe Malaurie e Laurent Aynés, trazida por Caio Mário da Silva Pereira, que aponta o afastamento desta tese “por ter levado muito longe as implicações da responsabilidade ao atribuir a um dano um número infinito de causas. Elas tenderiam a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”.⁴⁰

A segunda teoria que busca a determinação do nexó de causalidade, a teoria da causalidade adequada, diferentemente da teoria da equivalência de antecedentes, faz distinção entre causa e condição, considerando causa como o antecedente necessário e adequado à produção do resultado. Assim, concorrendo várias condições para o resultado, é necessário verificar qual delas foi a mais adequada para tal; conclui-se, então, que nem todas as condições que levam a um determinado resultado são causas deles, mas unicamente aquela mais adequada a produzi-lo.⁴¹

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 47.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 78.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 48.

Esta teoria, no Brasil, é a que prevalece na esfera civil. Surge dela o problema relacionado ao critério a ser utilizado para se estabelecer a causa adequada em uma situação de multiplicidade. Caberá ao julgador, em cada caso concreto, avaliar a situação, sendo que “além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. [...] a causa mais adequada será aquela que teve interferência decisiva”.⁴²

Por fim, cumpre apontar, ainda que superficialmente, as causas ou motivos de exclusão do nexo de causalidade apontados unanimemente pela doutrina, quais sejam culpa exclusiva da vítima, em que o agente que causa a ofensa é mero instrumento do acidente, culpa de terceiro, em que o dano é provocado por pessoa além da vítima ou do agente e que ao tenham qualquer ligação com eles, e caso fortuito e força maior, caso em que se configura a inevitabilidade do evento e ausência de culpa na produção do fato.⁴³

Analisado o nexo de causalidade, passa-se agora a analisar o terceiro e último pressuposto da responsabilidade civil, qual seja o dano.

1.2.3 Dano

A consideração feita por Rui Stoco resume a importância do dano na responsabilidade civil, ao dispor que “não havendo dano, não há indenização, como ressuma óbvio, pois o dano é pressuposto da obrigação de indenizar”.⁴⁴

No mesmo sentido, prevê Maria Helena Diniz que “só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 47-48.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 98-101.

⁴⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde não há o que reparar”.⁴⁵

Sergio Cavalieri Filho traz o conceito de dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral [...].⁴⁶

Importante ressaltar, antes de tudo, que a reparação do dano não pode trazer benefício à vítima, ou seja, não pode lhe trazer um enriquecimento sem causa, visto que, como já dito anteriormente, o objetivo da indenização é o de reintegrar a vítima ao seu *statu quo ante*.⁴⁷

A doutrina entende que o dano, dentro da responsabilidade civil deve ser atual e certo. Atual, não se exigindo que o prejuízo esteja plenamente configurado, e sim que haja certeza de que existirá ou que possa ser apreciado por ocasião do julgamento; e certo, pois não se pode pedir a reparação de um prejuízo eventual.⁴⁸ Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira “normalmente, a apuração de *certeza* vem ligada à *atualidade*. O que se exclui de reparação é o dano meramente *hipotético*, *eventual* ou *conjuntural*, isto é, aquele que pode não vir a se configurar”.⁴⁹

Maria Helena Diniz aprofunda a temática e aponta seis requisitos que ensejam a reparação de um dano, quais sejam: a) diminuição de um bem jurídico pertencente a uma pessoa, pois o dano acarreta lesões a outra pessoa; b) certeza do dano, pois a lesão não

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 55.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 39-40.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 41.

pode ser hipotética; c) causalidade, pois deve haver relação entre a conduta e a lesão; d) subsistência do dano, pois se o dano já foi reparado pelo seu causador, não há que se falar em responsabilidade; e) legitimidade, pois a vítima deve ser a titular do direito afetado e f) ausência de excludentes de responsabilidade, pois, caso estejam elas presentes, desaparece a obrigação de ressarcimento.⁵⁰

Vale, neste momento, fazer menção a um tema delicado, que diz respeito à teoria da perda de uma chance, idéia relacionada à de lucro cessante, na medida em que a doutrina francesa, por quem foi criada, a adotava em casos em que a vítima perdia a oportunidade de melhorar sua situação futura em virtude de um ato ilícito.⁵¹

Entende-se por perda de uma chance a situação em que “em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”⁵². A discussão que daí surge é se há nessas situações um dano a reparar.

Para Sílvio de Salvo Venosa, chance configura uma situação em que há uma oportunidade de ganhos futuros; na perda de uma chance, ocorre uma frustração no alcance desses ganhos, o que autorizaria a imposição de uma indenização, tendo em vista se tratar de perda patrimonial e não mera expectativa.⁵³

Feitas estas considerações, passa-se à diferenciação entre danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 58-61.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

⁵² *Ibidem*, p. 75.

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 35.

1.2.3.1 Dano patrimonial (material)

Como próprio nome dá a entender, o conceito de dano patrimonial está ligado à noção de patrimônio, sendo este, segundo Silvio Neves Baptista, “o conjunto de direitos e deveres economicamente apreciáveis, composto dos elementos ativos e passivos de uma pessoa”⁵⁴, sendo, portanto, o dano material aquele que afeta o patrimônio de alguém, ou, conforme Sergio Cavalieri Filho:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.⁵⁵

Dentro da categoria dano material, podemos identificar o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro, que também é conhecido como dano positivo, implica uma diminuição real e efetiva do patrimônio da vítima; o segundo representa o lucro que a vítima deixou de obter em razão da lesão.⁵⁶ Sobre a temática, conclui Sergio Cavalieri Filho:

[...] o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento.⁵⁷

A medida do dano patrimonial é obtida calculando-se a diferença entre o valor patrimonial atual da vítima, e o valor que este teria, nesse mesmo momento, se não houvesse ocorrido o dano, o que leva a um valor pecuniariamente definido. Lembrando-se que, em certas hipóteses, é possível retornar à situação anterior ao dano, sem o pagamento de um valor em dinheiro, mas sim com sua reparação natural.⁵⁸

⁵⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 63.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 72.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 62.

1.2.3.2 Dano extrapatrimonial (moral)

Neste primeiro momento, será feita uma breve conceituação do dano moral, tendo em vista que o tema será estudado neste trabalho, sendo reservado um capítulo exclusivo para a abordagem do assunto.

O conceito de dano moral não é uniforme na doutrina, que se utiliza de dois critérios para defini-lo, um negativo e outro positivo. Os que utilizam um conceito negativo crêem que dano moral é aquele dano que não tem caráter patrimonial; os outros, porém, que utilizam um conceito positivo, acreditam que o dano moral importa em afetação do lado emocional e psicológico da pessoa, representando sofrimento, humilhação, dor.⁵⁹

Utilizando o primeiro critério, pode-se citar Maria Helena Diniz, para quem “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada por fato lesivo”⁶⁰. Adepto do segundo critério, Sílvio de Salvo Venosa afirma que “dano moral é prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.⁶¹

Sergio Cavalieri Filho adota uma perspectiva mais ampla, assim enunciando:

Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. [...] À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o *dano moral* por dois aspectos. Em *sentido estrito*, dano moral é *violação do direito à dignidade*. [...] Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. [...] É a *dignidade humana*, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 81.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 39.

agressão resulta no que se convencionou chamar de *dano moral*. Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que estão diretamente vinculados à sua dignidade. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não esteja arranhada. [...] Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária [...].⁶²

Infere-se, portanto, que para o autor, dano moral é aquela lesão à dignidade, aos direitos personalíssimos da pessoa, que, tendo um caráter não patrimonial, não tem um valor exato a ser compensado.

Apesar das diferenças doutrinárias, parece certo afirmar que, por ter natureza não patrimonial, a configuração do dano moral acarreta dificuldades no que diz respeito à sua justa reparação. Isto porque é difícil estabelecer quais ações e suas conseqüências ensejam a responsabilidade do agente por dano moral. Sergio Cavalieri Filho aponta a situação em que se configura o dano moral:

[...] 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 aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral [...].⁶³

Assim, caberia ao juiz a difícil tarefa de analisar cada caso concreto, uma vez que não há uma regra única a ser seguida na busca da justa reparação do dano moral. Parece o mais sensato se adotar o critério objetivo do homem médio, não tendo como base nem o indivíduo excessivamente sensível, nem aquele totalmente insensível, o que requer uma atuação árdua de bom senso e razoabilidade do juiz ao decidir.⁶⁴

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80-81.

⁶³ *Ibidem*, p. 85.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 39.

Feitas estas considerações, passa-se a uma análise, ainda que breve, da classificação da responsabilidade civil, em subjetiva ou objetiva.

1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Tendo em vista que o presente trabalho trata do estudo da responsabilidade civil e do direito do consumidor, faz-se necessário abordar, ainda que brevemente, a classificação da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, já que esta última prevalece na esfera consumerista.

Uma das grandes polêmicas na doutrina responsabilidade civil é determinação do seu fundamento. Daí a o aparecimento de duas correntes: uma adepta da teoria da responsabilidade subjetiva, ou teoria da culpa, e outra adepta da teoria da responsabilidade objetiva, ou teoria do risco. Como se pode inferir, a culpa é o critério utilizado para esta classificação.

Caio Mário Pereira da Silva assim define a teoria da responsabilidade subjetiva:

[...] a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o *comportamento culposo* do agente, ou simplesmente a sua *culpa*, abrangendo no seu contexto a *culpa propriamente dita e o dolo do agente*.⁶⁵

Para Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil se apresenta como subjetiva quando “encontrar sua justificativa na culpa ou no dolo por ação ou omissão lesiva a

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: 1999, p. 30.

determinada pessoa”.⁶⁶ Assim, é imprescindível a prova de culpa do ofensor para ser configurada a obrigação de indenizar o dano.⁶⁷

Pode-se concluir, portanto, que na responsabilidade subjetiva, deve haver culpa do agente; culpa aí entendida como culpa *lato sensu*, uma vez que nela estão contidos o dolo e a culpa *stricto sensu*. Assim, para que haja o dever de reparação, deve ser provada a culpa do ofensor.⁶⁸

Na sociedade moderna, com o aumento populacional e tecnológico, surgiram várias situações em que não era possível fazer prova da culpa do agente causador do dano. Assim, em muitos casos, a responsabilidade subjetiva se mostrava inapropriada a resolver os conflitos e possibilitar a justa reparação do dano. É neste contexto que surge a doutrina da responsabilidade objetiva.

Na busca de um fundamento que a sustentasse, os juristas criaram a chamada teoria do risco, sendo este tido como perigo, possibilidade de ocorrência de dano.⁶⁹ Assim, aquele que cria um risco com a atividade que desenvolve ou os meios utilizados para tal, deve suportar o prejuízo causado em decorrência de sua conduta, o que tem como objetivo assegurar a segurança jurídica.⁷⁰

Segundo Maria Helena Diniz a responsabilidade civil se apresenta como objetiva “se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens”.⁷¹ Assim, não importa se o ofensor agiu culposa ou

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 116.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 136.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 20-21.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 116.

dolosamente, bastando para a configuração do dever de indenizar a existência do nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.⁷²

Analisando-se os conceitos doutrinários sobre responsabilidade objetiva, infere-se que os seus pressupostos são praticamente os mesmos da chamada teoria geral da responsabilidade civil, quais sejam a conduta do agente, o dano e o nexo causal entre esses dois, ficando dispensada apenas a existência de culpa. É o que ensina Sergio Cavaliere Filho:

[...] na responsabilidade objetiva teremos uma conduta ilícita, o dano e o nexo causal. Só não seria necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar.⁷³

Importante ressaltar que na responsabilidade objetiva, a culpa pode até existir, mas esta não será considerada, sendo relevante somente a necessidade de reparação do dano. Daí porque não parece correto denominar essa modalidade de responsabilidade como “responsabilidade sem culpa”.⁷⁴

Sendo irrelevante a existência de culpa por parte do agente, ganha especial relevância o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano uma vez que “sem a culpa como um dos pressupostos da responsabilidade, toda a questão é solucionada no âmbito da causa”.⁷⁵

A responsabilidade objetiva, que também está presente no Código Civil Brasileiro de 2002, pode ser encontrada em matéria de direito ambiental, acidentes de trabalho e direito do consumidor, como veremos adiante.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 116.

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134.

⁷⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

⁷⁵ GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53.

1.4 A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor representou uma verdadeira revolução, trazendo mudanças significativas no que diz respeito à defesa do consumidor. Antes de sua criação, o consumidor era obrigado a provar culpa do fornecedor em caso de dano provocado pelo produto ou serviço contratado, o que muitas vezes se mostrava impossível. Conseqüentemente, muitas vezes o consumidor se via desamparado, tendo que arcar com o prejuízo sofrido. Surgiu, então, a necessidade de criação de um meio de proteção dessa classe.

O referido código surgiu com o objetivo de tutelar os interesses patrimoniais e morais dos consumidores, sendo a vulnerabilidade destes o fundamento principal do citado diploma, que busca sempre compensar o desequilíbrio decorrente desta vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.⁷⁶

Segundo Sílvio Venosa, o Código de Defesa do Consumidor tem caráter interdisciplinar, pelo que se diz que criou um microsistema jurídico, uma vez que contém normas de direito comercial, civil, penal, processual, administrativo.⁷⁷

Sergio Cavalieri Filho, porém, adota posição divergente, quando, versando sobre a incidência do referido código, afirma:

[...] o Código do Consumidor [...] criou uma *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito* aplicáveis em toda e qualquer área do Direito onde ocorrer relação de consumo. [...] Seria uma temeridade, e até uma impossibilidade, se o legislador pretendesse retirar dos múltiplos diplomas legais tudo aquilo que se relaciona com os direitos ou interesses do consumidor para concentrar tudo isso em um *minissistema jurídico*. Por isso, sem retirar as relações de consumo do campo do Direito onde por natureza se situam, sem afastá-las do seu natural *habitat*, [...] a nova disciplina do

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 463-464.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 4, p. 197.

Código de Defesa do Consumidor alcança as relações de consumo onde quer que elas venham a ocorrer.⁷⁸

Pode-se inferir daí que, sempre que houver uma relação de consumo, entre um consumidor e um fornecedor, deverão ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor.

No Código de Defesa do Consumidor, podemos encontrar as duas modalidades de responsabilidade civil, a subjetiva e a objetiva. Esta última prevalece, devido à teoria do risco, mais especificamente, do risco do empreendimento, sendo que a adoção da responsabilidade objetiva representa uma garantia mais efetiva de que o dano causado ao consumidor será reparado, já que desonera o consumidor de provar a culpa do fornecedor.

Essa teoria baseia-se na idéia de que é dever daquele que obtém lucros em decorrência de uma atividade arcar com os danos oriundos desta. Os fornecedores visam o lucro ao oferecer seus produtos e serviços no mercado, sendo que estes podem causar danos aos consumidores; ora, se estes fornecedores auferem benefícios com os bens que negociam, é correto que reparem os malefícios gerados por estes bens. Nasce, portanto, uma responsabilidade voltada apenas aos efeitos causados pelos produtos e serviços, responsabilidade esta que está voltada aos consumidores em geral.⁷⁹

Atualmente, as empresas, incluídas aí as de telefonia móvel, visam o lucro acima de qualquer coisa; muitas vezes oferecem produtos e serviços defeituosos, mesmo sabendo que estão descumprindo a lei. Isto porque, muitas vezes, o custo do descumprimento da legislação consumerista é menor do que a adequação da prestação de seus produtos e serviços aos seus consumidores.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 467.

⁷⁹ GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58-60.

Diante desta situação, mesmo não havendo previsão legal sobre a função punitiva da indenização, esta vem sendo adotada no direito brasileiro como forma de punição e prevenção de condutas lesivas contra os consumidores, e no caso das empresas de telefonia móvel, buscando-se uma conscientização de que deve haver uma melhoria no modo de prestação dos produtos e serviços oferecidos.

2 O DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO

2.1 Previsão constitucional e infraconstitucional do dano moral

Como já fora dito anteriormente, dano moral é toda lesão que atinge a dignidade, os valores morais de uma pessoa, tanto em seu âmbito pessoal quanto social, sendo sua natureza imaterial, o que impede sua valoração econômica.

Esse caráter imaterial, entretanto, não implica a irreparabilidade do dano moral, como muitos doutrinadores acreditavam no passado. As controvérsias acerca do dano moral se davam porque acreditava-se que, por se tratar de uma lesão de cunho extrapatrimonial, este não podia ser mensurado. Em outro momento, até admitia-se o ressarcimento do dano moral isoladamente, pois, configurando-se dano patrimonial e moral, este era absorvido por aquele.⁸⁰

A Constituição de 1988 pôs fim às divergências ao prever expressamente a reparabilidade dos danos morais nos incisos V e X de seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem:[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 467.

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), nos incisos VI e VII de seu artigo 6º⁸¹ admite a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais.

Pode-se ainda mencionar os artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro; o primeiro, ao prever que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e o segundo, enunciando que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, admitem a reparabilidade do dano moral.

Vê-se, portanto, não cabe mais discussão acerca da reparabilidade dos danos morais, tendo em vista sua previsão expressa tanto na Constituição Federal como em outros diplomas infraconstitucionais.

2.2 Critérios de reparação e quantificação do dano moral

Sobre o entendimento de que o dano extrapatrimonial é passível de reparação não pairam mais dúvidas. Importante, porém, salientar que existem dissabores do dia-a-dia que todos devem suportar para que se possa manter uma convivência social harmônica. Assim, simples aborrecimentos não são passíveis de indenização, conforme ensina Antonio Jeová Santos:

O *dano moral* somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o *dano moral* passível de ressarcimento. [...] O reconhecimento do *dano moral* exige determinada

⁸¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais.⁸²

Havendo real lesão à dignidade, a um direito personalíssimo, configurado estará o dano moral, e, portanto, deverá este ser reparado. Segundo Sérgio Severo, existem dois critérios a serem observados na reparação do dano: a reparação *in natura* e a reparação por equivalente.⁸³

Segundo o autor, a reparação *in natura* “consiste na forma mais perfeita de reposição do *status quo ante*, uma vez que atribui um bem de natureza materialmente equivalente ao bem subtraído”.⁸⁴ Para ele, porém, esse tipo de reparação para os danos morais se torna excepcional, uma vez que estes não estão sujeitos à reposição por um bem equivalente ou idêntico, sendo impossível retornar à situação anterior ao dano.⁸⁵

Já a reparação por equivalente pecuniário consiste na “entrega de dinheiro que servirá para restauração da coisa afetada”⁸⁶ ou ainda “na atribuição de uma soma pecuniária para compensar o prejuízo”.⁸⁷ Esse seria um critério que se aproxima de uma indenização justa, visto que proporciona à vítima a possibilidade de ver seu patrimônio retornar à situação semelhante, ou às vezes até idêntica, à existente antes do dano.⁸⁸

Se a reparação por equivalente pecuniário, ou seja, a indenização propriamente dita, impõe alguns obstáculos à consecução de uma indenização justa nos casos de danos patrimoniais, quanto aos danos extrapatrimoniais a dificuldade tende a ser bem maior. Isto devido à natureza não econômica dessa espécie de dano.

⁸² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113.

⁸³ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 192.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 192.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 193-194.

⁸⁶ SANTOS, Antonio Jeová. Op. cit., p. 155.

⁸⁷ SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 194.

⁸⁸ SANTOS, Antonio Jeová. Op. cit., p. 155.

A questão que surge, então, diz respeito à forma adequada de reparação do dano moral. A esse respeito, afirma Sérgio Severo:

Veja-se que os danos extrapatrimoniais representam interesses sem expressão econômica, porém a sua satisfação dar-se-á em moeda na maioria dos casos. De forma que o dano é extrapatrimonial, mas a satisfação será patrimonial.⁸⁹

Assim, vê-se que a maneira mais adequada e justa de reparação do dano moral, em que é praticamente impossível se retornar ao *status quo ante* (reparação *in natura*), é a entrega de um valor pecuniário, valendo ressaltar a função peculiar desempenhada por essa indenização, nas palavras de Antonio Jeová Santos:

Enquanto no dano patrimonial o dinheiro assume preponderante função de equivalência, ou seja, com alguma exatidão cumpre o objetivo da responsabilidade civil que é o de restabelecer o patrimônio afetado, no *dano moral* o dinheiro serve a fim distinto. Jamais será o equivalente do dano, mas terá como fundamento a satisfação, a compensação da vítima.⁹⁰

É o que também ensina Carlos Alberto Bittar ao afirmar que “quanto aos danos morais, a reparação constitui compensação ao lesado pelo constrangimento, dor, ou aflição, ou outro sentimento negativo decorrente do fato lesivo”.⁹¹

A compensação, como será visto mais adiante no presente trabalho, é uma das funções a ser desempenhada pela indenização quando da reparação de danos morais. Antes de aprofundar o estudo a respeito das funções desse tipo de indenização, será feita uma breve abordagem dos critérios de fixação do valor a ser-lhe atribuído, tema este polêmico na atual doutrina e jurisprudência.

⁸⁹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 196.

⁹⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

⁹¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 256.

A dificuldade nessa apuração do valor a ser pago a título de indenização por dano extrapatrimonial, como já fora dito anteriormente, é bem resumida nas palavras de Humberto Theodoro Jr., ao afirmar que “quando o caso é de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome, etc.) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica”.⁹²

Além desse obstáculo, imposto pela própria natureza do dano moral, não há ainda estabelecidos critérios certos e seguros a serem observados pelos magistrados quando da fixação do *quantum* indenizatório. Por esse motivo, há uma grande divergência de valores entre condenações impostas em casos semelhantes, já que cada juiz faz sua leitura e interpretação em cada caso concreto, o que acaba por ameaçar a almejada segurança jurídica.

Na busca da quantificação justa da indenização, três são os grupos de critérios de valoração dos danos morais existentes, como aponta Wesley de Oliveira Louzada Bernardo: os critérios matemáticos, o tabelamento e o arbitramento judicial.⁹³

Os critérios matemáticos vinculam o dano moral aos danos patrimoniais, estabelecendo a aplicação de uma equação já definida pra se chegar ao valor da indenização. Segundo o mencionado autor, esses critérios não são os mais adequados por dois motivos, a saber:

[...] 1) vinculam-se demasiadamente ao dano material. Tal fato dá ensejo a que, uma vez ausente o dano material, difícil se torne a indenização por dano moral. Como, na maioria das vezes, há, paralelamente ao dano moral, um dano material, existe, então, a possibilidade cálculo, possibilidade esta, entretanto, que dá azo a injustiças, já que, por vezes, o dano material é mínimo e o dano moral de grande amplitude, o que tornará o valor insuficiente à reparação ou demasiado (quando o dano material for de maior monta que o dano moral); 2) para suprir a incongruência apontada no item

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 28-29.

⁹³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118.

anterior, os critérios matemáticos variam muito [...] o que lhes retira a propalada objetividade e a perseguida segurança jurídica.⁹⁴

O tabelamento consistiria, como o próprio nome revela, no estabelecimento de uma tabela, com valores mínimos e máximos a serem atribuídos à indenização, ficando os juízes a eles adstritos e a sociedade ciente de suas chances de êxito. Como o critério anteriormente apresentado, o tabelamento não se mostra tão adequado; primeiramente porque pode ocorrer a fixação de valores irrisórios, que não reparem efetivamente o dano; segundo porque o estabelecimento de uma tabela poderia igualar situações diversas, mesmo que aparentemente iguais; e, por fim, não haveria como montar uma tabela que contemplasse todos os danos possíveis, já que não se pode prevêr fatos futuros.⁹⁵

Por fim, o arbitramento judicial se mostra a alternativa mais coerente para a consecução de uma indenização justa, já que nele é o juiz, que acompanhou todo o processo, quem fixa o valor a ser pago, não havendo limite mínimo e máximo ou tabelas a serem seguidos.⁹⁶

Apesar desta liberdade conferida ao magistrado, este deve seguir alguns parâmetros quando de seu julgamento, motivando e justificando sua decisão, a fim de se evitar arbitrariedades ou injustiças.

Antonio Jeová Santos aponta critérios gerais e particulares para o arbitramento. Os gerais seriam: a percepção da incomensurabilidade do dano moral, um piso flexível, um teto prudente, a observância do contexto econômico do país, prova clara e

⁹⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 119.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 132-134.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 162-163.

convincente do dano, capacidade moderadora do juiz, a equidade e necessidade de um consenso de entendimento dos julgadores.⁹⁷

Já os critérios particulares seriam quatro: grau de reprovabilidade da conduta, intensidade e duração do sofrimento, capacidade econômica do lesante e condições pessoais do lesado.⁹⁸

O pensamento de Wesley de Oliveira apresenta alguns pontos de convergência com a opinião de Antonio Jeová, já que aponta como parâmetros a serem observados no arbitramento a extensão do dano, o grau de culpa, a situação econômico-financeira das partes e razoabilidade e proporcionalidade, além de acrescentar o caráter compensatório e punitivo da indenização.⁹⁹

Para Wesley de Oliveira, a extensão do dano deve ser medida levando-se em conta a esfera da dignidade lesada (honra, vida, liberdade, etc), a duração do dano e sua repercussão. O grau de culpa, que para ele não deveria ser utilizado como critério de quantificação da indenização, diz respeito à variação de reprovabilidade da conduta do agente. Quanto à observância da situação econômico-social da vítima e do ofensor, Wesley de Oliveira também não é favorável à sua adoção, já que nesse critério são levados em conta os recursos das pessoas, o que poderia levar tanto ao enriquecimento ilícito da vítima quanto a um exagero na condenação do ofensor. A razoabilidade e proporcionalidade, princípios consagrados, devem nortear a fixação do *quantum* indenizatório.¹⁰⁰

⁹⁷ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180-185.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 186.

⁹⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 165-193.

Para o supracitado autor, que adota fundamentalmente o critério da extensão do dano como mais eficiente e justo, a aplicação de um caráter punitivo quando da fixação da indenização traria problemas em nosso ordenamento. Essa temática será objeto de aprofundamento em seguida.

Carlos Alberto Bittar também aponta alguns fatores a serem observados ao se determinar a reparação:

Inserem-se, nesse contexto, fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, que, na prática, acabam influenciando no espírito do julgador, a saber, de um lado, a análise do grau de culpa do lesante e a eventual participação do lesado na produção do efeito danoso, e, de outro, a situação patrimonial e pessoal das partes e a proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito. [...] Além disso, nessas situações, tem-se permitido o uso, pelo juiz, do critério da equidade, contornando-se os rigores que de uma inflexível aplicação da lei resultariam. [...] Acentue-se, por fim, que a personalidade do lesado, em especial sua notoriedade, é outro fator de relevo na determinação da reparação competente [...]¹⁰¹

Já Humberto Theodoro Jr. aponta apenas dois dados a serem observados, quais sejam “o nível econômico do ofendido; e o porte econômico do ofensor”.¹⁰²

Como se vê, há pontos de convergência e divergência no que diz respeito aos critérios de fixação do valor indenizatório. O certo é que esta difícil tarefa se baseia essencialmente no bom senso e equidade do juiz, que tem o poder de decidir sobre o valor justo a ser pago a título de indenização por danos morais.

2.3 As funções da reparação do dano moral

Como já dito anteriormente, a responsabilidade civil surge como uma tentativa de reequilíbrio da ordem patrimonial ou moral de uma pessoa, após a ocorrência de

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 221-227.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 37.

um dano, sendo sua função primordial a reparação desta lesão, seja por meio do ressarcimento do ofendido, no caso de danos patrimoniais, seja por uma compensação a ele oferecida, no caso de danos morais.

Ocorre que, com o passar do tempo e com o aumento da complexidade nas relações jurídicas, viu-se a necessidade de atribuir à responsabilização do ofensor, uma função além daquela reparadora já existente; em certas situações, viu-se a necessidade de atribuir-lhe um caráter punitivo-pedagógico.

É o que ensina Maria Celina Bodin de Moraes:

Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém duplo aspecto, constituído-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.¹⁰³

A seguir, será feita uma exposição acerca das funções a serem contempladas quando da reparação dos danos morais.

2.3.1 A função compensatória

Com relação aos danos morais, dada sua natureza imaterial, é praticamente impossível a sua reparação *in natura*, ou seja, que haja o retorno à situação anterior ao dano; a forma de reparação, portanto, seria a entrega de uma quantia ao ofendido. Ao lado disso, porém, está o fato de não se poder atribuir um montante pecuniário exato à lesão, sendo, assim, o valor pago apenas uma compensação ao dano sofrido, e não seu ressarcimento.

É o que ensina Yussef Said Cahali:

¹⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2003, p. 219.

[...] a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.¹⁰⁴

Compartilha da mesma opinião Américo Luís Martins da Silva ao prever que a indenização paga a título de dano moral “é uma satisfação compensatória, como um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica pela vítima sofrida”.¹⁰⁵

E no mesmo sentido Antônio Jeová dos Santos:

Seja patrimonial ou moral. O que se concretiza na realidade do mundo é que ninguém deve prejudicar a outrem. E, se caso houver essa ocorrência, que o ofensor se submeta à conseqüência mais imediata que é retirar do bolso certa quantia que sirva como lenitivo para a vítima [...] A compensação em dinheiro exerceria a função de contrapeso da sensação negativa existente quando da incidência da lesão e que produziu menoscabo na subjetividade do ofendido.¹⁰⁶

Importante ressaltar aqui que, apesar de serem utilizados como sinônimos pela doutrina, os termos compensação e satisfação apresentam distinções terminológicas, sendo o dano na compensação passível de avaliação exata, enquanto que na satisfação essa valoração se mostra impossível.¹⁰⁷ Assim, no presente trabalho, apesar desta diferenciação, os termos serão tratados como equivalentes.

Assim, a função compensatória da reparação se apresenta como uma forma de diminuir o sofrimento causado pelo dano, abrandando suas conseqüências, sendo a quantia

¹⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

¹⁰⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

¹⁰⁶ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

¹⁰⁷ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Abril/Junho, v. 7, n. 26, 2006, p. 117.

paga à vítima um meio pelo qual ela poderia superar de modo melhor os efeitos da lesão sofrida.

2.3.2 A função punitiva

A corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a aplicação da função punitiva à indenização por danos morais vem ganhando força atualmente, mesmo que ainda não exista sua previsão legalmente consolidada.

Ao discorrer sobre o assunto, Wesley de Oliveira assim define esse tipo de indenização, utilizando a terminologia “danos punitivos”, em analogia ao instituto norte-americano dos *punitive damages*:

Instituto originário do direito anglo-saxão, de bases completamente diferentes do nosso, de matriz romano-germânica, os *punitive damages*, atualmente aplicados com mais frequência nos Estados Unidos e da lá ‘importados’ consistem, basicamente, em acrescentar à reparação um valor extra como multa civil, inflingindo ao causador do dano uma pena, que teria duplo sentido: pretérito, punindo o agressor; e futuro, no sentido de desestimular o agressor e todos aqueles que tomarem conhecimento da sentença a repetir atos da mesma natureza (desestímulo).¹⁰⁸

Vitor Fernandes Gonçalves traz seu próprio conceito de indenização punitiva:

[...] apresentando-se como uma pena privada consistente em uma prestação em dinheiro a que fica obrigado o réu condenado em uma ação civil de indenização de prejuízo causado por um ato ilícito de natureza especialmente grave, em adição à indenização propriamente dita.¹⁰⁹

Entende-se que a indenização paga a título de danos morais não apresenta somente um viés satisfatório para a vítima, devendo ainda ser fixado um valor que sirva como

¹⁰⁸ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 173-174.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 30.

punição, ao ofensor pela sua conduta, prevenindo novas lesões, tanto do próprio ofensor, como da sociedade como um todo.

Infere-se daí que, enquanto a função compensatória guarda ligação com o ofendido, já que o valor recebido serviria para amenizar sua dor, a função punitiva estaria voltada ao causador do dano, servindo o pagamento de certa quantia como uma pena privada decorrente de sua conduta. Há, portanto, uma mudança de perspectiva, conforme ensina Antônio Jeová Santos, pois “a reparação do *dano moral* é vista pela vítima como ressarcitória e sob o enfoque do autor do ilícito, como uma sanção”.¹¹⁰

Vitor Fernandes Gonçalves ressalta a importância de se distinguir a indenização compensatória e a punitiva, afirmando que a primeira tem o fim de reparar o dano sofrido, estando limitada à prova de sua ocorrência e à mensuração econômica devida, enquanto que a segunda tem como objetivo principal a punição do ofensor, não estando, portanto, vinculado a limites de valores. Aponta, ainda, que na indenização compensatória deve-se atentar para os efeitos do dano, enquanto que na punitiva é necessário se avaliar a causa do dano, sua razão de existir.¹¹¹

A indenização punitiva, ainda que não expressamente prevista em lei, encontra seu fundamento na Constituição, mais precisamente no princípio da dignidade da pessoa humana, que, estando entre os princípios fundamentais e direitos e garantias fundamentais, coloca o ser humano como o centro do pensamento jurídico. Assim, ela aparece “não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios

¹¹⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 164.

¹¹¹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 25-26.

constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios”.¹¹²

No mesmo sentido se posiciona Diogo Leonardo Machado de Melo, acrescentado ainda que função punitiva, na atual conjuntura jurídica, está relacionada ao princípio constitucional da solidariedade social e justiça distributiva:

O ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger como fundamento da República Federativa a preservação da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1.º, III) deixou expresso que todo raciocínio jurídico deverá tomar em conta a tutela do ser humano. [...] Logo, sob a perspectiva civil-constitucional, a dignidade da pessoa humana será a referência do estudo da responsabilidade civil [...] Aliás, somente tendo a dignidade como dado fundamental no sistema será possível entender e legitimar a reparação do dano moral [...] Além da dignidade da pessoa humana [...] os princípios fundamentais da República – solidariedade social e da justiça distributiva (capitulados no art. 3.º, I e III, da CF/88) – não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. [...] as relações privadas, tal como estudadas e reconhecidas em décadas ou séculos anteriores, não deverão ficar limitadas ao olhar exclusivo e estático sobre as partes envolvidas, mas inserida dentro de um contexto mais amplo de direitos e limitações [...] O que se pretende mostrar é que mesmo nas lides individuais, os conceitos de solidariedade e de dignidade são aplicáveis em conjunto e que a reparação dos danos não-patrimoniais não se voltam a atender a satisfação exclusiva de um direito subjetivo, mas também da própria sociedade. [...] Nesse sentido é que entendemos ser admissível a extensão da concepção do ressarcimento de danos morais, não restrito à mera satisfação do indivíduo, devendo também alcançar o verdadeiro reequilíbrio social, a prevenção e a punição de comportamentos anti-sociais, propiciando, de alguma forma, benefícios para a própria sociedade.¹¹³

Feitas estas considerações, podemos destacar as finalidades da aplicação de uma função punitiva da indenização. Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade, são duas as principais finalidades: a punição de uma conduta reprovável, por meio de uma sanção pecuniária que retribua o dano ao ofendido, e a prevenção, evitando novas práticas ou reiteração de condutas lesivas. O autor aponta, ainda, finalidades secundárias e eventuais, a

¹¹² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Janeiro/abril, n. 37, 2007, p. 118.

¹¹³ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Abril/Junho, v. 7, n. 26, 2006, p. 109-114.

saber a eliminação do lucro ilícito obtido pelo ofensor, preservação da liberdade contratual, manutenção do equilíbrio das relações de consumo e defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade.¹¹⁴

Importante destacar, aqui, que apesar de alguns doutrinadores apontarem uma terceira função da indenização, qual seja a função preventiva ou pedagógica, esta é, na realidade, uma das finalidades da indenização punitiva, como apontado acima. Nas palavras de Clayton Reis “o sentido punitivo objetiva, dessa forma, refrear os impulsos anti-sociais do ofensor, bem como produzir medida exemplar no meio social”.¹¹⁵

Quanto à finalidade de manutenção do equilíbrio nas relações de consumo, oportuno trazer os ensinamentos de André Gustavo Corrêa de Andrade, já que o presente trabalho trata justamente da indenização por dano moral nas relações de consumo:

Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. [...] A indenização punitiva rompe com essa perversa equação, atuando como forma de impedir o lesante de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar, na sanção meramente compensatória, um preço conveniente, que ele está disposto a pagar para praticar a conduta potencialmente lesiva ou não tomar as medidas necessárias para impedir o dano.¹¹⁶

Ora, é justamente o que ocorre no caso das empresas de telefonia móvel, que insistem em condutas lesivas contra os consumidores, não melhorando seu modo de operação, o que justifica o presente estudo acerca da aplicação da função punitiva da indenização por danos morais face a estas empresas, a fim de readequar seu comportamento.

¹¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Janeiro/abril, n. 37, 2007, p. 122-131.

¹¹⁵ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 199.

¹¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 129.

Faz-se necessário, ainda, verificar os critérios para a aplicação da indenização punitiva. Para Maria Celina Bodin de Moraes, são dois os critérios a serem observados para constatar a amplitude do caráter punitivo da reparação do dano moral: a gradação da culpa do ofensor e o seu nível econômico, admitindo, ainda sua aplicação em casos de grande repercussão social, de conduta reiterada do ofensor e de agressão a interesses difusos.¹¹⁷

Já Antônio Jeová Santos é mais abrangente, e aponta que devem ser observados: a gravidade da falta, a situação patrimonial do ofensor, os benefícios obtidos ou desejados com a conduta danosa, a posição de mercado do ofensor, o aspecto anti-social da conduta, a finalidade dissuasiva futura almejada, a atitude posterior do ofensor (já que foi descoberto), o número e o nível de empregados atingidos pela conduta danosa e os sentimentos afetados da vítima.¹¹⁸

Na mesma linha de raciocínio, Diogo Leonardo Machado de Melo aponta como fatores para a aplicação da pena privada a título de reparação por danos morais, dentre outros, a existência de culpa grave ou dolo do ofensor, a obtenção de lucro com a conduta danosa, a existência de danos que tenham repercussão na sociedade, a existência de danos que atinjam um número indeterminado de pessoas e reiteração da conduta lesiva do ofensor.¹¹⁹

Apesar das diferenças apontadas, quanto à conceituação, critérios, e finalidades do caráter punitivo da reparação dos danos extrapatrimoniais, importante é que grande parte da doutrina e jurisprudência atuais aceita e defende a aplicação da indenização

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2003, p. 259-263.

¹¹⁸ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160-161.

¹¹⁹ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Abril/Junho, v. 7, n. 26, 2006, p. 128-129.

punitiva. A par desta corrente, porém, existem aqueles que refutam este instituto, sob os mais variados argumentos, alegando sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Diogo Leonardo Machado de Melo enumera as principais críticas ao instituto:

[...] a) os danos punitivos representariam verdadeira punição de caráter criminal, contrapondo-se ao instituto da responsabilidade civil que visa ao ressarcimento/compensação pelo dano efetivamente sofrido. Há completa separação entre Direito Civil e Direito Penal; b) a Constituição Federal, ao utilizar a expressão “indenização” (CF/88, art. 5.º, X), afasta qualquer possibilidade de arbitramento de verba a título de danos morais que seja superior ao real prejuízo causado; c) os danos punitivos representariam a “mercantilização” da justiça, pois transforma o nobre acesso à tutela jurisdicional em verdadeira “loteria”, cujo prêmio máximo consubstancia-se nas absurdas indenizações milionárias; d) A responsabilidade civil mede-se pela extensão do dano e não pelo grau de culpa; e) não há lei prevendo o aspecto punitivo do dano moral; f) admitir-se a aplicabilidade dos danos punitivos transformaria o instituto da responsabilidade civil em fonte de enriquecimento sem causa, pois a condenação pecuniária extrapolaria o real prejuízo sofrido.¹²⁰

Com relação a estas críticas, importante se faz analisar aquelas que, com maior frequência, são utilizadas para refutar a indenização com caráter punitivo.

Quanto ao primeiro argumento apresentado, importante a lição de Vitor Fernandes Gonçalves, para quem a responsabilidade civil e a penal não estão completamente separadas, ao contrário, admitem certa interação, podendo a responsabilidade civil assumir um viés punitivo, bem como a responsabilidade assumir um caráter compensatório.¹²¹

Segundo Osny Claro de Oliveira Júnior, em relação à ausência de previsão expressa do aspecto punitivo do dano moral, é necessário apontar a existência de um preceito genérico punitivo no Código Civil de 2002, que em seu art. 927 prevê que “Aquele que, por

¹²⁰ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Abril/Junho, v. 7, n. 26, 2006, p. 132.

¹²¹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 183.

ato ilícito, (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Para o citado autor, “O Código Civil antigo e o novo, desta forma, encerram o comando genérico da reparação civil dos danos com carga punitiva, sem necessidade de enumeração das hipóteses de fato e de direito hábeis a ensejar a obrigação de indenizar”.¹²²

Pondera, ainda, o autor:

No domínio estritamente civil, a multiplicidade e a complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas, que não seria possível enumerar previamente, com tal taxatividade descritiva, todas as condutas omissivas ou comissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral e da obrigação de indenizar. [...] sem consideração ao *preceito geral punitivo* [...] a indenizabilidade dos danos morais ficaria condicionada à vigência de uma espécie de “Código dos Ilícitos Civis [...] o que contraria a própria estrutura do direito civil brasileiro.”¹²³

Talvez uma das mais duras críticas à atribuição de um caráter punitivo se baseia na tese de que, entregando à vítima um valor superior ao dano efetivamente sofrido a título de punição do ofensor, estaria configurado o enriquecimento ilícito da vítima.

Para Diogo Leonardo Machado de Melo, a fim de não se configurar o enriquecimento ilícito da vítima, deve o montante indenizatório correspondente à punição do ofensor ser destinado a entidades de fins sociais. O autor assim fundamenta sua posição:

[...] diante dos valores constitucionais em jogo, das funções exercidas pela responsabilidade civil e o alcance do princípios [sic] da solidariedade social e de justiça distributiva esculpados na Magna Carta (CF/88, art. 3.º, I e III), entendemos que função punitiva deve continuar sendo considerada mas, para que não haja enriquecimento sem causa, deverá o juiz reverter a parte punitiva do montante indenizatório em benefício da própria sociedade.¹²⁴

¹²² OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>> Acesso em: 31 Ago. 2009.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil). **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Abril/Junho, v. 7, n. 26, 2006, p. 136.

Antonio Jeová Santos trata da questão, mas não aponta qual seria a destinação a ser dada à indenização punitiva, apenas afirmando que a parte da indenização que serve como punição ao ofensor não deve ser entregue à vítima, pois, do contrário, haverá o risco de haja seu enriquecimento ilícito.¹²⁵

Já para Osny Claro de Oliveira Junior, o que deve ser evitado quando da aplicação da função punitiva da indenização por danos morais é o enriquecimento desproporcional e desmedido, mas não qualquer enriquecimento. Acrescenta, ainda, que jamais poderia ser considerado ilícito o enriquecimento oriundo de uma indenização fixada por uma decisão judicial fundamentada e motivada, bem como resultante de um processo regular.¹²⁶

Não obstante todas as críticas, inquestionável a atual tendência doutrinária e jurisprudencial que acata e defende a atribuição de um caráter punitivo à indenização extrapatrimonial. É o que comprova a pesquisa que será a seguir apresentada, que aponta a adoção do instituto pelos magistrados dos Juizados Especiais Cíveis de Brasília em ações movidas contra empresas de telefonia móvel.

O problema, contudo, verificado nas decisões desses magistrados reside na valoração desse montante pago pelas empresas a título de punição, quantias estas que se mostram insuficientes para o alcance de um dos fins a que se propõe a indenização punitiva, qual seja o de desestimular e prevenir novas condutas lesivas. É o que passaremos a ver adiante.

¹²⁵ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160-159.

¹²⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>> Acesso em: 31 Ago. 2009.

3 A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA FACE ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL EM BRASÍLIA - DF

3.1 Apresentação e metodologia

A pesquisa apresentada neste trabalho foi realizada sob a coordenação do Professor Walter Moura, que viabilizou o acesso ao Segundo Juizado Especial Cível de Brasília, a fim de que fossem colhidos os dados e informações necessários à realização deste estudo.

Trata-se de uma pesquisa documental, que “consiste na coleta, classificação, seleção difusa e na utilização de toda espécie de informações, compreendendo também as técnicas e métodos que facilitam a sua busca e a sua identificação”¹²⁷, ressaltando-se que o método utilizado foi o quantitativo, o qual se associa à experimentação e manipulação de um objeto, estudando-o dentro de um universo predeterminado e mensurando-o.¹²⁸

A pesquisa foi realizada no mês de outubro de 2008, entre os dias 13 e 24, no Segundo Juizado Especial Cível de Brasília. Foram localizadas e contabilizadas todas as ações movidas entre janeiro e junho de 2007 e entre janeiro e junho de 2008 contra todas as empresas operadoras de telefonia móvel atuantes no Distrito Federal, à época.

Após esta triagem, dentre estes processos selecionados, foi contabilizado o número de ações em que foram concedidas indenizações por danos morais aos consumidores, nos dois períodos indicados, bem como foi verificado se as respectivas decisões eram fundamentadas na aplicação da função punitiva da indenização por danos morais.

¹²⁷ FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 152.

¹²⁸ OLIVEIRA, Claudionor dos Santos. **Metodologia científica, planejamento e técnicas de pesquisa**: Uma visão holística do conhecimento humano. São Paulo: LTr, 2000, p. 68.

Por fim, fez-se um levantamento dos principais motivos de reclamação dos consumidores em relação à operadoras, e que os levaram a buscar o Judiciário, bem como foram verificados os valores indenizatórios arbitrados pelos juízes, a serem pagos pelas empresas.

3.2 Justificativa

A justificativa da pesquisa baseia-se na formação de um banco de dados a partir do qual se possa especular sobre a aplicação da função punitiva da indenização por danos morais em lides que envolvem empresas de telefonia móvel, avaliando se esta função tem sido realmente aplicada pelos juízes, e, em caso positivo, se tem surtido os efeitos esperados.

3.3 Resultados

Após a coleta dos dados, foram obtidos os seguintes resultados¹²⁹.

Quanto ao número de ações movidas contra as operadoras de telefonia celular, no período de janeiro a junho de 2007 foram ajuizadas 198 ações; enquanto que, no período de janeiro a junho de 2008, foram intentadas 105 demandas, o que aponta uma queda de 46,97% no número de processos.

Deste total, entre janeiro e junho de 2007, foram deferidos 45 pedidos de indenização por danos morais, enquanto que no mesmo período em 2008, foram 28 as indenizações concedidas, verificando-se aí uma diminuição de 37,78%.

Vale ressaltar aqui que em todas essas demandas, tanto em 2007 quanto em 2008, as decisões dos magistrados prevêm, ainda que ligeira ou superficialmente, a presença

¹²⁹ No Apêndice desta monografia, encontram-se os gráficos que ilustram os resultados apresentados.

de um caráter punitivo da indenização concedida, como será visto em dois julgados escolhidos a título de ilustração.

Quanto aos valores arbitrados pelos juízes visando a reparação dos danos extrapatrimoniais, no período de janeiro a junho de 2007, das 45 indenizações concedidas, 16 tinham valores inferiores ou iguais a R\$ 500,00 (quinhentos reais), representando 35,55% do total; 11 possuíam valores entre R\$ 501,00 (quinhentos e um reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), totalizando 24,44% de todo o universo apresentado; 3 se encontravam entre R\$ 1.001,00 (mil e um reais) e R\$ 2.000,00 (dois mil reais), ou seja, 6,66% do total; 13 representavam somas entre R\$ 2.001,00 (dois mil e um reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo 28,88% do todo; e, por fim, 2 indenizações correspondiam a montantes equivalentes ou superiores a R\$ 5.001,00 (cinco mil e um reais), o que representa 4,44% do total.

Já no período de janeiro a junho de 2008, das 28 indenizações concedidas, 3 apresentaram valores inferiores ou iguais a R\$ 500,00 (quinhentos reais), equivalentes a 10,71% do total; 5 tinham montantes variando entre R\$ 501,00 (quinhentos e um reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), representando 17,86% do todo; 10 se encontravam na faixa entre R\$ 1.001,00 (mil e um reais) e 2.000,00 (dois mil reais), sendo 35,71% do universo total; também 10 ações representavam somas entre R\$ 2.001,00 (dois mil e um reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), totalizando 35,71 % das ações. Nenhuma indenização com valor equivalente ou superior a R\$ 5.001,00 (cinco mil e um reais).

Quanto às principais reclamações dos consumidores em desfavor das operadoras, entre janeiro e junho de 2007, pode-se apontar: em primeiro lugar, aparecendo em 28 processos, ou seja, em 62,22 % das demandas, está a inserção indevida do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito; em segundo lugar, encontra-se a cobrança

indevida de valores já pagos ou referentes a serviços não utilizados, que surgiu em 17 vezes, portanto, em 37,78% das ações; em seguida, vem o cancelamento ou suspensão indevidos do serviço, reclamação presente em 13,33% dos casos, ou seja, 6 demandas; por fim, aparece a má prestação do serviço em 4 processos, assim, em 8,89% das ações.

No mesmo período de 2008, são duas as causas de reclamação dos consumidores: em primeiro lugar está a inscrição do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, presente em 27 demandas, ou seja, 96,43% delas; em seguida, vem a cobrança indevida de valores já pagos ou referentes a serviços não utilizados, aparecendo em 2 processos, portanto, em 7,14% deles.

Quanto a essas últimas informações, importante ressaltar que em muitos processos as causas de reclamação dos consumidores, que o levaram a buscar o judiciário, não apareceram isoladamente, havendo casos de existência de mais de uma conduta lesiva que ensejava a indenização (por exemplo, casos em que houve negativação indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito e também cobrança de valores já pagos).

3.4 Análise dos resultados

Os dados elencados acima apontaram, primeiramente, a existência de um grande número de ações intentadas contra as prestadoras do serviço de telefonia móvel. Por um lado, isso demonstra que está sendo garantido aos consumidores aquele direito básico elencado no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, de acesso aos órgãos judiciais e administrativos visando a efetiva reparação e prevenção de danos materiais, morais, individuais, coletivos ou difusos.

Por outro lado, porém, apesar de uma queda significativa, o número de ações em 2008 ainda é substancial, pelo que fica demonstrada a habitualidade da prática de

condutas lesivas por parte das empresas, que insistem em adotar um modo de operação ineficiente, oferecendo produtos e prestando serviços de má qualidade, o que obriga os consumidores a buscar o Judiciário.

Não é à toa, portanto, o “abarroamento” dos Juizados Especiais de Brasília que, além destas, têm que atender a muitas outras demandas. Isso acaba por tornar mais lenta a prestação jurisdicional pelo Estado, o que afeta a sociedade como um todo.

Além de constatada a existência de um grande número de ações, os indicadores das principais reclamações dos consumidores revelam, ainda, que foram praticamente os mesmos motivos, tanto em 2007 quanto em 2008, que ensejaram o ajuizamento de ações. Tal fato aponta não somente a reiteração de práticas danosas, mas também o fato de que as empresas causam sempre os mesmos tipos de danos aos consumidores; ou seja, elas, mesmo conscientes de que certa conduta já causou uma lesão anteriormente, e que, por conseqüência, poderá causar um novo dano semelhante, não hesitam em praticá-la novamente.

Analisadas as indenizações por danos morais concedidas, constatou-se que os juízes, seguindo a tendência atual, e mesmo não havendo previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, têm atribuído a elas uma função punitiva. Com maior ou menor profundidade de fundamentação, todos eles conferiram um caráter sancionatório aos montantes indenizatórios.

A par disto, porém, verificou-se que os valores arbitrados a título de punição não se mostraram suficientes para coibir novas práticas lesivas por parte das operadoras de celular, penalizando-as de fato; mesmo já tendo sido anteriormente condenadas ao pagamento de indenizações com um viés punitivo, as empresas voltaram a ser acionadas judicialmente.

Os valores estabelecidos se mostram irrisórios diante do poderio econômico das operadoras, para quem se mostra mais vantajoso arcar com o custo de várias indenizações do que melhorar a qualidade da prestação de serviço oferecido.

Todas estas constatações certamente justificam a aplicação da função punitiva da indenização, no intuito de punir as empresas de telefonia móvel e de modo que não mais venham a lesar seus clientes. Essa indenização punitiva, se equivalente a um valor expressivo diante da capacidade econômica das empresas, pode obrigá-las a readequar seu modo de operação a fim de evitar novos danos, e, com isso, novas condenações.

Faz-se oportuno, a fim de ilustrar as conclusões extraídas dos dados da pesquisa, analisar alguns julgados selecionados dentre aqueles que fizeram parte do universo da pesquisado.

O primeiro caso a ser analisado trata-se de ação de indenização intentada em 2007 por consumidora que, mesmo já tendo cancelado o serviço referente a provedor de *internet* contratado com a empresa dois anos antes, teve seu nome inserido nos órgãos de proteção ao crédito. O juiz conheceu do pedido e condenou a empresa ao pagamento de indenização no valor de R\$ 5.000,00 a título de danos morais. Eis a sentença:

[...] As causas de pedir remotas estão centradas nos defeituosos serviços prestados pela ré, consistentes: [...] (c) proc. 12966-3/2007: nas cobranças indevidas referentes ao provedor de "internet" "BR Turbo" (linha 61 - 33610819), nada obstante seu cancelamento em 02.09.2005, bem como na ilícita "negativação" do nome da autora, tudo a legitimar os pedidos de exclusão do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito, a devolução em dobro da quantia paga indevidamente (R\$ 388,46) e reparação por danos morais estimados em R\$ 14.000,00 [...] Em catálise dos elementos probatórios, tenho que os pedidos merecem acolhimento. A empresa prestou serviços de telefonia aos autores, que, na qualidade de consumidores, têm em seu favor os direitos básicos tutelados no Art. 6º da legislação de regência, entre eles a inversão do ônus probatório e a plenitude da reparação dos danos (Art. 6º da Lei 8.078/90). [...] Fácil constatar que **para essas atividades empresariais é preferível**

"serem processadas" a gastar com aludida infra-estrutura hábil a um bom atendimento a todos os consumidores, até porque os juros decorrentes da condenação são os legais (CC, Arts. 406/407). Também preferem contribuir substancialmente para com a "morosidade" do aparelho judiciário (imensa quantidade de demandas por defeitos de serviço telefônico), a fim de não se verem de pronto descapitalizadas com gastos em reparação por danos materiais (e morais) derivados dos riscos da exploração comercial. E os cogitados problemas por que passam os clientes e os seus respectivos processos poderiam consistir num mero efeito colateral, tanto que elas ordinariamente não se desincumbem do ônus probatório próprio, muito embora todas as reclamações sejam gravadas (CPC, Art. 333, inciso II c/c Lei 8.078/90, Art. 6º, inciso VIII). E como a experiência comum anota que as contestações centram-se apenas em questões jurídicas, que de forma alguma abalam a boa-fé das palavras da parte autora (hipossuficiente na relação de consumo), como ocorre no caso concreto, forçoso concluir que, a par da responsabilidade civil objetiva das empresas, tudo converge a um juízo de verossimilhança de que os defeituosos serviços telefônicos ocorreram nas formas historiadas nas petições iniciais [...] e por culpa exclusiva da parte ré, que, por sua vez, deve reparar os defeituosos serviços, assim como os aventados danos materiais e/ou morais por ofensa à dignidade dos consumidores (CF, Art. 5º, incisos V e X; CPC, Art. 334, inciso I; CC, Art. 186 e Lei 8.078/90, Arts. 6º, incisos III, VI e VIII e 14, caput e Art. 42, parágrafo único da Lei 8.078/90). No que concerne ao quantum, a melhor orientação jurídica sugere a adoção do critério de razoabilidade, evitando-se, assim, um enriquecimento ilícito de parte a parte, daí a fixação em [...] R\$ 5.000,00 (demais processos), que bem se ajustam à capacidade econômica da empresa, às relativas conseqüências jurídicas experimentadas pelos consumidores e ao **fator sancionatório para que não ocorra reiteração de conduta**. [...] Deixo de adotar a estimativa da inicial, porque não foram colacionadas maiores evidências de que os fatos, isoladamente considerados, tenham causado outros dissabores mais graves no seio social, familiar ou profissional dos consumidores, senão os constrangimentos derivados do descaso da empresa para com os defeituosos serviços, todos objeto de reclamação perante à empresa e acima reportados. [...] Condeno BRASIL TELECOM S/A a pagar a quantia de [...] R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tudo a título de reparação por danos morais e acrescidos de juros legais e correção monetária a partir da citação. Condeno ainda a ré na obrigação de promover [...] (c) a devolução da quantia indevidamente recebida (R\$ 388,46 - repetição de indébito) e a exclusão da "negativação" (proc. 12966-3/2007)[...] ¹³⁰ [grifo nosso]

Pode-se perceber que, como explicitado anteriormente, nessa ação foram os dois motivos mais recorrentes que levaram a consumidora a buscar o judiciário: a cobrança indevida de um valor referente a serviço já cancelado e, também, a indevida "negativação" de seu nome.

¹³⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 2º Juizado Especial Cível. Brasília, DF. 18 Set. 2007.

Pode-se verificar, também, que não obstante o juiz tenha fundamentado sua decisão na atribuição de fator sancionatório à indenização, o valor arbitrado não parece ser suficiente para punir a empresa e ao mesmo tempo prevenir novas lesões semelhantes, tendo em vista o ajuizamento de novas ações contra as empresas.

O segundo caso trata-se de ação de indenização proposta em 2008 por consumidor que teve seu nome inserido no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito devido a cobrança indevida referente a linha telefônica, que já havia sido cancelada anos antes. Foi deferida, a título de danos morais, indenização equivalente a R\$ 2.000,00. Eis a sentença:

O requerente pleiteia indenização por danos morais e materiais, bem como a exclusão do seu nome dos cadastros inadimplentes, em razão de cobrança indevida referente à linha cancelada no ano de 1994. A relação jurídica estabelecida entre as partes é de natureza consumerista. A controvérsia deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), protetor da parte vulnerável da relação de consumo. [...] Não tendo a requerida se desincumbido do ônus da prova que lhe cabia, tenho como incontroverso o fato de que o cancelamento do terminal telefônico ocorreu em 1994 e, por via de consequência, são indevidas a cobrança realizada e a inclusão do nome do autor nas listas do SPC e do SERASA. E, uma vez inscrito o nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes de forma indevida, é patente a existência do dever de indenizar, diante da caracterização de dano moral, pois cabe à prestadora de serviços, que auferir lucro com a atividade, verificar a regularidade do débito, antes de promover ou manter o ato restritivo. [...] Reconhecida a obrigação de reparar o dano, cumpre determinar o quantum da indenização. Sabe-se que o dano moral atinge o âmbito psíquico do ofendido, que sofre violação em sua tranquilidade e subtração de sua paz de espírito. O que se perquire, no caso, é a dor decorrente do constrangimento moral ao qual foi submetido o autor. Contudo, é importante lembrar que **a valoração do dano moral suportado pela parte autora há de ser feita mediante o prudente arbítrio do magistrado que deve considerar** a proporcionalidade entre o dano moral sofrido e as consequências causadas, bem como **as condições econômico-financeiras do agente causador do dano. Deve, ainda, a reparação ser fixada em valor que sirva ao desestímulo de práticas da mesma natureza (caráter pedagógico), evitando-se, de qualquer sorte, o enriquecimento sem causa da parte autora.** [...] Os autos evidenciam que o requerente é advogado, o que faz presumir que ele possui um padrão de vida razoável. Por outro lado, não há dúvida quanto ao suporte econômico da ré, que é uma das maiores sociedades empresariais no ramo de telefonia. [...] Assim, levando em conta esses fatores, bem como que **o valor da condenação deve servir de desestímulo para esse tipo de conduta praticada pela ré**, sem que, todavia, isso implique em enriquecimento indevido do autor, fixo a indenização no montante de R\$

2.000,00 (dois mil reais), **quantia que considero suficiente para cumprir a dupla função de compensar o prejuízo suportado pela vítima e penalizar o ato ilícito praticado pela ré, levando em conta a repercussão do dano e a dimensão do constrangimento.**¹³¹ [grifo nosso]

Esse caso se mostra muito semelhante ao anterior: a cobrança indevida e a “negativação” sem justo motivo aparecem novamente como causa da ação. O juiz também fundamenta sua decisão na aplicação da função punitiva da indenização, mas, assim como no julgado anterior, arbitra um valor que não se presta a coibir e desestimular a prática de lesões semelhantes.

Nesta decisão, porém, o juiz é mais categórico ao afirmar que o valor deve, ao mesmo tempo, compensar o dano sofrido e penalizar o ofensor, desestimulando novas práticas lesivas. O magistrado inclusive aponta expressamente a finalidade pedagógica que deve ser contemplada pela indenização punitiva.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que as ações contra empresas de telefonia móvel de fato representam uma parcela significativa das demandas dos Juizados Especiais do Distrito Federal; possível, também, afirmar que, apesar das muitas vezes em que a função punitiva das indenizações, concedidas aos consumidores lesados por estas empresas, não atende à finalidade de dissuadir novas condutas danosas, deve ela continuar a ser aplicada pelos magistrados e estudada pela doutrina, pelos muitos motivos já elencados.

O que se mostra necessário é a busca de meios de torná-la eficaz, atendendo a todas as suas finalidades; é necessário estabelecer um valor indenizatório que de fato seja capaz de afetar a esfera patrimonial das operadoras de um modo tal que o ônus a ser suportado em decorrência da reiteração de práticas danosas se torne tão significativo que as force a repensar e redefinir seu modo de operação, preservando, assim, os direitos dos consumidores.

¹³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 2º Juizado Especial Cível. Brasília, DF. 26 Set. 2008.

A esse respeito, pertinente a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade:

De nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva (é freqüente, também a alusão às funções preventiva, pedagógica, exemplar e outras semelhantes), se na fixação do montante indenizatório não levou em consideração critérios punitivos.¹³²

Vê-se, então, que o valor da indenização não pode ser irrisório, devendo afetar de algum modo a esfera patrimonial do ofensor, a fim de que este não mais venha a causar danos a outrem. É isso que ensina Carlos Alberto Bittar, ao tratar da quantia a ser arbitrada como punição ao ofensor:

[...] **a indenização por danos morais** deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, **refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante**, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. **Deve, pois, ser quantia economicamente significativa**, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.¹³³[grifo nosso]

Somente nesses termos a função punitiva se mostrará eficiente, na medida em que, sabendo que serão severamente responsabilizadas, as empresas adotarão novos comportamentos, desta feita evitando prejuízo aos consumidores e garantido, portanto, o mínimo de segurança jurídica às relações estabelecidas.

¹³² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Janeiro/abril, n. 37, 2007, p. 117.

¹³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233.

CONCLUSÃO

Como visto, o instituto da responsabilidade civil passou por mudanças ao longo do tempo, até serem delineados os contornos que apresenta hoje. Passou a ser admitida não apenas a sua clássica função de reparação do dano, mas também uma função de caráter sancionatório ao ofensor, que serve como fator dissuasivo de novas condutas lesivas, tanto pelo ofensor como pela sociedade, que ao observar as consequências advindas do dano ao lesante, não as praticará.

Quanto ao dano moral e sua reparação, verificou-se que a previsão expressa na Constituição Federal, bem como em outros diplomas legais, como no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, tornou indiscutível a sua reparabilidade, bem como a sua cumulabilidade com o dano material.

Tendo como base a defesa dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, doutrinadores e magistrados têm defendido a tese de que a indenização por danos extrapatrimoniais não tem por único objetivo a compensação da lesão sofrida, devendo servir, ainda, como meio de reequilibrar a ordem social, punindo e prevenindo condutas antijurídicas, e, com isso, beneficiando não só a pessoa lesada, individualmente considerada, mas a sociedade como um todo.

O foco do presente trabalho foi a análise da indenização a ser concedida aos consumidores em decorrência de lesões injustamente causadas à sua esfera moral por empresas de telefonia móvel. Conforme visto, o Código de Defesa do Consumidor surgiu como uma verdadeira revolução no que tange à defesa do consumidor, lhe garantindo a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais, morais, coletivos e difusos, garantindo,

ainda o seu acesso aos órgãos judiciários e administrativos visando esta efetiva prevenção e reparação.

A pesquisa realizada no Segundo Juizado Especial de Brasília comprova que, no Distrito Federal, os consumidores de fato têm procurado o Judiciário a fim de verem garantidos seus direitos, tendo em vista o grande número de demandas intentadas, muitas dessas objetivando a reparação de um dano moral sofrido. De outro lado, este fato aponta a reiteração de condutas lesivas por parte das operadoras de telefonia móvel.

Outra constatação relevante que se infere da pesquisa é a de que os motivos que levam os consumidores a procurar o Judiciário são os mesmos, o que prova a falta de interesse das empresas concessionárias do serviço em readequar seu modo de operação, melhorando a qualidade de seus produtos e serviços.

Restou evidenciado, ainda, que os magistrados desses Juizados têm seguido a tendência atual e atribuído um caráter punitivo às indenizações concedidas aos consumidores. Apesar dessa posição, porém, verificou-se que os valores arbitrados não representam quantia significativa diante do poderio econômico das empresas condenadas, sendo, portanto, insuficientes a alcançar os fins sancionatório e preventivo almejados.

Ao longo do trabalho, e após a apresentação da pesquisa realizada, pôde-se perceber a importância da atribuição de um caráter punitivo à indenização por danos morais, especialmente em face das empresas de telefonia móvel, uma vez que a condenação ao pagamento de um valor meramente compensatório não se mostra suficiente para reprimir e desestimular o comportamento lesivo destas empresas.

Percebe-se, por fim, que a função punitiva tem uma razão de ser, não sendo mera sanção ao ofensor. Ela tem uma importante finalidade de social, na medida em que previne condutas antijurídicas, beneficiando não somente a pessoa lesada, mas também a sociedade como um todo, que vê nesse instituto um meio de efetiva garantia de justiça.

REFERÊNCIAS

ANATEL. Disponível em:

http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=133828&assuntoPublicacao=Mais%20,6%20milhões%20de%20novas%20adesões%20e%20telefonias%20móveis%20ultrapassa%20os%20100%20milhões%20&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2006/release_22_12_2006mm.pdf> Acesso em: 29 Ago. 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Janeiro/abril, n. 37, 2007.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil**: dano e defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais: (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único do Código Civil). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Abril/Junho, v. 7, n. 26, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** São Paulo: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Claudionor dos Santos. **Metodologia científica, planejamento e técnicas de pesquisa:** Uma visão holística do conhecimento humano. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais:** adequação e impositividade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>> Acesso em: 31 Ago. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

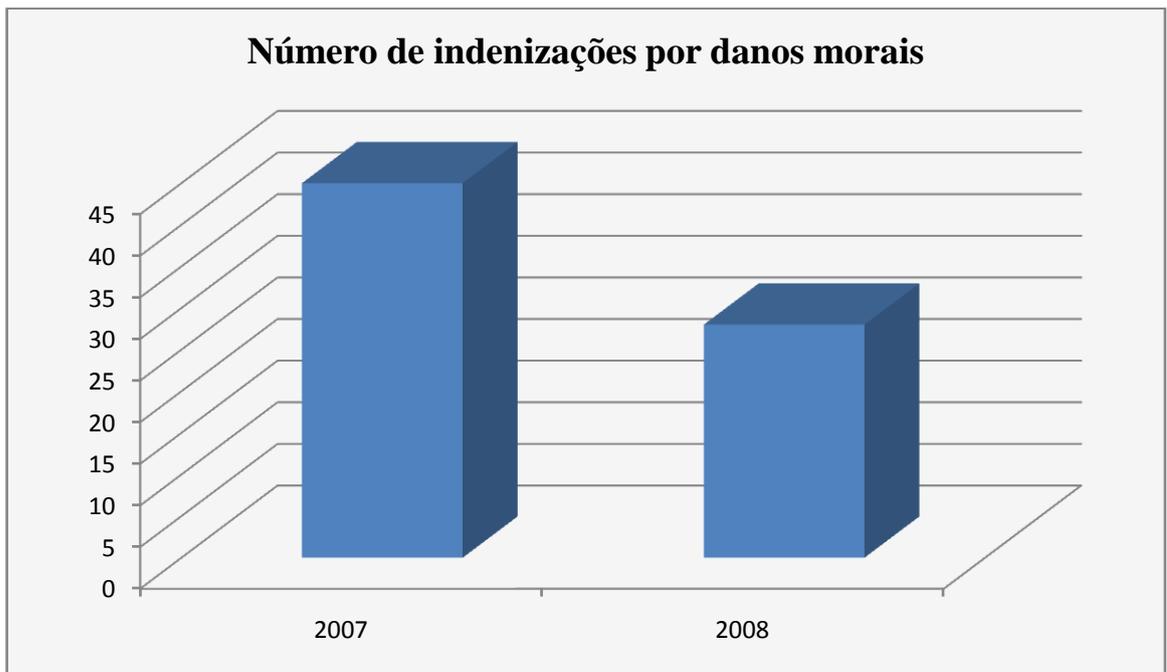
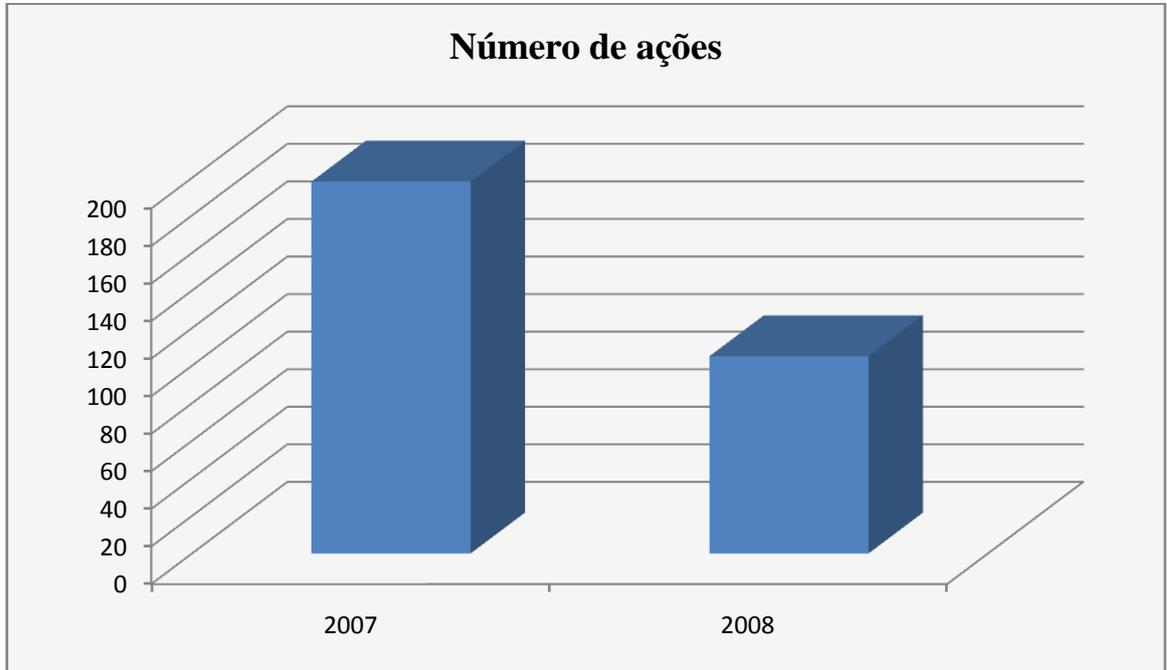
STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

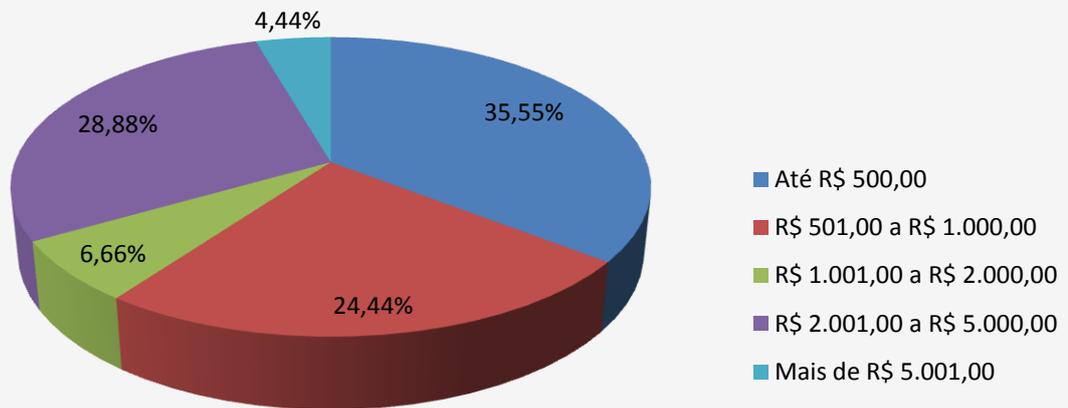
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

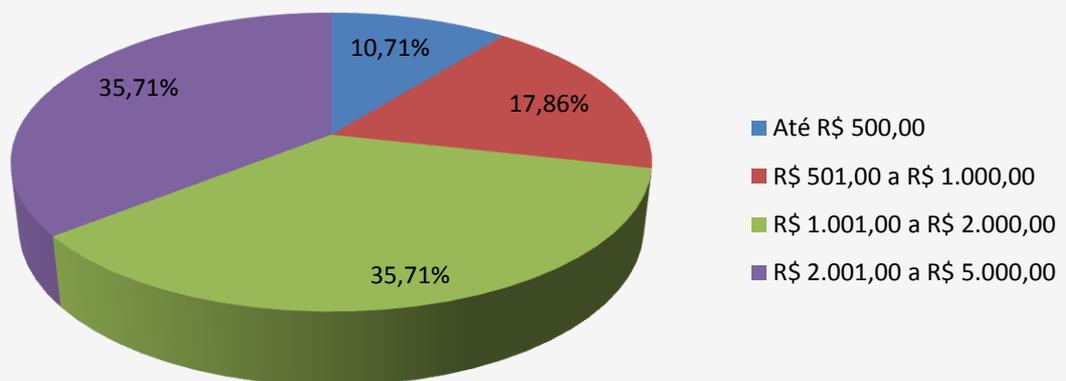
APÊNDICE



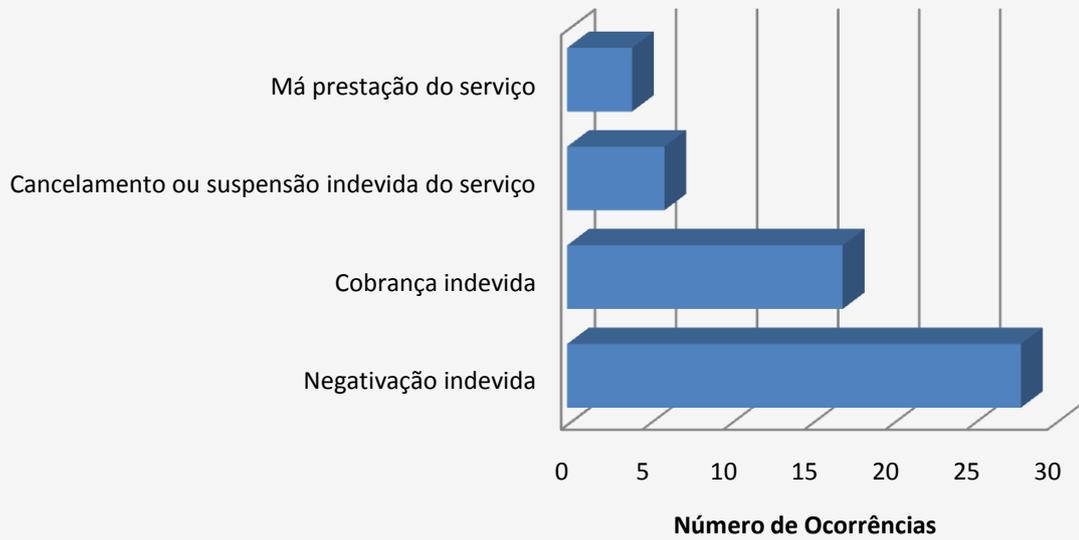
Valores arbitrados a título de indenização por danos morais em 2007



Valores arbitrados a título de indenização por danos morais em 2008



Principais reclamações dos consumidores em 2007



Principais reclamações dos consumidores em 2008

