



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

RICARDO ROSSI

**A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO
INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO PARA REPRIMIR E PREVENIR ILÍCITOS CIVIS**

Brasília
2015

RICARDO ROSSI

**A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO
INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO PARA REPRIMIR E PREVENIR ILÍCITOS CIVIS**

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito parcial para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso e título de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Brasília

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Rossi, Ricardo.

A indenização do dano moral no direito do consumidor como instrumento da jurisdição para reprimir e prevenir ilícitos civis / Ricardo Rossi. – Brasília, 2015.

170 f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro Universitário de Brasília-UniCEUB, Brasília, 2015.

Orientador: Dr. Leonardo Roscoe Bessa

1. Direito do Consumidor. 2. Responsabilidade Civil. 3. Dano Moral. I. Título

CDU: 347.451.031

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

RICARDO ROSSI

**A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO
INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO PARA REPRIMIR E PREVENIR ILÍCITOS CIVIS**

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito parcial para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso e título de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Brasília, ____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa
Orientador

Prof. Dr.
Examinador

Prof. Dr.
Examinador

Dedico esse trabalho, primeiramente, a Deus, pois, sem Ele eu sequer existiria. Dedico também à minha família, em especial meus pais, responsáveis pela maior e melhor parte de quem sou. Por fim, uma dedicação especial à minha filha, Giovanna, que fez surgir em mim uma nova pessoa e uma incipiente razão de vida.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não seria possível sem a existência, o apoio e a colaboração de importantíssimas pessoas, às quais devo, e muito, minha gratidão. Em especial, gostaria de registrar meu agradecimento à algumas dessas luzes no meu caminho:

A Deus, primeiramente, em face da minha existência, bênçãos recebidas e ensinamentos ofertados diante das conquistas e dificuldades de meu caminho.

A meu pai, *in memoriam*, e minha mãe, primeiro, por minha existência, fruto do sonho e amor de ambos; e por terem sido, sempre, esteio e exemplos de vida, amor, retidão, ética e incentivo aos estudos.

À minha família, como um todo, que sempre foi um marco de protótipos e apoio para minha vida, reforçando valores e trazendo referências para o significado de origem, amor, lar, convívio, reciprocidade, acolhimento, enfim, a definição de família como célula e base de uma sociedade e, em especial, de um ser humano.

À minha filha amada, meu anjinho, Giovanna, por ter mudado o significado da minha vida e trazido mais cores, sentidos e objetivos a ela.

À Ana Fabíola, pelo apoio, auxílio e incentivo em vários momentos da minha caminhada, pelas várias oportunidades de aprendizado de vida e, em especial, pela experiência mais importante da minha vida até hoje: o meu anjinho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa, pela confiança em mim depositada e por todo ensinamento, auxílio e apoio ao longo dessa jornada;

Aos meus amigos, colegas e professores do UniCEUB, Prof. Dr. Marcelo Dias Varella e Prof. Dr. Héctor Valverde Santana, pelo apoio, paciência, compreensão, incentivo e inúmeros ensinamentos;

A todos os meus colegas professores e corpo de funcionários do UniCEUB, especialmente à Marley, sempre tão atenciosa, prestativa, incentivadora e carinhosa, que emprestam sempre um pouco de si na construção dessa marcha desafiadora e árdua, mas muito gratificante, de ser professor e, eternamente, aluno;

Certamente, sem a existência e o apoio de todos esses atores, minha história não seria a mesma e essa jornada não teria sido possível.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo discutir as funções punitiva e preventiva da indenização em face do dano moral no campo do direito do consumidor, refletindo a respeito de sua quantificação adequada para o alcance da função pacificadora da Jurisdição, em especial, prevenindo lides. Primeiramente, será abordada a responsabilidade civil, com suas características principais, traçando breve paralelo desta com a responsabilidade penal, objetivando encontrar tangências ou intercessões existentes entre elas. Ademais, seguindo a linha da responsabilização do agente de ato ilícito, dentro do subsistema do direito do consumidor e, nesse campo, abordar a possibilidade de o Judiciário brasileiro utilizar a indenização em seus julgamentos com maior ênfase em suas funções punitiva e preventiva, com vistas a reprimir e prevenir a prática de novos ilícitos civis. Por fim, será enfrentado o problema do *quantum* adequado a ser fixado para a indenização no sentido de garantir às decisões judiciais uma real eficiência inibitória sem, com isso, causar insegurança jurídica, injustiças ou desequilíbrios, quer sejam jurídicos ou econômicos. Para tanto, será realizado um levantamento empírico das decisões do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar os critérios adotados pelo judiciário brasileiro. Com isso, este trabalho discute a possibilidade da adoção de um novo paradigma, uma nova orientação, para as decisões judiciais indenizatórias como política pública, esta considerada em sentido amplo, caracterizado pelo enfoque principal da decisão no fornecedor, com vistas minimizar problemas da sociedade, *in casu*, os inúmeros e reiterados ilícitos civis na seara do direito do consumidor.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Dano moral. Dano extrapatrimonial. Indenização. *Quantum* devido. Função punitiva. Função preventiva. Política pública. *Common law*. *Civil law*. Equidade.

ABSTRACT

This work aims to discuss the punitive and preventive functions of compensation in moral damage, particularly in consumer law, discussing its quantification to achieve the jurisdiction pacifying function, in particular, preventing conflicts. At first, deals with the civil liability, with its main features, making brief parallel with criminal liability, in order to find existing tangency or intercessions. In addition, following the accountability of tort agent within the law subsystem named consumer law and, in this field, discuss the possibility of the Brazilian Judiciary uses the indemnity in their judgments with emphasis on their punitive and preventive functions, in order to suppress and prevent torts and new civil illegal acts. Therefore, the appropriate indemnity quantification problem will be faced in order to ensure judicial decisions a real inhibitory efficiency without, however, cause legal uncertainty, injustice or imbalances, in legal or economic scenarios. For this, an empirical research of the Superior Tribunal de Justiça decisions will be held in order to verify the adopted criteria. Thus, this study discuss the possibility of adopting a new paradigm in indemnity judgments as public policy *lato sensu*, characterized by the main focus of the decision on supplier, in order to minimize the society problems, specifically the numerous and repeated torts committed in consumer law field.

Keywords: Consumer right. Civil liability. Moral damage. Extra-patrimonial damage. Indemnity. Punitive damage. *Quantum value*. Punitive function. Preventive function. Public policy. *Common law*. *Civil law*. Equity.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1. Gráfico de atendimentos a consumidores do SINDEC: demonstrativo da consolidação do total de atendimentos a consumidores em face de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, realizada em âmbito nacional pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC¹, com informações provenientes dos cadastros estaduais e municipais realizados pelos Procon's relativamente a dois grupos de fornecedores, instituições bancárias e telecomunicações, p. 16.

Figura 2. Tabela de precedentes e valores indenizatórios do STJ: elaborada a partir das informações contidas em publicação oficial do portal de notícias do Superior Tribunal de Justiça, em 13/09/2009, incluindo-se os últimos sete itens com base nos elementos da própria notícia veiculada por meio do sítio: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-busca-parâmetros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais> Acesso em 20 jul 2015, p. 71.

¹ O SINDEC é gerenciado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS DANOS AO CONSUMIDOR E SUA REPARAÇÃO	16
1.1 Responsabilidade civil no direito do consumidor e o equilíbrio social	18
1.2 Os danos patrimoniais e extrapatrimoniais e sua reparação.....	24
1.3 O dano moral no direito do consumidor.....	30
1.4 A compensação do dano moral e suas funções.....	41
1.5 O <i>quantum</i> adequado da compensação e o paradigma judicial atual: o equivocado enfoque principal sobre a situação do consumidor	47
2 CRITÉRIOS FIXADORES DO <i>QUANTUM</i> ADEQUADO	56
2.1 A utilização de critérios matemáticos	58
2.2 O tabelamento de valores por tipo de dano.....	65
2.3 Arbitramento judicial em face do caso concreto	74
2.4 Verificação empírica atual do judiciário: o tabelamento pelo STJ	83
3 A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA PARA OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> ADEQUADO: O ENFOQUE PRINCIPAL SOBRE O FORNECEDOR E NÃO SOBRE O CONSUMIDOR	105
3.1 Argumentos desfavoráveis ao novo paradigma	106
3.1.1 <i>O ilusório “enriquecimento ilícito” do consumidor</i>	106
3.1.2 <i>A criação de uma “indústria judicial de indenizações”</i>	111
3.1.3 <i>A continuidade dos vícios: repasse dos valores indenizatórios para os custos do produto ou serviço para o consumidor pagar a conta</i>	116
3.1.4 <i>Inviabilização do comércio do fornecedor por aumento dos custos</i>	119
3.2 Argumentos favoráveis ao novo paradigma	122
3.2.1 <i>O contínuo crescimento dos ilícitos com o paradigma atual</i>	128
3.2.2 <i>O sempre esquecido “enriquecimento ilícito” do fornecedor</i>	133
3.2.3 <i>A desnecessidade legislativa: uma mudança meramente exegética</i>	136
3.2.4 <i>A aprendizagem pelas consequências: uma abordagem da psicologia</i>	153
CONCLUSÕES	159
REFERÊNCIAS	166

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo discutir as funções punitiva e preventiva da indenização proveniente da responsabilidade civil em face do dano moral, em especial, no campo do direito do consumidor, enfrentando a problemática de sua quantificação para o alcance da função pacificadora da Jurisdição, o equilíbrio social², não só resolvendo, mas, em especial, prevenindo lides.

Diante das premissas envolvidas na temática acima destacada, uma hipótese contestável mostra-se factível para investigação, a eficiência das decisões judiciais para reduzir os ilícitos civis praticados pelos provedores de bens e serviços nas relações de consumo no Brasil, sendo que o estudo será focado no dano extrapatrimonial, produzido por grandes fornecedores, em específico, os dois maiores setores litigantes da atualidade: o das instituições financeiras e o das telecomunicações. Para tanto, uma proposição de resposta merece reflexão, com o fito de averiguar se uma mudança de paradigma nas decisões judiciais condenatórias levadas a efeito pelo Poder Judiciário seria capaz de interferir positivamente naquele problema, reduzindo ilícitos. Isso, na medida em que fosse reajustado o foco principal da decisão, conferindo maior relevância na ponderação relativa ao fornecedor e não ao consumidor para o balizamento do valor indenizatório e, desse modo, atribuindo maior ênfase às funções punitiva e preventiva da indenização por meio da majoração de seu *quantum*.

Metodologicamente, em princípio, serão identificadas as principais características da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, fazendo um recorte de sua atuação no subsistema do direito do consumidor. Será investigada uma breve abordagem de direito comparado, vez que outros países também enfrentam similar problemática, e, em certa medida, também, com a responsabilidade penal³, com o fito de encontrar possíveis tangências ou intercessões. Posteriormente, serão destacados os principais aspectos formadores do *quantum* indenizatório e, em seguida, será realizada uma pesquisa empírica com vistas a analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto a esses

² COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991, p. 43.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16-20.

aspectos. E, por fim, serão abordados alguns argumentos contrários e outros favoráveis ao aludido novo paradigma, investigando sua viabilidade e possível eficiência.

A presente investigação almeja explorar a possibilidade jurídica de o Judiciário brasileiro utilizar em seus julgamentos a majoração do *quantum* indenizatório como forma de reforço para as funções punitiva e preventiva da indenização, objetivando reprimir e prevenir a prática de ilícitos civis. Para tanto, será investigada a possibilidade de uma nova orientação das decisões judiciais indenizatórias, como política pública em sentido amplo⁴, com vistas a solucionar ou, ao menos, minimizar problemas da sociedade, *in casu*, os inúmeros e reiterados ilícitos civis perpetrados na seara do direito do consumidor, considerados os grandes e principais fornecedores reincidentemente litigantes aludidos acima.

As temáticas da responsabilidade civil e do direito do consumidor ensejam grande complexidade, permeando vários aspectos, a começar pelo significado e extensão do conceito daquela primeira em face de sua evolução ao longo da história do direito. No auge do império romano⁵, a responsabilidade civil perpassou de um viés de vingança pessoal, Lei das XII Tábuas, composição tarifada – *quando a lei determina o quantum* – até a Lei de Áquila, mudando seu foco para a culpa do agente e ganhando proporcionalidade em face do ilícito⁶. E isso se deve em grande parte à alteração das relações sociais, considerando o incremento trazido pelos grandes avanços tecnológicos⁷, o que, por sua vez, também transformou e continua influenciando as afinidades interpessoais e, como não poderia ser diferente, a seara do direito do consumidor.

⁴ “Mas o que é uma política pública? Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientando a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considera-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política. Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da elaboração dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos” SARAIVA, Henrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Introdução à teoria da política pública*. Brasília:ENAP,2006, v. 2, p. 28/29.

⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26-30.

⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

Apesar do foco de investigação estar apontado para o subsistema direito do consumidor, não há como deixar de reconhecer a forte ligação com outras searas do direito. Nessa linha, mostra-se valoroso desenvolver o tema responsabilidade civil, permeando suas origens, elementos, concepções e funções a fim de delimitar, mais adiante, o recorte temático do estudo dentro da área consumerista. Desse modo, metodologicamente, será tratado o tema responsabilidade civil em sentido amplo para, a partir daí, desenvolver o conteúdo no campo do direito do consumidor, em especial, naquilo pertinente aos danos extrapatrimoniais, cuja quantificação não encontra parâmetros exatos ou rígidos no que toca sua valoração, permeando o caminho do arbitramento, aproximando-se da equidade⁸, diferentemente dos danos materiais.

Apesar dos avanços alcançados na seara da responsabilidade civil, em especial quanto ao dano material, muitos problemas ainda carecem de discussão e solução nos dias atuais, notadamente quanto aos danos morais. Essa problemática engloba a identificação de critérios e parâmetros para buscar uma indenização considerada justa⁹, ou seja, capaz de representar uma tradução financeira adequada, em especial se considerado algo que não encontra reciprocidade, em medida exata, na esfera pecuniária, como é o caso das questões extrapatrimoniais¹⁰, por essa razão, esse fora escolhido como alvo do recorte utilizado para o escopo do presente estudo.

Ainda delineando o objeto de investigação, um ponto merecedor de atenção é o concernente às funções a serem desempenhadas pela indenização do dano sofrido¹¹, em específico, o extrapatrimonial. Tal questão será enfrentada com o desafio de investigar a eficiência de um possível novo paradigma para as decisões judiciais considerado o aludido papel pacificador do judiciário, ou seja, eficiência na redução de lides. Para tal finalidade, será buscado um breve paralelo entre dois troncos do direito, penal e civil, com vistas a alcançar possíveis pontos próximos,

⁸ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 193.

⁹ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22.

¹⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149-150.

¹¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

convergentes ou tangentes para o trato dos ilícitos¹². Nessa linha, apesar de a doutrina indicar fortes traços distintivos entre o dano civil e o penal no que toca à reparabilidade, há traços comuns que merecem reflexão, não podendo ser olvidados, como a violação da norma jurídica e a valoração moral, diante da existência de um fato contrário ao direito¹³.

A pacificação social como fundamento até mesmo moral da sanção estabelecida para a transgressão da norma penal também pode ser investigada como alicerce para sancionar o infrator civil, ou seja, prestigiando o caráter punitivo e preventivo da resposta jurisdicional ao ilícito, afinal, esse tem sido o principal papel da sanção para o direito ao longo do tempo¹⁴. No entanto, destaque-se de início, que isso não significa, de modo algum, que a natureza da sanção deva ser a mesma para ambos os campos, como a privação da liberdade; contudo, ambas as penas devem guardar proporcionalidade e razoabilidade em face da ilegalidade e, assim, atingir à finalidade mor da jurisdição: a pacificação e o equilíbrio social¹⁵.

A investigação pretende discutir as funções punitiva e preventiva da indenização em face da responsabilidade civil no tocante ao dano extrapatrimonial, no campo do direito do consumidor, analisando a problemática de sua quantificação com o especial enfoque em um possível objetivo, em tese: prevenir lides. Para tanto, partindo da possível assertiva de que o principal foco exegético das decisões judiciais está no consumidor, investiga-se a possível adoção de um novo paradigma, ou seja, um enfoque primordial no fornecedor para a quantificação da indenização, a fim de encontrar o *quantum* adequado para as decisões condenatórias. Isso, com o fito de aumentar a eficiência daqueles julgamentos considerada sua influência em novas condutas nas relações de consumo, reduzindo ilícitos e, por consequência,

¹² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

¹³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1982, p. 27-30.

¹⁵ “O Direito é definido na tradição positivista a partir do conceito de sanção, por isso a sanção é tão importante para ser analisada, uma vez que se tornou uma pedra angular do Direito. A definição do Direito a partir da sanção não é única, pois existe uma pluralidade de definições, porém esta é a definição hegemônica na teoria do Direito ocidental do século XX. [...] Um Direito que possui como elemento central a sanção é parte de uma teoria do Direito que encara a sanção como único, ou pelo menos principal, ordenador da sociedade.” *In* Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio. Tese apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo por Gisele Marcarelli Salgado. São Paulo: sn, 2008, p. 18.

lides. Nessa linha, o novo paradigma exegético ganharia contornos de política pública em sentido amplo¹⁶.

Objetivando encontrar elementos juridicamente permissivos da aplicabilidade desse novo paradigma, utilizando-se das funções punitiva e preventiva das indenizações, a investigação busca um diálogo com escolas jurídicas de outros Estados, fazendo um cotejo de direito comparado. Com isso, ainda que de modo breve e incidental, o estudo traz alguns elementos característicos do sistema denominado *common law* americano, onde as aludidas funções são franca e largamente utilizadas. Desse modo, talvez traços semelhantes, congruentes ou até mesmo interseções possam ser identificadas com o modelo *civil law* brasileiro, haja vista que ambos travam enfrentamento diário com a mesma natureza de problema abordado pelo presente estudo: os ilícitos civis consumeristas. Destarte, uma rápida incursão nas características semelhantes e diferenciais pode trazer elementos interessantes para o estudo, sem deixar de reconhecer os diferenciais sociológicos entre ambos, os quais não podem ser olvidados.

Outro recorte metodológico será realizado, para tratar do tema supracitado em face da atuação de um único dos Poderes do Estado, o Judiciário, sendo necessário destacar que o estudo estará delimitado no âmbito da atuação do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que guarda a última palavra na interpretação da lei federal brasileira e, com isso, acaba por ser autor da exegese predominante nessa seara, servindo de parâmetro para as instâncias inferiores. Considerado isso, a investigação realiza um estudo empírico, analisando a atuação daquele tribunal nos últimos dois anos, 2014 e 2015, examinando 1.001 (mil e uma) decisões proferidas, pesquisadas e extraídas da página oficial daquele órgão julgador na internet, por meio de sua ferramenta de pesquisa jurisprudencial, das quais, foram destacadas algumas mais significativas a fim de extrair sua linha-mestra de atuação.

Por fim, são realizadas reflexões acerca de temas recorrentes, como o do enriquecimento ilícito e outros, com abordagem da análise econômica do direito

¹⁶ SARAIVA, Enriquer; FERRAREZI, Elisabete. *Introdução à teoria da política pública*. Brasília:ENAP,2006, v. 2, pg. 28-29.

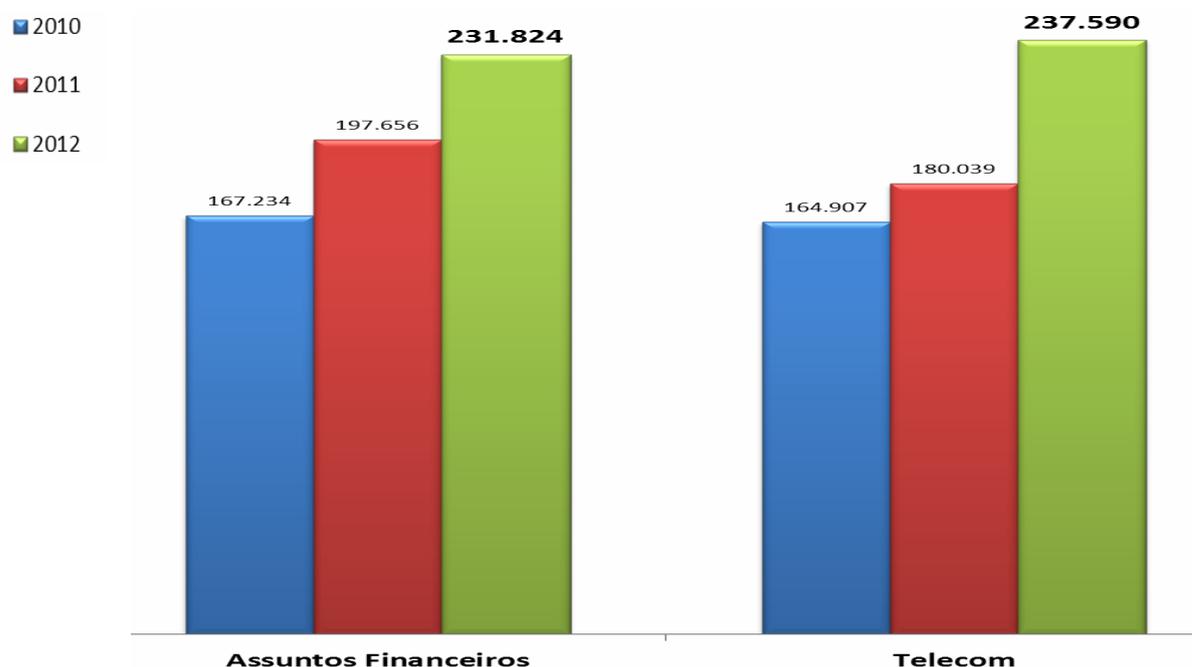
e até uma incursão na seara da psicologia, com o fito de trazer esclarecimentos acerca da natureza humana por traz da atitude, lícita ou ilícita, originando lides ou suas soluções e, em especial, do aprendizado, com os acertos e erros capazes de orientar novos comportamentos. Assim, premissas transdisciplinares foram abordadas, pois as relações jurídicas não são estanques e não se circunscrevem só nelas mesmas, permeando e sendo fertilizadas por todos os ramos do conhecimento humano. Destarte, o objetivo de alcançar um efeito de política pública não pode deixar de considerar outras áreas cognitivas, assim, uma incursão acerca do comportamento humano e em seu modo de aprendizagem pode orientar uma reflexão acerca do modo mais eficiente para o aprendizado e, portanto, nortear uma atuação jurisdicional com vistas ao alcance de uma política pública eficaz, capaz de reduzir a litigiosidade de uma sociedade. Nesse mote, em especial, uma abordagem psicológica da aprendizagem pelas consequências¹⁷, notadamente, a punição.

¹⁷ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 89-91.

1 OS DANOS AO CONSUMIDOR E SUA REPARAÇÃO

Tendo em vista a evolução da sociedade e o crescimento quantitativo das relações consumeristas torna-se natural o incremento também dos problemas advindos dessas transações, em especial face aos grandes fornecedores, como o caso dos serviços financeiros e de telefonia, muitos dos quais transformam-se em litígios e acabam por desaguar nos organismos de amparo ao consumidor e, em especial, no Poder Judiciário. Esse aumento de lides pode ser verificado por meio do resultado da consolidação da quantidade total de atendimentos de consumidores em face de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, realizada em âmbito nacional pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC¹⁸, com informações provenientes dos cadastros estaduais e municipais realizados pelos Procon's, como demonstra o gráfico¹⁹ seguinte, relativamente à dois grupos de fornecedores:

Figura 1. Gráfico de atendimentos aos consumidores do SINDEC



Fonte: SINDEC, Projeto Indicadores Públicos, balanço 2010-2012, sítio www.mj.gov.br/sindec, acessado em 19/04/2015.

¹⁸ O SINDEC é gerenciado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça.

¹⁹ Gráfico retirado do documento de consolidação gerado pelo SINDEC, intitulado “Projeto Indicadores Públicos – Balanço 2010-2012”, o qual pode ser acessado, na íntegra, no sítio www.mj.gov.br/sindec. Não foram trazidos dados mais recentes por não terem sido consolidados por aquela base de dados e, conseqüentemente, não ter sido realizado o respectivo balanço.

Considerando a progressiva elevação dos ilícitos, a estrutura do Poder Judiciário acaba por sofrer severo impacto dessas demandas e tal situação, por conseguinte, afeta a qualidade prestação jurisdicional como um todo, não só quantitativamente, mas também qualitativamente. Por fim, acaba por fragilizar, senão a principal, uma das principais funções jurisdição, a pacificação social, que objetiva não só solucionar as lides levadas ao seu escopo mas, especialmente, prevenir novos litígios, fazendo com que a lei seja respeitada independentemente da intervenção estatal. Desse modo, mostra-se relevante a reflexão acerca dessa problemática: o crescente aumento das relações consumeristas gerando impacto quantitativo nos vícios oriundos desses negócios jurídicos, o que incrementa o número de litígios e refletem na demanda pelo Poder Judiciário. No entanto, para isso faz-se necessário tratar da gênese desse problema e, em especial, levantar as fundações jurídicas que alicerçam a reparação dos danos.

A partir do levantamento das bases jurídicas estruturais da reparabilidade dos danos civis em sentido amplo, importa refletir acerca das peculiaridades desse fenômeno no âmbito do direito do consumidor e, a partir daí, tentar vislumbrar o que pode ser feito, partindo do ordenamento jurídico como já existente, ou seja, sem buscar uma alteração da ordem legislativa para um ajuste da norma positivada sobre o tema, a fim de buscar uma possível melhora nas relações de consumo. Ressalta-se que, o aludido aperfeiçoamento relacional é observado aqui como uma melhor atuação dos atores consumeristas, em especial os fornecedores, no sentido de buscar meios para evitar os ilícitos e, conseqüentemente, impedir o surgimento de litígios.

Realizar-se-á um levantamento e descrição acerca das bases jurídicas estruturais da responsabilidade civil genericamente considerada para, posteriormente, a partir de um recorte temático, alcançar e analisar os fundamentos legais para a reparabilidade dos danos na seara do direito do consumidor. Assim sendo, poderão ser levadas a efeito reflexões acerca desses elementos basilares no sentido de encontrar possíveis soluções, ainda que não exaustivas, para o problema do crescente número de ilícitos consumeristas, apesar dos constantes esforços do Poder Judiciário em diminuir esse quantitativo por meio dos processos e suas decisões judiciais.

1.1 Responsabilidade civil no direito do consumidor e o equilíbrio social

Num primeiro momento, impende identificar o significado e a concepção jurídica do termo responsabilidade civil, com sua abrangência e função. Desmembrando-se a locução, tem-se que o núcleo é o primeiro termo, traduzindo-se, coloquial e filosoficamente, na “situação de um agente consciente com relação aos atos que ele pratica voluntariamente, ou obrigação de reparar o mal que se causou a outros”²⁰. No entanto, há necessidade de enfrentamento do termo em relação à sua acepção jurídica, traduzindo-se no “dever jurídico, imposto a cada um, de responder por ação ou omissão imputável que importem na lesão do direito de outrem, protegido pela lei”²¹.

O significado dos termos deve receber delimitação no âmbito da concepção jurídica – *daí o auxílio do segundo termo na locução* – apartando qualquer alcance que não seja o da órbita civil. Desse modo, a responsabilidade será civil “*quando resulta de dano culposo direto ou indireto, causado ao patrimônio de terceiro voluntariamente, ou por imprudência, negligência, imperícia, falta de exação de dever funcional, ou inadimplemento voluntário de uma obrigação*”²², impondo o ressarcimento. Diante disso, vislumbra-se o caráter obrigacional da responsabilidade, no entanto, de forma derivada, vez que surge diante da infração a uma outra obrigação prevista por lei ou por convenção, portanto, ganhando novas adjetivações: responsabilidade civil legal, extracontratual ou aquiliana; e responsabilidade civil convencional ou contratual. Ao lado dessas, surgem outros qualificativos do gênero contido na locução sob estudo, tais como *indireta, direta, objetiva, subjetiva*, conforme seja o critério de classificação utilizado para identificar a espécie.

O desenvolvimento da noção de responsabilidade, historicamente, fora herdada dos gregos pelos romanos, com a concepção do termo *epicikia*, significando equilíbrio e harmonia, portanto, derivando equidade. Desse modo, surge a noção de justiça como meio de buscar um equilíbrio, uma equivalência de prestações (*justiça distributiva*). Por outra linha, a fonte direta da palavra

²⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1754.

²¹ NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 948.

²² NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 948.

responsabilidade reside na língua latina, derivando de *responsor* (obrigação vinculada estipulada em desfavor do *sponsor*, ou devedor, e em favor do *stipulant*, ou credor, utilizado na cerimônia *stipulatio*). Considerando-se que o termo *responsum*, do verbo *respondere*, traz a noção de resposta, infere-se que a responsabilidade venha a ser uma resposta do devedor ao credor da obrigação, sendo que, já àquela época pode-se vislumbrar o embrião do caráter derivado da responsabilidade, ou seja, a relação dela com a obrigação originária não cumprida pelo devedor²³.

A preocupação não se resume à busca de significação para a locução, mas principalmente no tocante aos fundamentos que dão ensejo à responsabilidade civil, ocupando historiadores, filósofos e também juristas ao longo dos tempos. Nessa linha, duas premissas puderam ser destacadas, uma de ordem conceitual e outra moral: o conceito de fundamento; e a razão justificadora da regra em face do que se depreende acerca dos ideais de justiça²⁴. Considerando a problemática, percebeu-se não se tratar de conteúdo único, mas de pluralidade, ou seja, não se fala em fundamento, mas sim fundamentos, em face da multiplicidade dos campos da vida, das suas funções sociais e até mesmo em relação à área de estudo, com base moral – *nível suprajurídico, como resultado do justo* – e jurídica (*resultado da norma*).

Desejável é a busca por uma relação de equilíbrio, com base na conduta humana, ou seja, visa o restabelecimento de um equilíbrio social quebrado, tornando a balanceá-lo, com vistas a pacificar a sociedade mantendo uma relação de igualdade entre os partícipes do jogo social perante as normas de direito que o regulamenta. Historicamente, a presente concepção já estava inserida no seio do Direito Romano, com a preponderância do elemento social sobre o individual²⁵. Portanto, não importava a culpa, mas sim a noção de justiça (equilíbrio). Assim, independia se o desequilíbrio derivava ou não de culpa (embrião da responsabilidade objetiva), buscava-se um responsável pelo desequilíbrio, não um

²³ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 34.

²⁴ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 32-35.

²⁵ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 31-32.

culpado. No entanto, apesar desse início, baseado na moral cristã (moral da conduta humana: equilíbrio), posteriormente evolui no sentido da culpa como seu fundamento, como na maioria dos códigos ocidentais.

A ideia de culpa é originária de questões criminais, onde era gerada a noção de pena e não de reparação. Já no âmbito civil, a concepção surge dentro de um sistema normativo onde as obrigações deviam ser cumpridas com boa-fé (elemento de intenção subjetiva). Mais adiante, com a *Lex Aquilia* (Séc. III, a.C.), o pensamento acerca da culpa alcança a esfera de reparação, derivando, inclusive o termo responsabilidade civil aquiliana, em face da responsabilidade sem culpa, ou decorrente da norma, como o caso do *pater familias*, que respondia por fatos dos filhos ou servos, ou seja, sem culpa sua. No entanto, ainda permanecia a concepção de equilíbrio, mas agora mitigada pela culpabilidade, onde, em nome daquele equilíbrio, a ninguém era permitido fazer mal a outrem, daí a expressão romana *neminem laedere*²⁶. Assim, a essência da reparação consistia no ato do autor constituir uma lesão a uma norma, legal ou contratual.

Com a queda de Roma, houve o choque entre a moral cristã (moral do justo: *epicikia*) e a moral moderna (moral da conduta humana) trazida pelo direito natural, com influência do direito canônico, revelando-se a ideia de sanção. Ou seja, responsável passa a ser aquele que age com culpa, alterando-se, portanto, o significado da responsabilidade. Exemplificativamente, Bentham e Kant sustentavam que “cada um deve reparar o mal que causou”, expressão que serviu de fundamento para a teoria da responsabilidade civil a partir do séc. XVII até a efetiva codificação ocorrida no séc. XIX. Seguindo essa linha, o Código Civil Brasileiro de 1916 encampou o tema influenciado pelo diploma francês (art. 1.382: “qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga aquele pela falta cometida a repará-lo.” – onde *faute* ou falta, está ligada a ideia de culpa)²⁷.

²⁶ “A ninguém ofender é o que se traduz da locução latina *neminem laedere*, um dos três *juris praecepta*, insertos nas *Institutas de Justiniano*, na expressão *alterum non laedere* (a outro não ofender). O *neminem laedere*, fundando um dever social, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos.” SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 536.

²⁷ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 38.

Com o surgimento de uma nova realidade social a partir do final do séc. XIX, com o avanço tecnológico e o incremento da complexidade nas relações sociais em razão do aumento da concentração humana (êxodo rural), a teoria clássica é posta à prova em face dos novos ideais de justiça, enfraquecendo o fundamento culpa e fazendo surgir novas teorias como as teorias do risco (*com os acidentes anônimos: máquinas – onde o responsável era quem, materialmente, havia causado o dano: responsabilidade objetiva*) e da garantia²⁸.

Por meio da teoria do risco, o vetor da responsabilidade se volta, mais uma vez, para o equilíbrio; afinal, mesmo sem culpa, o interessado²⁹ no risco deveria se responsabilizar pelo desequilíbrio causado. No entanto, essa teoria não alcançava todas as situações necessárias, assim, ganhou espaço a teoria da garantia, a qual trouxe mais um vetor orientador da responsabilidade mais uma vez, o interesse da vítima e não mais só o do autor do dano como faziam as teorias da culpa e do risco³⁰. Portanto, a noção de culpa não fora eliminada, mas conduzia à ideia de pena privada com vistas a dar cabo à iniciativa culposa ou prevenir sua repetição (funções punitiva e preventiva). A vinculação da teoria da garantia está diante da ideia de segurança e não de liberdade como as outras. Afinal, segundo seu criador, o francês Boris Starck, “a responsabilidade existe porque os danos constituem, por si sós, atos ilícitos, decorrentes de uma infração de direitos subjetivos, cuja reparação se impõe sempre, salvo casos de força maior”.

A própria concepção do direito subjetivo mereceu ampliação, na medida em que o ponto basilar de estabilidade social exige uma relação jurídica fundamental: a relação de respeito recíproco entre os sujeitos sociais. Na visão de Karl Larenz, essa é a base do contrato social e, portanto, de todos os direitos subjetivos. Ponto esse com apoio de outro filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que estabelece como imperativo do direito as pessoas respeitarem as outras como pessoas. Ou ainda, o raciocínio corroborador do jurista Pontes de Miranda,

²⁸ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 43.

²⁹ Patrão e dono da máquina no setor de produção, portanto, interessado em assumir o risco e fazer a máquina funcionar e produzir.

³⁰ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 377, jan./fev. 2005, p. 176.

estabelecendo que “a atribuição de um direito leva consigo a condicionalidade de não ofender os direitos dos outros”³¹.

Considerando que fundamento é a razão que justifica, conferindo o nexu entre a norma legal e os ideais de justiça cotidianos, o fundamento da responsabilidade civil está vinculado à ideia de um novo e amplo pacto social, restabelecendo, pois, a noção de equilíbrio. Ademais, tanto a responsabilidade civil contratual quanto a aquiliana repousam sobre um mesmo alicerce: o conteúdo das regras *neninem laedere*³² ou *alterum non laedere*³³, regulando as situações de desequilíbrio³⁴.

Uma visão acerca do direito comparado demonstra duas grandes teorias da responsabilidade civil: por culpa (*subjetiva – elemento moral e jurídico justificador da sanção*) e sem culpa (*objetiva e risco*³⁵ ou garantia). De acordo com a realidade social atual, a primeira mostra-se insuficiente frente à complexidade das relações, vez que trata de danos injustos por fatos lícitos e, portanto, satisfaz-se somente com a prova do fato danoso e do nexu causal. Por sua vez as objetivas protegem as vítimas de danos sem culpa na justa medida dos problemas trazidos pelas aludidas complexas relações sociais modernas. Nos dias atuais, há obrigação de reparar danos injustos oriundos de fatos ilícitos e até mesmo lícitos. Assim sendo, não há um fundamento único da responsabilidade civil, em especial na função preventiva e nas oriundas da prática de atos lícitos. No entanto, há um elemento comum indispensável à configuração do direito e denominador comum a todas as teorias: o nexu causal³⁶.

³¹ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 49.

³² “a ninguém ofender”

³³ “não se pode prejudicar outrem”

³⁴ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, v. 93, ano 15, out/1991. São Paulo: Jurid Vellenich, 1991, p. 51.

³⁵ A teoria do risco apresenta-se em diversas modalidades: a) risco proveito; b) profissional; c) excepcional; d) criado; e) administrativo; f) falta anônima ou risco do serviço; e g) risco integral. Nas ecléticas não se desconhece o desvalor da culpa como fundamento, mas atribui-se preponderância à noção do risco (Jusserand), destacando-se duas: a) a de garantia (Boris Starck – fundo para ressarcimentos – culpa é a inobservância das regras de boa-fé e da prudência); e b) a da culpa como violação de obrigação legal (Paul Leclercq Starck – culpa decorre de violação de obrigação legal – a vítima não tem o encargo de provar a culpa, pois já é demonstrada pelo fato do próprio acidente – a culpa é caracterizada pelo atentado à pessoa ou patrimônio da vítima, em detrimento da obrigação de não atentar a tais bens jurídicos).

³⁶ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 377, jan./fev.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 175.

Quanto aos ilícitos civis, o direito brasileiro trouxe proteção com a nova ordem constitucional, em face do inciso X do artigo 5º da Constituição de 1988 e também pela nova codificação civil, por meio do artigo 186 do Código Civil de 2002. Assim, há os seguintes pressupostos: o elemento formal (*ação violadora*); o elemento subjetivo (*culpa – falta de diligência ou prudência*); o elemento causal (*ligação entre a ação censurável do lesante ao dano*); e, por fim, o elemento objetivo: o dano injusto (*material ou moral – falta de cuidado objetivo: diligência ou prudência*)³⁷.

O denominado nexa causal ou etiológico é elemento imprescindível para estabelecer a relação entre a ação antijurídica e o dano injusto, gerando, assim, responsabilidade civil. As principais teorias assim podem ser identificadas: teoria da equivalência das causas, do alemão Von Buri, adotada pelo Código Penal (*art. 13*), onde todos os antecedentes do resultado são relevantes e igualmente considerados (*não há distinção entre causa e concausa, por isso é alvo de críticas, pois pode levar a extremos*); a teoria da causalidade adequada, a qual verifica se os fatos ocorreram em condições normais ou extraordinárias, consubstanciando-se na previsibilidade humana do acontecimento (*distingue causa e concausa, no entanto, é criticada em função do conceito de causa adequada ser muito elástico, gerando insegurança*); a teoria da causalidade imediata, que tenta conciliar as anteriores, considerando só a causa mais próxima e descartando as remotas (criticada por não cuidar de concorrência de causas); e a teoria da causalidade normativa, que considera como causa a ação danosa violadora da norma jurídica. (*também criticada por considerar somente o plano jurídico, enquanto a relação de causalidade é um acontecimento do mundo dos fatos*)³⁸.

Nenhuma das aludidas teorias aborda a situação de fato lícito (tais como o exercício de direito, o estado de necessidade, etc.). Assim, surge a necessidade de se formular a teoria da causalidade na falta contra a Constituição, a qual expressa modelo proibitivo de conduta lesiva a direitos fundamentais, conjugando, destarte, o mundo dos fatos (relação de causa e efeito) com o universo

³⁷ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 377, jan./fev.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 178.

³⁸ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 377, jan./fev.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179-180.

normativo do direito (exige conduta danosa injusta e violadora da norma jurídica: vincula-se fato, valor e norma)³⁹. Assim, ressalta-se o nexó de causalidade entre o injusto e o dano, com apoio na visão de Roberto de Abreu:

Considera-se relação etiológica a conduta violadora da norma constitucional cometida por falta de diligência ou prudência do lesante, quando se revelar como causa necessária e determinante do dano injusto perpetrado a bem de pessoa inocente, que resulta evidente ou verossímil do próprio fato (ipso facto)⁴⁰.

1.2 Os danos patrimoniais e extrapatrimoniais e sua reparação

A Constituição de 1988 garante o direito à vida, à saúde, à honra, à propriedade, à integridade física e moral da pessoa e de seus bens. O dano injusto pressupõe lesão de prejuízo reparável, seja econômico (material ou pessoal mensurável em dinheiro) ou moral. Para tanto, necessário destacar a concepção de dano, o qual resta considerado como a diminuição do patrimônio ou ofensa a interesse juridicamente protegido contra a vontade do titular. Por sua vez, se considerado o poder de alienação de seu titular, os bens e interesses tutelados podem ser classificados em patrimoniais – suscetíveis de alienação e aquisição por dinheiro – e extrapatrimoniais – físicos, morais, psíquicos⁴¹.

No tocante ao dano moral, necessário destacar a abrangência de sua concepção, vez que pode surgir de lesões físicas ou metafísicas, com sequelas psicológicas ou reflexos na vida de relação social da vítima. Ademais, a ofensa pode iniciar-se no corpo físico e chegar a atingir o plano metafísico da vítima, ou até mesmo o contrário, gerando uma doença consequente. No entanto, simples aborrecimentos, contrariedades ou transtornos cotidianos, por si sós, não são capazes de caracterizar danos morais, pois não lesionam a esfera jurídica interna da pessoa, não possuem importantes reflexos de ordem psicológica e social capazes

³⁹ Consideram-se os pressupostos: falta de diligência e prudência na conduta do lesante; dano injusto contra bem de pessoa inocente; nexó de causalidade entre a ação necessária ao resultado danoso proibido ou não justificado na ordem jurídica; violação da norma jurídica constitucional proibitiva da conduta lesiva; legitimação ativa e passiva, por fato próprio ou de outrem; inexistência de causa de isenção ou de exclusão da reparação; prevalência da norma de proteção a direito fundamental (art. 5º, X e XXII da CF/88) em caso de conflito ou colisão normativa.

⁴⁰ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 377, jan./fev.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 182.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.

de deixar marcas profundas no psiquismo, portanto, não caracterizando o dano moral⁴².

Diante da distinção havida entre as espécies de dano, a reparação também ganha especial diferença em cada modalidade. No tocante aos danos materiais, tem-se como parâmetro e objetivo a reparação integral, visando restituir a vítima à exata situação anterior ao dano – status quo ante –, no entanto, em se tratando dos extrapatrimoniais, há de ser feita a reparação pela via da equidade⁴³, fazendo uso do arbitramento por aproximação⁴⁴.

Apesar da distinção destacada acima, na prática a reparação enfrenta diversas dificuldades, afinal, diante da escolha dos critérios pode-se chegar a resultados distintos para efeito da reparabilidade na casuística. Ademais, em se tratando de um sistema jurídico, imperativa é a coerência de decisões frente a problemas equivalentes, como via de pacificação social frente à segurança jurídica. Por óbvio, problemas similares tratados de maneira distinta gerariam insegurança jurídica e conseqüente desarmonia social, na medida em que seriam configurados dois pesos e duas medidas para casos semelhantes, capaz de fazer do processo uma aventura jurídica.

Diante da problemática acerca dos critérios da reparabilidade, devem ser considerados os seguintes elementos, os quais podem ser caracterizados

⁴² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critério de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77-78.

⁴³ Equidade: Derivado do latim *aequitas*, de *aequus* (legal, equitativo), antigamente era tido em sentido análogo ao de justiça, pelo que, por vezes se confundiam. [...] Mas, no conceito atual, não é este o sentido de equidade, que não se confunde com justiça, onde é aplicada. [...] E, assim, a equidade não é a justiça. Compõe o conceito de uma justiça fundada em igualdade, na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios. No entanto, por vezes, possui um sentido mais amplo, mostrando-se um princípio de Direito Natural, que pode, mesmo, contrariar a regra do Direito Positivo. E, com esse conceito, quer significar a adoção de princípios fundados nela, ditos princípios de equidade, que se fundam na razão absoluta, desde que atendidas as razões de ordem social e as exigências do bem comum, que se instituem como princípios de ordem superior na aplicação das leis. Neste sentido, já as Ordenações firmavam a regra para que os julgadores decidissem pela verdade sabida, sem embargo do erro do processo, o que significa pelo princípio de equidade, mesmo em contrário do que se vê pela demanda. Sendo assim, a equidade é a que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for justo e razoável. E, certamente, quando a lei se mostrar injusta, o que se poderá admitir, a equidade virá corrigir o seu rigor, aplicando o princípio em que nos vem do Direito Natural, em face da verdade sabida ou da razão absoluta. Objetiva-se, pois, no princípio que modera ou modifica a aplicação da lei, quando se evidencia de excessivo rigor, o que seria injusto. Assim, diz-se que *aequitas sequitur legem* (a equidade acompanha a lei). E jamais poderá ser contra ela.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 309-310.

⁴⁴ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 154-157.

como discernimentos a serem observados quando da fixação da reparação: a lesão, o dano, o prejuízo, a situação anterior, o poder financeiro e econômico dos sujeitos envolvidos, as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida. Ademais, como já dito, necessário obedecer aos princípios da proporcionalidade, equidade e justiça. No tocante aos prejuízos patrimoniais, a restauração do *status quo ante* mostra-se mais facilitada, se comparada a situação enfrentada pelos extrapatrimoniais, haja vista que aqueles são mensuráveis. Com relação a estes últimos, há impossibilidade de restauração integral, faz-se, então, por aproximação, por equidade⁴⁵.

Não se faz possível quantificar o preço de uma dor ou de um sofrimento, assim sendo, impõe-se a sanção ao infrator em face do preceito *neminem laedere*⁴⁶ e da equidade em face da norma jurídica constitucional com dupla finalidade, uma de punição e outra pedagógica. Em outras palavras, podemos vislumbrar na indenização do dano extrapatrimonial uma necessária função claramente punitiva e outra preventiva (pedagógica)⁴⁷, na medida em que não se faz possível o retorno da vítima ao *status quo ante* (que identificaria a função reparadora) e, portanto, com a finalidade de alcançar a boa-fé objetiva de todos perante o sistema jurídico posto, traz-se a punição do infrator para que não mais volte a infringir, bem como se denota para os demais jurisdicionados um forte exemplo de como não agir, evidenciando verdadeira função preventiva.

A doutrina chega a fazer distinção entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral, no entanto, não significa que um fato pertencente a um dos dois campos o exclua do outro⁴⁸. A responsabilidade pode resultar da violação, a um mesmo tempo, das normas morais e jurídicas, ou seja, o fato da infração tem caráter dúplice ou até mesmo múltiplo, quando repugnado pela lei moral, religiosa, de

⁴⁵ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 377, jan./fev. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 198-199.

⁴⁶ *Neminem laedere*. A ninguém ofender é o que se traduz da locução latina *neminem laedere*, um dos três *juris praecepta*, insertos nas Istitutas de Justiniano, na expressão *alterum non laedere* (a outro não ofender). O *neminem laedere*, fundando um *dever social*, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 536.

⁴⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 187.

⁴⁸ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critério de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 74-75.

costumes ou pelo direito. Isso assevera que não há separação estanque entre as diversas áreas do direito, ao contrário, em muitos momentos ocorre uma interdisciplinaridade⁴⁹ e, em especial até, uma transdisciplinaridade⁵⁰ do direito diante dos fatos. Aliás, nos dias atuais seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral, à economia, à sociologia e outras. Assim, não se deve cogitar responsabilidade jurídica sem uma certa medida de prejuízo moral, pois estas duas dimensões estão intrinsecamente ligadas no sujeito de direito e imersos na sociedade. Quanto à responsabilidade jurídica foi, em certo tempo, nos primórdios da civilização, a própria responsabilidade moral⁵².

Distingue-se também a responsabilidade penal e relação à civil, esclarecendo que a sociedade reage contra fatos que ameaçam a ordem estabelecida ferindo seu autor com o propósito de impedir que volte a afetar o equilíbrio social e evitar que outros sejam levados a imitá-lo. Esse seria o ponto onde a responsabilidade jurídica se cinde em penal e civil, acentuando suas características diferenciais. A penal pressuporia uma turbação social, determinada pela violação da norma penal, ante a falta ou transgressão de um senso moral ou social, tendo em vista o dano social e não o individual, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio desfeito. Por sua vez, na temática civil a repercussão do dano ocorre, em especial, no campo privado, cabendo somente ao indivíduo ou grupo atingido o pedido de reparação traduzido numa importância em dinheiro⁵³.

Não há como deixar de considerar dentre os objetivos de qualquer sociedade, apesar das diferenças individuais, o desejo de uma pacificação social, onde todos hajam com boa-fé, sem ferir o conjunto normativo e, nessa linha, construir uma coletividade onde cada indivíduo respeite os comandos das regras *neminem laedere* ou *alterum non laedere* espontaneamente, sem a necessidade da

⁴⁹ PIRES, Marília Freitas de Campos. Multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade na educação. *Revista Interface*. São Paulo: UNESP, 1998, p. 173-177.

⁵⁰ KROHLING, Aloísio. A busca da transdisciplinaridade nas ciências humanas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, 2007, p. 203.

⁵¹ Complexidade dos fenômenos. Reconhecer a complexidade intrínseca aos fenômenos. A vida se manifesta na complexidade das relações que são estudadas separadamente pelas ciências, ciências exatas, biológicas e humanas. A interdependência é um princípio que sustenta a vida nesse planeta. Negar a interdependência entre Ciência e Cultura significa negar o sujeito, desvanecendo o sentido da vida. A transdisciplinaridade é a dissolução dos discursos homogeneizantes na ciência e na cultura. SANTOS, Akiko. O que é transdisciplinaridade. *Rural Semanal*, n. 31/32, 1995.

⁵² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6-8.

⁵³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11-14.

intervenção de quem quer que seja, até mesmo do Estado. Até porque, o Poder Judiciário e até o próprio Direito são reflexo dessa aspiração social⁵⁴. Portanto, quando assim se assevera, não se fala tão-somente dos comandos normativos penais, mas também dos civis. Ademais, não são somente as regras penais as possuidoras de carga moral, as civis também. Desse modo, não se justifica falar em interesse social somente para a esfera criminal do ordenamento jurídico, porquanto seja inegável o interesse no efetivo cumprimento das obrigações também civis por todos os integrantes da sociedade.

Como já sabido, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual, conforme derive de contrato ou da lei. No entanto, existindo ou não um contrato, o princípio que rege tais situações, tanto num campo como no outro, é o de a ninguém ofender, como nas expressões latinas supracitadas, atribuídas a Ulpiano, respeitável jurista romano e importante contribuinte para a gênese do direito romano, do qual o ordenamento brasileiro possui derivação, quando da fixação dos principais preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). Desse modo, restaram enaltecidos os bons costumes e, conseqüentemente, a ideia de boa-fé, para o convívio social regulado pelo direito⁵⁵.

A unidade de todos os ilícitos teorizada por Adolf Merkel estabelece que os bons costumes e a boa-fé são comuns aos campos penal e civil, vez que ambos trabalham com um conflito entre a vontade do particular e a da sociedade, sendo esta representada pelas normas jurídicas.⁵⁶ Assim, ambos os sistemas podem se valer da punição, podendo existir distinção na natureza do castigo: a pena patrimonial para o cível e a pessoal para o penal. Esse seria o traço distintivo entre os dois campos e não mais a presença ou ausência de punição. Afinal, não há como

⁵⁴ “[...] de nenhuma serventia seria o direito se se contentasse com a solução pura e simples do conflito de interesses, pois a sociedade pode criar mecanismos mais eficazes que o direito para fazê-lo, por exemplo, a solução imposta pelo mais forte. Entretanto, se a sociedade criou o direito é porque a solução não mais é puramente animal, mas exige um conteúdo de racionalidade mínima que afaste o homem do mero instinto da força. Essa racionalidade mínima é a finalidade da norma, que se distingue da mera função por ser axiológica, tanto no que concerne aos indivíduos envolvidos no conflito, quanto no que se refere à sociedade como um todo. A solução do conflito apenas não é suficiente. Exige-se que seja feita de modo justo, com relação às partes, com a dimensão social que se requer, chame-se paz social ou bem comum.” SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 124.

⁵⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173-175.

⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

negar a flagrante repercussão social também na esfera civil, vez que é interesse de toda sociedade que todos cumpram com suas obrigações civis, com sua parte no pacto social, assim como na órbita penal. Não se pode falar em paz social somente em face do cumprimento das regras penais, alijando os fatos civis do interesse social⁵⁷.

O direito penal guarda razão de existência no intuito de proteger os bens mais importantes e necessários à própria sobrevivência da sociedade, e isso por meio da cominação, aplicação e execução de penas. Desse modo, a pena acaba por ser instrumento de coerção para a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, considerados também os valores e interesses mais significativos da sociedade⁵⁸. Ademais, a proteção penal aos bens juridicamente relevantes guarda profundo contexto político, na medida em que a sociedade evolui e certas condutas sociais deixam de ser tão relevantes e outras que antes não eram passam a ser. No tocante ao direito civil pode ser observada semelhante concepção. Citado por Dias, no esforço de distinguir o ilícito civil do penal, Alimena conclui que é impossível separá-los por um traço divisório nítido, assim como diferenciar, satisfatoriamente, a pena da indenização.⁵⁹

No entanto, parte da doutrina contesta o argumento de que o direito penal protege direitos ou bens relevantes juridicamente, trazendo a concepção de que, quando atua esse ramo do direito, em verdade, o bem jurídico que deveria ser por ele tutelado já fora atingido. Nessa linha, surge a concepção de que não são os bens jurídicos os alvos da proteção, mas a garantia de vigência ou eficácia da própria norma. Assim, o agente transgressor deve ser punido para que reste ratificada a vigência e eficácia da lei penal⁶⁰.

Por sua vez, a doutrina civilista atribui ao direito a concepção de ser a ciência que trata do homem em sociedade, onde etnólogos têm verificado que desde pequenos grupamentos humanos, ainda que rudimentares, já regulavam a vida em grupo, disciplinando o comportamento dos indivíduos que o compõem.

⁵⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista Direito e Liberdade*. Mossoró, v. 7, n. 3, p. 237-274, jul/dez 2007, p. 253.

⁵⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 4-5.

⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

⁶⁰ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 4-5.

Ademais, ressaltam os civilistas que tais normas são acompanhadas de uma sanção. A distinção daqueles primórdios dias em relação aos atuais é que a origem da aludida sanção, que naqueles tempos derivava do próprio indivíduo lesionado, enquanto hoje tal poder encontra-se na mão do Estado, vez que a autotutela restou guardada somente para excepcionalidades. A história dá conta de que nos primórdios da sociedade, até mesmo o homicídio era uma pena constante das prerrogativas do lesionado para obter satisfação em face do transgressor⁶¹.

Considerando a distinção das áreas do direito em penal e civil, percebe-se que sua origem é comum, sendo que o objeto primário é o mesmo, qual seja, a regulação da vida em sociedade. Assim, certas premissas comuns são identificáveis, haja vista que a separação codificadora napoleônica das duas áreas não fora capaz de extirpar os troncos, objetivos e princípios comuns. Em verdade, o que se percebe é uma proximidade daquelas duas searas do direito no tocante à existência de sanções para o ilícito. Assim sendo, a sanção encontra fundamento para alcançar também o objetivo ressaltado acima, qual seja, uma reação do ordenamento jurídico à transgressão⁶², e isso não somente proteger bens jurídicos civis, mas também para garantir a vigência e eficácia da própria norma, na medida em que o agente transgressor possa e deva ser punido para que reste ratificada a vigência e eficácia da lei, não só penal como também civil, a fim de alcançar a finalidade maior do direito, a paz social ou bem comum⁶³.

1.3 O dano moral no direito do consumidor

O tratamento do dano moral na história do direito brasileiro ganha três contornos teóricos, um negativista, um eclético e um positivista. Ultrapassada essa questão acerca de sua existência ou não, outros percalços teóricos ainda ocorrem, tais como a própria definição jurídica do tema, sua distinção em relação ao dano material, o dano moral coletivo, a prescrição e outros. No entanto, o presente estudo encara o tema sob o aspecto da existência do dano moral no subsistema do

⁶¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3-5.

⁶² “Todavia, como evidencia DI AMATO, a conclusão atual não pode ser outra que a necessária negação de uma diversidade ontológica entre o ilícito civil e o penal. Em ambos os casos, trata-se de um contato social não pacificado que reclama a intervenção do ordenamento.” ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116.

⁶³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 124.

consumidor e das possíveis funções alcançáveis pela reparação, tais como a compensatória, a punitiva e a preventiva. Por fim, cuidará da problemática da fixação do valor da indenização.

Historicamente, a discussão sobre a existência ou não do dano moral ganhou grande relevância e, inclusive, fomentou uma mudança de foco da Ciência do Direito, a qual passou a enxergar os valores extrapatrimoniais do sujeito de direito, vislumbrando-o não somente em seu domínio material, mas também em sua dignidade. Assim, o dano moral pode ser notado em três momentos distintos: o da teoria negativista, o da teoria eclética e o da teoria positivista.

O ordenamento civil brasileiro de 1916 foi inspirado no Código Civil francês (1808) e na linha alemã (1900), valendo destacar que o sistema romano-germânico enfocava somente a proteção material do sujeito de direito, ou seja, baseou-se na teoria negativista⁶⁴. Tal teoria consiste na expressa negativa à possibilidade de reparação do dano moral, direto ou indireto, tendo prevalecido durante longo tempo em nosso sistema jurídico, no entanto, atualmente encontra-se superada, em especial após a nova ordem constitucional, que reconheceu aquele direito expressamente.

⁶⁴ Zulmira Pires de Lima traz oito argumentos para esta teoria: 1) falta de um efeito penoso durável; 2) a incerteza de um verdadeiro direito violado; 3) a dificuldade de descobrir a existência do dano; 4) a indeterminação do número de pessoas lesadas; 5) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6) a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro (*pretium doloris*); 7) o ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz; 8) a impossibilidade jurídica de admitir tal reparação. Destaca-se como principal argumento dessa teoria a “*imoralidade da compensação em dinheiro pela violação de um bem extrapatrimonial*”. LIMA, Zulmira Pires de. Responsabilidade civil por danos morais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 83, jul. 1940, p. 218.) Tais argumentos encontraram refutas: **1)** a incerteza da existência do direito violado, fora refutada mediante a constatação de que o sistema jurídico não protege apenas o patrimônio do ser humano, mas também os direitos da personalidade (regras e princípios); **2)** a dificuldade na identificação do dano moral, não é justificativa plausível para deixar tal dano sem reparação, em especial por tratar de valores tão importantes (vida, saúde, honra, etc.); **3)** a impossibilidade de encontrar equivalência entre o dano moral e a respectiva sanção, porquanto não deva ter caráter de equivalência, de restabelecimento a situação anterior, mas sim natureza satisfativa ou compensatória. **4)** a censura da existência de um dano moral na esfera cível é combatida com o mesmo fato sendo punido no âmbito criminal. **5)** quanto à imoralidade da reparação, resta combatida com o argumento de que não se pretende vender o bem moral, mas sim fazê-lo respeitável. Busca-se a atenuação da dor e da satisfação espiritual. Outro argumento seria a imoralidade de deixar sem reparação uma efetiva lesão a um direito de personalidade. **6)** a outorga ilimitada do julgador, resta combatida com a possibilidade, em certos casos, da discricionariedade do juiz para fixação de danos patrimoniais; portanto, não seria exclusividade do dano moral. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Por sua vez, a teoria eclética⁶⁵ ou mista trouxe uma mitigação, admitindo a reparação do dano moral desde que tivesse havido uma repercussão patrimonial, ou seja, houvesse um dano indireto ou reflexo. Assim, caracteriza-se como uma posição intermediária, de verdadeira transição para a efetiva aceitação da reparabilidade do dano moral puro.

Atualmente, as críticas doutrinárias fundamentais acerca da teoria mista podem ser destacadas em dois pontos, um afastamento do subjetivismo característico do dano extrapatrimonial e verdadeira reparação de um prejuízo material reflexo e não do efetivo dano moral.

Seguindo na evolução histórica da doutrina em relação ao instituto, desenvolve-se a teoria positivista, a qual veio a acolher a reparabilidade do dano moral puro, em especial com o tratamento do tema pela Carta Magna de 1988⁶⁶ (art. 5º, V e X), que acompanhou a tendência mundial sobre o tema e afastou a principal resistência encontrada por essa teoria, que era a inexistência de fundamento legislativo específico.

Por mais que o Código Civil de 1916⁶⁷, com seus artigos 76⁶⁸ e 159⁶⁹ já trouxesse indicativo que possibilitava a construção de uma exegese de reparabilidade do dano moral, a interpretação acerca da palavra dano trazida por aquele primeiro artigo era, indevidamente, restritiva e, portanto, não alcançava o dano moral; porém, tal entendimento restou ultrapassado. Após aquele diploma civil

⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal passou a aceitar tal teoria em 1966, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 59.940-SP, de relatoria do Min. Aliomar Baleeiro, por decisão unânime, onde era pleiteada a indenização em face da morte de dois filhos menores por atropelamento. A empresa ré fora condenada em face a família ter sido privada da expectativa de que as crianças seriam úteis à entidade familiar, tanto em relação ao possível amparo na velhice dos pais quanto na capacidade de trabalho contribuindo para a renda familiar. Desse modo, vislumbra-se verdadeira condenação em lucros cessantes. Esse caso tornou-se verdadeiro *leading case*, ensejando a edição da Súmula 491 do STF: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁶⁷ BRASIL. *Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁶⁸ Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. BRASIL. *Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁶⁹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. BRASIL. *Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

de 1916, várias normas foram editadas prevendo a reparação do dano moral, como as Leis 4.117/62, 4.737/65, 5.250/67, 5.988/73, dentre outras. No entanto, a doutrina considera a Constituição Federal de 1988 como o instrumento de consagração do dano moral em nosso ordenamento, trazendo em seu título de direitos e garantias fundamentais dispositivos (incisos V⁷⁰ e X⁷¹ do artigo 5º) que cuidam expressamente do tema.

Diante da nova ordem constitucional de 1988 o debate se extinguiu e surgiram outras leis⁷² abordando o tema, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Proteção do Consumidor, a Lei dos Desaparecidos Políticos, a Lei dos Direitos Autorais, dentre outras. Por fim, o Superior Tribunal de Justiça reforçou a separação entre o dano moral e o patrimonial com o reforço da jurisprudência sobre o tema, com a edição da Súmula 370: “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”⁷³.

A definição jurídica acerca do dano moral encontra a primeira dificuldade em sua nomenclatura, de origem francesa, mas consagrada pelo sistema romano-germânico, que é severamente criticada por ser limitativa. Outras nomenclaturas são utilizadas como sinônimas, tais como dano extrapatrimonial, dano imaterial, prejuízo moral, dentre outras.

A doutrina majoritária entendeu por definir utilizando um critério negativo por exclusão, ou seja, lesão que não corresponda a uma diminuição patrimonial. Wilson Melo da Silva⁷⁴ define como sendo “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Maria Helena Diniz⁷⁵ trata como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. Arnaldo Medeiros

⁷⁰ Inciso V. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁷¹ Inciso 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. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁷² Leis 8.069/90, 8.078/90, 9.140/95, 9.610/98 e 9.615/98.

⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 370*. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula370.pdf>. Acesso em : 25 out. 2015.

⁷⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Fonseca⁷⁶ diz que “dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico”.

Outra parcela da doutrina, considera o critério negativo por exclusão insatisfatório, buscando, modernamente, definir por meio de seus elementos essenciais, em razão de bens como a vida, paz, tranquilidade espiritual, honra, reputação e tantos outros, formando um rol meramente exemplificativo, diante da impossibilidade de um rol fechado, em face da complexidade do ser humano⁷⁷. Nessa linha, Sérgio Cavaliere Filho⁷⁸ ensina que “em sentido estrito, dano moral é a violação à dignidade”. Sílvio Salvo Venosa⁷⁹ trata no sentido de que “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”. Carlos Alberto Bittar⁸⁰ trata como:

aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum – porque ligados à natureza humana – podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese ‘sub item’, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado.

O dano moral ocorre em casos de lesão a algum direito de personalidade, com o atentado contra os sentimentos, gerando desequilíbrio anímico da pessoa. Mas nem toda alteração anímica caracteriza um dano moral, restando excluído o mero aborrecimento ou desconforto corriqueiros, até porque, há pessoas menos e outras mais sensíveis aos problemas do cotidiano. Assim, necessário demonstrar a lesão qualificada por certo grau de importância ou gravidade, essa é a posição do Superior Tribunal de Justiça⁸¹, como será tratado em tópico específico

⁷⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros. Dano moral. SANTOS, J.M. de Carvalho (Coord). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. v. 14.

⁷⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 149.

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

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Indenização. Dano moral. Queda em coletivo. O mero receio ou dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. (REsp 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Na estipulação do valor do dano moral deve-se observar os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado.

adiante. Logo, dano moral não se resume apenas à lesão sem repercussão patrimonial, há de se mudar o foco, abandonar a concepção que pressupõe a dor da vítima, para localiza-lo na ideia de lesão ou privação de um direito da personalidade.

Partindo-se da premissa de que toda violação a direito subjetivo encontra uma sanção correspondente no sistema jurídico, o lesado deve ser reparado. No entanto, diante da falta de possibilidade acerca da mensuração objetiva, a sanção deve ser aplicada com base na discricionariedade judicial. Ademais, a quantia arbitrada deve buscar atender não só a uma finalidade compensatória, mas também punitiva e preventiva. Mas esse tema será tratado mais adiante. Portanto, pode ser concebido o dano moral segundo um conceito esclarecedor, não só quanto ao que nele se inclui, mas também em razão do que não deve estar incluído:

Define-se dano moral como a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica⁸².

A doutrina destaca duas espécies de dano reparável: material e moral. O dano decorre da violação de um dever jurídico, legal ou convencional. Por sua vez, a norma jurídica possui dois preceitos em sua estrutura: a) estrutura primária, descritiva de conduta; b) estrutura secundária, de caráter sancionatório. Carlos Alberto Bittar⁸³ assevera que “a sustentação da doutrina do dano está na reação do sistema jurídico à lesão incidente sobre interesses e direito da vítima”. Daí a necessidade de uma visão mais ampla para a função da indenização do que meramente a compensatória, visto que o sistema jurídico busca reagir com o objetivo de pacificar as relações sociais, portanto, também justificáveis as funções punitivas e preventivas daquele instituto.

REsp 337.771/RJ. Quarta Turma. Relator(a) Min. César Asfor Rocha. Brasília, 16 de abril de 2002. Brasília, 19 ago. 2002. p. 175.

⁸² SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-154.

⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

A reparação do dano material visa o restabelecimento do *status quo ante* da vítima, ou seja, sua situação antes do ilícito, com o princípio da restituição integral; quer seja com a restituição do mesmo bem da vida ou, subsidiariamente, a reparação em dinheiro. Por sua vez, no dano moral, em se tratando de direitos da personalidade, não havendo repercussão patrimonial direta, torna-se inviável a reparação do bem imaterial com critério de equivalência rígido. Assim, o objetivo da sanção não tem o mesmo timbre do dano material, vislumbrando compensar a vítima, punir o infrator e desestimular novas práticas semelhantes, tudo com o fito de fazer com que as relações jurídicas aconteçam de forma escoreita, espontaneamente e com grau de pacificação cada vez maior.

Cabe serem ressaltados alguns critérios distintivos. Quanto ao tipo de interesse, direito ou bem jurídico violado, o dano moral apresenta lesão a um bem da vida sem correspondência pecuniária, enquanto o dano material decorre de lesão a um bem da vida conversível em dinheiro. No tocante ao efeito da violação do interesse, direito ou bem jurídico, a lesão de um direito da personalidade pode gerar um dano patrimonial e vice-versa, no entanto, dano imaterial não é apenas a lesão a um direito de personalidade, mas uma lesão a um bem imaterial sem repercussão patrimonial. Um reforço acerca dessa segunda argumentação é o conteúdo da Súmula 37⁸⁴ do STJ, que possibilita a cumulação de indenização por danos materiais e morais decorrentes do mesmo fato. Por fim, enxergam-se duas espécies de dano moral: o dano moral puro ou direto, com lesão aos direitos de personalidade; e o reflexo ou indireto, decorrente de uma lesão no patrimônio material da vítima, com reflexo na esfera social, física ou psíquica do lesado.

Outro aspecto de fundamentação é dado em razão da distinção entre honra subjetiva e objetiva, a primeira de aspecto interno, caracterizada pela dignidade, decoro e autoestima; a segunda de aspecto externo, identificada pela reputação, bom nome e imagem perante a sociedade. Nesse passo, a primeira seria exclusiva da pessoa física, enquanto a segunda seria comum às duas pessoas, física e jurídica. Essa noção fora desenvolvida pelo direito penal⁸⁵ e é defendida por

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 37*. Conteúdo Jurídico, Brasília: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2268&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁸⁵ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. 6, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 39.

Sérgio Cavalieri Filho⁸⁶. Essa tese fora encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial a partir de meados da década de noventa, firmando-se a posição de que a pessoa jurídica tem honra objetiva passível de tutela, inclusive por meio da edição da Súmula 227⁸⁷: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Esse traço doutrinário é merecedor de destaque justamente por estreitar os laços entre os dois campos do direito, o civil e o penal, reforçando a tese de que ambos possuem congruências e bases morais comuns. Portanto, não se pode fazer um traço separador das duas áreas capaz de impedir muitos dos seus pontos de contato e suas bases morais elementares comuns.

Como já iniciado o assunto acima, em se tratando da reparação do dano moral, ponto de imperativo destaque é a finalidade da indenização. Numa visão ampla, a violação do direito subjetivo pode ensejar diferentes tratamentos, conforme a esfera do direito, pois, exemplificativamente, o direito penal visa prevenir e punir ilícitos, enquanto o direito civil, em regra, visa restabelecer a vítima ao seu estado anterior ao ilícito.

O mecanismo jurídico da indenização em face do dano moral consiste em transferir ao ofendido uma parcela do patrimônio do ofensor, limitando-se a amplitude dessa relação somente entre essas duas partes. No entanto, esse ilícito gera reflexos bem mais amplos, sobre toda a organização social, vez que o principal viés da existência de um ordenamento jurídico é justamente a pacificação social por meio da regulação das relações intersubjetivas. Com a propagação dos ilícitos, outros integrantes da sociedade têm a tendência de não se sentirem obrigados a cumprir os ditames do ordenamento jurídico, gerando novos ilícitos. Isso produz uma reação em cadeia, um ciclo vicioso. Nessa linha, o ordenamento jurídico deve responder negativamente aos ilícitos de modo a desestimular novas condutas ilícitas, pois, assim, estará desencorajando outros sujeitos a agir em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Tem-se que a reparação do dano moral pode atender também àquele viés de pacificação social, destarte, tendo três finalidades: compensatória,

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 227*. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

objetivando a satisfação da vítima em face da violação de um direito de personalidade; punitiva, com vistas a fornecer uma reação do sistema jurídico ao agente causador do dano; e preventivo, com o fito de servir como medida de desestímulo e intimidação do ofensor e demais integrantes da sociedade quanto àquela prática ilícita⁸⁸.

Quanto ao caráter compensatório, o dano moral não permite encontrar uma equivalência absoluta entre a reparação e o dano, tal como mostra-se viável no dano material. Neste último, em se tratando de dano patrimonial, pode-se alcançar a reparação com equivalência absoluta, in natura ou por equivalência. O que não se mostra viável no dano extrapatrimonial, até porque, não se mostra razoável o pagamento de uma dor (*pretium doloris*). Assim sendo, busca-se uma equivalência relativa no dano moral, com o fito de alcançar aquelas três finalidades, afinal, não sendo possível o retorno ao status quo ante da vítima, o melhor é evitar que o ilícito ocorra; e, se ainda assim ocorrer, buscar atenuar sua alteração física ou anímica e punir o agente causador. Ademais, busca-se uma satisfação à vítima com a atenuação da alteração sofrida, almejando, inclusive, abrandar seu sentimento inato de vingança, confortar seu espírito ultrajado, evitando-se até mesmo uma vingança particular.

Evidencia-se que o melhor é implementar medidas no sentido de evitar que o ilícito moral aconteça⁸⁹, em razão da impossibilidade do retorno da vítima ao status quo ante ou mesmo da sua reparação integral com equivalência absoluta. Em sendo assim, destacam-se duas daquelas três finalidades: a punitiva e a preventiva. A reação do ordenamento jurídico ao ilícito, na forma punitiva, como na esfera penal, visa fomentar um melhor cumprimento das normas que regulam a sociedade e, em última análise, objetiva a pacificação da sociedade por meio da

⁸⁸ Sílvio de Salvo Venosa aborda a questão relativa às finalidades da reparação dos danos morais da seguinte forma: [...] forma-se recentemente um entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas o cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo, educativo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros. Sem dúvida, essa posição, no direito de origem romano-germânica, é fortemente influenciada pelo direito anglo-saxão, no qual essa função é muito clara. Nesse caso, inelutavelmente, o juiz deixa-se levar pela intensidade da culpa para fixar a retribuição pecuniária [...]. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

⁸⁹ BÉSSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 237-274. jul/dez 2007, p. 254.

estabilização das relações jurídicas. Ademais, a penalidade alcançaria flagrante sentido preventivo, desencorajando o ofensor e todos os demais integrantes da sociedade a praticar novamente outro ilícito.

No tocante à aludida função punitiva, ainda não há consenso na doutrina ou mesmo na jurisprudência pátrias⁹⁰, haja vista que nem o Código Civil nem o Código de defesa do Consumidor trouxeram tal finalidade de maneira expressa. O projeto deste último trazia uma “multa civil”⁹¹ a ser fixada pelo juiz, no entanto, os artigos 16 e 45, bem como o § 3º do art. 52 foram vetados. Destaque-se que o alvo dessa função não é mais a vítima em si, mas sim o ofensor, vez que se traduz na resposta do sistema jurídico ao ilícito. No entanto, os argumentos da doutrina contrária a tal finalidade começam na tendência do direito romano em distinguir a responsabilidade penal da civil (direito penal é ramo do direito público, contendo regras de ordem pública voltadas à coletividade, descrevendo condutas e impondo sanções, portanto, o caráter punitivo é exclusivo da norma penal).

Humberto Theodoro Júnior posiciona-se contrariamente à tal função, argumentando que o ofensor estaria sujeito à um *bin in idem*, ou seja, um duplo sancionamento em face do mesmo fato. No entanto, admite que tal finalidade possa ser considerada pelo juiz na fixação do montante, como critério secundário ou subsidiário⁹². Apesar desta posição doutrinária e de outras no mesmo sentido, verdade é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras aceitam tal função originária do sistema *common law*⁹³ (*punitive, punitory or vindictive damages*).

⁹⁰ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 105.

⁹¹ Os artigos vetados possuíam os seguintes conteúdos: Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável. Art. 45. As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo. Art. 52 [...] "§ 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo. O conteúdo da mensagem de veto nº 664, de 11 de setembro de 1990, do Sr. Presidente da República foi o seguinte: “O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da “multa civil”, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade.”

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

⁹³ BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul: West, 1990.

Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes destaca os principais fatores para imposição e quantificação dos *punitive damages* no sistema norte-americano: a) nexos de causalidade entre o dano punitivo e o prejuízo da vítima; b) o grau de culpa do ofensor; c) a existência de outras práticas semelhantes; d) a lucratividade da atividade desenvolvida; e) a situação financeira do ofensor; f) o valor das custas processuais; g) a existência de sanção penal em virtude do mesmo fato. Ressalte-se que no sistema da *common law*, os *punitive damages* constituem-se em verba autônoma da que é destinada à função compensatória⁹⁴.

No sistema jurídico atual não há base legal expressa para a imposição de pena civil para a indenização do dano moral, em especial no subsistema de defesa do consumidor, porém, vislumbra-se na quantificação do valor da indenização a possibilidade da utilização do caráter punitivo. Para tanto, deve o juiz considerar o grau de culpa e a condição econômica do ofensor para fixar o montante da indenização.

A terceira função é a preventiva, respaldada na vocação do sistema jurídico em regular a vida em sociedade, em especial, protegendo os direitos de toda ordem. Assim, seu objetivo é evitar o surgimento de conflitos sociais, dirigindo-se a toda sociedade, indo além daqueles envolvidos na situação fática decidida, inibindo ou desestimulando futuras violações por todos da sociedade, especialmente em face do agressor e da vítima. A doutrina e jurisprudência majoritárias acolhem essa função, apesar de algumas resistências, como Humberto Theodoro Júnior, que fundamenta constituir-se em desvio dos propósitos do direito privado, sendo que a questão comporta regulamentação no âmbito do direito público, por legislação própria⁹⁵. Por outro lado, em se tratando a pessoa humana como foco principal do direito, considerando que o dano moral jamais poderá encontrar uma reparação por equivalência absoluta, deve o sistema jurídico lançar mão de mecanismos capazes de prevenir lesões, agindo antes e não somente em momento posterior à lesão.

Considerado o subsistema consumerista, verifica-se que a lei trouxe o caráter preventivo, haja vista que o artigo 6º do Código de Defesa do

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 60.

Consumidor⁹⁶ traz em seu inciso VI, expressamente, ser direito básico do consumidor a efetiva prevenção dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Ademais, a política nacional de relações de consumo trazida por aquele *codex* determinou que seu objetivo é o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, bem como a melhoria da sua qualidade de vida. Para tanto, elegeu a estrita observância a dois princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor.

Considerando-se tanto o caráter preventivo trazido expressamente pelo Código Consumerista, bem como o objetivo a ser perseguido pela Política Nacional de Relações de Consumo, visando a proteção dos interesses dos consumidores, baseada em duas premissas fundamentais, a da vulnerabilidade do consumidor e da ação governamental para sua efetiva proteção, vislumbra-se não só a autorização legal mas a dicção no sentido de promover políticas públicas protetivas dos interesses dos consumidores. Para tanto, outro princípio merece destaque, vez que determina a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo. Diante de tais premissas legais, vislumbra-se a possibilidade de incremento da indenização com duas outras funções, além da reparatória: a preventiva e a punitiva.

1.4 A compensação do dano moral e suas funções

A teoria da diferença elaborada por Friedrich Mommsen aponta que o “dano patrimonial é a diferença entre o que se tem e o que se teria se não fosse o evento danoso”⁹⁷. Sem dano não há indenização. Em caso de dano extrapatrimonial fala-se em compensação, pois não será tecnicamente indenizável, pois, indenizar provém de *in dene*, que significa devolver ao estado anterior. Num passado próximo

⁹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁹⁷ Dimensão matemática: "Tradicionalmente, define-se dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso. A assim chamada 'Teoria da Diferença', devida à reelaboração de Friedrich Mommsen, converteu o dano numa dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável". MORAES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana -uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143.

inadmitia-se o denominado “preço da dor”, considerado amoral, tendo em vista que, aquilo que não se podia medir não era passível de indenização. No entanto, esse ponto de vista mudou. Restou alterada a consciência coletiva acerca do conceito de justiça: o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e hoje, evidente. Evidenciou-se, portanto, um ponto de desequilíbrio no ordenamento jurídico: a transgressão de um direito da personalidade sem o devido ressarcimento⁹⁸. A pacificação do tema foi trazida pela Constituição de 1988, que abraçou o tema e nossos tribunais tem tutelado tal direito à reparação com fundamento no princípio da dignidade humana⁹⁹.

Em termos elementares, pois não é objetivo deste estudo tratar com detalhes e de forma exaustiva este tema, para a liquidação do dano patrimonial permanece válida a expressão “perdas e danos”, significando danos emergentes e lucros cessantes na medida da exata correspondência com a extensão do efetivo dano que, por sua vez, é pecuniariamente mensurável. No entanto, “para o dano moral a liquidação fica ao arbítrio do juiz, não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada”¹⁰⁰.

O ordenamento jurídico traz como característica latente a aplicação dos princípios e regras constitucionais aos casos concretos, aos litígios civis e, por sua vez, a defesa da unidade do sistema legal, superando-se a visão acerca de uma cisão absoluta entre o público e o privado. Assim sendo, é importante tutelar não somente a pessoa lesada, mas também o próprio ordenamento jurídico. Denota-se, portanto, o caráter social da lesão, pois, ainda que tenha surgido de uma relação intersubjetiva, lesiona não só os sujeitos diretamente envolvidos, mas toda sociedade, na medida em que o ordenamento jurídico é garantia para todo o corpo social. Destarte, trata-se de uma questão também social, privada em um primeiro plano, mas pública em um segundo¹⁰¹.

⁹⁸ MORAES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 141-145.

⁹⁹ Com todos os seus substratos, tais como a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social.

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153-155.

¹⁰¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173-175.

O ordenamento jurídico deve primar pela tutela da pessoa humana e sua dignidade, portanto, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia a ela, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado¹⁰². Em assim sendo, vislumbra-se o caráter social da proteção do próprio ordenamento, vez que tal tutela visa resguardar o respeito às normas que regem o pacto social, resguardando, pois, a própria paz social na exata medida da correta observância do ordenamento jurídico e na solução repressiva e preventiva das possíveis lesões ao seu efetivo cumprimento. Portanto, não se trata unicamente de um interesse individual, mas também, em certa medida, interesse coletivo.

Considerando a tutela geral da pessoa humana estabelecida pela Constituição, a reparação do dano moral é medida que se impõe, não podendo ser limitada por meio de tabelas ou “tetos”, pela legislação infraconstitucional. A norma que assim procedeu, sendo anterior à Carta Magna, não foi recepcionada; se posterior, deve ser considerada inconstitucional¹⁰³. Assim sendo, o arbitramento judicial se mostra como importante ferramenta contra as lesões à dignidade da pessoa humana e ao ordenamento jurídico, sendo capaz de compensar a vítima, punir o ofensor e prevenir novas violações por meio da fixação do *quantum* adequado¹⁰⁴ para a indenização, de modo a cumprir as citadas funções.

O mecanismo jurídico à disposição do dano moral consiste em transferir ao ofendido parte do patrimônio do ofensor, em princípio, com esta limitação subjetiva. Entretanto, como ressaltado acima, existem reflexos daquela ofensa também sobre a organização social. Desse modo, a reparação do dano moral deve possuir três finalidades: compensatória, como forma de satisfação da vítima em razão da violação de um direito de personalidade; punitiva, como meio de reação do sistema jurídico contra o agente causador do dano; e preventiva, como

¹⁰² Cláusula geral de tutela da pessoa, Constituição Federal de 1988: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁰³ MORAIS, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182-185.

¹⁰⁴ Utilizando-se dos critérios de liquidação do dano moral que serão abordados adiante.

medida de desestímulo e intimidação do ofensor e demais integrantes da sociedade quanto àquela prática ilícita¹⁰⁵.

No tocante à finalidade ou função compensatória, diferentemente do dano material, que é passível de encontrar equivalência absoluta entre a reparação e o dano, *in natura* ou por ressarcimento, o dano moral não permite tal absolutismo. Assim, não resta alternativa senão buscar uma equivalência relativa. Não se busca o pagamento da dor (*pretium doloris*), até porque a dor não encontra mensuração de preço, mas sim uma satisfação à vítima com a atenuação da sua alteração física ou anímica, almejando, inclusive, amenizar possível desejo de vingança e, assim, evitando-se a indesejada autotutela nesse particular¹⁰⁶.

Relativamente à função punitiva, ainda não há consenso claro na doutrina ou jurisprudência, ante a falta de previsão legislativa expressa. O projeto do Código Civil¹⁰⁷ atual trazia uma espécie de multa civil a ser fixada pelo juiz, no entanto, tal dispositivo fora vetado (art. 16). Tal finalidade busca a caracterização de uma resposta do ordenamento jurídico ao ilícito. O argumento da corrente contrária a tal finalidade busca amparo na distinção feita pelo direito romano entre responsabilidade penal e civil, onde o direito penal, sendo ramo do direito público e contendo regras de ordem pública voltadas à coletividade, portanto, o caráter punitivo seria exclusivo da norma penal. No entanto, como aludido acima, não há como deixar de reconhecer o objetivo de ordem pública contido intrínseca e indissolúvelmente no ordenamento jurídico, no sentido de fazer-se respeitar, buscando a boa-fé objetiva de todos em relação ao efetivo cumprimento de seus ditames. Esse objetivo não é único do sistema penal.

¹⁰⁵ Sílvio de Salvo Venosa aborda a questão relativa às finalidades da reparação dos danos morais da seguinte forma: “[...] forma-se recentemente um entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas o cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo, educativo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros. Sem dúvida, essa posição, no direito de origem romano-germânica, é fortemente influenciada pelo direito anglo-saxão, no qual essa função é muito clara. Nesse caso, inelutavelmente, o juiz deixa-se levar pela intensidade da culpa para fixar a retribuição pecuniária [...]” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

¹⁰⁶ SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral no direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137-138.

¹⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

Ainda há na doutrina quem se posicione contrariamente à função punitiva¹⁰⁸, argumentando que o ofensor estaria sujeito a um *bis in idem*, ou seja, um duplo sancionamento em face do mesmo fato. No entanto, admite que tal finalidade possa ser considerada pelo juiz na fixação do montante, como critério secundário ou subsidiário. No sistema *common law*¹⁰⁹ (*punitive, punitory or vindictive damages*).

Em se tratando de uma perspectiva acerca de direito comparado, mister ressaltar o destaque, onde restam apontados os principais fatores para imposição e quantificação dos *punitive damages* no sistema norte-americano: o nexo de causalidade entre o dano punitivo e o prejuízo da vítima; o grau de culpa do ofensor; a existência de outras práticas semelhantes; a lucratividade da atividade desenvolvida; a situação financeira do ofensor; o valor das custas processuais; a existência de sanção penal em virtude do mesmo fato¹¹⁰. Ressalte-se que no sistema da *common law*, os *punitive damages* constituem-se inclusive em verba autônoma da que é destinada à função compensatória.

A imposição de pena civil para a indenização do dano moral não encontra esteio legal específico e expresso no ordenamento jurídico brasileiro, porém, a liquidação do valor da indenização traz a possibilidade de ser alcançada a finalidade punitiva, haja vista que não existem valores determinados, a casuística é que traz os contornos do *quantum debeatur* por meio de arbitramento judicial. Para tanto, o juiz deve considerar o grau de culpa e a condição econômica do ofensor para fixar o montante indenizatório, a fim de contemplar as funções reparadora, punitiva e preventiva em um só montante.

A terceira finalidade é a preventiva, respaldada no objetivo do sistema jurídico em regular a vida em sociedade, nessa linha, deve promover a proteção dos direitos de toda ordem e do respeito ao próprio sistema. Assim, seu objetivo é evitar o surgimento de conflitos sociais, dirigindo-se a toda sociedade, indo além dos limites subjetivos do fato ensejador da indenização, da questão decidida, visando inibir ou desestimular futuras violações. Ademais, em se tratando da dignidade da pessoa humana, foco principal do ordenamento jurídico,

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

¹⁰⁹ BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6 ed. St. Paul: West, 1990.

¹¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157-158.

considerando que o dano moral jamais encontrará uma reparação por equivalência absoluta, deve o sistema jurídico buscar mecanismos capazes de prevenir lesões, sob pena de falhar com suas funções primordiais de prevenir lides e pacificar a sociedade.

No sistema *common law*, as indenizações punitivas também ocorrem em caso de responsabilidade civil por danos patrimoniais, no entanto, o trato do tema ocorre por meio da fixação judicial de duas verbas distintas, uma relativa ao dano material ou moral e outra com o fito de punir o agente causador do ilícito, são os denominados *punitive damages*¹¹¹. Contudo, a nossa escola jurídica não é anglo-saxônica, mas romano-germânica, de sistema *civil law*, e não adota aquela figura da indenização punitiva. No entanto, pode se valer da ideia punitiva quando da fixação do *quantum* indenizatório.

Uma seara merecedora de atenção, portanto, é a da fixação do valor da indenização, tema que suscita controvérsias e acaba sendo alvo de inúmeras críticas e desafios, vez que não há uma medida certa que represente a restituição integral do prejuízo moral, tampouco existe forma de reparação *in natura*, o que dificulta ainda mais o tratamento do tema em busca de parâmetros quantitativos ideais, que reflitam a necessidade de cada caso e, também, sejam capazes de produzir efeitos extrínsecos aos julgados capazes de interferir no comportamento dos atores sociais envolvidos. Ou seja, o arbitramento do *quantum debeat* relativo à indenização extrapatrimonial acaba por abarcar aqueles três elementos em um só montante indenizatório, o qual deverá levar em consideração os elementos característicos e individuais da lide a fim de guardar a melhor reciprocidade possível em relação ao dano e as funções almejadas pela indenização.

Considerando o ponto de vista de que a indenização deva ter as três funções aludidas anteriormente, compensatória, punitiva e preventiva, não prevendo nosso sistema valores distintos como no *common law*, ao contrário, determina um valor único e global, mas que atenda àquelas finalidades, o arbitramento judicial mostra-se como a melhor alternativa, aliás, mecanismo já utilizado em outros tantos casos em que o legislador não fixou outro meio.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o Direito brasileiro. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, nº 28, p. 15-32, jan-mar. 2005, p. 16.

1.5 O *quantum* adequado da compensação e o paradigma judicial atual: o equivocado enfoque principal sobre a situação do consumidor

Com base nas considerações acima, uma seara merecedora de atenção é a da fixação do valor da indenização, tema ensejador da maior controvérsia doutrinária e jurisprudencial, vez que não há uma medida certa que represente a restituição integral do prejuízo moral, tampouco existe forma de reparação natural (*in natura*). Ademais, considerando que a indenização deva ter as três funções citadas acima, nosso sistema não prevê valores distintos, ao contrário, determina um valor global, mas que deva atender àquelas finalidades.

A teoria do risco da atividade do fornecedor informa o tema da responsabilidade civil nas relações de consumo, distinguindo da responsabilidade subjetiva trazida como regra pelo Código Civil de 2002. Saliente-se que o parágrafo único do art. 927 daquele código trouxe excepcionalidade: a responsabilidade objetiva para atividades de risco, a qual torna prescindível a demonstração do dolo ou culpa. Ademais, a Constituição (art. 5º, V) trabalha com o princípio da reparação integral, vez que garante a “proporcionalidade da resposta ao agravo”, com o que corrobora o Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso IV, que prevê a efetiva reparação dos danos. Assim sendo, a tarifação do dano moral não encontra respaldo em nosso sistema constitucional, inclusive, algumas leis que o faziam não foram recepcionadas: o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral, a Lei de Imprensa e o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Em 1998, o Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, integrado por membros do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, apresentou sugestão àquele Tribunal no sentido de aplicar uma espécie de tabela que, apesar de alguma flexibilidade, aproximava-se de uma tarifação e, portanto, descabida. As tentativas de estipulação de limites também encontram exemplos no Legislativo, onde, por exemplo, o Projeto de Lei 150/1999¹¹², de autoria do Senador

¹¹² Art. 11. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa: § 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I – ofensa de natureza leve: até cinco mil e duzentos reais; II – ofensa de natureza média: de cinco mil duzentos e um reais a quarenta mil reais; III – ofensa de natureza grave: de quarenta mil e um real a cem mil reais; IV – ofensa de natureza gravíssima: acima de cem mil reais. § 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou

Antônio Carlos Valadares, propôs uma classificação dos danos morais em leve, média, grave e gravíssima, com patamares de indenização distintos para cada qual.

Apesar da nova situação constitucional, alguns autores ainda defendem como melhor sistema o tarifado ou fechado, com vistas a evitar-se abusos e exageros. Nessa linha, Rui Stoco e Américo Luís Martins da Silva. No entanto, o sistema aberto ou ilimitado é o considerado pela nova ordem constitucional, porém, já era adotado desde o Código Civil de 1916 pela doutrina, apontando o arbitramento judicial como solução, com apoio no art. 1.553 daquele código. Com o novo Código Civil, em 2002, a doutrina e a jurisprudência têm apontado a equidade como critério (art. 944, seu parágrafo único, 928, 945, 953, 954 – responsabilidade do incapaz, limitação em face do grau da culpa, culpa concorrente da vítima, atentado à honra e à liberdade pessoal). Nesse sistema aberto, o juiz deve utilizar seu prudente arbítrio, o bom senso, a proporcionalidade ou razoabilidade para valorar o dano moral.

Os críticos dessa linha atacam o excesso de subjetividade, que resta vinculado à formação do juiz, seus valores, base filosófica, posicionamento sociológico, ponto de vista humanístico e outros mais, os quais trazem posicionamentos destoantes e até contraditórios no aparelho jurisdicional. Por sua vez, o Judiciário conta com a atuação do Superior Tribunal de Justiça, apesar de sua Súmula 7¹¹³, vedando o reexame de fatos e provas, que aprecia a proporcionalidade da decisão por seus fundamentos, os quais devem ter critérios lógicos a fim de viabilizar o controle da racionalidade do ato judicial. E ainda, o juiz deve apontar na decisão o critério que pautou sua orientação e as regras de experiência de que se valeu para fixar o valor do dano moral, motivando cada item que considerou para encontrar o *quantum* total.

humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e, o perdão, tácito ou expresso. § 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado. § 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização. § 5º Na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 9º, a indenização poderá, a critério do juiz, ser destinada a instituição pública de assistência social ou convertida em prestação de serviços à comunidade. BRASIL. *Projeto de lei nº 150, de 18 de março de 1999*. Dispõe sobre danos morais e sua reparação. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. 1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015

No tocante ao momento de incidência da correção monetária e dos juros de mora, sempre houve divisão entre os doutrinadores nacionais. Uns sustentam que, em se tratando de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir do evento danoso (Súmulas 43¹¹⁴ e 54¹¹⁵ do STJ). Outros entendem serem devidos a partir da citação, quando o devedor efetivamente está em mora. Nesse assunto, o Superior Tribunal Justiça editou a Súmula 362¹¹⁶, tratando que “a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”. No tocante aos juros moratórios, a tendência atual é de aplicar o mesmo entendimento da última súmula.

Além dos critérios subjetivos acima tratados, alguns de natureza objetiva têm sido desenvolvidos. Avio Brasil apresenta 5 regras: 1) satisfação pecuniária da vítima sem empobrecimento do ofensor¹¹⁷; 2) equilibrar o caso concreto às normas gerais, considerando 3 aspectos (1º – Curva de sensibilidade em relação à vítima, ao homem normal, ao grau de educação da vítima, aos princípios religiosos da vítima; 2º – influência do meio, com a avaliação da repercussão pública da ofensa e a posição social da vítima; 3º – se houve lesão à honra ou foi simples emotividade pessoal); 3) considerar a espécie do fato, se de ordem civil, empresarial ou penal (arrola vários critérios semelhantes à esfera penal, alguns agindo como atenuantes ou agravantes); 4) a extensão da repercussão pública é o triplo da repercussão da notícia de que resultou o dano (sustenta a aplicabilidade do critério da pena-base do Código Penal); 5) em caso de acidente, se além do prejuízo físico da perda de um órgão ou membro também houve prejuízo de ordem estética (considerando-se a condição social da vítima)¹¹⁸.

¹¹⁴ Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 43*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2274&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹¹⁵ Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 54*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2285&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 362*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.21499&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹¹⁷ “Esclarece que não é contra o enriquecimento da vítima, mas que tal ocorrência não signifique o empobrecimento injustificado do ofensor. O juiz deve calcular uma quantia que não seja irrisória, a ponto de agravar ou expor ainda mais ao ridículo a vítima, mas que represente uma compensação diante do que perdeu”. BRASIL, Avio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944, p. 103.

¹¹⁸ BRASIL, Avio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944, p. 103-105.

A doutrina nacional chega a defender a utilização do sistema da pena de multa do Direito Penal, com fundamento no art. 1.547, parágrafo único, do CC/1916 (quantificação da indenização resultante de injúria ou calúnia). No entanto, não tem sido aceito pela jurisprudência. Nesse sistema poderia ser alcançado um montante de até 10.800 salários mínimos, partindo-se da dobra da multa em grau máximo da pena criminal (que poderia alcançar até 5.400 salários). Ademais, o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa trouxeram vários critérios objetivos que deveriam ser observados pelo juiz.

Por sua vez, Antônio Jeová Santos enumera critérios gerais: a homogeneização das indenizações a fim de evitar o descrédito da justiça, evitando a fixação em valor ínfimo, com piso flexível; a observância de um teto prudente, para não tornar a indenização uma fonte de enriquecimento injusto; a verificação do contexto econômico do país, observando-se a situação econômica das empresas e pessoas físicas; a perseguição da segurança jurídica, com decisões judiciais coerentes entre situações semelhantes¹¹⁹. Ademais, ao lado desses critérios gerais, são apontados¹²⁰ também os específicos, tais como a intensidade da angústia experimentada pela vítima (analisando-se fatores sociais, culturais e religiosos), bem como a situação patrimonial do ofensor e da vítima, ou ainda¹²¹, o grau de reprovabilidade da conduta e a duração do sofrimento, dentre outros. Nessa linha, a jurisprudência também se norteia por tais critérios. No entanto, percebe-se que tais critérios são variáveis e flexíveis de acordo com o caso concreto.

Além dos critérios específicos que devem ser observados no caso concreto, portanto, o juiz deve avaliar: 1) o grau de culpa do ofensor; 2) a intensidade da alteração anímica da vítima; 3) a repercussão do ato ilícito no meio social; 4) a situação econômico-financeira do ofensor; 5) as condições pessoais da vítima. Desse modo, no Direito do Consumidor, ainda que a responsabilidade do fornecedor pela violação dos direitos da personalidade seja objetiva, prescindindo da análise da culpa ou dolo, tais elementos da conduta do agente deverão ser considerados para a fixação do valor da indenização. Ao avaliar o grau de culpa em sentido amplo do ofensor (grau de reprovabilidade ou censurabilidade em face dos

¹¹⁹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 180-185.

¹²⁰ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 74.

¹²¹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 180-185.

princípios e regras jurídicas), vislumbra-se a finalidade punitiva da indenização do dano moral, individualizando a sanção e visando realizar justiça no caso concreto. Ademais, exclui-se como critério a capacidade econômica da vítima, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia, pois, se aceito, ocasionaria tratamento desigual a consumidores vitimados pelo mesmo fato, da mesma forma, em razão de sua condição econômica. Por fim, o grau de vulnerabilidade do consumidor também deve ser considerado para majorar ou diminuir o valor a ser fixado.

Parte da doutrina brasileira vislumbra a possibilidade de fixação do valor da indenização em certa quantidade de salários mínimos, contrariando a jurisprudência recente. A nova ordem constitucional trazida em 05/10/1988 (art. 7º, IV) coibiu a utilização do salário mínimo como fator de atualização monetária ou parâmetro de valoração de qualquer tipo de indenização, ou seja, afastando qualquer forma de indexação. Vale destacar quanto à mudança citada, a ADIn 1.425-1/PE¹²² que cuidou do tema e declarou ser a vedação constitucional abrangente, conforme dispõe a expressão “para qualquer fim” do texto constitucional. Ademais, por meio do julgamento do RE 225.488-1/PR¹²³, relatado pelo Min. Moreira Alves, o STF pronunciou-se no sentido de não ser possível a fixação do valor de indenização por danos morais ser feita em salários mínimos, fazendo referência à supracitada ADIn. Em assim sendo, o STJ, em sua composição atual, mudou seu entendimento fixando-o na mesma linha do Supremo Tribunal

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Contribuição social. Participação dos beneficiários e do Estado. Equidade. Variação de Alíquotas. Contribuição de pensionistas. Liminar. Na dicção da ilustrada maioria, exsurge a falta de relevância do pedido formulado e do risco de manter-se com plena eficácia os dispositivos de regência quando verificada gradação percentual concernente à contribuição social e descompasso quanto à participação de contribuintes-beneficiários e o Estado, bem como a obrigatoriedade de pensionistas contribuírem. Ressalva de entendimento do relator, em face de não se ter o deslocamento da redação do acórdão. *ADIn 1.425-1/PE*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 de março de 1999. *Diário de Justiça da União*, 26 fev. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação Constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna. - O Plenário desta Corte, ao julgar, em 01.10.97, a ADIN 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário-mínimo para qualquer fim, "quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado". - No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários-mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário- mínimo a que essa indenização está vinculado atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional. Outros precedentes desta Corte quanto à vedação da vinculação em causa. Recurso extraordinário conhecido e provido. *RE 225.488-1/PR*. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 11 de abril de 2000. *Diário de Justiça da União*, 16 de jun. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

Federal. Tido isso, tanto o pedido de indenização por danos morais quanto a prestação jurisdicional correspondente devem se dar em moeda nacional oficial, no caso presente o Real.

Observadas as decisões judiciais atuais, vislumbra-se um enfoque especial em só um dos lados da relação de consumo: o consumidor. Isso em face dos argumentos que podem ser extraídos desses julgamentos, cujos fundamentos encontram-se alinhados, em especial, em um único sentido, um exclusivo parâmetro: considerar os efeitos que serão experimentados pelo consumidor por meio daquela sentença. Como se percebe, não se trata aqui dos parâmetros que foram ou estão sendo experimentados pelo consumidor antes ou durante o curso da ação, pois esses, por óbvio, devem ser ponderados pela decisão. Cuida-se aqui, portanto, dos que serão alcançados, ou seja, dos efeitos extrínsecos da sentença, das consequências daquele julgamento na seara do patrimônio jurídico do consumidor.

Um parâmetro importante acaba sendo secundarizado ou até mesmo restando ausente: considerar os efeitos que serão experimentadas pelo fornecedor por meio daquela sentença. Ou seja, dos que serão alcançados, os efeitos extrínsecos da sentença, logo, das consequências daquele julgamento na seara do patrimônio jurídico do fornecedor. Com isso, finalisticamente, o problema do ilícito consumerista acaba por ser tratado de forma desigual entre as partes, deixando de considerar fatores que influenciam no patrimônio jurídico do fornecedor e que, caso sejam ponderados, podem acarretar uma mudança em sua atuação mercadológica capaz de reduzir os ilícitos e, conseqüentemente, os danos. E, ainda que se admita serem considerados aqueles fatores pelas decisões judiciais, talvez mereçam uma abordagem mais enfática ou, ao menos, uma nova abordagem, haja vista que, do modo em que está sendo tratada não gera eficiência suficiente capaz de reduzir o quantitativo de demandas, como fora observado acima.

Partindo-se da premissa de que as decisões judiciais atuais vêm abordando a temática do ilícito consumerista sob um parâmetro único, ou, pelo menos, com maior ênfase, no consumidor, o que será alvo de investigação empírica em tópico próprio adiante, faz-se necessário discutir a relação consumerista

judicializada sob um outro paradigma¹²⁴: o fornecedor. Para tanto, é necessário abordar não só os aspectos possivelmente positivos, mas, principalmente, os potencialmente negativos desse novo parâmetro, o que se buscará em capítulo próprio adiante.

O principal enfoque trazido pelas decisões judiciais estudadas pelo levantamento empírico supracitado é o consumidor, haja vista que os fatores destacados pelas fundamentações dos julgados enfatizam os reflexos de seus efeitos tendo por base só um dos lados da relação consumerista, não abordando de forma mais relevante talvez o seu principal protagonista, o fornecedor. Assim sendo, considerando que as funções da indenização, em especial a punitiva e a preventiva, dependem da dosagem do seu *quantum* adequado, sendo considerado só o parâmetro consumista, a tendência é não alcançar um patamar suficientemente relevante para surtir aqueles efeitos indenizatórios para o fornecedor, vez que possui padrão econômico, em regra, muito superior ao do outro sujeito consumerista.

Destacando-se que o *quantum* indenizatório é fundamental para o alcance das funções punitiva e, em especial, preventiva da indenização, conferir principal enfoque ao lado economicamente mais frágil da relação consumerista no balizamento daquele quantitativo acaba por estabelecer um parâmetro pouquíssimo ou até mesmo nada representativo para o fornecedor, considerando seu poder econômico. Nessa linha de raciocínio, a quantia indenizatória fixada pela decisão acaba não sendo capaz de gerar os efeitos desejáveis, ou seja, punir o causador do dano e prevenir as possíveis reincidências ilícitas, como demonstra o constante crescimento das lides, evidenciado pelos dados do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC, apontado no gráfico trazido logo no início deste estudo.

Com a mudança de paradigma, alterando-se o foco da decisão, do consumidor para o fornecedor, portanto, considerando-se prioritariamente os parâmetros que envolvem as características do provedor de bens e serviços, naturalmente mais abastado economicamente que a outra parte, poderia ser capaz de impactar o *quantum* adequado da indenização, elevando-a a um patamar hábil ao

¹²⁴ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

alcance das funções punitiva e, em especial, preventiva para a decisão indenizatória. Isso, na medida em que, o impacto do valor fixado deve ser suficientemente alto para, considerado o volume das lides e demandas judiciais consumeristas, seja capaz de estimular o causador do dano a rever suas políticas mercadológicas.

Assim como outros nichos de mercado em um sistema capitalista, as relações consumeristas baseiam-se também no lucro, advindo de uma relação positiva entre os custos e o faturamento, ou seja, considerando-se as despesas e as receitas. Assim sendo, como os montantes das indenizações serão classificadas como perdas, causarão certo impacto naquela equação. No entanto, se aquele choque for nada ou pouco representativo para os cálculos que orientam aqueles valores, em especial o ganho final, acabará por se caracterizar como algo desprezável, ou que possa ser desprezado, para aquela contabilidade. Por outro lado, se o montante da indenização alcançar um patamar razoavelmente considerável, entendido esse como o suficiente para impactar negativamente a relação entre receitas e despesas, o movimento natural do fornecedor será, como de qualquer outro ator no cenário mercadológico, o de reajustar suas políticas de mercado a fim de reequilibrar a balança da contabilidade. Desse modo, seria obtido um *quantum* adequado para as condenações, capaz de resultar efeitos punitivo e preventivo.

O paradigma atual, investigado empiricamente em item específico adiante, considerando primordialmente os efeitos relativos ao consumidor não tem se mostrado eficiente para a fixação do quantum adequado da indenização para o alcance de suas possíveis funções punitiva e preventiva, considerando-se que, como já demonstrado acima, os números de lides consumeristas têm somente aumentado ao longo do tempo. Assim sendo, mostra-se desejável refletir acerca de um novo parâmetro para as decisões judiciais, o qual consiga alcançar maior eficiência, considerada esta como uma efetiva redução dos litígios, a fim de que uma das principais funções da jurisdição ocorra, a pacificação social.

Mostra-se desejável a reflexão acerca de um novo paradigma para as decisões judiciais acerca da fixação do quantum adequado para a indenização do dano moral na seara das relações consumeristas, haja vista a tendência crescente

dos ilícitos. Uma hipótese é o desvio do foco principal dos julgamentos, do consumidor para o fornecedor, ou seja, considerando, não somente, mas primordialmente, os efeitos das decisões judiciais na esfera mercadológica daqueles que fornecem bens e serviços. Desse modo, seriam melhor considerados os impactos das decisões judiciais sob este prisma e, conseqüentemente, uma possível resultante seria uma melhor adequação do uso das indenizações como fator capaz de estimular os fornecedores a adotarem novas políticas mercadológicas com o objetivo de evitar ilícitos e novos danos.

2 CRITÉRIOS FIXADORES DO *QUANTUM* ADEQUADO

Vislumbra-se que a questão primordial do presente estudo possui sua raiz no que aqui se denomina *quantum* adequado, ou seja, o valor apropriado da compensação em face de ilícitos na seara de consumo causadores de danos morais. Essa adequação deve ser correspondente à cada caso concreto resolvido pelo Judiciário, consideradas suas diversas nuances e, portanto, reside aí a dificuldade do tema, no tocante aos critérios utilizados para tal finalidade, ajustando o montante condenatório à casuística, com o fito de alcançar as finalidades almeçadas: compensatória, punitiva e preventiva.

Essa temática é ponto inquietante em nossa realidade jurídica atual, haja vista que diversos parâmetros devem ser levados em consideração para uma apropriada verificação daquele *quantum* adequado, além do que, cada caso concreto traz nuances que devem ser sopesadas para resguardar a necessária equidade à solução do litígio, pois, deve ser evitada a circunstância de se utilizarem dois pesos e duas medidas para situações análogas. E, com isso, não raras as vezes, lides semelhantes acabam sendo valoradas diferentemente pelos tribunais e, em algumas situações, pelo mesmo Tribunal¹²⁵. Tal discrepância faz com que prospere a insegurança jurídica, o descontentamento em face da atuação judiciária e, pior, o crescimento dos litígios resultante do desacordo no trato das situações semelhantes. Duas situações parecidas ou até mesmo idênticas serem tratadas de modo diferente gera expectativas diferentes para os jurisdicionados a respeito de casos concretos com análogas características.

Um tratamento uniforme é imperativo para o alcance da função pacificadora da jurisdição, na medida em que equaliza a atuação do direito em razão da casuística, evitando discrepâncias na interpretação e, desse modo, prevenindo o surgimento de aventuras jurídicas e novos conflitos. Nesse sentido, a comunidade jurídica como um todo encontra-se inquieta em face do tema, estudando e buscando meios para melhor tratar a questão central: como valorar adequadamente a compensação do dano moral¹²⁶. Nesse particular, considerando que essa tarefa

¹²⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 117.

¹²⁶ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

acaba por ficar a cabo do juiz, tormentoso é o seu ofício, pois deverá arbitrar adequadamente o *quantum debeatur*.

Estudo varrendo a literatura a respeito do tema e coligindo dados em Tribunais nacionais, identificou três grupos de critérios para a valoração dos danos morais: critérios matemáticos, tabelamento e arbitramento judicial. O primeiro consiste em estabelecer vinculações entre o ilícito civil e o penal, pertinentemente à pena; ou, até mesmo, com outras ilicitudes civis, estas relativas a danos materiais. O segundo se encarrega de buscar uma classificação dos eventos danosos, estabelecendo mínimos e máximos. E o último, trabalha com diversos fatores conjugados, como a extensão alcançada pelo dano, o grau de culpa do agente, a penalização, a situação econômica dos envolvidos, a razoabilidade e a proporcionalidade¹²⁷.

Ademais, com base na jurisprudência nacional, em especial da mais alta Corte infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive com levantamento empírico da casuística, a doutrina também assevera a existência de outros critérios, que também auxiliam no aumento ou diminuição do *quantum debeatur*, tais como: a reparação natural, a culpa concorrente, a demora na propositura da ação, a intensidade do sofrimento, a conduta do ofensor e o número de ofendidos¹²⁸. Desse modo, o que se percebe é uma multiplicidade de critérios, os quais são utilizados conforme a discricionariedade do juízo conforme as características do caso concreto e, assim sendo, diante da convicção pessoal de cada julgador, utilizando-se uns e não outros critérios, a valoração do *quantum* pode sofrer distintos tratamentos da jurisdição mesmo se tomadas duas lides de contornos fáticos semelhantes.¹²⁹

Em sendo assim, importa cuidar dos principais critérios atualmente utilizados pela jurisdição nacional, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que essa Corte possui competência para firmar o entendimento

¹²⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118.

¹²⁸ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

¹²⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 219-220.

jurisprudencial acerca do direito infraconstitucional e, portanto, é capaz de direcionar os julgamentos das instâncias inferiores, se não as vinculando, ao menos orientando o posicionamento acerca dos temas a fim de servir de balizamento das decisões de primeiro e segundo graus diante da casuística semelhante.

2.1 A utilização de critérios matemáticos

Quando se fala em quantificação de valores, um primeiro pensamento surge: utilização de critérios matemáticos e objetivos para a fixação do *quantum debeatur*. No entanto, difícil é a missão do intérprete e, em especial, do julgador, em tentar valer-se de critérios tão objetivos em razão de uma casuística tão rica em detalhes diferenciais e, portanto, circunstâncias que possam influenciar positiva ou negativamente e, com isso, alterar para maior ou menor o valor a ser arbitrado em face do ilícito causado pelo agente e o dano sofrido pela vítima.¹³⁰ Contudo, a ideia de achar uma equação matemática que resolva esse problema é tentadora, na medida em que traria um parâmetro de balizamento objetivo capaz de resolver os mais distintos problemas dessa natureza com igualdade jurisdicional e, assim, não só promovendo um homogêneo tratamento dos temas similares como também dando à sociedade parâmetros claros acerca de como tais temáticas serão tratadas pelo Judiciário. Nessa linha, a função pacificadora da jurisdição estaria sendo atendida, vez que os atores sociais teriam clara ideia das implicações de seus atos.¹³¹

Os critérios matemáticos possuem uma fragilidade intrínseca em seu método valorativo, haja vista que pesquisas vêm apontando uma constante implicação em inconvenientes, tais como incongruências e, em última análise, injustiças. Primeiramente, por se vincularem em grande escala ao dano material e, portanto, como nem sempre os danos extrapatrimoniais estão acompanhados dos patrimoniais, a ausência desse elemento acaba por dificultar demasiadamente a fixação da reparação moral¹³². Ademais, uma vinculação nessa linha não guarda, necessariamente, as devidas proporções, na medida em que o dano patrimonial

¹³⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 220-221.

¹³¹ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 129-130.

¹³² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 119.

pode ser ínfimo e o moral amplo, ou vice-versa. Diante dessa problemática, surge uma segunda, derivada também da individualidade do julgador, que pode e acaba fixando, conforme se verifica na jurisprudência, valores fixados em múltiplos da verba indenizatória por dano patrimonial, ora em dobro, ora em décuplo e, por vezes, 50 vezes maior¹³³. Destarte, diante dessa sistemática, resta afastada a almejada segurança jurídica para a pacificação social, fomentando-se a aventura jurídica perante o Judiciário.

Com vistas a encontrar um parâmetro matemático e, portanto, objetivo, para a fixação do valor da condenação, o intérprete e o Judiciário vêm se esforçando, ora vinculando o *quantum* do dano moral à pena criminal, ora aos danos materiais, ora ao título envolvido no ilícito, como no caso de protesto indevido. Vislumbra-se, no entanto, que a pessoa humana não figura na concretização desses critérios e, portanto, acaba por distanciar tais elementos da nova ordem constitucional, que buscou privilegiar sua dignidade da forma mais ampla possível, deixando para trás, ou ao menos em um segundo plano, a ideia do respaldo do direito material em face do sujeito de direitos para alçar um patamar maior e mais abstruso, compatível com a complexidade da pessoa humana¹³⁴. O que se percebe, portanto, é a necessidade de desvinculação dos dois danos, o material e o moral, haja vista que possuem alcances distintos e não guardam uma reciprocidade matemática entre si, ainda que originados de um mesmo fato.¹³⁵

No caso da vinculação realizada em face da pena criminal, balizava-se o julgador na multa penal¹³⁶ em seu grau máximo, estabelecendo uma dobra, caso não fosse comprovado algum dano material em decorrência de injúria ou

¹³³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 119.

¹³⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 120.

¹³⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil. Dano moral. Ofensa à honra. Imprensa. Indenização. Para indenização por dano moral, não é de exigir-se a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, a rigor, se repararia o dano econômico indireto. Dissídio jurisprudencial superado. Resultando o dano moral de ofensa à honra, nada impede que se recorra ao critério definido no parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil, que fornece parâmetro razoável para a fixação de indenização, balizando o arbítrio judicial. *REsp 64.699/RO*. Relator: Min. Paulo Costa Leite. Brasília, 19 de novembro de 1996. *Diário de Justiça da União*, 16 mar. 1998. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=64699&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

calúnia, na forma da dicção do art. 1547 do Código Civil de 1916¹³⁷. Contudo, a nova ordem civil estabelecida em 2002 tratou do tema sem atrelar à seara criminal, por meio do art. 953¹³⁸, já alinhada com os contornos da Constituição de 1988.

O critério matemático baseado na multa penal acabava por ser uma forma de estabelecer um teto indenizatório, por meio da dobra do valor máximo da seara criminal. Então, considerando que o Código Penal¹³⁹ estabelece em seu art. 49, combinado com o art. 60, e seus respectivos parágrafos, o limite de 360 dias-multa de até 5 salários mínimos, pena que pode ser aumentada até o triplo, logo, seria conseguido um total de 5.400 salários. Destarte, considerada a dobra do art. 1.547 do antigo Código Civil, alcançava-se um total de 10.800 salários mínimos e, desse modo, fixou-se um valor máximo indenizatório para a seara civil com base nos ditames penais¹⁴⁰.

Esse teto indenizatório ainda deveria ser confrontado com a casuística para que fosse amoldado às circunstâncias fáticas do dano e dos envolvidos. Assim, aquele máximo acabou por ser considerado para a hipótese mais drástica de dano, considerado o evento morte e os demais, por se tratarem de lesões menos drásticas, acabavam por serem frações daquele topo. Ou seja, a invalidez permanente seria correspondente a uma parcela daquele máximo, uma

¹³⁷ Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550). BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹³⁸ Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹³⁹ Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁴⁰ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 122.

lesão corporal grave um percentual ainda menor, e assim por diante, obedecendo-se a mesma lógica fracionadora para a composição do dano moral¹⁴¹.

O Superior Tribunal de Justiça veio a se posicionar, no entanto, em sentido contrário a esse posicionamento da doutrina, apesar de tê-lo acatado inicialmente, argumentando que a previsão genérica do Código Penal, englobando todos os crimes, não se coadunava com a seara tratada pelo Código Civil¹⁴². Isso se deu por conta da modificação do critério levada a efeito pela Lei 7.209/84¹⁴³, nivelando aquela pena pecuniária para todos os delitos, destarte, o valor máximo poderia ser utilizado tanto em um caso de homicídio quanto para um de injúria. Anteriormente, os valores eram estabelecidos em razão de cada crime, numa forma de buscar equivalência entre o potencial ofensivo do delito e a respectiva pena. Com efeito, ante ao aludido nivelamento, a jurisprudência deixou de adotar tal critério¹⁴⁴.

Parte da doutrina também sustenta que o art. 1.547 do antigo Código Civil não cuidava de danos morais, portanto, não servia de base para critério de indenização para fixação do *quantum debeatur* neste particular, não só por conta da incompatibilidade entre o sistema de pena pecuniária penal alterado pela Lei 7.209/84, mas, principalmente, por não trazer qualquer referência ao dano moral, ao contrário, fazia referência a dano material indireto.¹⁴⁵ Outro fator corroborador desse posicionamento, seria a dicção trazida pelo novo Código Civil, em seu art. 953, substituto do aludido art. 1.547, o qual excluiu a vinculação à pena criminal, atribuindo tal papel ao arbitramento judicial.

¹⁴¹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 610.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Indenização. Danos morais. Critérios para fixação. Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto. A norma constante do artigo 1.547, parágrafo único do Código Civil supunha a cominação de sanção pecuniária específica para cada crime. Não se compatibiliza com o sistema dos dias-multas, que veio a ser adotado no Código Penal, em que a previsão é genérica, para todos os crimes. *REsp 213.731/PR*. Terceira Turma. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 6 de junho de 2000. *Diário de Justiça da União*, 21 ago. 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=213731&b=ACOR&t_hesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁴³ BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁴⁴ Citem-se como exemplos desse novo entendimento, que acabaram por firmar um novo rumo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, influenciando os demais Tribunais nacionais: *REsp 165.545/RJ*, *REsp 117.758/PR*, *REsp 219.291/RS*, *REsp 213.731/PR*.

¹⁴⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126, apoiado também por Agostinho Alvim e Mirna Cianci.

Outro fator para a fixação dos valores indenizatórios do dano moral com base em critérios matemáticos é o da vinculação direta com o dano material, buscando-se uma reciprocidade entre as duas modalidades por meio de múltiplos. Nessa metodologia, o valor do dano moral resta fixado em decorrência do montante dos danos materiais, guardando uma razão de proporção, que pode ir, por exemplo, desde a metade até o décuplo. Desse modo, os danos extrapatrimoniais acabam por restar vinculados diretamente aos patrimoniais, na medida em que o dano moral experimentado guarda sua reparação em uma fração ou um múltiplo do material¹⁴⁶.

De início já se verifica uma dificuldade na aplicação desse parâmetro, haja vista que ambas espécies de dano nem sempre estarão reunidas em uma mesma circunstância. Assim sendo, diante de ocasião em que só ocorra o dano moral, acaba por inexistir o ponto de partida para a fixação do *quantum debeat* indenizatório extrapatrimonial. Pode-se até chegar à conclusão de que inexistiria a compensação moral se inexistisse o dano patrimonial, o que parece absurdo, diante da independência de ambos os institutos como já tratado em capítulo próprio acima neste mesmo estudo, o que, aliás, é um posicionamento já pacífico em nosso ordenamento jurídico, não só sob o ponto de vista doutrinário, mas também jurisprudencial.¹⁴⁷

Considerada a nova ordem constitucional, em que o dano moral fora expressamente resguardado e sua violação obteve a garantia da tutela jurisdicional, ganhando especial conotação diante da cláusula geral de garantia da pessoa humana, enquanto cerne do ordenamento jurídico, padece de fundamentos a aludida vinculação entre as espécies de dano. A aludida conexão era feita quando ainda se discutia a juridicidade da existência e reparação do dano moral, o que já resta ultrapassado hodiernamente.¹⁴⁸ Da mesma forma o que se intitulava de danos patrimoniais decorrentes do dano moral ou dano moral com reflexos patrimoniais. O que se percebe é que tal vinculação acaba por se mostrar uma negativa daquele dano extrapatrimonial, haja vista sua indenização carecer, necessariamente, nessa linha de raciocínio, de um parâmetro patrimonial.

¹⁴⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126.

¹⁴⁷ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 98-99.

¹⁴⁸ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

Se observada a nova ordem constitucional, em que a pessoa humana é erigida ao epicentro do ordenamento jurídico e o dano moral é um substrato derivado dessa condição, sendo, pois, garantido, vislumbra-se um patamar distintivo entre este e os danos patrimoniais. Isso, na medida em que os valores de cunho patrimonial não foram erigidos à mesma categoria, restando para um segundo plano e, desse modo, não sendo viável a inversão desses valores. Em outras palavras, a utilização do critério de múltiplos do dano material estabelece uma relação de acessório e principal, na qual o acessório é o extrapatrimonial, quando, sob o enfoque constitucional atual, se tal relação existisse, deveria ser na ordem inversa, ou seja, o moral como primário e o material como secundário.

Ainda no mesmo esteio de fixação do *quantum* por critério matemático, buscou-se vinculação ao valor dos títulos que sofriam protesto indevido, situação esta capaz de produzir danos tanto materiais quanto morais, em virtude de consequências desastrosas como a inscrição indevida do nome em bancos de dados relacionados a maus pagadores, tais como SPC¹⁴⁹ e SERASA¹⁵⁰. Essas inscrições podem desencadear restrições de direitos, tais como acesso a créditos e operações bancárias, portanto, capazes de produzir danos naquelas duas esferas, patrimonial e extrapatrimonial. Diante de tais circunstâncias, algumas indenizações tiveram seus quantitativos fixados por meio de um valor correspondente a um múltiplo do valor do título protestado¹⁵¹.

¹⁴⁹ O SPC Brasil é o sistema de informações das Câmaras de Dirigentes Lojistas – CDL, constituindo-se o mais completo banco de dados da América Latina em informações creditícias sobre pessoas físicas e pessoas jurídicas, auxiliando na tomada de decisões para concessão de crédito pelas empresas em todo país. SPCBRASIL. *Institucional*. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/institucional/spc-brasil>>. Acesso em 20 jul. 2015.

¹⁵⁰ Serasa Experian é parte da Experian, líder mundial em serviços de informação, fornecendo dados e ferramentas de análise a clientes ao redor do mundo. O Grupo auxilia os clientes no gerenciamento do risco de crédito, prevenção a fraudes, direcionamento de campanhas de marketing e na automatização do processo de tomada de decisão. A Experian também apoia pessoas físicas na verificação de seus relatórios e scores de crédito e na proteção a fraudes de identidade. SERASAEXPERIAN. *Quem somos*. Disponível em: <<http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/>>. Acesso em 20 jul. 2015.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Contrato de financiamento. Protesto indevido. Súmula nº 07 da Corte. Valor razoável. Precedente da Corte. 1. Comprovado que foi indevido o protesto, que acarretou a inscrição do devedor no SERASA, cabível é a indenização, presente a Súmula nº 07 da Corte. 2. Somente se justifica a intervenção da Corte para rever o valor da indenização quando não se apresenta razoável, o que não ocorre quando é o mesmo no equivalente ao dobro do valor do título. *REsp 285.854/PB*. Terceira Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 21 de junho de 2001. *Diário de Justiça da União*, 27 ago. 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=285854&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

Do mesmo modo que a fixação por múltiplo do dano material, aqui se percebe similar metodologia, haja vista a nítida vinculação do quantum indenizatório à questão material envolvida, o valor do título protestado, ou seja, mais uma vinculação indevida entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial. Ademais, tal atrelamento pode dar ensejo a grandes distorções e injustiças, na medida em que não guardam relação com o efetivo dano moral e sim um reflexo patrimonial derivado do direito material. E, em sendo considerados os relevos de cada caso concreto, o que se faz imperativo, os tribunais têm atribuído fatores multiplicativos os mais diversos nessa quantificação. Estudos jurisprudenciais levantaram decisões que fixaram os valores em duas, cinco, dez, vinte, trinta e até cinquenta vezes o valor do título¹⁵².

Sopesados os casos em que o valor do título acaba sendo multiplicado por números diferentes, tem-se que o critério objetivo da multiplicação, fator matemático, acaba sendo influenciado diretamente pelo subjetivismo, na medida em que fora necessário realizar ajustes diante dos casos concretos a fim de evitar disparidades e injustiças. E, sem outro parâmetro que oriente a utilização desse ou daquele fator multiplicador, acaba por ser necessário utilizar o fator subjetivo para uma devido balizamento do *quantum* adequado.¹⁵³ Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade para a discricionariedade sem a adoção de um critério que sirva de padrão-de-equivalência entre os julgados, viabilizando as aludidas desigualdades e iniquidades.

Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a jurisprudência reconhece a inadequação do parâmetro multiplicador em razão do título protestado, declarando a impropriedade de balizar o *quantum* indenizatório por meio desse critério. Isso em razão de tal método ser aberto a injustiças, considerando que às vezes, o protesto de um título de valor diminuto pode ter repercussão bem maior que a de um outro mais valioso cujos efeitos tenham sido

¹⁵² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 130, apontando os seguintes processos, TJES APC 029029000030, TJES APC 035990091239, 1º TACivSP APC 669.657-5, TJMG APC 1.000.00.266419-1/0001, TJES APC 035000045001, TJRS APC 70003332814, TJRS APC 70001168954.

¹⁵³ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 122-123.

insignificantes¹⁵⁴. Em assim sendo, apesar desse critério ter sido utilizado em uma razoável escala por nosso judiciário, mostrou-se ineficaz para a fixação do *quantum* adequado para o valor indenizatório.

2.2 Tabelamento de valores por tipo de dano

Diante das inúmeras dificuldades em encontrar um parâmetro sólido, eficaz e equitativo que fosse capaz de balizar as indenizações diante das mais variadas diversidades casuísticas, como se mostraram os critérios matemáticos, um pensamento sempre rondou os imaginários dos intérpretes e julgadores, a existência de uma tabela aonde constasse o *quantum* adequado a cada espécie de dano moral. Assim, os standards seriam aplicados a cada caso concreto que se amoldasse naquele respectivo modelo tabelado, facilitando o trabalho da jurisdição e equalizando o tratamento dos litígios envolvendo a mais variada diversidade de temas extrapatrimoniais.

Para cada espécie de dano moral corresponderia um valor mínimo e máximo ou mesmo um valor médio, criando standards, a serem aplicados conforme o caso concreto se delineasse. Isso possibilitaria uma padronização de tratamento, é bem verdade, fornecendo até maior segurança jurídica, na medida em que todos teriam acesso a essa tabela e, desse modo, saberiam ao certo qual seria a resultante de uma demanda judicial naqueles moldes. Nessa linha, geraria, inclusive, segurança jurídica, com vistas a produzir pacificação social.

Em uma primeira análise já surgem problemas diante dessa possível solução, pois, deve-se verificar quem estaria a cargo de confeccionar tal tabela, o Judiciário, o Legislativo ou mesmo o Executivo. E nessa linha, Wesley de Oliveira

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação anulatória de título e cancelamento de protesto cumulada com indenização por danos morais. Duplicata sem causa. Comunicação. Endosso translático. Responsabilidade do endossatário pelos danos causados ao sacado. Valor indenizatório. Número de vezes o título protestado. Inadequação. Incontroverso o fato de a sacada haver comunicado a ausência de lastro da duplicata que vem a ser anulada em juízo, o banco endossatário, por endosso translático, que levou o título a protesto, tem legitimidade passiva para ação de indenização e responde, na proporção da sua culpa, pelo dano experimentado pela sacada com os efeitos do ato, relativamente a ela, indevido. O valor da indenização há de observar a parcela de culpa de cada réu, não devendo corresponder a um número de vezes o título protestado. Recurso especial conhecido pelo dissídio e parcialmente provido para conformar o valor indenizatório à atual jurisprudência da Corte. *REsp 252.481/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. César Asfor Rocha. Brasília, 23 de abril de 2002. *Diário de Justiça da União*, 26 ago. 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=252481&b=ACOR&t_hesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

Louzada Bernardo¹⁵⁵ ressalta a possibilidade de os denominados *lobbies*, orquestrados por grupos organizados e fortes de nossa sociedade, alcançarem mais facilmente o legislador, o que não seria diferente em face do poder administrador, e, com isso, influenciar a edição dessa tabela a fim de melhor atender aos seus interesses. Diante disso, o doutrinador ressalta a maior isenção do poder judicante para tal mister. Ademais, tal impacto poderia ser sentido não somente nos valores constantes do arrolamento, mas também dos próprios *standards* nela constantes como passíveis de indenização.

Em um outro exame, nova dificuldade se apresenta diante da criação dos *standards* para integrar o rol, haja vista a complexidade da sociedade, da natureza humana e das relações entre todos. Assim, seria uma tarefa hercúlea e, apesar dos mais elevados esforços, somos forçados a reconhecer a impossibilidade para a previsão de toda circunstância capaz de gerar danos morais com o fito de exaurir a tabela em face da aludida complexidade da casuística. Cada evento pode estar cercado de nuances que os diferenciam entre si, sofrendo interferência de fatores subjetivos e anímicos, os quais, certamente, variam de pessoa para pessoa e de situação para situação¹⁵⁶. Dessa forma, não só o fato danoso, mas também as pessoas e circunstâncias envolvidas contribuem para individualizar cada caso concreto, o que se traduz em uma dificuldade quase intransponível para o desiderato de confeccionar uma tabela com tal finalidade.

Ainda acerca da discussão sobre a quem deveria incumbir a missão de elaborar a famigerada tabela, exsurtem três possibilidades, o tabelamento legal, doutrinário ou judicial. Diante dessa consideração, a atuação do julgador acaba por mostrar-se mais próxima do objetivo a que se destina, fornecer soluções para os mais diversos casos ensejadores de compensação em virtude de danos morais, haja vista que, tanto o legislador como o doutrinador estão em posição de análise abstrata, enquanto o juiz estará diante dos casos concretos submetidos à jurisdição.¹⁵⁷ O legislador tem por função precípua elaborar comandos normativos abstratos, de caráter genérico. Por sua vez, o doutrinador pode até partir da análise

¹⁵⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133.

¹⁵⁶ MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 519.

¹⁵⁷ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 126.

de casos concretos, porém estará limitado aos casos e à delimitação temporal estudados, o que não acompanha a dinâmica social. Destarte, parece mais próximo de alcançar a aludida finalidade o julgador, na medida em que, diuturnamente, está em contato com os mais diversos casos concretos e suas nuances, bem como acompanha a evolução das relações da sociedade em virtude da qual exerce sua jurisdição.

O legislador criou normas com previsão de reparação para o dano moral e buscou meios de estabelecer critérios para fixar e até tabelar indenizações¹⁵⁸, mas, algumas leis já restaram revogadas e outras foram declaradas não recepcionadas pela nova ordem constitucional por nossa jurisprudência. No entanto, essas normas foram balizadoras da fixação do *quantum* acerca do dano moral durante muito tempo em nosso ordenamento jurídico. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça acabou por firmar o entendimento no sentido de afastar o balizamento legal daquelas normas infraconstitucionais por não terem sido abraçadas pela Constituição de 1988¹⁵⁹.

Questão similar envolvendo o consumidor, foco principal desse estudo, é o que envolve o serviço de transporte aéreo e os danos por vícios ali gerados, os quais protagonizaram intensos e inúmeros debates nos tribunais em torno da aplicabilidade da limitação e tabelamento estabelecido pela Convenção de Varsóvia, da qual o Brasil é signatário. Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência com vistas a afastar aquela limitação e, com isso,

¹⁵⁸ Lei 4.737/65 (Código Eleitoral); Lei 5.988/73 (Lei de Direitos Autorais); Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa); dentre outras.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Ofensa veiculada pela imprensa. Legitimidade passiva "ad causam". Limitação prevista pela lei n.º 5.250, de 09.02.67. "quantum" da indenização não justificado pela decisão recorrida. Adequação desde logo pela instância especial. - "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação" (súmula n.º 221-STJ). - A limitação prevista pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1.988. Admissibilidade de fixação do "quantum" indenizatório acima dos limites ali estabelecidos. - Não esclarecimento pelo Tribunal "a quo" acerca dos critérios adotados para a determinação do montante da condenação. Acertamento do valor, desde logo, pela instância excepcional, por aplicação do princípio da instrumentalidade do processo, valendo-se dos critérios preconizados pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade e moderação. Recurso conhecido, em parte, e provido parcialmente, nos termos do voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, vencidos, em parte, o Relator e o Ministro Aldir Passarinho Júnior, que lhe davam provimento em menor extensão. *REsp 148.212/RJ*. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 7 de dezembro de 2000. *Diário de Justiça da União*, 10 set. 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=148212&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

aplicar a ideia de reparação plena trazida não só pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também pela própria Constituição Federal de 1988¹⁶⁰.

Haja vista os fatores relativos à atuação do legislador ou mesmo do doutrinador acerca da elaboração de um tabelamento, ainda que reconhecido o esforço de ambos diante de algumas iniciativas levadas a efeito nesse sentido com o claro intuito de contribuir para o alcance de soluções para um problema complexo e atual, mostra-se mais razoável tal escopo ser resultante da atuação daquele que terá, em última análise, que aplicar a norma aos casos concretos, o julgador. Isso, não só por esse aspecto, mas por estar diretamente ligado a todos os litígios envolvendo o problema, vivenciando toda a sorte de nuances e contornos que esse complexo fenômeno pode conter e, em assim sendo, acabará por ter mais elementos para firmar patamares sobre os quais repousarão as compensações em matéria de dano moral. No entanto, não se afasta a ideia de que aqueles outros atores possam contribuir com esse desiderato, tendo em vista que terão outras perspectivas sobre o tema e, com isso, poderão enriquecer e aprofundar o estudo do problema e até, em alguma medida, apontar soluções melhores ou ampliar o alcance daquelas já encontradas.

Diante do constante desafio de enfrentar os mais variados tipos de danos e arbitrar um *quantum* adequado para cada um e, também, manter uma coerência entre os casos similares a fim de manter íntegra a segurança jurídica e, efetivamente, promover justiça, os magistrados de todo o país somam esforços no sentido de alcançar padrões, standards, para o arbitramento das indenizações. O Superior Tribunal de Justiça tem a missão constitucional de pronunciar a palavra final para esses casos, ainda que por via excepcional, considerada a bitola estreita do seu acesso em razão do enunciado da Súmula 7, que assevera não ser cabível a dedução de pretensão de simples reexame de prova por meio do recurso especial. Contudo, aquela Corte ainda admite a via recursal especial quando o valor fixado

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Transporte aéreo Internacional. Limite indenizatório. Dano moral. 1. A perda de mercadoria em transporte aéreo internacional, causada pela negligência da empresa, deve ser indenizada pelo seu valor real, não se aplicando a regra da indenização tarifada. 2. É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada. Recurso conhecido em parte, mas improvido. *REsp 173.526/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 de maio de 2001. *Diário de Justiça da União*, 27 ago. 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=173526&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

pelas instâncias inferiores se mostrar irrisório ou abusivo¹⁶¹. Essa excepcionalidade encontra paradigma antigo no próprio Tribunal, o qual resta ordinariamente citado em diversas decisões ulteriores¹⁶².

O próprio Superior Tribunal de Justiça enfatiza e vem utilizando suas decisões acerca do dano moral sob o enfoque de atender tripla função, como será melhor tratado em tópico específico adiante: “reparar o dano sofrido, buscando minimizar a dor da vítima, e punir o ofensor para que não reincida”¹⁶³. Ou seja, apesar de a notícia veiculada pelo site oficial do Tribunal falar em “dupla função”, ao interpretar o conteúdo acima, que representa transcrição fiel do texto publicado, verifica-se, em verdade, alusão às funções compensatória, punitiva e preventiva. Ademais, também informa que “a dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento se reflete na quantidade de processos que chegam ao STJ para debater o tema”, ou seja, admite que a falta de parâmetros objetivos, claros e precisos para fixação do *quantum* implica em um aumento de demanda judicial. Inclusive, informa que “em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos 10 anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior”.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de indenização. Morte de passageiro. Queda de trem. Dano moral. Valor. Alteração. Possibilidade. Relação contratual. Juros de mora. Termo inicial. Parcial provimento. 1. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais quando irrisório ou abusivo. 2. O valor fixado pelo Tribunal de origem, em razão da morte do filho dos agravantes, destoa dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes, devendo, portanto, ser majorado. 3. Em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de obrigação contratual, os juros de mora são devidos a partir da citação. Precedentes. 4. Agravo regimental parcialmente provido. *AgRg no AREsp 106.718/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Maria Isabel Galotti. Brasília, 4 de setembro de 2014. *Diário de Justiça da União*, 17 set. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=106718&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Imprensa (publicação de notícia ofensiva). Ofensa à honra. Dano moral. Valor da indenização. Controle pelo STJ. 1. Quem pratica pela imprensa abuso no seu exercício responde pelo prejuízo que causa. Violado direito, ou causado prejuízo, impõe-se seja reparado os danos. Caso de reparação de dano moral, inexistindo, nesse ponto, ofensa a texto de lei federal. 2. Em não sendo mais aplicável a indenização a que se refere a Lei nº 5.520/67, deve o juiz, no entanto, quantificá-la, moderadamente. O critério da pena de multa máxima prevista no Código Penal (em dobro, segundo o disposto no Código Civil art. 1.547, par. ún.) nem sempre é recomendável. 3. O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido em parte, para reduzir-se o valor da condenação. *REsp 53321/RJ*. Terceira Turma. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, 16 de setembro de 1997. *Diário de Justiça da União*, 24 nov. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=53321&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁶³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Notícias*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-busca-parâmetros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em: 20 jul. 2015.

O Ministro Luís Felipe Salomão chegou a ressaltar a liberdade do juiz em apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos limites do litígio, contudo, assevera a inexistência de um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral, declarando que “depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador” e acrescenta afirmando “que a indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa”. Diante dessas exatas palavras, deixa-se transparecer a tônica do enfoque judicial primordial, não só daquela Corte Especial, mas, de um modo geral, de todo o Judiciário, ou seja, o balizamento do *quantum* devido em razão do dano moral tem como principal percepção a vítima e não o ofensor, que sequer fora lembrado por suas palavras; para o recorte temático do presente estudo, observa-se principalmente o consumidor e não o fornecedor.

É claro que não se pode generalizar, estendendo a aludida visão com enfoque na vítima, ou consumidor, para todos os magistrados integrantes das instâncias do Poder Judiciário, aliás, nem mesmo do próprio Superior Tribunal de Justiça. O que aqui se ressalta é um padrão, não uma unanimidade. Prova desse contraponto é o pronunciamento do Ministro Sidnei Beneti, segundo o qual, considera-se, quanto à vítima, a espécie de ocorrência, tais como a morte, a lesão física e o grau de deformidade, assim como a angústia, a consternação ou sofrimento para a própria pessoa e familiares, bem como circunstâncias de fato, tais como a divulgação maior ou menor e outras consequências, de ordem psicológica; já quanto ao ofensor, devem ser sopesadas a gravidade da conduta, a desconsideração para com os sentimentos humanos, seu potencial econômico e a necessidade de maior ou menor valor, para que o *quantum* seja suficiente para gerar um efetivo desestímulo para a não reiteração da conduta danosa.

Em face da problemática da quantificação do dano moral e sua adequada compensação, os tribunais nacionais têm enfrentado árdua missão, considerados os inúmeros casos e, em especial, a enormidade das diferentes características entre eles. Contudo, alguns processos acabam por se tornar referência de um determinado assunto e, com isso, passam a ser utilizados como paradigma para outras situações similares. Uma reiterada atitude nesse sentido pelos órgãos julgadores do Superior Tribunal de Justiça acaba por estabelecer um

relativo tabelamento de algumas condutas lesivas, sem embargo à devida análise do caso concreto a fim de avaliar suas particularidades.

Apesar de não serem negadas as peculiaridades de cada processo quando do balizamento do *quantum* devido, contudo, em verdade, partindo-se da premissa de que outras decisões, em casos similares, forneceram um referencial quantitativo, o Tribunal acaba por construir uma tabela de referência. Aliás, a própria Corte Especial fez publicar em seu site¹⁶⁴ uma relação casuística em que foram fixados os montantes compensatórios do dano moral, estabelecendo um padrão, o qual, em nome da tão almejada segurança jurídica, acaba por ser utilizada como parâmetro de equidade para decidir os novos casos análogos, fixando o que se entende por proporcional e razoável, verificando se o valor fixado na instância *a quo* é ou não irrisório ou abusivo. O conteúdo se consolida na tabela a seguir:

Figura 2. Tabela de precedentes e valores indenizatórios do STJ.

Evento ¹⁶⁵	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	REsp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM ¹⁶⁶ (R\$ 7.880,00)	REsp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM (R\$ 78.800,00)	R\$ 8 mil	REsp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	REsp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM (R\$ 394 mil)	R\$ 10 mil	REsp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM (R\$ 39.400,00)	REsp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	REsp 742137

¹⁶⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Notícias*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-busca-parâmetros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹⁶⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Notícias*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-busca-parâmetros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹⁶⁶ SM: Salário Mínimo – Desde 01/01/2015, R\$ 788,00. BRASIL. *Decreto nº 8.381, de 29 de dezembro de 2014*. Regulamenta a Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização de longo prazo. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8381.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	REsp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	REsp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	REsp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	REsp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	REsp 872630
Morte dentro de escola (morte em geral)	R\$ 300 mil	R\$ 500 mil	REsp 860705
Morte ou sequelas permanentes do filho no parto (*)	R\$ 500 mil	R\$ 500 mil	REsp 1024693
Paraplegia (*)	R\$ 700 mil	600 SM (R\$ 472.800,00)	REsp 604801
Fofoca social (publicação indevida de foto em jornal) (*)	não há dano	R\$ 30 mil	REsp 1053534
Protesto indevido (*)	R\$ 133 mil	R\$ 20 mil	REsp 792051
Revista em loja por disparo indevido de alarme antifurto (*)	R\$ 7 mil R\$ 15 mil	R\$ 7 mil R\$ 15 mil	REsp 1042208 REsp 327679
Interrupção indevida de serviço telefônico (*)	R\$ 8 mil	não há dano	REsp 633525

Fonte. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Notícias*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-busca-parâmetros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Considerando, então, o enunciado trazido pela Súmula 07, as peculiaridades de cada caso concreto devem ser avaliadas pelas instâncias ordinárias, em primeiro e segundo graus, ficando a cargo do Superior Tribunal de Justiça a fixação de parâmetros balizadores médios, por meio de máximos e mínimos, a fim de que eventuais distorções possam ser verificadas e corrigidas pela jurisdição especial. Nesse particular, não parece ser acertado o posicionamento de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, de que restaria ao STJ um papel subsidiário¹⁶⁷, pelo contrário, ensejaria uma atuação de protagonista, na medida em que por ele seriam delimitados os parâmetros-base, por meio dos quais as

¹⁶⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159.

instâncias ordinárias se guiarium e as possíveis distorções seriam medidas e corrigidas¹⁶⁸.

Maria Celina Bodin de Moraes assevera, no entanto, que os tabelamentos e listagens trazem uma identidade de valores em face de obediência ao princípio de igualdade formal, o que não deve prosperar, haja vista que a justa reparação do dano à pessoa humana não pode seguir tais trilhos, devendo obediência ao princípio da igualdade substancial¹⁶⁹.

Wesley Louzada reforça o aludido posicionamento equiparando a criticada denominação “indústria do dano moral” ao que ele chama de “indústria das decisões”, vez que, em havendo o estabelecimento de critério único para casos-tipo pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando que este é o órgão de última palavra em questões infraconstitucionais, acabaria por haver uma mera reprodução de julgados em série nas ações que cuidam de danos morais. Tal sistemática representaria a verdadeira precificação do *pretium doloris*, uma standardização do ser humano e suas características, fugindo ao escopo do verdadeiro amparo integral à pessoa humana, aspecto interessante somente à uma sociedade de consumo, vez que altos valores incomodariam os fornecedores, interessados no quanto custará eventual dano causado por sua atividade econômica a fim de calcular seus ganhos¹⁷⁰.

Apesar dos posicionamentos contrários ao tabelamento, em especial doutrinários, imperativo reconhecer sua existência. Se não de maneira explícita e abrangente, em relação a toda e qualquer espécie de dano moral, o que se mostra impossível diante da incapacidade de prever tamanha gama de abrangência relativa à diversidade e riqueza da natureza humana, mas sim, talvez uma prática velada,

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo civil. Recurso especial. Dano moral. Indenização. Valor. Alteração na via especial. Acórdão em consonância com jurisprudência pacífica. A alteração dos valores arbitrados nas instâncias ordinárias somente é possível, na via especial, nos casos em que o quantum determinado destoa daqueles fixados em outros julgados desta c. Corte de Justiça ou revela-se irrisório ou exagerado. - Não se admite o recurso especial pela divergência quando o v. acórdão recorrido afina-se à jurisprudência deste Tribunal. *REsp 390.331/PE*. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8 de abril de 2002. *Diário de Justiça da União*, 27 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=390331&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁶⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295.

¹⁷⁰ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 160-161.

por meio de decisões paradigmáticas fixadoras de parâmetros. Isso, tendo em vista que, sendo o Superior Tribunal de Justiça a mais alta Corte infraconstitucional, cabe a ele a última palavra acerca do tema. Desse modo, mesmo que as instâncias ordinárias decidam diferentemente, basta que fujam consideravelmente daqueles paradigmas para que a Súmula 07 seja afastada a fim de viabilizar o controle pelo STJ¹⁷¹. Destarte, mesmo que não considerássemos a tabela colacionada acima, fruto da atuação daquele próprio Tribunal Especial, publicada em seu sítio na internet, para o alcance de todo jurisdicionado, aqueles parâmetros continuariam, como de fato continuam, a existir.

2.3 Arbitramento judicial em face do caso concreto

A fixação de valor para o dano moral encontra maiores adeptos na modalidade arbitramento judicial, considerando-se que o julgador ordinário se coloca diante das partes envolvidas, ouve seus argumentos, vislumbra e pode valorar as provas produzidas, estando, assim, mais próximo do litígio em sua essência e nuances. No entanto, o receio decorre da possibilidade de a decisão tornar-se um estandarte dos valores morais pessoais do prolator da sentença, tornando-se, destarte, em alvedrio¹⁷². Nessa linha, os que defendiam as teses negativistas do dano moral se apoiavam para lastrear o seu afastamento de nosso ordenamento jurídico.

Certo é que a aludida metodologia é amplamente difundida e aplicada em nossa jurisdição, valendo-se o julgador de alguns critérios para balizar o seu arbitramento, tais como a extensão do dano, o grau de culpa do agente, as condições socioeconômicas do causador do dano e da vítima, a função punitiva/preventiva e até a alegada razoabilidade e proporcionalidade¹⁷³. Contudo, considerando que cada julgador possui uma formação pessoal diferente, cercada de valores culturais, religiosos e outros, a decisão acabará por sofrer alguma influência dessa condição, haja vista que a sentença possui julgamentos de valor.

¹⁷¹ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 128.

¹⁷² DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27-28.

¹⁷³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165-193.

Para que a decisão guarde a necessária racionalidade, o julgador deve apoiar-se nos critérios de avaliação usualmente aceitos pela sociedade e recepcionados pela jurisprudência, devendo fazer parte explícita da imperativa fundamentação da sentença, a fim de que a razão de decidir esteja delineada e possa vir a ser analisada e controlada pelas vias jurisdicionais. Com isso, evita-se que o arbitramento dê lugar à arbitrariedade¹⁷⁴. Contudo, em se verificando os resultados das pesquisas de jurisprudência, não só dos tribunais ordinários, mas também do Superior Tribunal de Justiça, o que se percebe é, ressalvadas algumas exceções, uma falta de concatenação e até indicação específica dos critérios utilizados pelo julgador, o que dificulta a verificação de sua racionalidade ou sem demonstrar os caminhos da lógica jurídica com seus condicionamentos¹⁷⁵. Algumas outras, apesar de apontarem os critérios não realizam a devida subsunção em relação aos fatos, redundando no mesmo problema, aliado ao problema do discurso jurídico, oriundo de um trabalho argumentativo que, na prática tem se mostrado uma lógica de preferência e não de consequência¹⁷⁶.

Por se tratar do elemento crucial a ser compensado, o dano desponta como o principal elemento a ser mensurado e sua extensão nada mais é que um dos componentes de sua caracterização, com a verificação do alcance perpetrado pelo evento danoso. Critério esse que, inclusive, já resta apontado pela legislação, como trata o art. 944 do Código Civil¹⁷⁷, ao determinar que a indenização deverá ser estabelecida com base na extensão do dano ou gravidade da lesão¹⁷⁸,

¹⁷⁴ Ainda em seguimento ao raciocínio a autora assim expõe: “o problema da racionalidade da decisão, isto é, da possibilidade de se exercer sobre ela um controle externo, tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são frequentemente contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico ‘bom senso’. Se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, afirma M. TARUFFO, então, devem sê-lo, de modo a permitir que o raciocínio lógico do magistrado possa ser acompanhado. Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das consequentes decisões arbitrárias, permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com análise dos fatos em toda sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito frequentes e os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobremaneira, sem qualquer justificativa”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270.

¹⁷⁵ CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e o discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 115.

¹⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o método do ensino jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. LXXIV, p. 127.

¹⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 20 de outubro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

¹⁷⁸ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 133.

podendo ser reduzida, equitativamente, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. No entanto, apesar de ser um parâmetro positivado, em se tratando de dano moral esse balizamento não se mostra tarefa fácil, na medida em que se trata de questão extrapatrimonial, de difícil mensuração, elevado subjetivismo e, portanto, não se trata de uma exata equivalência.

A fixação do *quantum* devido por danos morais seguirá o objetivo de se compensar a vítima o mais ampla e completamente quanto possível, com o objetivo de ser protegida a dignidade da pessoa humana, obedecendo-se uma certa gradação entre valores intrínsecos aos bens jurídicos compreendidos naquele princípio, tais como a vida, a liberdade física, a liberdade sexual, a honra objetiva, dentre outros¹⁷⁹. Sopesando o alcance do dano a esses elementos o julgador terá uma verificação quanto à gravidade e extensão do evento danoso. Nessa mesma linha, verifica-se a extensão em razão do tempo de duração do dano, que pode atingir uma transitoriedade, sendo aquilatado conforme sua duração, ou mesmo ser definitivo.

Outro elemento caracterizador da extensão do dano é a grandiosidade da repercussão gerada, afinal, conforme seja o ambiente onde venha a se propagar o dano alcançará maior ou menor dimensão como, por exemplo, uma ofensa à honra acometida diante de um pequeno círculo de amizade ou no ambiente de trabalho, numa rede de rádio ou televisão¹⁸⁰. Enfim, dependendo do meio em que se propaga o dano poderá obter alcance maior ou menor, ou, em outras palavras, será maior ou menor a sua extensão, devendo ser correspondente a fixação do valor de compensação.

Outro critério utilizado pela jurisprudência na fixação do valor devido acerca do dano moral é o grau de culpa, ou mesmo dolo, do agente com o fito de se verificar e quantificar a reprovabilidade da conduta lesiva ou a gravidade da falta cometida pelo ofensor¹⁸¹. Nessa linha, a jurisprudência vem decidindo tendo em

¹⁷⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 166.

¹⁸⁰ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 139.

¹⁸¹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

conta tal parâmetro, inclusive o Superior Tribunal de Justiça¹⁸². No entanto, parte da doutrina não concorda com a utilização desse critério, primeiro por considerar que o papel preponderante deve caber ao lesado, ou seja, ele deve figurar em primeiro plano, enquanto o ofensor com sua culpa ou dolo restará para um segundo plano¹⁸³.

Wesley Louzada chega a afirmar que o grau de culpa não deve ser considerado na quantificação do valor relativo aos danos morais, ressaltando a tendência de abandono da culpa como pressuposto da responsabilidade civil, considerada sua objetivação, bem como serem opostos e excludentes entre si o grau de culpa e a extensão do dano¹⁸⁴.

Não deve prosperar o aludido posicionamento, na medida em que a extensão do dano serve para balizar a compensação e a reprovabilidade da conduta, considerado o grau de culpa ou dolo, serviria para complementar o *quantum* devido a fim de ser alcançado o caráter punitivo e preventivo almejados. Nessa linha, inclusive, Louzada traz citação de Maria Celina Bodin de Moraes, em que afirma ser a medida da dimensão da culpa do ofensor um modo de juízo de punição e não compensatório, na medida em que o incremento do valor reparatório com base na gravidade da conduta lesiva indica que o agente deva pagar mais, independentemente da extensão do dano.

Considerando-se o grau de culpa do agente causador do dano como componente da fixação do *quantum* devido em face do dano moral restará homenageada, portanto, a função punitiva e também a preventiva¹⁸⁵. Nessa linha,

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Pensão mensal. Termo *ad quem*. Dissídio não demonstrado. Dano moral. Arbitramento. Critérios. Caso concreto. Valor razoável. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Honorários advocatícios. Inaplicabilidade do § 5º do art. 20, CPC. Precedentes. Recurso parcialmente provido. I – [...]. II – [...]. III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. *REsp 216904/DF*. Quarta Turma. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 19 de agosto de 1999. *Diário de Justiça da União*, 20 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=216904&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁸³ ELIAS, Helena. O dano moral na jurisprudência do STJ. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004, p. 140.

¹⁸⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral*: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 170-171.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Acusação criminal injusta que o recorrente poderia ter evitado. Dano moral. Valor da indenização. I – A indenização por dano moral

vale trazer à colação um trecho de posicionamento de Wesley Louzada, quando assim assevera:

O argumento central é eminentemente moral: em alguns casos a reparação não será capaz de penalizar suficientemente o ofensor, podendo, inclusive, servir-lhe de estímulo para o cometimento de novos atos da mesma natureza no futuro, o que torna necessário acrescentar-se um *plus* ao valor indenizatório, para que esse, a um só tempo, compense/penalize/desestimule.¹⁸⁶

Outro aspecto a ser considerado para a quantificação do valor referente ao dano moral é a condição socioeconômica do ofensor e do ofendido, em especial com alicerce na mesma linha argumentativa aludida acima quanto ao grau de culpa do agente e do papel penalizador e desestimulante a ser desempenhado pela indenização. Isso se tomado em conta, mais uma vez, a citação transcrita alhures, pois se não for considerada a situação financeira do causador do dano, o valor fixado pode ser absolutamente ínfimo e, com isso, não surtir qualquer efeito punitivo ou preventivo¹⁸⁷.

Esse posicionamento valorativo acerca da capacidade econômica do ofensor já vem sendo adotado pela jurisprudência¹⁸⁸, contudo, na seara do consumidor ainda de modo tímido, como será verificado em capítulo próprio adiante, merecendo maior atenção e prestígio, considerados os grandes portes de vários dos principais causadores de danos e litigantes no âmbito consumerista, como as empresas de telefonia e bancárias.

Por outro lado, não deve ser desconsiderado o padrão socioeconômico também da vítima, sob pena de se instaurar o denominado e tão

objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. A fixação do seu valor envolve o exame da matéria fática, que não pode ser reapreciada por esta Corte (Súmula nº 7). *REsp 337739/SP*. Terceira Turma. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 05 de fevereiro de 2002. *Diário de Justiça da União*, 08 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=337739&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁸⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 175.

¹⁸⁷ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 147.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Acumuláveis são as indenizações por dano moral e material (Súmula n. 37-STJ). Arbitramento do *quantum* devido em conformidade com o nível econômico dos autores, bem como de sua falecida filha, e ainda de acordo com o porte da empresa ré, não afastadas as condições em que ocorreram o acidente. *REsp 6048/RS*. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 12 de maio de 1992. *Diário de Justiça da União*, 22 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=6048&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

abominado enriquecimento ilícito. Contudo, merece reflexão esse aspecto, na medida em que não será qualquer quantia capaz de erigir o ofendido à condição de enriquecido. Admite-se ser dificultosa a tarefa de quantificar o montante capaz de gerar tal impropriedade e o que não geraria, na mesma medida em que se faz desafiadora a própria quantificação do dano moral. Uma perspectiva acerca do tema seria perquirir se o montante da condenação seria capaz de elevar o padrão financeiro do ofendido, como um todo considerado, a um patamar distinto do anterior. Isso talvez caracterizasse com mais evidência o aludido enriquecimento, apesar de se reconhecer a fragilidade dessa perspectiva e a necessidade de maiores reflexões a respeito.

Nesse particular, considerando-se a condição socioeconômica da vítima, a jurisprudência tem se manifestado diuturnamente, com vistas a reduzir as condenações julgadas incompatíveis e, para tanto, declarando o malsinado “enriquecimento sem causa”.¹⁸⁹ Contudo, uma reflexão também se faz necessária, na medida em que, considerando a disparidade socioeconômica existente entre o consumidor e os maiores litigantes-fornecedores, o tratamento desse binômio entre a capacidade financeira de um e de outro acaba por ser díspare, haja vista que em nome do “enriquecimento ilícito” do consumidor não poderá ser fixada a condenação tendo por parâmetro o abastamento financeiro do ofensor. No cotejo entre as duas situações acaba por ser mais prestigiada a possibilidade de incremento financeiro do lesado que o potencial econômico do ofensor, tamanha a disparidade entre as duas realidades, ensejadora, inclusive, da conhecida expressão hipossuficiência do consumidor.

Com a preponderância do “enriquecimento ilícito” da vítima frente ao potencial econômico do ofensor, a condenação tende a ser fixada em patamar irrisório em face do potencial do fornecedor, o que, por sua vez, pode gerar um efeito também indesejável, mas pouco ressaltado: o “enriquecimento ilícito do ofensor”, considerando que pode se valer dessa perspectiva sobre as possíveis condenações para reincidir, bastando uma análise de custo-benefício. Aspecto,

¹⁸⁹ GONÇALVEZ, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 151.

portanto, também merecedor de reflexão, consideradas as funções da indenização por dano moral, em especial, as punitiva e preventiva.

De todos os critérios envolvidos na quantificação do dano moral, o mais abundante na jurisprudência atual é o da razoabilidade e proporcionalidade, como se verificará no capítulo específico adiante. Inúmeras são as decisões que se valem desses parâmetros para balizarem seus argumentos, não sendo privilégio somente dos casos de responsabilidade civil, muito menos de danos extrapatrimoniais. Contudo, a conceituação acerca daqueles institutos não se mostra fácil, estando atrelada ao escopo da equidade e, portanto, em última análise, da justiça.

A proporcionalidade acaba por ser um *bis in idem* se considerados outros critérios já abordados, como o da extensão do dano, ou, no mínimo, de caráter complementar, haja vista que o *quantum* deva ser fixado em montante proporcional ao dano considerado o seu alcance. O mesmo ocorrendo em razão do grau de culpa do agente e da situação econômica do ofensor e da vítima. Em outras palavras, a condenação deverá ser em medida proporcional àqueles fatores, portanto, não se mostra como um critério em si mesmo, mas um complemento ou, ainda, um elo e equidistância entre a lesão e sua indenização.

Também denominado princípio da vedação de excesso, relaciona-se com a discricionariedade do julgador, com vistas a controlar os limites de liberdade de atuação em razão da necessidade e adequação do decisum ao caso concreto. Aliás, tal limitação principiológica encontra referência também no âmbito dos demais Poderes, influenciando a atuação do legislador e do administrador, constituindo verdadeiro controle de atuação de quem desempenhe função pública que permita a discricionariedade, ou seja, que contenham margem de opção para o agente¹⁹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça vem proliferando inúmeras decisões sob o fundamento da proporcionalidade e razoabilidade desde a implantação da

¹⁹⁰ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150.

nova ordem constitucional, em 1998. Uma decisão proferida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira tem sido reconhecida como precursora nessa temática¹⁹¹.

Criticando a utilização de tais critérios, Wesley Louzada argumenta que a razoabilidade acaba por ser utilizada por “mera desculpa” ou como a “lógica do mais ou menos certo”, diante de inúmeras discrepâncias entre julgados sob a guarda de tais princípios apresentarem decisões com resultados muito destoantes¹⁹². Nessa linha, chega a citar Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, que assevera que uma constatação fundamental deve ser extraída, no sentido de que esses critérios servem a todo tipo de raciocínio e, portanto, são capazes de se adequar a qualquer valor arbitrado. Em assim sendo, considerando-se a visão desses doutrinadores, decisões cunhadas naqueles critérios podem chegar a fugir do arbitramento para alcançarem a arena da arbitrariedade.

Com razão aqueles doutrinadores quando criticam a utilização daqueles princípios como critérios de fixação do *quantum* adequado para o dano moral, na medida em que são parâmetros de equidade subsidiários aos critérios já tratados anteriormente por este estudo. Não deveriam, pois, serem utilizados desacompanhados dos demais aos quais deveriam se referir, ou seja, a extensão do dano, o grau de culpa, a condição socioeconômica da vítima e do ofensor, que são os verdadeiros critérios trabalhados pelo julgador quando da subsunção, sem, no entanto, se esquecer da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de promover a justiça.¹⁹³

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Danos moral e material. Cumulabilidade. Possibilidade. Súmula/STJ, enunciado 37. Dano moral acolhido. Fixação nesta instância. Balizamento. Recurso provido. I - nos termos do enunciado 37 da Súmula desta corte, "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato". II - o arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. III - na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso. *REsp 135202/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 19 de maio de 1998. *Diário de Justiça da União*, 03 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=135202&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁹² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 186-187.

¹⁹³ ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 149.

Louzada chega a concluir não serem a razoabilidade e a proporcionalidade verificáveis nas decisões, considerada a nossa jurisprudência, acabando por servirem do que ele denomina “excludente de responsabilidade” do magistrado ao fixar ou reformar a sentença. Em outras palavras, seria uma forma velada de se abster da necessária fundamentação e, portanto, da explicitação de seu raciocínio diante daquele caso concreto expondo ponto a ponto os verdadeiros critérios que o levaram a majorar ou diminuir o valor anteriormente arbitrado, limitando-se a declarar estar a decisão recorrida de acordo ou não com aqueles princípios.

Essa constatação reforça ainda mais a prática velada de um tabelamento, na medida em que o julgador se desincumbe, indevidamente, de seu ofício deixando de utilizar os parâmetros já tão homenageados em nosso ordenamento jurídico, inclusive pela própria jurisprudência, e fundamentando suas decisões na razoabilidade e proporcionalidade, argumento que somente guarda conexão com outras decisões já anteriormente proferidas.¹⁹⁴ Desse modo, se a nova lide traz valor distante daquele já considerado adequado pelo Tribunal, para mais ou para menos, deverá ser modificado o *quantum*, sem qualquer apontamento acerca de qual verdadeiro critério não fora atendido conforme deveria.

Até o presente momento o estudo buscou trazer os pontos de referência da doutrina e da jurisprudência, precursores em se tratando da fixação do valor da indenização por dano moral, independentemente de estarem atrelados ao direito do consumidor. Isso porque nortearam e continuam nortear o dano moral como um todo, inclusive no âmbito consumerista.

No item seguinte, o estudo trará o resultado de um levantamento empírico realizado junto ao Superior Tribunal de Justiça especificamente acerca do dano extrapatrimonial proveniente das relações de consumo, quando se buscará retratar os fundamentos utilizados pelos julgados daquele tribunal e que, por se tratar da mais alta Corte infraconstitucional do país, acaba por influenciar todas as demais instâncias inferiores, com um mesmo tronco comum com o que até aqui se cuidou.

¹⁹⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 165-166.

2.4 Verificação empírica atual do judiciário: o tabelamento pelo STJ

Considerando a estrutura do Poder Judiciário nacional como hoje estabelecida, ordinariamente, os elementos fático-probatórios são tratados pelos primeiro e segundo graus de jurisdição, guardando-se a missão de verificar a adequada interpretação das normas infraconstitucionais e constitucionais ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Desse modo, as questões envolvidas diretamente com os diversos critérios de fixação do *quantum* devido para cada caso concreto são analisadas pelos juízos monocráticos e, em grau de apelação, pelos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais. Nessa linha, a imensa maioria dos problemas envolvendo a fixação dos valores indenizatórios para o dano moral em sede de direitos do consumidor fica restrita para aqueles dois graus ordinários de jurisdição, chegando à análise da Corte Especial somente pequena fração daquele contingente.

Tendo o Superior Tribunal de Justiça a missão constitucional de ser o intérprete final da norma infraconstitucional e o unificador da jurisprudência nacional dentro desse escopo, o entendimento dessa Corte Especial acaba por vincular, ainda que não imperativamente, mas logicamente, os julgamentos proferidos pelos graus inferiores. Isso na medida em que a discrepância de entendimentos entre os graus ordinários e o intérprete infraconstitucional maior levará à revisão dos julgados para uma padronização exegética nacional. Em outras palavras, caso uma decisão monocrática ou de segundo grau fuja do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, fatalmente será alvo de recurso especial, levando o caso concreto para uma reanálise com base na interpretação firmada pela Corte Especial, sendo reformada em nome da pacificação jurisprudencial. Assim, estrutura jurisdicional nacional promove, portanto, um afinilamento interpretativo, vez que decisões anteriores, quer seja de primeiro ou segundo grau, destoando da jurisprudência especial, sofrem reforma para maior ou menor, conforme tenha superado ou ficado muito aquém do entendimento jurisprudencial infraconstitucional supremo.

Não restam dúvidas acerca da enorme missão guardada para o Superior Tribunal de Justiça, não só do ponto de vista de sua importância para o

Poder Judiciário nacional, mas também sob o prisma da grandiosidade da demanda, considerando-se, inclusive, as dimensões continentais de nosso país e sua população de jurisdicionados. Então, um filtro recursal fora construído a fim de permitir a prestação jurisdicional especial somente para questões atinentes à restrita interpretação da norma, afastando, dessa forma, a reapreciação de fatos e provas: a tão conhecida e utilizada Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, a qual assevera não ensejar recurso especial a pretensão de simples reexame de provas. Considerando essa restrição objetiva, em tese, nenhuma casuística relativa a reapreciação de *quantum* indenizatório seria cabível no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, haja vista a necessidade de revolver as questões fático-probatórias a fim de reapreciar os critérios utilizados no balizamento do valor arbitrado, tais como a extensão e a gravidade da lesão, o grau de culpa do agente, a situação econômica da vítima, dentre outros.

A realidade da prestação jurisdicional se mostrou divergente da limitação imposta pela Súmula 7, vez que as decisões ordinárias acabavam por delinear tratamentos diversos à situações semelhantes, gerando, assim, insegurança jurídica e injustiças. O Superior Tribunal de Justiça viu-se, então, forçado a reconhecer a viabilidade, ainda que excepcional, da reanálise de alguns casos concretos, ainda que considerado o necessário reexame fático-probatório, a fim de tentar padronizar o entendimento acerca de determinados temas envolvendo a fixação de um montante indenizatório em razão de danos morais, inclusive, consumeristas. Destarte, restou mitigada a aplicação do enunciado daquela súmula, permitindo à Corte Especial reformar julgados considerando os elementos fáticos constitutivos da lide. Em algumas situações, portanto, com fundamento em dois princípios, proporcionalidade e razoabilidade, têm sido reformadas algumas decisões ordinárias por meio da jurisdição especial.

Neste estudo, considerando a relevância desse papel desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, buscou-se uma análise empírica da atuação desse Tribunal a fim de tentar compreender os critérios utilizados não só para afastar a aplicação da Súmula 7 e, assim, viabilizar o reexame fático-probatório pela Corte Especial, mas, também, identificar e entender os critérios por ela utilizados na majoração ou diminuição do *quantum* arbitrado pela jurisdição ordinária em razão de

danos morais aos consumidores. Para tanto, sendo extremamente numerosas as decisões acerca dessa casuística, vislumbrou-se a necessidade de estabelecer um recorte temporal para a pesquisa, limitando-a aos dois últimos anos, 2014 e 2015. Desse modo, utilizou-se da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do próprio tribunal em seu sítio eletrônico¹⁹⁵ para filtrar e analisar um total de 1001 decisões.

Do total das decisões acerca do tema, como já era de se esperar, a imensa maioria aplicou a Súmula 7 e, portanto, não conheceu do recurso especial, obstando a reapreciação da matéria fático-probatória e, assim, não reexaminou o *quantum* arbitrado, mantendo a decisão traçada pelas instâncias ordinárias. Em algumas outras, no entanto, afastou o enunciado da aludida súmula para adentrar ao mérito recursal e alterar o valor indenizatório, para maior ou para menor. Desse modo, foram selecionadas algumas decisões a fim de ilustrar o resultado da pesquisa e, com isso, identificar os elementos sob os quais o Superior Tribunal de Justiça se baseia a fim de afastar o óbice do filtro recursal sumulado e, em especial, majorar ou diminuir o valor indenizatório de acordo com o caso concreto e suas características.

O que se vislumbrou na pesquisa empírica junto ao repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uma atenção aos valores fixados pelo próprio tribunal em razão de determinados casos concretos, ou seja, a utilização de uma tabela, como já ressaltado anteriormente, por meio da qual a Corte Especial se baseia para verificar se o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias está exorbitante ou irrisório, termos estes utilizados como parâmetros para aplicar ou afastar a Súmula 7. Assim sendo, quando ultrapassado o óbice daquele enunciado sumular, o mérito recursal será resolvido com base em duas palavras-chave: proporcionalidade e razoabilidade.

O que se percebe é, portanto, que os quatro termos dizem respeito a uma análise por parâmetro, portanto, parte-se de um referencial pré-estabelecido de acordo com certos tipos de casos concretos, daí o termo tabelamento, a fim de verificar se o valor arbitrado pela decisão recorrida é exorbitante ou irrisório. Do mesmo modo se verifica a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, lastreada

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2015.

naqueles a priori derivados da experiência judicante. Em outras palavras, o que se verifica é a utilização daqueles termos, a fim de justificar a jurisdição especial e, conseqüentemente, a modificação do valor indenizatório com base em valores estabelecidos pela *praxis* do tribunal em razão da casuística já enfrentada e não uma efetiva análise caso-a-caso onde as particularidades são sopesadas objetivamente a fim de quantificar o valor indenizatório.

Vale transcrever três ementas em que resta identificada a dificuldade em se ultrapassar o filtro da Súmula 7, haja vista não ter sido conhecido o recurso especial, portanto aplicado o enunciado sumulado; gerando, assim, recurso de agravo regimental, também não conhecido; e, por fim, por meio de uma via estreitíssima, a dos embargos de declaração, opostos em face de decisão em outros embargos declaratórios, estes últimos, em regra, desprovidos de efeito infringente, acabou por ser afastada a restrição da aludida súmula a fim de ser analisado o mérito e, desse modo, ser alterado o valor da condenação. Trata-se da decisão monocrática no AREsp 369137/RJ e acórdãos nos EDcl no AREsp 369137/RJ e EDcl nos EDcl no AREsp 369137/RJ:

EMENTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDIMENSIONAMENTO. SÚMULA N. 306 DO STJ.

1. Em sede de recurso especial, a revisão do *quantum* indenizatório fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais apenas é viável quando o valor arbitrado seja exorbitante ou irrisório.
2. Em caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados. Aplicação da Súmula n. 306 do STJ.
3. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e provê-lo.

RELATÓRIO.

Trata-se de agravo interposto por Casa de Saúde Nossa Senhora Aparecida de Paracambi Ltda. contra decisão que inadmitiu recurso especial pelas razões seguintes:

- a) incidência da Súmula n. 7 do STJ; e
- b) não cumprimento dos requisitos do art. 541 do CPC.

Alega a parte agravante, em síntese, que o recurso especial atendeu aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual requer o seu processamento.¹⁹⁶

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Responsabilidade civil. Falha na prestação de serviço hospitalar. Indenização por danos morais. Revisão. Súmula n. 7/STJ. Ônus sucumbenciais. Redimensionamento. Súmula n. 306 do STJ. 1. Em sede de recurso especial, a revisão do quantum indenizatório fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais apenas é viável quando o valor arbitrado seja exorbitante ou irrisório. 2. Em caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados. Aplicação da Súmula n. 306 do STJ. 3. Agravo conhecido para conhecer

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. SÚMULA N.7/STJ. PRECEDENTES.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal. Princípios da economia processual e da fungibilidade.
2. Em caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados.
3. Nos casos em que o Tribunal de origem, com base no acervo probatório, conclui pela existência dano moral e fixa o quantum indenizatório observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não cabe ao STJ revisar tal entendimento em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ .
4. Embargos de declaração de Júlio Maria Gonçalves Oliveira e Outro recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Agravo regimental de Casa de Saúde Nossa Senhora Aparecida de Paracambi Ltda. desprovido.¹⁹⁷

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. VALOR DO DANO MORAL. DIMINUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado.
2. O arbitramento do valor da reparação por danos morais deve ser feito com moderação. A revisão do quantum em recurso especial é cabível excepcionalmente, sempre que o valor fixado nas instâncias

parcialmente do recurso especial e provê-lo. *AREsp 369137/RJ*. Terceira Turma. Decisão Monocrática. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 11 de novembro de 2013. *Diário de Justiça da União*, 11 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=369137.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo no Recurso Especial. Processual civil. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo regimental. Ação de busca e apreensão. Responsabilidade civil. Falha na prestação de serviço hospitalar. Ônus de sucumbência. Redimensionamento. Precedentes. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Revisão. Súmula n.7/STJ. Precedentes. 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal. Princípios da economia processual e da fungibilidade. 2. Em caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados. 3. Nos casos em que o Tribunal de origem, com base no acervo probatório, conclui pela existência dano moral e fixa o quantum indenizatório observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não cabe ao STJ revisar tal entendimento em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ . 4. Embargos de declaração de Júlio Maria Gonçalves Oliveira e Outro recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Agravo regimental de Casa de Saúde Nossa Senhora Aparecida de Paracambi Ltda. desprovido. *EDcl no AREsp 369137/RJ*. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 23 de outubro de 2014. *Diário de Justiça da União*, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=369137&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

ordinárias mostrar-se desproporcional à recomposição do dano e à situação econômica do ofensor.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.¹⁹⁸

O que se observa é o transcorrer de dois anos e quatro recursos, considerados aqui em sentido amplo em face dos embargos declaratórios, a fim de transpor a o filtro da Súmula 7 e reabrir a discussão meritória acerca do valor da indenização. Ademais, na fundamentação das decisões encontram-se as aludidas palavras-chave que resumem a atuação do Superior Tribunal de Justiça acerca dessa temática: discussão sobre o valor devido por danos morais. A fim de abrir a instância especial, ultrapassando a restrição, registra: “em sede de recurso especial, a revisão do *quantum* indenizatório fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais apenas é viável quando o valor arbitrado seja exorbitante ou irrisório”. Ademais, reforça diante dos casos em que a instância de origem decide pela “existência dano moral e fixa o *quantum* indenizatório observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não cabe ao STJ revisar tal entendimento em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ”. Assim sendo, essas quatro são as palavras-chave para a revisão do montante adequado a fim de indenizar dano moral proveniente de falha na prestação de serviço ou decorrente de vício do produto.

Em busca dos critérios utilizados pelo julgador a fim de alterar o *quantum* indenizatório, buscou-se verificar o conteúdo dos votos de julgamento. No entanto, apesar de algumas colocações, transcrições de outros julgados e até citações de doutrina, o que se percebe é a falta de identificação de qual ou quais critérios foram objetivamente considerados para justificar alteração, seja para maior ou para menor. O que se encontra é uma alusão genérica aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, afirmando, conforme o caso, ser exorbitante ou irrisório o valor inicialmente arbitrado. Ademais, a inferência capaz de explicar o

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo no Recurso Especial. Processual civil. Embargos de declaração. Falha na prestação de serviço hospitalar. Indenização por danos morais. Omissão. Acolhimento. Efeitos infringentes. Valor do dano moral. Diminuição. Possibilidade. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado. 2. O arbitramento do valor da reparação por danos morais deve ser feito com moderação. A revisão do quantum em recurso especial é cabível excepcionalmente, sempre que o valor fixado nas instâncias ordinárias mostrar-se desproporcional à recomposição do dano e à situação econômica do ofensor. 3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 12 de maio de 2015. *Diário de Justiça da União*, 18 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=369137&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

fenômeno é a equiparação do caso sob julgamento com os precedentes similares. Ou seja, o valor será exorbitante ou irrisório em comparação ao valor comumente fixado em casos análogos, reforçando a percepção de um tabelamento.

Em um trecho da decisão proferida nos Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Agravo no Recurso Especial (EDcl nos EDcl no AREsp) nº 369.137/RJ, cuja ementa fora acima transcrita, o Ministro Relator chega a citar o jurista Sérgio Cavalieri Filho, transcrevendo em citação as seguintes considerações:

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.¹⁹⁹

Vislumbra-se, portanto, a vinculação atribuída por Cavalieri, de um lado a razoabilidade e a proporcionalidade, de outro os critérios fixadores do *quantum* indenizatório, tais como o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, dentre outras. Assim, o que se percebe é uma relação de causa e efeito, onde as causas são os aludidos requisitos e a consequência adequada ou almejada é alcançar a razoabilidade e proporcionalidade. Nesse particular, então, esses dois vocábulos são mais que meros requisitos, dado o seu conteúdo amplo, genérico, inespecífico. Com essa perspectiva, em verdade, devem ser considerados como princípios²⁰⁰, os

¹⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ltda., 2005. p. 116

²⁰⁰ “Princípio é a expressão que designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou do preceito, que é a norma mais individualizada.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 606. Karl Larenz define princípios como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.” LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. ed., p. 474 apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-36.

quais servem de orientação e objetivo na aplicação das normas específicas, incluindo-se aqui os requisitos.

Perceba-se que, quando da fundamentação do voto, o Relator apontou a existência de critérios que devam ser considerados para reapreciar o montante da condenação indenizatória: o grau de reprovabilidade da conduta da ré, o sofrimento dos autores, a extensão do dano causado e, em especial para esse caso concreto, a situação econômica do ofensor. No entanto, não apontou no *decisum* a análise de cada um com suas características e ponderações em face do caso concreto. Ou seja, não houve uma análise com vistas a buscar um cotejo específico entre o requisito e a sua representatividade no arbitramento do valor. Todavia, de modo genérico, limitou-se a descrever a existência dos requisitos e considerou especificamente um, a situação econômica do ofensor, que se mostrava precária e, portanto, a decisão recorrida era merecedora de reexame para minorar a condenação. Saliente-se um trecho do voto do Relator daquele mesmo julgado:

O valor arbitrado em decorrência da comprovação de dano moral poderá ser revisto se tiver sido arbitrado em valor irrisório ou exorbitante, distanciando-se, assim, das finalidades legais, da devida prestação jurisdicional no caso concreto e das condições econômicas das partes. [...]

No caso específico, trata-se de ação indenizatória em que se pleiteia a condenação do nosocômio a danos materiais e morais em razão do falecimento da filha recém nascida dos autores, ora embargados.

O magistrado de primeiro grau concluiu pela procedência em parte do pedido, condenando a Casa de Saúde, ora embargante, ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 200.000,00, assim como arbitrou o pagamento de pensão mensal aos autores. Importante consignar que a referida decisão foi publicada em 23/7/2010 (e-STJ, fl. 224).

O acórdão recorrido, por sua vez, negou provimento à apelação interposta pelos autores, ora embargados, e deu parcial provimento ao apelo do nosocômio, ora embargante, apenas para afastar a condenação referente ao pensionamento mensal, mantendo assim o valor dos danos morais arbitrados pela sentença, ao entendimento de que o montante fixado pelo juízo a quo observou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A embargante então insiste na exorbitância do valor fixado a título de danos morais e apresenta planilha com o valor atualizado da dívida, que, por ter sido fixado desde julho de 2010, ultrapassa hoje a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Assim, argumenta que, para a fixação do dano moral, a capacidade econômica do condenado também deve ser levada em consideração e, se a condenação for mantida nesse valor, a parte será obrigada a requerer a autofalência antes que os bens sejam penhorados e não seja mais possível o pagamento dos funcionários.

Ora, esse contexto impõe nova reflexão acerca do verba indenizatória estabelecida.

Em nenhum momento desconsidero a gravidade do ato praticado pela embargante; contudo, no caso em apreço, deve também ser considerada as características do ofensor, sobretudo a sua função socioeconômica, elementos essenciais à quantificação do dano moral.

Desse modo, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observando a peculiaridade do caso concreto, o grau de reprovabilidade da conduta da ré, o sofrimento dos autores, adequando o valor à extensão do dano causado e levando em consideração também a situação econômica do ofensor, se faz necessária a redução do valor da condenação por danos morais para R\$ 50.000,00 (cincoenta mil reais).

Vislumbra-se, portanto, a vinculação da revisão do valor à sua condição de exorbitante e, mais ainda, às finalidades legais. Destarte, ao falar em escopo da lei, remete também aos princípios, em especial o da razoabilidade e proporcionalidade, os quais são, assim como todos os demais princípios, vetores para aplicação da norma, orientadores da exegese numa função teleológica. No entanto, como já asseverado acima, não houve uma análise específica demonstrando a exegese utilizada em razão do critério apontado, *in casu* o da situação econômica do ofensor, haja vista que não se consegue encontrar qualquer relação de proporção eventualmente estabelecida ou utilizada pelo julgador para a revisão do *quantum* capaz de ligar, objetiva e matematicamente, o critério (situação econômica do ofensor) ao princípio (da proporcionalidade). Restando para a decisão uma fundamentação abstrata, de difícil verificação quanto à sua adequação, dado o subjetivismo utilizado nesse particular, apesar de apontado o critério objetivo empregado.

E o caso concreto analisado acima ainda é um dos poucos em que resta apontado o critério utilizado quando da análise de adequação, ou, da proporcionalidade e razoabilidade, considerando-se o chavão utilizado pela Corte Especial, alaistrado para as demais ordinárias do país.

O que se percebe na fundamentação dos julgados do Superior Tribunal de Justiça no período pesquisado, anos de 2014 e 2015, em regra, é uma alusão genérica aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e nenhuma, ou quase nenhuma referência, quanto aos critérios. No entanto, acabam por qualificar o valor da decisão recorrida em uma das três vias possíveis: a) adequado, portanto,

aplica-se a Súmula 7 e não se conhece do recurso; b) exorbitante, afastando-se a súmula para diminuir o valor; c) irrisório, arredando-se o enunciado para majorar o valor. Destarte, caso seja ultrapassado o filtro sumular, o valor é modificado, para maior ou menor, com lastro, apenas, naqueles princípios, de forma genérica. E, para ilustrar, destacamos uma hipótese das mais comuns para análise, em que o Recurso Especial não fora admitido inicialmente, em face da Súmula 7, porém, depois, em sede de Agravo em Recurso Especial e, ainda, Agravo Regimental, fora assim decidido:

DECISÃO. Trata-se de agravo contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou seguimento a recurso especial interposto de acórdão assim ementado (e-STJ fl.156): Código De Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11.9.90 - Empréstimo bancário - Aplicabilidade - Inversão do ônus da prova determinada, *ex officio* - Possibilidade - O tomador de empréstimo é consumidor para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor - Súmula nº 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Recurso não provido. Indenização - Danos morais - Contrato de financiamento – Parcelas todas pagas e liquidadas e, apesar disso, o Réu inseriu o nome do autor no SERASA e SCP - Ocorrência de defeitos nas prestações de serviços por parte do Requerido - Inteligência do artigo 14, do CDC - O Réu, que tendo recebido o valor de todas parcelas, não provou, nestes autos, ter o autor o débito pendente de R\$ 20.690,00 (fls. 40) - Ocorrência de má prestação dos serviços bancários – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços - Fatos equivocados do preposto do Réu e devidamente comprovados que geraram os prejuízos descritos na peça vestibular - É cediço que a negativação no SERASA e SPC gera o abalo de crédito, ocasionador de danos morais – A negativação no SERASA e SPC de contrato já quitado e pago gerou o abalo de crédito do Autor - Danos morais existentes a serem ressarcidos - Condenação do Réu ao pagamento de danos morais arbitrados em R\$ 20.690,00 (vinte mil e seiscentos e noventa reais), devidamente corrigida - Recurso não provido.

No especial, amparado nas letras "a" e "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, aponta o banco recorrente violação ao art. 944, caput e parágrafo único do Código Civil e ao art. 884 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial, sustentando exagero na fixação do valor da indenização. Delimitada a controvérsia, passo a decidir. A excepcional intervenção desta Corte a fim de rever o valor da indenização fixada pelo Tribunal local pressupõe que esse valor tenha sido fixado de forma imoderada ou desproporcional, em situação de evidente exagero ou de manifesta insignificância, considerada a realidade do caso concreto. Corroborando tal entendimento, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS STJ/5 e 7. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. [...] II. É possível a intervenção desta

Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o *quantum* arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 959.712/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 30.11.2009);

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO. DESCABIMENTO. [...] 2. Consoante entendimento pacificado desta Corte, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela. Com efeito, o quantum indenizatório arbitrado pelo Tribunal *a quo* não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 939.482/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 20.10.2008).

No caso em exame, verifica-se que o valor indenizatório fixado pelo Tribunal de origem em R\$ 20.960,00 (vinte mil e duzentos e novecentos e sessenta reais) distancia-se dos parâmetros jurisprudenciais desta Corte colhidos nas hipóteses de indenização por dano moral decorrente de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes. Com efeito, em casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça tem arbitrado a indenização em valores menores (cf, entre muitos outros, os acórdãos nos REsp. 824.827/CE, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ de 28.5.2007, p. 354; REsp 874496/SC, rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ de 12.2.2007, p. 269; AgRg no Ag 775459/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 26.3.2007, p. 237 e REsp 754477/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ de 6.11.2006, p 331; REsp 710741/AL, rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ de 21.8.2006, p 255).

Assim, considerados os critérios jurisprudenciais, pautados pela moderação, proporcionalidade e razoabilidade, e avaliadas as condições pessoais e econômicas das partes, a realidade da vida e as peculiaridades do caso, fixo o valor devido a título de danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia não insignificante a ponto de não cumprir com sua função inibitória da repetição da prática abusiva, nem excessiva a ponto de causar um enriquecimento indevido à parte autora.

Em face do exposto, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial e fixar o valor devido a título de danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).²⁰¹

Vale a pena destacar a ementa e parte do conteúdo do voto do relator em face do recurso interposto contra a supracitada decisão monocrática que, em verdade, apesar de ter sido julgado nesse segundo momento por um órgão

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática no Agravo no Recurso Especial. *AREsp 30275/SP*. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 07 de novembro de 2011. *Diário de Justiça da União*, 07 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoaes/toc.jsp?processo=030275.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

colegiado, ocorreu a simples reprodução integral do conteúdo decisório recorrido, o que fora acompanhado por unanimidade pela turma. Esse é o conteúdo:

Agravo Regimental no Agravo. Indenização por dano moral. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Revisão do valor. Excesso. 1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁰²

Poderiam ser transcritas outras diversas decisões no mesmo sentido, porém, cita-se abaixo mais um acórdão, em caso semelhante, cujos termos mostram-se mais evidentes a fim de ilustrar o raciocínio e ratificar o argumento aqui desenvolvido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VALOR DO DANO MORAL. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA EXORBITÂNCIA DO *QUANTUM* FIXADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Em hipóteses excepcionais, a jurisprudência desta Corte admite a redução do valor da indenização por dano moral quando o montante arbitrado pelas instâncias ordinárias se mostrar exorbitante, sem que isso configure ofensa à Súmula n. 7/STJ. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Vale destacar um pequeno trecho do voto do relator na decisão supracitada trazendo a raiz de seu fundamento:

[...] No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, ao fixar o valor da compensação por danos morais em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescido de correção monetária e juros de mora de

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial. Agravo Regimental no Agravo. Indenização por dano moral. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Revisão do valor. Excesso. 1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. *AgRg nos EDcl no AREsp 30275/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Isabel Gallotti. Brasília, 01 de dezembro de 2011. *Diário de Justiça da União*, 14 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=30275&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015. No mesmo sentido o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Recusa do plano de saúde em fornecer prótese para a realização de procedimento cirúrgico. Redução do valor da indenização por dano moral. Possibilidade. Manifesta exorbitância do *quantum* da reparação. Recurso não provido. 1. A jurisprudência desta Corte Superior permite a redução do valor da indenização por dano moral quando o montante arbitrado pelas instâncias ordinárias se revelar exorbitante, sem que isso configure ofensa ao enunciado da Súmula 7/STJ. 2. A quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) se mostra razoável para reparar o abalo psicológico decorrente da recusa do plano de saúde em fornecer o material necessário à realização de procedimento cirúrgico. 3. Agravo não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. *AREsp 429501/RJ*. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 18 de fevereiro de 2014. *Diário de Justiça da União*, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=429501&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

1% ao mês, desde a data do evento danoso, em razão de bloqueio indevido de cartão de crédito, o fez em patamar exorbitante, distanciando-se dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desse modo, orientando-me pelos critérios sugeridos pela jurisprudência, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para reduzir a indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia que se mostra razoável, incapaz de gerar o enriquecimento ilícito da parte lesada e suficiente para punir o banco pela conduta reprovável.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental para, reconsiderar a decisão agravada (e-STJ fls. 174/175), e DAR PROVIMENTO ao recurso especial para fixar a indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). As custas e os honorários advocatícios ficam mantidos conforme fixados pelo Tribunal a quo.²⁰³

Constata-se, portanto, que fora ultrapassado o óbice da Súmula 7 mais uma vez, reconhecendo-se o valor como exorbitante e, com menção somente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem qualquer cotejo objetivo entre os critérios de fixação do valor indenizatório e o caso concreto julgado. O parâmetro que se denota é o dos precedentes, ou seja, casos semelhantes julgados pelo Tribunal Especial em casos análogos e, caso o *quantum* destoe da jurisprudência, para mais ou menos, é superado o filtro recursal sumulado para, em nome daqueles princípios, aplicar o padrão anteriormente fixado, sob o fundamento de que se orienta “pelos critérios sugeridos pela jurisprudência, logo, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para reduzir a indenização”. E assim, presumindo, afinal não faz qualquer cotejo analítico, que o valor fixado “se mostra razoável, incapaz de gerar o enriquecimento ilícito da parte lesada e suficiente para punir o banco pela conduta reprovável”.

Outro julgado capaz de ilustrar com clareza a aludida orientação das decisões, tanto monocráticas como colegiadas do Superior Tribunal de Justiça, assevera explicitamente o parâmetro utilizado: “redução do valor arbitrado para os parâmetros praticados nesta corte”. Ou seja, deixa clara a fixação do *quantum* em relação a outros casos análogos anteriormente julgados, não pela reciprocidade entre suas características em razão dos critérios de fixação de valor indenizatório, mas sim decisões precedentes em casos análogos que acabam por balizar os

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial. Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo Regimental. Valor do dano moral. Redução. Possibilidade. Manifesta exorbitância do *quantum* fixado. Decisão mantida. *AgRg no AgRg no REsp 1417664/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 07 de abril de 2015. *Diário de Justiça da União*, 17 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1417664&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

julgamentos dos casos seguintes. Então, à falta de um cotejo objetivo entre os critérios utilizados e os fatos da lide, utiliza-se de uma referência genérica aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cujo parâmetro de verificação, se razoável ou não, se proporcional ou não, é o valor anteriormente fixado pelo Tribunal em casos anteriores. Isso pode ser verificado, com clareza, na decisão seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. REITERAÇÃO POR 47 VEZES DE COBRANÇA INDEVIDA. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA COMERCIAL. POSSIBILIDADE. CONFIGURADO O DANO MORAL É POSSÍVEL A EXCEPCIONAL REVISÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR MEIO DO ESPECIAL PARA ADEQUAÇÃO DO "QUANTUM" EXCESSIVO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO PARA OS PARÂMETROS PRATICADOS NESTA CORTE. PRECEDENTES.

1. As instâncias ordinárias reconheceram a responsabilidade da prestadora do serviço porque ficou configurado o abuso no exercício do direito de cobrança pois emitiu cartão de crédito sem anuência da consumidora e apesar dos diversos contatos por ela feitos para resolver as cobranças indevidas (47 vezes), não sobrevieram medidas saneadoras capazes de elidir o equívoco .

2. Se distancia dos parâmetros adotados neste Sodalício Superior a fixação em R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais) para reparação do dano moral pelo ato ilícito de emitir cartão de crédito e permanecer cobrando suas taxas de manutenção apesar dos repetidos contatos da consumidora negando a contratação.

3. Consideradas as circunstâncias do caso, a ausência de negativação e as condições econômicas das partes razoável a excepcional intervenção desta Corte Superior para reformar o acórdão estadual e adequar o parâmetro indenizatório em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o que está conforme os seus julgados.

4. Agravo regimental provido.²⁰⁴

Não há, portanto, um cotejo analítico dos critérios em face dos contornos fáticos da lide e, assim, as decisões fundamentam-se somente nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo genérico, buscando como parâmetro somente a jurisprudência do próprio Tribunal em casos análogos, o julgado seguinte já evidencia na própria ementa:

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial. Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Civil. Direito do Consumidor. Contrato de cartão de crédito. Inexistência de contratação. Reiteração por 47 vezes de cobrança indevida. Responsabilização da empresa comercial. Possibilidade. Configurado o dano moral é possível a excepcional revisão do valor da condenação por meio do especial para adequação do "quantum" excessivo. Redução do valor arbitrado para os parâmetros praticados nesta Corte. Precedentes. *AgRg no AREsp 509257/SP*. Terceira Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 23 de setembro de 2014. *Diário de Justiça da União*, 26 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=509257&&b=ACOR&thesaurus=JURIDI CO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO EXORBITANTE. NECESSIDADE DE REDUÇÃO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. Impossibilidade de revisão de valor fixado a título de danos morais, por incidência do Enunciado n. 7/STJ, salvo nas hipóteses de irrisão ou exorbitância, por violação do princípio da razoabilidade, o que se verifica no caso.
2. Redução, na espécie, do valor fixado a título de danos morais de R\$ 60.000,00 para R\$ 37.929,00, em atenção aos parâmetros jurisprudenciais estabelecidos por este Superior Tribunal de Justiça.
3. Agravo Regimental desprovido.²⁰⁵

Poderiam ser trazidos outros vários julgados a fim de retratar a mesma situação, no entanto, dentro do recorte temporal desse estudo, alcançando os anos de 2014 e 2015, serão trazidas somente algumas decisões, de turmas diversas do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar não só um órgão julgador daquela Corte, mas averiguar uma visão global da jurisprudência do Tribunal. Para tanto, foram citadas algumas acima, cuja visão fora no sentido de diminuir o valor indenizatório e, em seguida, serão colacionadas outras que ilustram casos em que restará majorado o *quantum*. No entanto, a base de fundamentação permanece inalterada: princípios da proporcionalidade e razoabilidade, lastreado na jurisprudência da Corte Especial em casos análogos, sem qualquer cotejo analítico entre os critérios de fixação de valor indenizatório por dano moral e as características delineadas na lide.

O caso seguinte trata da morte de um passageiro que caiu de um trem, portanto, derivado da relação contratual de serviço de transporte que, apesar da responsabilidade objetiva da concessionária de serviço que, apesar da natureza pública, ainda guarda relação consumerista e trabalha com os mesmos requisitos e princípios para a fixação do *quantum* indenizatório. Nessa lide, o valor da verba indenizatória por dano moral foi fixado pelo acórdão recorrido em R\$ 51.000,00, em 9.3.2010, valor equivalente a 50 salários mínimos para cada agravante, em razão da

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Agravo Regimental no Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Dano moral. Valor da indenização exorbitante. Necessidade de redução. Superação da Súmula 7/STJ. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. *AgRg no AREsp 1306325/SC*. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 09 de setembro de 2014. *Diário de Justiça da União*, 25 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1306325&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

morte do filho em acidente em linha férrea. Entretanto, considerando o patamar firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para casos análogos, 500 salários mínimos. Desse modo, restou ultrapassado o óbice da Súmula 7 para ser conhecido e provido o recurso a fim de majorar o valor indenizatório para R\$ 140.000,00, diante das seguintes razões decisórias:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE PASSAGEIRO. QUEDA DE TREM. DANO MORAL. VALOR. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PARCIAL PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais quando irrisório ou abusivo.
2. O valor fixado pelo Tribunal de origem, em razão da morte do filho dos agravantes, destoa dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes, devendo, portanto, ser majorado.
3. Em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de obrigação contratual, os juros de mora são devidos a partir da citação. Precedentes.
4. Agravo regimental parcialmente provido.²⁰⁶

Com o fito de exacerbar o ponto de fundamentação trazido pelo julgado quanto à temática trabalhada nesse ponto do estudo, vale destacar um pequeno trecho do voto do relator na supracitada decisão:

A jurisprudência do STJ tem fixado como indenização de dano moral em caso de morte o valor em moeda corrente situado por volta de até 500 salários mínimos (cf. entre outros, REsp 1.021.986/SP, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 27.04.2009; REsp 959.780/CE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 06.05.2011; REsp 731.527/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe de 17.08.2009), podendo variar, para mais ou para menos, a depender das circunstâncias do caso.

Tendo isso em conta, entendo razoável a fixação de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), sendo R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada agravante, pelo dano moral sofrido, uma vez que se trata de quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outro lado, a de reparar pelo sofrimento moral experimentado.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Ação de Indenização. Morte de passageiro. Queda de trem. Dano moral. Valor. Alteração. Possibilidade. Relação contratual. Juros de mora. Termo inicial. Parcial provimento. *AgRg no AREsp 106718/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 04 de setembro de 2014. *Diário de Justiça da União*, 17 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=106718&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

A decisão subsequente cuida de lesões sofridas por um garoto de oito anos de idade atingido por um jato de alta pressão sofrendo lacerações no corpo. Entretanto, apesar de a empresa responsável diretamente ser uma terceirizada, que prestava serviço para uma concessionária de serviços públicos, portanto, de natureza pública, a decisão trabalha com os mesmos requisitos e princípios para a fixação do *quantum* indenizatório em razão do dano moral sofrido. Inicialmente fora fixado o montante de R\$ 30.000,00, o qual fora reformado pelo Superior Tribunal de Justiça para R\$ 80.000,00, considerando os casos análogos já decididos anteriormente. As razões recursais se fixaram da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LESÃO CORPORAL. EMPRESA CONTRATADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DANO MORAL. VALOR. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais quando irrisório ou abusivo.

2. Recurso provido para majorar o valor da indenização, tendo em vista a gravidade das lesões sofridas pela vítima, menor impúbere, e a negligência das empresas recorridas, que não adoraram os devidos procedimentos de segurança e deixaram de prestar socorro à vítima. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Voto. Quanto ao valor do dano moral, é certo que o Superior Tribunal de Justiça considera excepcionalmente cabível, em recurso especial, o reexame do valor arbitrado a título de danos morais, quando for ele excessivo ou irrisório.²⁰⁷

A fim de retratar melhor o exato ponto de argumentação trazido pelo julgado, vale destacar um pequeno trecho do voto do relator na supracitada decisão:

[...] No caso concreto, considero que o valor fixado pelo Tribunal de origem, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), equivalente a aproximadamente 64 salários-mínimos, destoa dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes, devendo, portanto, ser majorado, tendo em vista a gravidade das lesões sofridas pelo

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Agravo Regimental. Recurso Especial. Ação de Indenização por danos morais e materiais. Lesão corporal. Empresa contratada para prestação de serviços à concessionária de serviço público. Dano moral. Valor. Alteração. Possibilidade. *AgRg no REsp 1246198/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 26 de agosto de 2014. *Diário de Justiça da União*, 09 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1246198&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

recorrente, menor impúbere, e a negligência das empresas recorridas, que não adotaram os devidos procedimentos de segurança e deixaram de prestar socorro à vítima.

Tendo isso em conta, entendo razoável a fixação de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pelo dano moral sofrido, uma vez que se trata de quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outro lado, a de reparar pelo sofrimento moral experimentado.

No caso seguinte o recorrente buscou o Superior Tribunal de Justiça para ver reconhecido o seu direito à indenização por danos morais, bem como o arbitramento do valor correspondente, haja vista que seu nome foi usado por estelionatário para contratação de serviço de fornecimento de energia elétrica e, diante da inadimplência pelo estelionatário, acabou por ter seu nome inscrito em cadastro de restrição de crédito por atraso no pagamento do referido serviço, haja vista que sequer tinha conhecimento do contrato. Diante disso, requereu a responsabilização civil da empresa de energia por danos morais, tendo alcançado amparo de sua pretensão.

O Tribunal Especial reconheceu o direito à indenização por danos morais confrontando aquele caso concreto com outra situação semelhante, em que instituição bancária abre conta e crédito para estelionatário, negativando o nome de um terceiro que sequer tinha conhecimento da transação. E, apoiado nessa inteligência jurisprudencial, declarou não só o direito à indenização como também arbitrou o *quantum* com base em entendimento consolidado de que, em casos análogos, a jurisprudência adotou o patamar máximo de 50 salários mínimos.

Ainda que reconhecida a legitimidade da pretensão indenizatória dos danos morais e também o patamar de seu arbitramento, contudo, do mesmo modo que nas inúmeras outras decisões em que se discute o *quantum debeat*, apesar de ressaltar que “o caso em exame não revela nenhuma excepcionalidade a ponto de justificar o arbitramento da indenização no patamar máximo”, o Superior Tribunal de Justiça deixou de explicitar quais os critérios utilizados e, conseqüentemente, não realizou um cotejo analítico entre o critério e a característica do caso. Ou seja, diante da aludida ausência, não se consegue extrair da decisão uma relação objetiva entre o valor arbitrado e o caso concreto julgado. Verifica-se essa deficiência já na decisão monocrática no Recurso Especial, a qual persistiu, diante da reprodução de seu conteúdo na decisão do Agravo Regimental interposto contra ela, mais uma vez,

com referência órfã aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como se vislumbra nos termos colacionados a seguir:

[...] 3. Por outro lado, admitida a legitimidade da ora recorrida, passo ao arbitramento da verba indenizatória. Na esteira da jurisprudência desta Corte, tem-se entendido ser razoável a condenação em valor equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. A propósito, confirmam-se: AgRg no Ag n. 979.810/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJ de 1º.4.2008; Edcl no AgRg no Ag n. 497.149/RJ, relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 5.12.2005. Todavia, o caso ora em exame não revela nenhuma excepcionalidade a ponto de justificar o arbitramento da indenização no patamar máximo adotado por esta Corte. Portanto, entendo ser razoável fixar o *quantum* indenizatório por danos morais em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).²⁰⁸

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTE POR TERCEIROS DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA EM NOME DO AUTOR DA AÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DANOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. IDONEIDADE DA INSCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em julgamento afetado a Segunda Seção deste STJ, com amparo no art. 543-C, do CPC, foi pacificado o entendimento de que, em casos de inclusão indevida em cadastro de proteção ao crédito provenientes de contratação fraudulenta, deve ser responsabilizada a instituição que permitiu a contratação sem diligenciar a idoneidade do contratante. (REsp 1197929 PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011).

2. Os dispositivos alegados como violados em sede de especial encontram-se perfeitamente prequestionados. Impossível averiguar a idoneidade da inscrição em virtude da incidência da súmula 7/STJ, que veda o reexame de fatos e provas.

3. O STJ já firmou entendimento considerando razoável a condenação em valor equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Dessa forma, o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) não destoa dos parâmetros adotados por esta Corte e se revela em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo intervenção para reduzi-lo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁰⁹

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1211477/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 24 de novembro de 2011. *Diário de Justiça da União*, 07 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1211477.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Consumidor. Responsabilidade civil. Danos morais. Contratação fraudulenta por terceiros de serviço de energia elétrica em

Com o objetivo de ressaltar o argumento de fundamentação trazido pelo julgado, vale destacar pequeno trecho do voto do relator na supracitada decisão:

[...] 4. O valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) pelo decisum impugnado, não se encontra desarrazoado frente aos patamares estabelecidos por esta Corte Especial, que tem entendido como razoável a condenação em valor de até 50 (cinquenta) salários mínimos. Assim, estando a verba em perfeita consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, torna-se completamente descabida nova intervenção do STJ no que toca ao valor fixado.²¹⁰

A fim de reforçar o argumento que se extrai da análise casuística das decisões do Superior Tribunal de Justiça acima delineado, considerando terem sido colacionadas e analisadas decisões de diversas turmas que compõem aquele tribunal, vale trazer também um julgado proferido por uma de suas seções, por meio da sistemática de recursos repetitivos estabelecida pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, a qual revela o grau de padronização acerca da exegese aqui explorada, na forma seguinte:

nome do autor da ação. Inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. Alegação de ausência de dano. Falta de prequestionamento. Idoneidade da inscrição. Incidência da súmula 7/STJ. Revisão do valor da indenização. Descabimento. Recurso a que se nega provimento. *AgRg no REsp 1211477/SP*. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 15 de março de 2012. *Diário de Justiça da União*, 21 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1211477&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²¹⁰ Nesse mesmo sentido, citou alguns precedentes: Processo civil. Agravo regimental. Recurso especial. Cadastros de proteção ao crédito. Inscrição indevida. Ausência de notificação. Compensação por danos morais. Valor. Incidência juros de mora. 1. o STJ já firmou entendimento de que é razoável a condenação a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. 2. Em se tratando de danos morais, o termo a quo da correção monetária é a data da prolação da decisão que fixou o quantum da indenização, devendo incidir os juros de mora a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1202806/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRÉSTIMO FRAUDULENTO. TERCEIRO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. VALOR DA CONDENAÇÃO. 1. "A inscrição indevida do nome da autora em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária, desinfluyente a circunstância de que a abertura de conta se deu com base em documentos furtados e para tanto utilizados por terceiro." (REsp 659.760/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 29/05/2006 p. 252) 2. A quantia fixada não se revela excessiva, considerando-se os parâmetros adotados por este Tribunal Superior, que preleciona ser razoável a condenação em valor equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Precedentes. 3. Recurso a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 18.444/RJ, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 07/10/2011)

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido.²¹¹

A fim de ressaltar o argumento de fundamentação trazido pelo julgado, vale transcrever pequeno trecho do voto do relator na supracitada decisão:

[...] 6. Portanto, para efeitos do que prevê o art. 543-C do CPC, encaminho a seguinte tese: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. [...]

Em casos tais, a jurisprudência tem entendido que o abalo moral é *in re ipsa* e que é possível a fixação de indenização por danos morais em até 50 (cinquenta) salários mínimos.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 971.113/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2010; AgRg no Ag 889.010/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008.

Nada obstante, o caso ora em exame não revela nenhuma excepcionalidade a ponto de justificar o arbitramento da indenização no patamar máximo adotado nesta Corte.

Cuida-se de situação corriqueira, em que o consumidor tem seu nome negativado em razão de fraudes praticadas por terceiros, não constando dos autos consequências outras que extravasem os danos normalmente verificados.

Assim, entendo razoável o arbitramento de indenização por danos morais no patamar de R\$ 15.000,00, com correção monetária a partir dessa data (Súmula n. 362) e juros moratórios desde o evento danoso (Súmula n. 54).

Com valores próximos, confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag 1095337/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO; AgRg no Ag

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recurso Especial representativo de controvérsia. Julgamento pela sistemática do art. 543-C do CPC. Responsabilidade Civil. Instituições bancárias. Danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno. Risco do empreendimento. REsp 1197929/PR. Segunda Seção. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 24 de agosto de 2011. *Diário de Justiça da União*, 12 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1197929&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

1095939/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; AgRg no Ag 1189673/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI; REsp 696.717/SE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 24/11/2008; AgRg no Ag 777.185/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES. [...]

Verifica-se, portanto, não só em razão de inúmeras decisões das mais diversas Turmas como também de Seções do Superior Tribunal de Justiça, tanto para os casos de majoração quanto de diminuição do *quantum debeatur* indenizatório em razão de dano moral do consumidor, a carência de explicitação dos critérios utilizados no arbitramento. No entanto, resta comumente asseverada somente a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cujo parâmetro para verificação de tal afronta acaba sendo o cotejo do caso concreto sob julgamento em face dos valores já fixados pelo Tribunal Especial em outros casos análogos. Desse modo, denota-se a utilização de um tabelamento, como já ressaltado acima e até admitido de forma implícita por aquela Corte, utilizando-se de seu sítio eletrônico oficial, gerando dificuldades na verificação da lógica objetiva e associativa entre os critérios balizadores do arbitramento e as características da lide julgada.

3 A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA PARA OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO *QUANTUM* ADEQUADO: O ENFOQUE PRINCIPAL SOBRE O FORNECEDOR E NÃO SOBRE O CONSUMIDOR

Considerando os fatores que envolvem a responsabilidade civil para o dano moral no âmbito do Direito do Consumidor e o enfoque atualmente conferido a ela pelas decisões judiciais no cenário brasileiro, cujo ponto de vista leva em consideração, prioritariamente, os aspectos concernentes ao consumidor, mostra-se relevante uma reflexão acerca de um novo paradigma: um foco primordial no fornecedor. No entanto, isso pode resultar em algumas dificuldades quanto a questões jurídicas relevantes e até mesmo alterações mercadológicas, as quais devem ser alvo de estudo, com o fito de analisar os possíveis impactos dessa nova abordagem.

A aludida mudança de paradigma pode significar uma alteração nas relações consumeristas, capaz de incentivar os fornecedores a rever suas políticas de mercado e, com isso levar a efeito maiores cuidados quanto aos negócios jurídicos ofertados e efetuados, com vistas, portanto, a evitar possíveis danos. Por outro lado, tais modificações podem gerar efeitos indesejados, como o enriquecimento indevido do consumidor, o estabelecimento de uma verdadeira indústria do dano moral, um severo incremento quantitativo das demandas judiciais, dentre outros.

Faz-se necessário, assim, refletir acerca de cada um dos possíveis impactos negativos a serem gerados por esse novo prisma, a fim de que sejam conhecidos os seus aspectos mais importantes e, com isso, seja esclarecida a viabilidade ou não de sua implementação, considerando os aspectos positivos e os negativos consequentes de sua prática. Nessa linha, mostra-se imperativo o estudo desses impactos, individualizadamente, com vistas a esclarecer se atenderiam ou não, com razoável sucesso, aos anseios da sociedade. Em outras palavras, verificar se o novo paradigma seria capaz de melhorar o cenário consumerista, diminuindo os danos e, conseqüentemente, reduzindo as lides desse subsistema jurídico e se não gerariam outros problemas, talvez ainda mais severos que os visados pela solução proposta.

Diante disso, é conveniente que sejam abordados cada um dos temas que possam causar impacto com a adoção desse novo paradigma, para que haja uma reflexão individual a fim de esclarecer os possíveis reflexos negativos de sua implementação, suas dificuldades. Ou seja, para que seja feita uma investigação acerca de um problema e sua possível solução, torna-se imperativo averiguar e refletir sobre os pontos positivos e negativos envolvidos com essa temática.

Assim sendo, como o novo paradigma investigado por este estudo sugere uma majoração do valor indenizatório, almejando um *quantum* adequado, vários são os argumentos contrários, como por exemplo, o enriquecimento ilícito ou indevido do consumidor, a criação de uma indústria de indenizações, a inviabilização do negócio dos fornecedores em face do aumento indevido dos seus custos, a ineficiência do paradigma em face da possibilidade de o fornecedor continuar diluindo as indenizações em seus custos e repassando esse montante para o valor dos produtos e serviços, dentre outros.

3.1 Possíveis aspectos desfavoráveis

3.1.1 O ilusório “enriquecimento ilícito” do consumidor;

Considerando o aumento do valor atribuído às indenizações oriundas de danos morais ao consumidor, um contraponto importante e merecedor de reflexão é argumento do enriquecimento sem causa, por vezes denominado de ilícito ou indevido em razão do montante recebido àquele título. Ou seja, um quantitativo volumoso proveniente da condenação por aquela espécie de dano moral poderia interferir na esfera do patrimônio jurídico do consumidor de tal maneira que caracterizaria um enriquecimento, um incremento de sua riqueza, sem uma justa causa²¹². Desse modo, não se mostraria justificável a ampliação dos valores indenizatórios acima dos patamares atuais a fim de evitar tal indesejável circunstância, talvez tão ilícita quanto o dano a ser indenizado.

²¹² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Ano 22, volume 87, p. 114, mai-jun/2013.

A fim de enfrentar esse tema, faz-se necessária uma discussão acerca do que realmente caracteriza um enriquecimento capaz de ser denominado como indevido. Ademais, ainda que se considerasse tratar de grande incremento de riqueza em face do patrimônio jurídico do indenizado, sobreviria um tópico relevante para ponderação, avaliar o montante capaz de caracterizar o indevido, o ilícito ou o “sem causa”. Desse modo, vislumbra-se a necessidade de um certo exercício exegético com vistas a tentar alcançar o significado adequado para os termos, haja vista que qualquer soma indenizatória de dano moral, em tese, poderia ser enquadrada como enriquecimento sem causa nos termos da legislação civil²¹³, na medida em que agregaria riqueza ao patrimônio do consumidor lesionado. Afinal, em se tratando da esfera extrapatrimonial, mostra-se complexo falar em reparação do dano causado, considerando a dificuldade em quantificar um valor para uma lesão dessa natureza.

No entanto, o argumento do enriquecimento indevido passaria a ideia de ser algo maior que o necessário, o precisado ou carecido. Porém, o problema persiste inclusive na tentativa de alcançar a adequada semântica e o alcance terminológico do vocábulo “devido”. Desse modo, na esteira do que preconiza a legislação civil brasileira acerca do tema, vislumbra-se a ideia de proporcionalidade, buscando uma função meramente compensatória da indenização, fazendo menção à acepção originária do termo, ou seja, tornar indene ou sem prejuízo. Aliás, essa é a exata ideia que se extrai da reparação de danos na seara patrimonial, vez que a condenação deve possuir valor idêntico ao do dano, não mais nem menos em face do prejuízo sofrido.

Alguns doutrinadores salientam que a reparação alcançada pela indenização já é ampla o suficiente, na medida em que o lesionado receberia compensação acerca de danos materiais, ou patrimoniais, presentes, futuros, perda de propriedade, de tempo, de chance, de lucro, de reputação, bem como dos

²¹³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

imateriais, ou extrapatrimoniais, como a dor física, os sofrimentos, físicos e mentais. Assim, considerando o amplo espectro da reparabilidade, não se faria necessário e, portanto, injusto, utilizar-se do aparato jurisdicional com o objetivo de alcançar somas monetárias superiores àqueles danos, ou seja, vislumbrando um enriquecimento sem o balizamento específico no dano sofrido em virtude do ilícito praticado. Em outras palavras, a litigância judicial teria o escopo de perquirir não só a indenização efetivamente devida, mas também um acréscimo que fugiria à função reparadora, um montante adicional, um *quantum* extra que, sob este prisma, não teria direito²¹⁴. Nessa linha argumentativa, o reforço punitivo trazido pela indenização seria uma forma de locupletamento ilícito do demandante, na medida em que já estaria sendo devidamente reparado o seu dano, de modo completo e satisfatório e, qualquer montante acrescido seria, portanto, um enriquecimento ilícito, na medida que não guardaria nenhuma relação direta com o dano em si, caracterizando-se, desse modo, como um ganho inesperado e até mesmo indesejável, injusto sob o prisma kantiano.

Buscando espelho em um sistema que utiliza a função punitiva da indenização, como o judiciário estadunidense, o tema do alcance devido para os valores indenizatórios é recorrente, tendo em vista que aquele ordenamento jurídico já é familiarizado com a problemática há tempos. Apesar de a escola estrangeira ser diferenciada da brasileira, vez que adota o *common law*, atuante sobre precedentes norteadores – *leading cases* – da aplicação da norma para outros casos similares, um julgado é famoso nesse particular, o *Browning-Ferris vs. Kelco Disposal Inc.*²¹⁵, em que fora decidida uma indenização punitiva na ordem de seis milhões de dólares, enquanto a compensatória alcançou somente o monte de US\$ 51.146,00. Assim, diante da alegada desproporção entre os valores, houve recurso por parte da BFI – *Browning-Ferris Industries* questionando acerca da possível violação à oitava emenda constitucional²¹⁶, que proíbe a imposição de multas excessivas ou punições cruéis e incomuns, tais como a tortura.

²¹⁴ WILLIS, Hugh Evander. Measure of damages when property is wrongfully taken by a private individual. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. XXII, n. 6, p. 421-422, The Harvard Law Review Association: 1909.

²¹⁵ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257/>>. Acesso em 5 mai. 2015.

²¹⁶ Texto original: “Amendment 8 - Further Guarantees in Criminal Cases) Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. Acessado no site <<http://constitutionus.com/#amendments>>. Acesso em 5 mai. 2015.

No aludido caso norte-americano, a Browning-Ferris Industries – BFI havia sido fornecedora dominante de serviços de coleta de lixo em Burlington, desde 1976. No entanto, em 1980, um dos funcionários da empresa, Joseph Kelley, decidiu fundar sua própria companhia, dando origem à Kelco Disposal. Assim, em apenas dois anos de atuação a Kelco havia abocanhado mais de 40% do mercado e, em 1982, a BFI iniciou uma prática de preços predatórios, alastrando-se por vários meses, com o intuito de retirar a Kelco do negócio. Em virtude disso, em 1984, a Kelco ajuizou ação alegando que a BFI havia violado o Sherman Antitrust Act” e, também, que a BFI havia interferido em seus contratos com seus clientes, sendo que o julgamento considerou a BFI responsável em ambas as reivindicações. Desse modo, o julgamento fixou danos compensatórios em US\$ 51.146 e, a título de indenização punitiva, US\$ 6 milhões. E, apesar de a BFI ter recorrido da decisão, alegando infração à oitava emenda constitucional, a sentença acabou sendo confirmada em sua totalidade e, portanto, restou firmado o posicionamento de que a indenização, apesar de vultosa, não havia sido excessiva e não feria a constituição. A Suprema Corte então estabeleceu jurisprudência no sentido de que indenizações vultosas com caráter punitivo podiam ser aplicadas a casos civis envolvendo partes puramente privadas²¹⁷.

Em assim sendo, no esteio da aludida decisão, outros julgamentos similares foram proferidos pelo judiciário norte-americano, difundindo a utilização das indenizações com enfática função punitiva e, também, com vistas a evitar a reiteração daquele tipo de conduta ilícita geradora de danos, na medida em que a Suprema Corte daquele Estado, firmando entendimento a ser seguido pelos demais tribunais do país, publicizou a regra a ser adotada caso novos ilícitos congêneres venham a ocorrer. Assim, isso acaba por desestimular condutas semelhantes por parte tanto do apenado quanto de outros que, por ventura pudessem agir daquela forma, repensem suas práticas no sentido de evitar a punição vultosa.

No entanto, assim como a decisão do judiciário americano naquele caso não foi unânime, o pensamento acerca da viabilidade legal ou até mesmo

²¹⁷ FIND LAW. Cases & Codes. Minnesota, 2015. BROWNING-FERRIS INDUSTRIES v. KELCO DISPOSAL, (1989) n. 88-556. Argued: April 18, 1989. Decided: June 26, 1989. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=492&invol=257>>. Acessado em 5 mai. 2015.

moral das indenizações punitivas não é um consenso. A doutrina também não possui um posicionamento unísono a respeito, mesmo naquele país, chegando a externar a contrariedade de forma aguerrida. Nessa linha, diversas críticas são proferidas ao instituto punitivo, como, por exemplo, a da juíza da Suprema Corte norte-americana, Sandra Day O'Connor, participante como julgadora daquele *leading case*, asseverando que em menos de um ano após o supracitado julgamento-padrão, mais precisamente dentro de nove meses, ocorreram mais seis decisões impondo indenizações punitivas na ordem de US\$ 20 milhões, o que mereceu crítica por parte da doutrina, chegando a ser considerado como algo equivalente a ganhar na loteria²¹⁸.

Ademais, ainda na linha de recusa ao argumento de utilização das indenizações punitivas, parte da doutrina sustenta que o grande vulto dos valores arbitrados para aquela finalidade possui o condão de influenciar e estimular uma potencial vítima do dano no sentido de não empreender os cuidados mínimos e razoáveis a fim de preveni-lo. Ou seja, a possibilidade do alcance de uma indenização de grande monta acaba por fazer a vítima preferir que ocorra o ilícito e, conseqüentemente, o dano, em vez de procurar evitá-lo, a fim de que possa pleitear a respectiva indenização punitiva.

Não bastasse isso, a punição por meio das decisões judiciais indenizatórias também possui o condão de estimular o aumento das demandas forenses, na medida em que mais indivíduos se sentiriam estimulados ao alcance de um acréscimo patrimonial, chegando não só a desejar a ocorrência do ilícito, mas também sua agravação, para que o valor a ser indenizado seja ainda maior. Ainda sob esta perspectiva, os próprios advogados se sentiriam mais atraídos pelas causas que pudessem envolver a indenização punitiva, em detrimento das demais reparatorias desprovidas dessa particularidade, na medida em que a regra pertinente aos honorários advocatícios é ser estabelecido um percentual com base no valor atribuído ou assumido pela causa. Desse modo, tanto o sujeito lesionado como o próprio procurador para efeitos judiciais acabariam podendo se tornar inclinados a lidarem, sempre que juridicamente possível, com lides envolvendo a

²¹⁸ GONÇALVEZ, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 152.

possibilidade de ganhos maiores em razão da presumível condenação indenizatória punitiva para o caso concreto.

Ainda considerando o aspecto supracitado, a ocorrência crescente de condenações aplicando o caráter punitivo, com reforço, portanto, em seu quantitativo, pode gerar uma anomalia jurídica com uma inversão de valores, haja vista que não só estimularia a disputa judicial, o que por si só já seria um objetivo indesejável perante nosso judiciário tão abarrotado de demandas em andamento, como também seria capaz de transformar aquela ferramenta numa atividade lucrativa para alguns indivíduos, os quais podem se valer dessa fragilidade, ou hipossuficiência, especializando-se em se tornarem vítimas recorrentes de danos capazes de gerar indenizações vultosas. Desse modo, o que se observaria, ao contrário do desejável se considerada uma justiça kantiana, seria uma inversão de finalidades²¹⁹.

3.1.2 A criação de uma “indústria judicial de indenizações”

Um quase reflexo ou consequência do raciocínio anterior e, portanto, outro aspecto merecedor de reflexão é o argumento de que o aumento do valor das indenizações poderia gerar uma verdadeira “indústria de indenizações”²²⁰, na medida em que mais pessoas se sentiriam estimuladas a buscar o Poder Judiciário a fim de alcançar uma decisão judicial de considerável vulto econômico. Assim sendo, o aludido incremento do quantitativo indenizatório teria razoável potencial para elevar exponencialmente o número de demandas judiciais com o único foco de locupletamento financeiro. Desse modo, o intuito do instituto ficaria relegado a um meio de buscar um crescimento do patrimônio jurídico do demandante, consumidor, em detrimento do fornecedor e, acabaria por ficar secundarizada a função reparadora da ferramenta indenizatória que, etimologicamente, está ligada ao escopo de tornar indene o agente lesionado por alguma espécie de dano.

Ademais, outra consequência funesta poderia advir deste argumento: um choque negativo em razão da função jurisdicional do Estado. Isso

²¹⁹ MORRIS, Clarence. Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, v. 44, n. 8, 1931, p. 1.178.

²²⁰ FREITAS FILHO, Roberto. *Danos morais, bancos e CDC*. Anais do VI Fórum Jurídico de Instituições Financeiras. Brasília, 2002, p 2.

poderia ocorrer na medida em que o judiciário poderia ser impactado negativamente por uma massa crescente de lides, e não só do ponto de vista quantitativo, gerando mais peso para a máquina do Estado, mas também qualitativamente, haja vista que essa plausível ascensão do número de litígios atingiria de modo pernicioso o princípio da razoável duração dos processos.

O raciocínio que tem por premissa esse argumento, de que haveria a criação de verdadeira indústria do dano moral, apesar de razoavelmente difundido em vários setores jurídicos, por razões de interesse direto em um menor atingimento de seu patrimônio jurídico, encontra vinculação mais proeminente na parcela fornecedora da atividade consumerista, ou seja, na atividade produtiva, potencialmente causadora dos danos a serem indenizados. E, portanto, a consequência lógica derivada desse raciocínio seria um crescente encorajamento de demandas cujo impacto seria sentido, em especial, naqueles interesses da classe produtiva, o qual seria virtualmente depressivo para a atividade produtiva de bens e serviços²²¹.

Considerados os aludidos fatores, com razoável facilidade, infere-se o empenho da classe fornecedora em difundir a ideia no âmbito judiciário objetivando gerar convencimento nos julgadores a fim de que adotem uma inclinação reducionista dos valores arbitrados a título de dano moral, em especial, considerando-se a recorrência crescente das lides e o potencial impacto dessas condenações na cadeia produtiva e, portanto, no cenário econômico dos setores envolvidos e do mercado como um todo.

Ademais, a concepção do que deve ser fator motivador ou causador de efetivos danos morais e o que não ganha tal projeção é um elemento ainda carecedor de severas reflexões, na medida em que, alguns exemplos do nosso cotidiano chegam a demonstrar que praticamente qualquer contexto possa ser gerador de danos dessa natureza, como por exemplo, um anúncio publicado em local inadequado, a perda de um embarque por um passageiro em razão da alteração do terminal momento antes do horário previsto, uma embalagem de certo

²²¹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ano 22, volume 87, p. 116, maio-jun/2013.

produto contendo uma informação a maior que a efetivamente contida em seu interior. Enfim, tal perspectiva chega a lançar sobre essa temática indenizatória uma feição depreciativa, chegando a ser denominada de “banalização do dano moral”²²², onde toda e qualquer circunstância seria potencialmente uma causadora daquele prejuízo e, desse modo, surtiria o efeito de encorajar a propositura de uma ação com vias a alcançar uma reparação ou compensação.

Ainda nessa linha de raciocínio da vulgarização, alguns chegam a culpar o Poder Judiciário pela adoção do instituto desmedidamente, sem uma necessária reflexão mais profunda e sem a adoção de parâmetros simétricos diante das diversas situações levadas aos seus auspícios, chegando a dosar o quantitativo de um modo muito mais vultoso para casos mais singelos e, de outro lado, valores insatisfatórios para outros de maior relevância. Essa afirmativa ganha um contorno dramático quando se assevera que “infelizmente, o Poder Judiciário tem utilizado de forma instigada a aplicação do dano moral para todo e qualquer fato, o que inexoravelmente vem causando verdadeira banalização desse instituto”²²³. Assevera-se, portanto, que as condenações desmedidas tem gerado para os fornecedores significativos prejuízos diante dessa perspectiva, transformando as decisões judiciais, em muitos casos, em atos característicos de verdadeira prática de comércio.

Assim sendo, pode-se concluir que se a teleologia do legislador ao tratar da temática era reparar o dano sofrido pelo íntimo do consumidor, do modo em que se encontra, sem um balizamento mais adequado em relação ao montante efetivamente pertinente para tal finalidade, a prática condenatória torna-se uma mera aplicação inveterada da responsabilidade civil, gerando um oportunismo em direção ao enriquecimento sem causa, ao incremento do patrimônio jurídico, capaz de dar ensejo a uma verdadeira indústria do dano moral²²⁴, com o estímulo muitas vezes pernicioso de alguns consumidores a valer-se do Poder Judiciário e, portanto,

²²² JOSÉ, Suely Vidal; RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo. Danos morais nas relações de consumo X banalização do direito na ideologia social. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3278, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22069>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

²²³ JOSÉ, Suely Vidal; RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo. Danos morais nas relações de consumo X banalização do direito na ideologia social. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3278, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22069>>. Acesso em: 29 abr. 2015..

²²⁴ RAYES, Taíse Galvani. Excesso de pedido de dano moral banaliza o Direito. *Revista Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI129191,91041-Excesso+de+pedido+de+dano+moral+banaliza+o+Direito>>. Acessado em: 30 abr. 2015.

do seu direito de ação, para alcançar uma finalidade meramente pecuniária, ou seja, com o único fito de enriquecer.

Tendo por base a linha de raciocínio acima, a punição por meio das condenações indenizatórias poderiam chegar ao ponto de incitar lides, na medida em que um número maior de indivíduos puderem ser atraídos por uma possibilidade de aumentar seu patrimônio jurídico, arquitetando situações, expondo-se às circunstâncias e até adotando atitudes, propositadamente, que normalmente não teriam, podendo chegar ao ponto de desencadear o ilícito com a finalidade de ser provocado um dano e, com isso, viabilizar o alcance de um enriquecimento pela via indenizatória com caráter punitivo.

Ainda sob a perspectiva aludida acima, os advogados convocados a defender os interesses daqueles indivíduos, por uma tendência natural de buscar a maior retribuição pecuniária possível, legítima e lícita, por seu trabalho, engendrariam os maiores e lúdicos esforços no sentido de aquilatar o mais possível o quantum indenizatório. Isso, porque os honorários advocatícios têm por base uma percentagem baseada valor da causa, na forma do que estabelece o artigo 20²²⁵ e seguintes do Código de Processo Civil. Em face desse contexto e das possibilidades cogitadas, tanto a vítima como seu procurador não olvidariam esforços em litigar e alcançar cifras cada vez maiores em face das possíveis decisões condenatórias com feição punitiva. E isso, numa escala endêmica, acabaria por gerar o que já denominaram de “indústria do dano moral”, tendo em vista que o jurisdicionado estaria buscando o judiciário não para resolver seus problemas de convivência em sociedade, mas sim como meio de obtenção de vantagem pecuniária para aumento o seu patrimônio jurídico, o que caracterizaria uma desvirtuação da atividade do Poder Judiciário.

²²⁵ BRASIL. *Lei. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acessado em 5 mai. 2015. Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vencidas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.

Considerando a abordagem acima, uma onda crescente de demandas judiciais com vistas às condenações de caráter punitivo teria o condão de gerar uma anomalia jurídica, uma inversão de valores, estimulando a litigância em vez de fomentar a pacificação social. Assim, provocaria um crescimento considerável de demandas judiciais, abarrotando ainda mais o judiciário já assoberbado de processos e, com isso, propiciando ainda mais a morosidade da prestação jurisdicional.

Não bastasse o aspecto negativo do incremento indesejável das demandas judiciais, o novo paradigma também poderia proporcionar uma alteração de comportamento dos indivíduos – os consumidores, considerando o recorte temático do presente estudo – na medida em que uma plausibilidade ou até probabilidade de acréscimo considerável em seu patrimônio jurídico seria capaz de ocasionar aventuras jurídicas, na tentativa de alcançar indenizações²²⁶. Ou, até mesmo, e ainda pior, poderia proporcionar uma mudança comportamental do consumidor, de status endêmico, vez que seria capaz de passar a perceber esse novo parâmetro como uma “atividade lucrativa”. Isso porque, imbuídos da proteção legal ao consumidor, pré-concebido como hipossuficiente, poderiam se sentir estimulados a desvirtuar os institutos protetivos com a finalidade indevida de alcançar indenizações, e de modo reiterado, como meio de enriquecer. Assim, munidos desse escopo, teria a possibilidade de, inclusive, passar a se submeter ou forjar situações que pudessem caracterizar o dano indenizável a fim de buscar a tutela jurisdicional e, com isso, uma almejada indenização enriquecedora. Diante disso, o que se observaria seria uma inversão de finalidades, algo indesejável, como já asseverado acima, considerado o molde kantiano de justiça²²⁷.

Essa preocupação relativa ao aumento das lides e, conseqüentemente, das demandas judiciais não é nova, pelo contrário, essa inquietação se desencadeou com o alastramento de hipóteses caracterizadoras de dano moral, fazendo surgir, em 1998 a expressão “indústria do dano moral”, com a

²²⁶ MORRIS, Clarence. Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, The Harvard Law Review Association, Cambridge, Massachusetts, 1931, p. 1.178.

²²⁷ KANT, Immanuel. The metaphysics of moral. *The Cambridge edition of the works of Immanuel Kant*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

publicação de um artigo com aquele título no Jornal Zero Hora, de Porto Alegre, que assim asseverou:

Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e sem parâmetros legais para sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição de desconforto. Ele que deve ser o executivo da norma, passou a personalizá-la. (...) A corrente belicosa, se vitoriosa, gerará uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação do narcisismo. A promissora indústria do dano moral levará a esse triste quadro.²²⁸

A intitulada “indústria do dano moral” acabou por ganhar corpo como uma apreensão concreta no meio jurídico e, ainda mais se considerado o aumento de demandas judiciais em um lapso de dez anos, especificamente entre 1994 e 2004, quando os números se avolumaram à ordem de duzentas vezes, considerando-se somente o Superior Tribunal de Justiça, partindo de 47 e alcançando a impressionante soma de 8.201 ações em tramitação²²⁹. Esses números são preocupantes, na medida em que demonstram a realidade de uma só corte de justiça, alcançada em regra por via recursal estreita, ou seja, nem todas as demandas alcançam aquela instância superior, o que ressalta uma visão alarmante em face dos primeiros graus de jurisdição, especialmente no que tange os Juizados Especiais Cíveis, cujo acesso é mais facilitado²³⁰.

3.1.3 A continuidade dos vícios: o repasse dos valores indenizatórios para os custos do produto ou serviço para o consumidor pagar a conta

Um outro argumento merecedor de análise é o possível reflexo de indenizações vultosas no mercado de consumo, haja vista que os custos do produto ou serviço levam em consideração toda e qualquer despesa envolvida no processo de manufatura do bem ou na efetiva prestação do serviço. Assim sendo, a majoração das despesas, ainda que derivadas de decisões judiciais, é, em regra,

²²⁸ Artigo de autoria do então Desembargador Décio Antônio Erpen do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ERPEN, Décio Antônio. Indústria do dano moral. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 10 out. 1998.

²²⁹ ERDELYI, Maria Fernanda. Explode o volume de ações por danos morais no país. *Consultor Jurídico*, 21 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jul-21/explode_volume_acoes_danos_morais_pais>. Acessado em 7 mai. 2015.

²³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 241, jul/dez 2006.

repassada para o consumidor. Desse modo, enquanto esse repasse puder ser absorvido, ou seja, não impactar significativamente o custo da atividade econômica do fornecedor perante o mercado, o efeito da condenação não será percebido pelos provedores de bens e serviços. Ademais, uma presumível consequência dessa condenação indenizatória seria mais um valor agregado ao custo do produto ou serviço, ou seja, quem acabaria sendo atingido pela condenação, ao final, por via reflexa, seria o próprio consumidor, tendo em vista o incremento do derradeiro valor do bem de consumo em face de seus maiores custos.

Considerando a lógica do mercado de bens e serviços, considerada de um modo simplista, em que o lucro é derivado de uma operação matemática onde são considerados três fatores primordiais, os custos de produção ou prestação do serviço, o valor final de comercialização do bem e a resultante da relação entre eles, o lucro, as indenizações pagas pelos fornecedores seriam acrescidas no monte daqueles custos e, enquanto não forem suficientes para atingir de forma significativa aquele ganho rentável, seriam absorvidas pela equação econômica com uma redistribuição de seus fatores a fim de manter um equilíbrio que mantivesse a mesma lucratividade. Assim sendo, na medida em que aquelas compensações indenizatórias produzissem um impacto importante no ganho final, a fim de reequilibrar a aludida equação, o valor de comercialização do bem ou serviço seria agregado com a carga maior dos custos. Desse modo, restaria virtualmente ineficaz a indenização, mesmo objetivando uma função punitiva, enquanto existir a possibilidade de que ela seja diluída naquela equação econômica. Ou seja, ao final, com a aludida compensação entre custos e valor de comercialização, quem acabaria arcando com o impacto indenizatório seria o consumidor, não o fornecedor.

Ainda na linha do raciocínio anterior, se o montante da indenização é passível de diluição na equação econômica ao ponto de não impactar o lucro dos fornecedores, nenhum efeito prático seria alcançado, nem punitivo e muito menos preventivo. Ou pior, seria produzido um revés, ao ser atingido o custo final do produto ou serviço a ser suportado pelo consumidor de um modo geral, diluído no mercado. Considerando isso, todos os consumidores daquele mercado seriam atingidos negativamente pelas indenizações, até mesmo aqueles que receberam indenizações. Destarte, seguindo essa consideração, o aumento do valor

indenizatório não seria capaz de surtir qualquer efeito capaz de reduzir os ilícitos consumeristas, na medida em que bastaria a diluição dos montantes, maiores ou menores, no cômputo daquela equação mercantil. Aliás, a implicação desse acréscimo indenizatório, ao contrário, poderia alcançar um objetivo indesejado, qual seja, o encarecimento dos produtos e serviços, com a punição ou penalização, em verdade, do consumidor e não do fornecedor.

Diante dessas considerações, mister serem analisadas as premissas envolvidas nessa temática específica, ou seja, uma reflexão acerca da aludida equação econômica, considerando a flutuação de seus elementos, os custos o valor de venda e o lucro, bem como o comportamento da relação desses fatores perante o mercado, a fim de se verificar a congruência e até a confluência desses fatores e suas possíveis resultantes em face da adoção desse novo paradigma em que os valores indenizatórios seriam incrementados. Na medida em que algumas das aludidas assertivas venham a ser confirmadas no tocante ao aspecto econômico, poderão ser verificadas as possíveis consequências do impacto das condenações com reforço punitivo em face do mercado de bens e serviços e, dessa forma, examinar as resultantes de modo a constatar se positivas ou negativas e os respectivos alcances.

Assim sendo, interessa investigar a respeito da eficiência²³¹, como conceito central dos instrumentos conceituais próprios da análise econômica²³², estudada pelo movimento exegético do direito batizado de *law and economics*, cujo estágio embrionário se deu há cerca de setenta anos, haja vista que a problemática da responsabilidade civil é enxergada, em regra, sob um prisma compensatório, com vistas a reparar o *status quo ante* da vítima, ou seja, a sua situação preexistente ao dano. Contudo, tendo por base a visão econômica, o trato dessa mesma questão é abordado no enfoque da eficiência, e esta como finalidade do sistema, o qual assume uma forma onde vítimas e ofensores estariam inseridos em um emaranhado

²³¹ Ronald Coase publicou a obra *The nature of the firm* marcando a gênese da interpretação do direito hoje denominada *law and economics*, a qual estuda os fatos jurídicos do ponto de vista dos custos de transação, aplicando os métodos de análise de eficiência tratados pela econometria, sendo capaz de aferir o custo social de um determinado fato jurídico em face do plano econômico.

²³² COOTER, Robert. Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto, apud, *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Nelson Rosenvald. São Paulo, Atlas, 2013, p. 148. *Analisi economica del diritto privato*, p. 464.

otimizado de incentivos capaz de internalizar, ou seja, absorver em suas bases estruturais internas, aquelas condutas que envolvem o ilícito²³³.

3.1.4 *Inviabilização do comércio do fornecedor por aumento dos custos*

Um argumento diverso se extrai de modo quase consequente do anterior, ou seja, ainda considerando a lógica do mercado de bens e serviços, no modo simplista como tratado no item anterior, em que o lucro é derivado de uma operação matemática, uma equação, que considera dois fatores primordiais, de um lado os custos do produto ou serviço e de outro o valor de comercialização deles, as indenizações pagas pelos fornecedores seriam acrescidas no monte dos custos. Desse modo, ao ser considerado um significativo impacto da indenização-custo naquela lucratividade, a fim de reequilibrar a conta, a tendência é de que o fornecedor venha a repassar aquela despesa ao custo-final, aumentando, portanto, o valor com o qual o bem ou serviço será comercializado. Desse modo, se o aludido acréscimo atingir um patamar hipotético em que a concorrência daquele mesmo mercado consiga comercializar praticando um menor valor, o fornecedor que repassasse os custos indenizatórios para seus preços-finais teria sua atividade econômica ameaçada.

Diante disso, haja vista que o incremento do valor das indenizações com o objetivo de alcançar uma função punitiva e preventiva poderia impactar séria e negativamente a atividade econômica daquele fornecedor, o mercado estaria sendo abalado em certa medida, vez que a possibilidade da elevação dos preços praticados ou até mesmo a exclusão de algum participante daquela concorrência, prejudicando, em tese, o equilíbrio mercadológico. Aliás, em sendo considerado esse possível cenário, mais uma vez, o impacto desse novo paradigma, incrementando o valor das indenizações, pode produzir um efeito indesejável no ambiente mercadológico, na medida em que seria potencial gerador de aumento de preços e, por meio da exclusão de elementos daquele mercado, diminuiria a concorrência.

²³³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 148.

Mas, seguindo o recorte temático desse item, importa ser analisado até que ponto o aumento dos valores indenizatórios, a fim de alcançar uma punição relevante e desencadear o efeito preventivo, caracterizaria um impacto significativo na atividade do fornecedor, colocando-o em sua potencial situação de risco frente à sua concorrência e ao mercado como um todo. Desse modo, mais uma vez, uma abordagem econômica do direito se faz apropriada, na medida em que o fato jurídico interfere e é interferido pelo ambiente econômico, haja vista que a eficiência, versada como um conceito central dos instrumentos conceituais específicos da análise econômica²³⁴, intervém na produção dos fatos jurídicos, quer seja na sua adoção ou recusa. Para tanto, interessa também a este aspecto um esforço exegético baseado na relação entre o direito e a economia, o denominado *law and economics*.

Considerando que a análise econômica do direito pode ser caracterizada pelo método de se valer de noções, teorias e critérios economicamente valorados a fim de serem estudados temas vislumbrados tradicional e comumente como exclusivamente jurídicos. E, apesar de existirem diversas correntes acerca dessa perspectiva econômica do direito²³⁵, importa para o recorte temático aqui tratado o raciocínio da Escola de Chicago, com vistas a ampliar o espectro de apreciação de qualquer fenômeno de convivência humana de modo a caracterizar a economia como sendo uma ciência capaz de identificar e guiar teorias acerca das escolhas humanas, incluindo-se nesse repertório os fatos jurídicos. E, considerando-se que o direito anglo-saxão, orientador do *common law* baseia-se nas experiências práticas para sua jurisdição, decidindo-se caso-a-caso, sancionando-se, posteriormente, uma regra geral, porém, balizada por efeitos práticos para uma ou outra teoria jurídica²³⁶. Nessa linha, guarda significado uma das mais importantes colocações acerca do pensamento jurídico norte-americano, a

²³⁴ COOTER, Robert. Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto, apud, *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Nelson Rosenvald. São Paulo, Atlas, 2013, p. 148.

²³⁵ A Análise Econômica do Direito possui diversas correntes doutrinárias que, apesar de não ser o foco do recorte temático do presente estudo, algumas merecem ser destacadas: a Neoclássica de Chicago, a Neoinstitucionalista, a Neoparetiana, a Reformista, a Neoinstitucionalística, a Austro-evolucionística.

²³⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 148-149.

de que a jurisprudência evolui de mutáveis experiências e não a partir de dogmas ou princípios imutáveis²³⁷.

Diante desse parâmetro do *common law*, vislumbra-se que o pensamento tradicional ocidental do *civil law* não encontra o alcance adequado da Análise Econômica do Direito, na medida em que a herança dos direitos romano e canônico resultaram em um ato de pura subsunção, ou seja, por mais que exista uma correlação entre fato e direito, eles não se misturam, daí a necessária exegese no sentido de buscar adequação entre ambos, denominados “norma-fato” e “norma-tipo”. Desse modo, um modelo mais engessado se extrai dessa última escola, mais pragmático; quando, por outro lado, a maior amplitude analítica do modelo anglo-saxão se amolda com maior semelhança à complexidade das relações interpessoais de nossas sociedades atuais, com vistas a que as decisões judiciais venham a refletir melhor o cada vez mais intrincado mundo moderno.

De outro modo, o modelo *civil law* se funda basicamente em uma racionalidade formal acerca da lei positivada a fim de enquadrar ou afastar a subsunção de um determinado fato à norma que regula certo tema, ao contrário do que se propõe a Análise Econômica do Direito, a qual objetiva ampliar a compreensão acerca da realidade de um mundo complexo cujas relações interpessoais são multifacetadas e multidisciplinares. Assim, enquanto o modelo brasileiro, oriundo do modelo romano-germânico, busca conceituar e tipificar de modo hipotético e abstrato no direito positivado o que vem a ser consumidor e fornecedor, por exemplo, a *law and economics* almeja examinar com enfoque crítico as mais variadas consequências econômicas e complexidades derivadas das normas e políticas assumidas em uma determinada sociedade em um dado momento especificamente considerado.

Por sua vez, portanto, o *common law* orienta-se no sentido de considerar o contexto histórico da sociedade, do mercado, para justificar racionalmente as regras de direito, sem partir da premissa de que a norma jurídica, por ser válida e vinculante, não carece de justificação, como ocorre no sistema *civil law*. Desse modo, a análise econômica é resultante da percepção e dos estudos de

²³⁷ Daí se extrai o significado de uma frase muito significativa no vernáculo inglês: *the life of the law has not been logic; it has been experience.*

incentivos, promessas, obrigações e remédios em que três dimensões são identificáveis: a) contratual, restrita aos contratantes; b) competitiva, considerando potenciais contratantes fora de uma transação específica; c) coercitiva, ponderando acerca do sistema de *enforcement*, ou seja, conjunto de meios para garantir o fiel cumprimento das normas pactuadas²³⁸. Diante dessa perspectiva, o modelo anglo-saxão acaba por perceber o fenômeno relacional dos sujeitos de direito como algo mais amplo que a seara jurídica, facilitando não só uma melhor compreensão dos fenômenos, mas também, sobretudo, enxergar medidas mais eficientes ao atingimento das finalidades jurisdicionais para o alcance de um ideal de justiça considerando todos os atores e fatores sociais.

No entanto, ainda que a jurisdição brasileira venha a considerar uma aproximação do sistema anglo-saxão, com o objetivo de alcançar os elementos capazes de influenciar os comportamentos dos consumidores e, em especial, dos fornecedores, com o fito de melhor balizar a liquidação de um *quantum* adequado para as indenizações a fim de garantir uma real e concreta função punitiva e preventiva, não poderá deixar de considerar a possibilidade de que o impacto das reiteradas condenações vultosas possam, de fato, comprometer a capacidade econômica do condenado e, com isso, possam vir a inviabilizar sua atuação dentro de um determinado cenário mercadológico. Afinal, tais condenações constituirão despesas agregadas à produção e comercialização do bem de consumo e, se tal custo vier a representar um valor final muito acima do praticado pelo mercado em que atua, fatalmente será comprometida a sua atuação.

3.2 Aspectos favoráveis ao novo paradigma

Partindo da premissa de que as decisões judiciais da atualidade, considerados os mais variados graus de jurisdição, baseiam-se, prioritariamente, em um foco de visão acerca da situação do consumidor para pautar seus julgamentos, tem-se que a fixação do *quantum* devido acaba sendo influenciada por esse paradigma. Desse modo, a adoção de um novo parâmetro para aquelas sentenças pode vir a contribuir para uma melhor utilização da responsabilidade civil como política pública, a fim de reduzir ilícitos consumeristas. Em outras palavras, um novo

²³⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 150.

paradigma, com enfoque principal na situação do fornecedor, pode ser capaz de produzir uma maior eficiência da jurisdição no tocante à sua função pacificadora da sociedade, na medida em que seria capaz de gerar uma diminuição no quantitativo dos danos.

Assim sendo, uma nova perspectiva para as decisões judiciais, ponderando de modo prioritário em face das circunstâncias que envolvem a realidade do agente do ilícito, o fornecedor, em vez de se orientar principalmente pela conjuntura do consumidor, pode ocasionar um incremento do *quantum* devido para a indenização, haja vista que alguns fatores importantes seriam mais valorizados na liquidação, tais como o constante aumento das lides consumeristas e, em especial, a possibilidade de enriquecimento indevido do fornecedor às custas dos ilícitos por ele praticado. Destarte, considerando que as empresas de fornecimento de bens e serviços possuem um lastro econômico considerável, assumindo padrões de grande porte, indenizações cujo montante, considerados todos os indenizados, não consiga refletir de modo significativo no patrimônio jurídico, ou seja, não seja economicamente representativo, não possuirá eficiência para a adoção de práticas comerciais mais cautelosas a fim de reduzir a possibilidade de danos, até porque, até mesmo a alteração de atuação do fornecedor no mercado gera custos, os quais podem ser proporcionais ao padrão da empresa ou seu campo de atuação no mercado.

Desse modo, um novo paradigma para as decisões judiciais com enfoque primordial na situação do fornecedor, considerado o seu porte econômico, sua abrangência territorial de mercado, o alcance de suas práticas em face dos consumidores, tudo isso pode acarretar em condenações com maior vulto para os valores indenizatórios, gerando um reforço na função punitiva daquela responsabilidade civil e, com isso, viabilizar o alcance efetivo da função preventiva, destarte, evitando novos ilícitos e, portanto, novas lides. No entanto, não se pode perder o norte das características do fornecedor, em especial sua magnitude econômica, a fim de que o impacto das sentenças não seja capaz de fazer a empresa sucumbir perante o mercado inviabilizando sua atividade econômica, até porque, não são esses os objetivos punitivos e preventivos a que se alude quando tratada a reparabilidade do dano consumerista.

Desse modo, necessário sejam abordados alguns dos principais argumentos supostamente favoráveis à adoção desse novo parâmetro – o fornecedor, como balizador principal das decisões judiciais para a liquidação das indenizações – a fim de analisar o alcance de cada um dos contextos e, com isso, verificar em que medida devem ser considerados. Primeiramente, o constante crescimento das lides consumeristas, fruto dos diversificados e reiterados danos perpetrados; o possível enriquecimento indevido dos fornecedores em razão dos ilícitos; a possibilidade de alterar o paradigma com alicerce na atual legislação ou a necessidade de uma solução legislativa; uma abordagem comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e o de um outro Estado de escola jurídica distinta, como o *common law*; o parâmetro e o alcance da atuação fiscalizadora e punitiva dos organismos de proteção ao consumidor, bem como a possível distinção do parâmetro entre o dano particular e o coletivo; e, por fim, fazer uma abordagem no campo da psicologia humana em relação à aprendizagem de um novo comportamento.

No entanto, primeiramente, mostra-se relevante uma reflexão acerca da identificação de uma suposta base social e até mesmo moral justificadora da indenização com finalidades outras que não só a compensatória, ou seja, o alcance das funções punitiva e preventiva. Para tanto, uma breve imersão no contexto evolutivo pode lançar luz ao surgimento desses novos objetivos em face da responsabilidade civil, haja vista que no início do século XX, corroborada pelas políticas conhecidas como *welfare state* – políticas de bem estar social –, houve o surgimento de um novo aspecto indenizatório, vez que até então seu propósito era somente compensatório, uma função nova, a punitiva. Desse modo, passaram a ser mais valorizados os efeitos dos danos civis do que sua própria causa e, diante dessa nova perspectiva, a responsabilidade civil auferiu status de política pública, haja vista que já se interessava também pelos reflexos oriundos do dano. Em sendo assim, não só o custo direto gerado pelo dano, mas também outros, acessórios, como, por exemplo, uma forma anômala de seguridade social para os desprovidos de tal segurança, hipossuficientes. Assim sendo, as regras de responsabilidade civil

restaram alçadas, inarredavelmente, a um mecanismo de prevenção e sanção em virtude de atos ilícitos²³⁹.

Não bastasse essa fundamentação no tocante ao escalonamento evolutivo social, com o advento das políticas de bem estar social, inarredável também a base moral sob a qual se apoia a responsabilidade civil, em especial a punição e a prevenção por ela incorporadas. Nessa linha, há de se identificar como ato de justiça a imposição judicial de uma indenização punitiva, portanto, a condenação deve gerar eficácia suficiente ao alcance daquela finalidade a que se destina. Tangencia-se, desse modo, portanto, a noção acerca do que deva ser ou significar justiça e, para tanto, com suporte aristotélico, caracterizar o “justo como sendo o legal e o equitativo e que a conduta justa é um meio termo entre a prática de uma injustiça e o seu padecimento”²⁴⁰. Assim, seguindo ainda a mesma base filosófica, a justiça seria concebida como “a virtude completa, a excelência na disposição das relações entre as pessoas”²⁴¹. Ademais, a filosofia aristotélica ainda destaca as noções de justiça distributiva e justiça corretiva, a primeira com viés regulatório das repartições de bens entre as pessoas, a segunda objetiva corrigir os modos de tratamento interpessoal numa sociedade organizada e gerenciada por um mesmo ordenamento jurídico.

As duas espécies de justiça traduzem campos de atuação distintos, a corretiva sob um enfoque igualitário entre os sujeitos, quase aritmeticamente, sem qualquer ponderação comparativa, tal como riqueza, mérito ou necessidade. Por sua vez, a justiça distributiva independe da relação interpessoal, baseando-se na condição individual das pessoas e considerando todos os recursos existentes naquela sociedade politicamente organizada, logo, de critério geométrico, relativo, haja vista que os recursos devem ser distribuídos entre os sujeitos considerando-se algum critério, como mérito ou necessidade, por exemplo, com vistas a alcançar todos os indivíduos daquela sociedade²⁴². Em sendo assim, a corretiva abrange somente os sujeitos que interagem; enquanto a distributiva enlaça todos da

²³⁹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 104.

²⁴⁰ ARISTÓTELES, Ética a Nicomaco, *Instituto de Estudos Políticos*, Madrid, p. 71, 1960.

²⁴¹ WRIGHT, Richard W. Substantive corrective justice. *Iowa Law Review*, vol. 77, n. 2, Iowa City: The University of Iowa College Law, 1992, p. 688.

²⁴² WRIGHT, Richard W. Right, justice and Tort Law. *Philosophical foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 167.

comunidade, visando garantir iguais oportunidades para todos daquele grupo se realizarem enquanto seres humanos.

No entanto, apesar de poder ser observada, portanto, uma proximidade maior da indenização punitiva em relação à justiça corretiva, tendo em vista que a distributiva tende a tratar de questões ligadas a recursos públicos, com vistas a proporcionar iguais oportunidades para todos os membros da sociedade, pode ser encontrada uma relativa adjacência com esta segunda também. Esta circunvizinhança com a distributiva pode ser identificada na medida em que aquela punição adota um mote de política pública, afinal, nesse ponto, teria o objetivo de proporcionar a todos da comunidade a oportunidade de se realizarem enquanto seres humanos. Esse raciocínio se justifica dentro do tema do presente estudo em face do viés publicista conferido ao direito do consumidor, em especial a ampla proteção a este hipossuficiente, inclusive com esforços e recursos públicos, portanto, atuação estatal, todos esses elementos empenhados conjuntamente para a realização desse objetivo.

A doutrina chega a asseverar no sentido de que a justiça corretiva estaria a cargo do juiz, logo, do Poder Judiciário, justificando que a natureza daquele julgador é a de ser a personificação da própria justiça. Assim, dentro dessa linha de raciocínio, a justiça distributiva seria encargo dos Poderes Executivo e Legislativo²⁴³. No entanto, tais funções estatais não são tão estanques, permeando umas pelas outras e, em verdade, a finalidade das três funções acaba encontrando finalidades comuns ao tratarem, todas, do bem comum da sociedade e da igualdade de oportunidades para todos os sujeitos de direito. Assim sendo, o judiciário não se afasta desse objetivo, pelo contrário, muitas vezes acaba por ser o guardião último dessa distribuição.

Relevante também seria destacar os tipos de dano sob o prisma aristotélico, tais como os involuntários, subdivididos em infortúnios e equívocos, bem como os voluntários, estes com ou sem deliberação ou malícia e, portanto, moralmente reprováveis. Essas espécies já podem guarnecer um início de gradação e, portanto, de liquidação da indenização. Portanto, a punição constitui uma

²⁴³ HEYMAN, Steven J., Aristotle on political justice. *Iowa Law Review*, v. 77, n. 2, Iowa City: The University of Iowa College of Law, 1992, p. 858.

ferramenta à disposição da justiça corretiva, porém, se considerada a distributiva como a espécie de justiça com o fito de promover iguais chances a todos da sociedade a fim de que possam se realizar enquanto pessoas, tal igualdade de oportunidades pode ser alcançada também com o instrumento punitivo, na medida em que sejam consideradas as lides cujos interesses em conflito são difusos, transindividuais, coletivos ou individuais homogêneos. Assim sendo, mesmo por meio da atuação do judiciário, com decisões indenizatórias com caráter punitivo, com importante participação do Ministério Público e de outros organismos de proteção ao consumidor, a punição tangencia a justiça distributiva.

Por sua vez, se adotada outra linha filosófica, a kantiana, outro importante ícone do pensamento acerca da justiça pode emprestar guarida à imposição de indenizações punitivas, com uma máxima nos termos em que “o que está conforme o Direito (Ius) é correto e é, conseqüentemente, considerado justo, pois justiça é considerada um produto natural do reconhecimento e da implementação do que é correto”²⁴⁴. Assim, o denominado imperativo categórico determina que a conduta deve se dar conforme uma máxima que se possa desejar ser erigida em uma lei universal. Ponto marcante da filosofia kantiana acaba sendo o da liberdade, onde o direito de alguém está a salvo de qualquer interferência não desejada a ser perpetrada pelo Estado ou por outrem, com correlação direta com a dignidade humana.

Para a visão kantiana, cada indivíduo da sociedade é um verdadeiro e legítimo aplicador da lei, vez que possui um título conferindo-lhe possibilidade para determinar coerção contra as demais pessoas como ferramenta para que todos cumpram os seus respectivos deveres e não interfiram nas liberdades alheias, devendo, pois, observarem, todos, os limites determinados pelo imperativo de se empregar a liberdade se esta puder ser colocada na condição ou status de lei universal²⁴⁵. Desse modo, sobressai a possibilidade de sustentação moral para a imposição de indenizações punitivas, uma vez que tal punição pode ser enxergada como meio de defesa das liberdades. Nessa linha, de acordo com a qualidade moral

²⁴⁴ KANT, Immanuel. *The metaphysics of moral. The Cambridge edition of the works of Immanuel Kant.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

²⁴⁵ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 110-111.

dos atos de cada indivíduo, exercido livremente, pode ensejar reconhecimento ou punição.

Assim sendo, vislumbra-se que a filosofia kantiana fornece substratos morais sólidos para a adoção fundamentada da indenização punitiva, na medida em que tal punição represente uma ferramenta de defesa das liberdades e, portanto, dos direitos²⁴⁶. Ainda na mesma linha de raciocínio, a aludida proteção se daria em razão da lesão causada por alguém que viola o direito de outra, merecendo, destarte, ser punido por se apropriar de parcela de liberdade que não é sua, mas sim do outro. Essa apropriação, portanto, torna ilicitamente maior a fração individual conferida pelas regras daquela sociedade em que está inserido o autor do ilícito, consideradas igualmente as condições em face de todos os demais indivíduos da coletividade.

3.2.1 *O contínuo crescimento dos ilícitos com o paradigma atual*

Considerando a constante evolução da sociedade e o crescimento da complexidade que envolve as relações interpessoais, a situação consumerista também não foge à essa regra, tornando-se natural o incremento também das dificuldades advindas dessa situação, muitas das quais geram conflitos de interesses e, boa parte desses evoluem para litígios. Assim sendo, muitas lides se originam a partir dessas relações, as quais, em certo percentual, acabam por demandar os organismos de amparo ao consumidor e, em especial, o Poder Judiciário.

O Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC²⁴⁷, realiza, em âmbito nacional, um banco de dados gerado a partir da consolidação da quantidade total de atendimentos de consumidores em face de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços. Essas informações são provenientes dos cadastros estaduais e municipais efetuados pelos Procon's. Desse modo, os litígios consumeristas podem ser constatados por meio do resultado fornecido por esses bancos de dados e, a fim de exemplificar o presente

²⁴⁶ OWEN, David G. The moral foundations of punitive damages. *Alabama Law Review*, vol. 40, n. 3, Tuscaloosa: The University of Alabama School of Law, 1989, p. 709.

²⁴⁷ O SINDEC é gerenciado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça.

estudo, foram eleitos e destacados dois grupos de fornecedores de grande amplitude nacional, os de serviços bancários e de telefonia.

O Código de Defesa do Consumidor instituído pela Lei nº 8.078/90, ao insculpir em seu artigo 44 a manutenção de “cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços”, determinou a criação e manutenção de uma importante ferramenta fornecedora de informação e, conseqüente, orientação não somente para ao consumidor, mas também para todos os demais envolvidos com as políticas que circunscrevem o direito consumerista. Ao reunir os cadastros estaduais e municipais, propiciou uma consolidação capaz de gerar o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas²⁴⁸ e, por meio da reunião dessas valiosas informações, permitiu avaliar o cenário consumerista em determinadas áreas e por diversos períodos de tempo, viabilizando, destarte, análises e estudos para a implementação ou modificação de políticas envolvidas nas relações de consumo. Esses cadastros passaram a ser publicados desde o ano de 2006 e já fazem parte da agenda de defesa do consumidor no Brasil, tornando-se, portanto, uma valiosa fonte de informação para diversas iniciativas com vistas a traçar possíveis soluções para os problemas enfrentados diante das relações de consumo.

Com base nessas informações é possível fazer um levantamento e uma constatação do constante crescimento do número de lides em todo o território nacional e, para fins de exemplificação, podem ser trazidos à colação os resultados daquele cadastro para um lapso de tempo de dois anos, compondo os anos de 2010, 2011 e 2012. Na seara dos produtos e serviços financeiros, os números relativos aos atendimentos de consumidores foram 167.234, 197.656 e 231.824, enquanto os provenientes de telecomunicações foram de 164.907, 180.039 e 237.590, todos respectivamente.

Os aludidos números já são capazes de refletir o constante aumento de lides entre consumidores e fornecedores daquelas áreas. Assim, apesar de o

²⁴⁸ Estados participantes: AC, AL, AM, AP, BA, CE, DF, ES, GO, MA, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RJ, RN, RS, SC, SE, SP e TO (total de 23 estados e o Distrito Federal). Em cada estado foram considerados também os respectivos Procons municipais e unidades de atendimento integrados ao SINDEC antes de 1º de setembro de 2009, totalizando 91 Procons em 138 cidades brasileiras. Para a extração dos dados relativos a Reclamações, foram considerados os mesmos Procons presentes no Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2009. A lista completa pode ser consultada em www.mj.gov.br/sindec.

Poder Judiciário estar atuado incessantemente na solução dos litígios levados à sua atuação, condenando os causadores de danos, inclusive em danos morais, o contingente de lides continua crescendo, permitindo concluir acerca de uma relativa ineficiência das indenizações quanto ao caráter preventivo que as indenizações podem e devem produzir. E isso denota uma ausência da efetiva função punitiva daquelas, na medida em que os fornecedores continuam a adotar as políticas de mercado mais convenientes ao alcance de seus objetivos, mesmo que essas possam causar danos aos consumidores. Isso porque, o vetor de orientação das empresas fornecedoras daqueles bens e serviços está calcado, principalmente, em parâmetros econômicos de eficiência.

Ao colacionarmos o quantitativo de lides existentes na sociedade em face das relações consumeristas, demonstrado o constante crescimento, resta ilustrado o não-atingimento da finalidade pacificadora da jurisdição; ou, pelo menos, não com o nível de eficiência que se almeja, vez que o desejável estaria em um decréscimo ou, no mínimo, uma estagnação do quantitativo daqueles litígios. Afinal, com a aludida diminuição estaria representado um maior ou melhor equilíbrio nas relações de consumo, na medida em que não seriam crescentes os problemas advindos daquele vínculo, incluídos aí os danos provenientes dos ilícitos praticados pelos fornecedores.

No entanto, o crescimento das lides consumeristas como identificado acima não implica, necessariamente, em um incremento de situações geradoras de danos e, muito menos, de indenizações. Para tanto, mostra-se necessário verificar se o aparato do Poder Judiciário tem recebido um maior número de demandas nesse sentido. E, nesse sentido, quando enfrentado o tema da “indústria do dano moral”, verificou-se um efetivo e massivo aumento de demandas judiciais em um determinado período, entre 1994 e 2004, cujo crescimento se deu na ordem de duzentas vezes. E isso com a consideração de somente um tribunal do país, o Superior Tribunal de Justiça, em que as demandas levadas à sua jurisdição saltaram de 47 para 8.201²⁴⁹. Desse modo, o que se percebe é um incremento muito significativo dos litígios que saem da extrajudicialidade para adentrar à seara judicial.

²⁴⁹ ERDELYI, Maria Fernanda. Explode o volume de ações por danos morais no país. *Consultor Jurídico*, 21 de

Os números são muito preocupantes, vez que tratam só de uma das cortes de justiça de nosso judiciário, a qual, via de regra, somente resta alcançada, por via recursal estreita, ou seja, nem todas as demandas relativas àquela temática alcançam o Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, aqueles quantitativos permitem induzir uma visão alarmante em face do primeiro e segundo grau de jurisdição, especialmente no que tange os Juizados Especiais Cíveis, cujo acesso é mais facilitado²⁵⁰.

É razoável supor que em meio a todos esses processos haja muitos pedidos desarrazoados e com a intenção de se locupletar ilicitamente ou enriquecer de modo indevido, no entanto, outros tantos pedidos são razoáveis e bem fundamentados e o aludido crescimento de demandas se deve, ao menos em parte, à uma crescente e melhor conscientização do consumidor sobre seus direitos, em especial, após o advento do Código de Defesa do Consumidor.

A consideração desse potencial incremento das demandas judiciais oriundo da elevação dos valores indenizatórios poderia levar a uma banalização do dano moral, na medida em que a natural dificuldade de equacionar, de modo equilibrado, ou seja, nem demasiadamente alto nem tampouco infimamente baixo, de um lado objetivo de proteger o consumidor e de outro o seu não-enriquecimento sem causa²⁵¹.

Contudo, não se pode atrelar a análise desses fenômenos sociais e jurídicos ao estudo de um ou outro caso ou mesmo de um apanhado de casos concretos. É evidente a importância da análise de casos para a compreensão de situações complexas levadas ao trato do judiciário, ou seja, essa técnica é enriquecedora, haja vista tratar da realidade num campo empírico e não meramente hipotético. No entanto, caso se observe tais fenômenos concretos sob a perspectiva única dos interesses de apenas alguns indivíduos e em relação à uma ou outra circunstâncias, é possível que premissas específicas sejam extraídas para aplicação

julho de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jul-21/explode_volume_acoes_danos_morais_pais>. Acessado em 7 mai. 2015.

²⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 241, jul/dez 2006.

²⁵¹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 22, v. 87, p. 116, São Paulo, maio-jun/2013.

em um cenário macrossocial e que não se amoldem nesse sentido amplo. Desse modo, importa o conhecimento acerca dos parâmetros sociais, econômicos, ou seja, transdisciplinares, a fim de identificar os possíveis prejuízos e benefícios da sociedade como um todo, haja vista que esta pode ser considerada terceira com interesse legítimo nas relações jurídicas processuais de tais demandas judiciais, apesar de ausente formalmente daqueles litígios interpessoais. Destarte, mostra-se indispensável a adoção de uma perspectiva ampla e sistemática para a devida compreensão e solução dos fenômenos sociais²⁵².

A fim de ilustrar a situação crítica enfrentada pelos Juizados Especiais Cíveis em todo o país, vale destacar a situação dos seis cartórios judiciários de Londrina/PR em meados de 2012, os quais receberam em média 2.400 ações por mês, sendo que as relativas ao direito do consumidor acabam por constituir a maioria, ou seja, 1.680 (70%), sendo que, 60% (1008) pedem indenização por danos morais. Dentro dessa perspectiva, o juiz do 2º Juizado Especial de Londrina, Rodrigo Bressan, afirma que ocorreu uma banalização em relação aos pedidos e isso fez com que os valores das indenizações diminuíssem e, ainda asseverou que “há 10, 15 anos as indenizações eram pagas em um volume menor de casos e em valores maiores.” Para tanto, exemplificou que, casos de inscrição indevida no Serasa chegavam a R\$ 30 mil, no entanto, atualmente o valor médio fica entre R\$ 5 mil e R\$ 6 mil. Por fim, ressaltou também a existência de indenizações simbólicas de módicos R\$ 500 e R\$ 1mil.²⁵³

Permite-se extrair a assertiva de que o modelo de enfrentamento jurisdicional para as lides consumeristas não tem conseguido atingir uma das principais funções da jurisdição, pacificar a sociedade, na medida em que essa concepção pacificadora pode ser entendida como uma redução dos conflitos, pois os números demonstram um crescimento constante. Assim, pode-se concluir que o paradigma decisório atual não responde adequadamente aos anseios sociais no que toca à paz social nas relações consumeristas, ao contrário, tem permitido o fomento

²⁵² LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.448.

²⁵³ PELEGRINO, Erika. Cresce o número de ações por danos morais. 2012. Disponível em: <<http://www.jornaldelondrina.com.br/edicaoodia/conteudo.phtml?tl=1&id=1262183&tit=Cresce-o-numero-de-acoes-por-danos-morais>>. Acessado em 9 mai. 2015.

de danos recorrentes, vez que não pune de modo eficiente o causador do ilícito de modo a produzir um efeito pedagógico-preventivo para as indenizações.

Um novo paradigma pode trazer um novo norte para as decisões judiciais e uma possibilidade de alcançar maior eficiência em suas condenações indenizatórias, com vistas a alcançar plena eficácia punitiva e preventiva por meio da atuação jurisdicional e, com isso, talvez induzir nos fornecedores motivação suficiente para a adoção de novas políticas econômico-mercantilistas, na medida em que um expressivo aumento as despesas em razão das indenizações seja capaz de propiciar uma reanálise da relação custo-benefício de suas práticas.

3.2.2 O sempre esquecido “enriquecimento ilícito” do fornecedor

A despeito de existir um frequente discurso argumentando acerca do enriquecimento sem causa do consumidor para as indenizações relativas aos danos morais oriundas das lides consumeristas, pouco se fala dos ganhos provenientes dos ilícitos perpetrados pelos fornecedores com base no mesmo fato gerador. Ou seja, se de um lado existe o posicionamento de que o consumidor não pode enriquecer às custas do dano sofrido, com as suas razoáveis ponderações, por outro lado não aborda na mesma proporção a viabilidade de o fornecedor se enriquecer em razão daquele mesmo dano.

É inegável que eventuais ilícitos gerados pelo fornecedor possa alcançar um número imenso de consumidores e, com isso, lesionar milhares e até milhões de pessoas, isso considerando não só o ponto de vista do dano coletivo, mas, principalmente, o individual numa escala milionária. Diante dessa circunstância factível, vislumbra-se a necessidade de reflexão também sob este outro ponto de vista, afinal, o ordenamento jurídico objetiva o alcance de todos pela lei e, considerado isso, ninguém deve se enriquecer de modo indevido, nem o consumidor e nem o fornecedor.

Partindo dessa premissa relativa ao viés do ordenamento jurídico, interessa a abordagem do discurso de enriquecimento também pelo que toca o fornecedor e, se considerada a magnitude de alcance de suas políticas de mercado, inclusive sob o prisma da economia, projetando esforços com vistas a alcançar

maior lucro²⁵⁴ em uma eficiência econômica, avaliando as relações de custo-benefício de suas práticas em razão do lucro e considerando a economia de escala, tudo em prol do que se denomina “equilíbrio da firma”, ou seja, uma estabilidade vantajosa para maximizar a produção em razão de um determinado custo total.

A aludida eficiência econômica é um dos conceitos básicos da Teoria da Produção, estabelecendo uma relação entre o método de produção e a quantidade do produto ou serviço produzido em razão dos custos, ou seja, objetiva determinar o procedimento produtivo mais barato capaz de produzir uma certa quantidade de produto ou serviço. Por sua vez, aquela teoria engloba outra, denominada Teoria dos Custos de Produção, a qual se destina a estudar o vínculo relacional entre a quantidade de produtos ou serviços e os preços dos fatores envolvidos na produção²⁵⁵, em uma espécie de análise de custo-benefício.

Outro conceito importante ainda dentro da seara econômica é o de economia de escala, resultante havida entre a quantidade produzida em relação a uma variação do quantitativo de todos os fatores de produção utilizados. Desse modo, considerando que o objetivo fundamental de um fornecedor é maximizar os resultados da atividade produtiva, o fito está atrelado à maximização da produção em face de um determinado custo total, considerado este como sendo o total das despesas realizadas a partir da combinação mais econômica dos fatores a fim de resultar em uma certa quantidade de produto, alcançando, assim, o que a economia chama de “equilíbrio da firma”²⁵⁶.

Considerada essa visão econômica, tem-se que as práticas e políticas do fornecedor estejam orientadas no sentido do que seja mais vantajoso, a fim de alcançar resultados positivos frente aos conceitos econômicos, observadas as respectivas teorias, da produção e dos custos de produção. Em sendo assim, torna-se razoável o pensamento no sentido de que uma determinada prática ilícita, sob o prisma do Direito do Consumidor, e geradora de dano extrapatrimonial para uma gama importante de consumidores expostos àquela conduta, possa vir a ser

²⁵⁴ VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*, 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 351-353.

²⁵⁵ VASCONCELLOS, Marco Antônio S; GARCIA, Manuel Henriquez. *Fundamentos de Economia*. 3ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

²⁵⁶ VASCONCELLOS, Marco Antônio S; GARCIA, Manuel Henriquez. *Fundamentos de Economia*. 3ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

economicamente vantajosa. Isso, na medida em que o fornecedor, levando em conta que a indenização é uma espécie de despesa que deva ser integrada aos custos totais de produção, reflita e direcione seu comportamento no sentido da análise de custo-benefício relacionada ao objetivo de maximizar os resultados positivos de sua atividade. Até porque, apesar de as firmas serem pessoas jurídicas, seus procedimentos são ditados por pessoas, donos, gerentes ou outra nomenclatura, e, sob este prisma, as pessoas naturais recebem os louros ou arcam com os azares da atividade econômica. Ademais, são as pessoas físicas que determinam o comportamento da jurídica²⁵⁷.

A indenização não alcançaria a função punitiva e, muito menos, a preventiva, haja vista que seria encarada pelo fornecedor tão-somente como uma despesa integrante da cadeia produtiva e que, portanto, trata-se de um mero custo envolvido no processo produtivo, passando a ser absorvido pela equação econômica, tornando-se um simples problema aritmético a ser considerado na composição dos custos totais e que, ao final, acabaria por ser repassado ao valor final do bem ou serviço²⁵⁸. Diante desse cenário, o verdadeiro apenado com a indenização acaba sendo, mais uma vez, o consumidor, submetendo-se impositivamente aos preços praticados, portanto, sofre originariamente com o dano e depois com o impacto da indenização sobre o preço final do produto ou serviço que precisa consumir.

Também é razoável inferir que outro fator venha a compor a cadeia decisória do fornecedor, qual seja, a estatística a respeito do número de consumidores lesionados que efetivamente buscam o judiciário e o quantitativo alcançado pela soma de todas as indenizações alcançadas. Isso, mais uma vez, por uma razão econômica, haja vista que esses números auxiliarão no cálculo dos aludidos custos de produção²⁵⁹.

²⁵⁷ VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*, 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 351-353.

²⁵⁸ GARRISON, Ray H.; NOREEN, Eric W.. *Contabilidade Gerencial*, 9 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2001, p. 614-615.

²⁵⁹ Um estudo mostrou que 83% das 504 grandes indústrias pesquisadas utilizavam alguma forma de custo pleno (custo por absorção ou custo por absorção mais despesas de venda, gerais e administrativas) como base da determinação do preço. Os restantes 17 % utilizavam somente os custos variáveis com o mesmo propósito. V. Bovindarajan e Robert N, Anthony, *How Firms Use Cost Data in Pricing Decisions, Management Accounting*, julho de 1983, pp. 30-36. Pesquisa mais recente, porém menos abrangente, realizada por Eunsup Shim e Ephraim F. Sudit, *How Manufacturers Price Products*, fevereiro de 1995, pp. 37-39, encontrou resultados

3.2.3 A desnecessidade legislativa: uma mudança meramente exegética

Não se faz necessário mudar a legislação, na medida em que nosso ordenamento jurídico já prevê a possibilidade de indenização dos danos extrapatrimoniais, tanto em nível constitucional quanto legal, logo, basta utilizarmos de um novo parâmetro de exegese, a exemplo de outros sistemas jurídicos, como o anglo-saxão. Desviando o foco principal da decisão acerca da indenização para o fornecedor, em vez do consumidor, será possível elevar os valores das condenações, haja vista que o viés mais importante deve ser o desestímulo às novas práticas ilícitas. Desse modo, podemos nos valer de um modelo estrangeiro, que foi capaz de gerar uma cultura de melhores políticas nas práticas consumeristas, como no mercado norte-americano. E, ao menos em parte, esse exemplo forasteiro pode contribuir com o nosso, baseado na inspiração acerca da distinta concepção do tratamento e aplicação da equidade.

Ao considerarmos uma hipótese comparativa entre dois sistemas jurídicos distintos, como no caso do brasileiro e o norte-americano, cujas estruturas são abalizadas em escolas diferentes, uma com ascendência no *Sistema romano-germânico* e outra no *Sistema anglo-saxão*, vislumbramos um trato distintivo das mesmas questões que, no presente caso, é a exegese do ordenamento jurídico em face das relações consumeristas. Em apertada síntese, o *common law* parte de *leading cases*, casos referenciais de jurisprudência para elaborar a exegese em face de um novo caso concreto, enquanto o *civil law* parte da norma positivada, extraíndo dela e de outras correlatas a interpretação adequada para a solução daquela lide em específico.

Dessa forma, ainda que possuam bases diferentes, algo do sistema estrangeiro pode ser aproveitado pelo nosso, como um dos parâmetros utilizados para as decisões, como o trato da equidade, haja vista que o sistema norte-americano possui um perfil mais acentuado nos objetivos da equidade do que na aplicação da dicção estrita da norma. É verdade que ambos os sistemas permitem a utilização da equidade, porém, o modo e a amplitude de sua utilização fazem bastante diferença no resultado finalístico das decisões por eles proferida. Isso, na

similares. GARRISON, Ray H.; NOREEN, Eric W. *Contabilidade Gerencial*. 9 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2001, p. 614.

medida em que as interpretações poderão ser mais ou menos restritivas em relação ao texto da norma conforme seja a utilização de um parâmetro voltado mais para a equidade do que para a letra da lei.

Assim sendo, faz-se necessário tratar de algumas características basilares de ambos os sistemas para, posteriormente, alcançar a ideia da equidade dentro de cada um deles. Ademais, verificando tais distinções poderá ser verificada a possibilidade de alcances distintos para a aplicação exegética de cada um dos ordenamentos jurídicos e, conseqüentemente, a viabilidade teórica de resultados mais ou menos eficientes para cada aplicação. Com esse viés, faz-se necessário traçar uma breve e apertada síntese comparativa, a fim de levantar elementos teóricos mínimos capazes de auxiliar em um argumento, passando pela abordagem da equidade em ambos os sistemas jurídicos, considerados também sob o foco de suas Cartas Fundamentais, ou seja, seus sistemas constitucionais.

Inicialmente, mister destacar uma bipolaridade marcante entre os principais sistemas jurídicos vigentes no mundo moderno: o *Sistema romano-germânico* e o *Sistema anglo-saxão*. A principal diferença histórica entre eles remonta à permanência da tradição oral do segundo, enquanto o primeiro prima pela forma escrita, no entanto, tal distinção não mais se verifica tão simplesmente. Atualmente, ambos sistemas são predominantemente escritos. Assim, a distinção acaba por remontar à importância dos "casos precedentes" para a efetiva aplicação do direito aos litígios.

No *sistema anglo-saxão* decisões específicas proferidas em casos inéditos dão origem a novas regras de direito, mecanismos conhecidos pela expressão *common law*²⁶⁰. Ao passo que, no sistema romano-germânico há uma distinção mais marcante e rígida entre as competências para julgar, atribuída ao Poder Judiciário, e o legislar, incumbido ao Poder Legislativo.

O desenvolvimento do sistema hoje amplamente conhecido como *common law* desenvolveu-se originalmente sob o período inquisitório havido na Inglaterra durante os séculos XII e XIII, onde o conjunto das decisões judiciais

²⁶⁰ Expressão que em inglês quer dizer "direito comum".

baseavam-se na tradição, nos costumes e no precedente. Essa cultura jurídica assemelha-se às que existiram em sociedades nas quais o precedente e o costume desempenharam importante papel no processo legal, como por exemplo nas culturas jurídicas dos direitos germânico e islâmico, por exemplo.

Assim sendo, verifica-se que o sistema jurídico do *common law* emprega um forma de raciocínio fundamentado em casos, ou seja, baseia-se na sistemática do casuísmo. Considerados os casos cíveis, o *common law* foi idealizado para promover compensação a alguém que tenha sofrido injustamente em razão de atos ilícitos cometidos por outrem, atos aqueles conhecidos como *torts*, não importando se fossem dolosos ou culposos. Nessa linha de raciocínio, desenvolveu-se o ramo do direito que reconhece e regula as relações jurídicas contratuais, ou seja, os contratos.

Tem-se por *tort* um ilícito que envolve a violação de uma obrigação civil que consistia num direito de outrem, em outras palavras, alguém tem a obrigação de respeitar um determinado direito de outrem, se não respeita comete um ilícito. Nesse sentido, mostra-se de natureza distinta de um crime – *esfera penal* – pois esse último envolve a quebra de uma obrigação relativa a um direito pertencente à toda sociedade e não a um único indivíduo.

Evidente que em muitos casos os ilícitos acabam por possuir as duas naturezas, civil e criminal, no entanto, o processamento de ambas dá-se de distinta forma no que toca ao direito de ação ou de acusação. Enquanto a penal é de responsabilidade do Estado, sendo excepcionalmente privada, qualquer particular lesado pode processar com base no ilícito civil.

Assim sendo, o cidadão que sofre o ilícito civil acaba por ter direito de receber uma indenização por perdas e danos, usualmente traduzido por uma compensação monetária por parte daquele que causou o dano – *denominado responsável* –, ou seja, por aquele que tinha a obrigação de se abster de causar um ilícito, porém não se absteve, gerando para si uma obrigação acessória ou secundária: a responsabilidade para com a reparação dos danos causados.

A lei define o que vem a ser um ilícito capaz de gerar a responsabilidade e qual a consequência advinda daquele ato em razão de quem o cometeu. O conjunto de normas que cuida desse tema no sistema *common law* é conhecido como *tort law*. Esse conjunto normativo não se limita a danos físicos, incluindo também danos emocionais, econômicos, violações de privacidade, de propriedade ou até mesmo direitos constitucionais. E tal responsabilidade pode advir de uma série de atos, envolvendo, por exemplo, acidentes automobilísticos, difamação, defeito de produtos de consumo, violação de direitos autorais e muitos outros.

Considerado isso, as supracitadas relações contratuais tinham a responsabilidade civil aferida em razão daquele que causava prejuízo injusto a outrem com o objetivo de compensar a vítima e até mesmo atribuir uma pena ao causador do dano para que não voltasse a praticar o ilícito. Ademais, também objetivava dar o exemplo para que outros da sociedade não praticassem tal ilícito. Daí então a importância do casuísmo, pois gerava-se a presunção de certeza de que casos semelhantes teriam o mesmo tratamento. Os tribunais atuantes com o sistema *common law* desenvolvem uma técnica jurídica denominada *adversarial system* ou *adversary system*²⁶¹, também originada neste sistema jurídico.

A expressão inglesa *adversarial system* pode ser traduzida para uma compreensão do seu conteúdo e extensão dentro do universo jurídico como sistema do contraditório. Nesse sistema, dois advogados representam as posições de seus clientes, que os outorgaram poderes de representação para tanto, e estes exercem tal representação perante uma terceira pessoa imparcial ou mesmo um grupo de pessoas, geralmente um júri ou juiz, os quais tentarão determinar a verdade contida naquele caso.

²⁶¹ Pode ser traduzido como sistema do contraditório. Nesse sistema, dois advogados representam as posições de seus clientes, que os outorgaram poderes de representação para tanto, e estes exercem tal representação perante uma terceira pessoa imparcial ou mesmo um grupo de pessoas, geralmente um júri ou juiz, os quais tentarão determinar a verdade contida naquele caso. Em oposição a essa técnica, o sistema inquisitorial trabalha com um juiz ou grupo de juizes em conjunto, cuja tarefa é a de investigar o caso de que trata a lide levada aos seus auspícios. O sistema de adversários, ou sistema do contraditório, é geralmente utilizado em países de *common law*, no entanto, exceções podem ocorrer em face de infrações leves. Já no caso dos sistemas de direito civil, *civil law*, decorrentes de direito romano-germânico, o sistema inquisitorial pode ser utilizado para alguns tipos de casos, como na esfera penal. No *adversarial system* existe uma estrutura de dupla-face, em que os tribunais trabalham com a oposição entre a acusação e a defesa e, considera-se feita a justiça quando o adversário mais eficaz consegue convencer o juiz, ou o júri, de que a sua perspectiva sobre o caso é a correta.

Em oposição a essa técnica, o sistema inquisitorial trabalha com um juiz, ou grupo de juízes em conjunto, cuja tarefa é a de investigar o caso de que trata a lide levada aos seus auspícios. O sistema de adversários, ou sistema do contraditório, é geralmente utilizado em países de *common law*, no entanto, exceções podem ocorrer em face de infrações leves. Já no caso dos sistemas de direito civil, *civil law*, decorrentes de direito romano-germânico, o sistema inquisitorial pode ser utilizado para alguns tipos de casos, como na esfera penal.

No *adversarial system* existe uma estrutura de dupla-face, em que os tribunais trabalham com a oposição entre a acusação e a defesa e, considera-se feita a justiça quando o adversário mais eficaz consegue convencer o juiz, ou o júri, de que a sua perspectiva sobre o caso é a correta.

Ainda resgatando o contexto histórico, antes da conquista normanda de 1066, a justiça era administrada principalmente pelos tribunais de condado²⁶², presididos pelo bispo diocesano e pelo xerife, os quais exerciam tanto a jurisdição eclesiástica quanto a civil. O julgamento pelo júri começou naqueles tribunais. No entanto, em 1154, o Rei Henrique II institucionalizou o *common law* ao criar um sistema jurídico unificado e comum a todo o reino que incorporava e elevava o costume local ao nível nacional, abolindo o controle e as peculiaridades locais, com vistas a eliminar medidas arbitrárias. Nessa linha, a decisão judicial, ou o veredito, era alcançado por meio da avaliação do conhecimento comum local, não necessariamente através da apresentação de provas, o que distingue dos tribunais do júri modernos.

Posteriormente, o Rei Henrique II desenvolveu a prática de enviar juízes de seu próprio tribunal central para ouvir as diversas controvérsias por todo o país. Seus juízes resolviam-nas de modo *ad hoc*, conforme a sua interpretação do que era o costume aplicável. Os juízes reais retornavam a Londres e discutiam seus casos e decisões entre si, registrando e arquivando tais decisões. Com o passar do tempo, surgiu a regra do *stare decisis*, ou sistema do precedente, segundo a qual o

²⁶² Na Idade Média, condado era um território governado por um conde. Um condado era dado pelo rei numa prova de mérito à nobreza e ao clero. Mais tarde evoluiu para um título nobiliárquico, ou título de nobreza, o ao qual não estava necessariamente associada a jurisdição de um território, estabelecendo uma relação de vassalagem entre o titulado e o monarca, estatuidando um sistema econômico-social da Idade Média onde um indivíduo (vassalo) oferece ao senhor (suserano) fidelidade e trabalho em troca de proteção e um lugar no sistema de produção.

juiz estava obrigado a seguir a decisão pretérita proferida por um juiz anterior, adotando a interpretação jurídica daquele primeiro julgador e aplicando os mesmos princípios usados no precedente quando os dois casos apresentassem fatos semelhantes.

Com este sistema de precedentes, ou *stare decisis*, as decisões cristalizavam-se no tempo e, portanto, o conteúdo daqueles costumes se perpetuava. Desse modo, o direito pré-normando de costumes locais desconexos foi substituído por um sistema elaborado e coerente de normas que era comum em toda extensão do reino, circunstância e característica que ensejou a adoção da nomenclatura que hoje conhecemos como *common law*.

Posteriormente, quando o parlamento veio a adquirir poderes legislativos, as leis por ele promulgadas começaram a limitar em algumas áreas o escopo do *common law*, que, todavia, ainda hoje mantém seu papel como um elemento essencial do sistema jurídico britânico.

Esse sistema jurídico denominado *common law* desenvolveu-se em países de origem anglo-saxã²⁶³ por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos dos Poderes Legislativos ou Executivos, ou seja, é derivado do próprio Poder Judiciário. Dessa forma, pode ser considerado um sistema de direito, assim como o sistema romano-germânico do direito, que, por outro lado, dá maior ênfase aos atos legislativos. No *common law* o direito é criado e aperfeiçoado pelos juízes, na medida em que uma decisão a ser adotada para um caso depende do conjunto de decisões proferidas para casos análogos anteriores, nesse sentido, portanto, vinculando o direito a ser aplicado a casos futuros.

De acordo com a lógica interna desse sistema utilizado pelo Estado norte-americano dentre outros estados, diante da inexistência de um precedente, os magistrados possuem poder para criar o direito, estabelecendo, desse modo, um precedente normativo, também denominado pelo termo inglês *leading case*. O universo de precedentes é conhecido por *common law* e vincula as decisões futuras

²⁶³ Os sistemas de *common law* foram adotados por diversos países do mundo, especialmente aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e ex-colônias do Império Britânico.

de casos análogos. Assim sendo, diante da discordância entre duas partes quanto ao direito aplicável a um determinado caso concreto, o magistrado buscaria uma solução em face das decisões precedentes proferidas pelos tribunais competentes.

Nessa linha, na busca de uma solução jurídica para um caso concreto pelo sistema *common law*, tendo sido resolvido um litígio análogo no passado, o magistrado ou tribunal é obrigado a seguir a interpretação jurídica utilizada naquela decisão precedente²⁶⁴. No entanto, se o magistrado ou tribunal concluir que o caso presente a ser decidido é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá de forma originária, ou seja, tratando a lide como *matter of first impression*²⁶⁵ e, formando, a partir de então um precedente, ou *leading case*, alcançando o poder de vincular os casos semelhantes futuros perante os magistrados e tribunais, com base no princípio do *stare decisis*.

No entanto, a interação entre o *common law*, o direito constitucional, o direito legislado – *regras criadas pelo Poder Legislativo* – e os regulamentos administrativos causam considerável complexidade. Todavia, o princípio trazido pelo *stare decisis* estatui que os casos semelhantes devem ser decididos em conformidade com as mesmas regras, ou seja, o cerne dos sistemas de *common law* busca equilíbrio nessa uniformidade a fim de garantir almejada segurança jurídica.

Como já ressaltado, o sistema romano-germânico é caracterizado historicamente pela escrita, especialmente pelo fenômeno da codificação do direito²⁶⁶, a partir do século XVIII, tornando-se o sistema jurídico mais disseminado no mundo, baseado no direito romano tal como interpretado pelos glosadores a partir do século XI. Dentre os países que utilizam esse sistema, temos quase toda a América Latina, grande parte da Europa continental, cerca de metade da África e quase toda a Ásia, excetuando-se partes do Oriente Médio. Desse modo, insere-se nessa família o Brasil.

²⁶⁴ Princípio conhecido como *stare decisis*, expressão em latim que significa “ficar com as coisas decididas”

²⁶⁵ Expressão em inglês que traduzida significa “*questão de primeira impressão*”.

²⁶⁶ Exemplos principais são os códigos civis francês e alemão, Code Civil e Bürgerliches Gesetzbuch, respectivamente

Nessa linha, outra característica dos sistemas de tradição romano-germânica é a generalidade das normas jurídicas, que são interpretadas pelos juízes para aplicação aos casos concretos, diferindo, portanto, do sistema jurídico anglo-saxão, *common law*, que infere normas gerais a partir de decisões judiciais proferidas a respeito de casos individuais.

O sistema romano-germânico tem seu embrião em Roma, no Direito romano. Esse termo histórico-jurídico refere-se, originalmente, ao conjunto normativo da sociedade estabelecida na cidade de Roma. No entanto, posteriormente, houve incremento de seu alcance, abarcando todo o ordenamento jurídico aplicado ao território do Império Romano. Ademais, após a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., estendeu-se também ao território do Oriente. Mesmo após 476 d.C., o Direito romano continuou a influenciar o ordenamento jurídico apesar da invasão bárbaro-germânica, auxiliado pela resistência oferecida pela Igreja e seu direito romano-canônico²⁶⁷, vez que preocupada na manutenção das instituições romanas.

Com o advento das Universidades surgiu a escola dos glosadores e posteriormente dos pós-glosadores, que se preocuparam com o estudo do direito romano, adaptando-o às necessidades daquele novo tempo. Surge portanto um direito comum medieval, de fundo romano-canônico, mas impregnado de elementos germânicos²⁶⁸.

Por meio de uma análise ampla, a história do direito romano abarca mais de mil anos, desde antes da Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, em latim, 449 a.C.) até o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (530 d.C.), contudo, tem naquela Lei seu marco mais contundente em face dos registros históricos que resistiram ao longo do tempo.

Antes da Lei das Doze Tábuas, o direito privado consistia do antigo direito civil romano (*ius civile Quiritium*), que se aplicava apenas aos cidadãos romanos. Possuía ligação estreita com a religião, alcançando características de formalismo estrito, simbolismo e conservadorismo, com uma prática altamente

²⁶⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pg. 23.

²⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pg. 24.

ritualística. Assim sendo, tornou-se difícil apontar o momento exato da gênese do sistema jurídico romano. Dessa forma, o primeiro texto legal com referência histórica razoável nos dias de hoje, cuja existência se mostra com algum detalhe e suficientemente forte para balizar um marco é a Lei das Doze Tábuas, de meados do século V a.C..

A história romana dá conta de que um tribuno da plebe tenha proposto que o direito fosse escrito, com o objetivo de evitar que fosse aplicado indiscriminadamente pelos magistrados patrícios. Após longos anos de lutas, os plebeus teriam convencido os patrícios a enviar uma delegação a Atenas para copiar as Leis de Sólon. No entanto, em 451 a.C., dez cidadãos romanos teriam sido designados para registrar as leis (*decemviri legibus scribundis*), para tanto, receberam o poder político supremo (*imperium*), enquanto o poder dos magistrados, ao contrário, fora cerceado.

Em 450 a.C., os decênviros teriam escrito as leis em dez tábuas, consideradas insuficientes pelos plebeus. Desse modo, um segundo decenvirato teria então acrescentado duas tábuas no ano seguinte, formando, assim, a Lei das Doze Tábuas, a qual teria sido aprovada pela assembleia, constituída de cidadãos romanos investidos de Poder Legislativo e alguns judiciais. E assim foram materializados em forma escrita os pontos mais controversos do direito consuetudinário.

Em assim sendo, vislumbra-se, por meio dos fragmentos preservados das Doze Tábuas, que não se tratava de um código legal no sentido moderno, pois não pretendiam ser um sistema completo, sistematizado e coerente dispondo de todas as regras jurídicas aplicáveis. No entanto, continham algumas disposições legais com firme propósito de alterar o direito consuetudinário da época, formalizando-o no modo escrito, a fim de limitar a discricionariedade dos magistrados da época. Embora contivessem disposições sobre todas as áreas do direito, predominavam as referentes ao direito privado e ao processo civil.

Com o fito de traçar as distinções fundamentais, ou destacar as diferenças básicas, entre o sistema anglo-saxão do *common law* e o sistema romano-germânico do *civil law*, podemos fazer uma breve síntese comparativa já

identificando seu uso em razão dos dois sistemas constitucionais aqui estudados, o norte-americano e o brasileiro.

O sistema romano-germânico tem como principal fonte do Direito a Lei, o texto legal tal como formulado pelo Poder Legislativo no exercício de seu poder constitucional. Este é o modelo utilizado no Brasil. Já o sistema anglo-saxão tem como fonte principal do Direito a Jurisprudência, ou seja, o conjunto de interpretações das normas do Direito trazido pelas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Assim sendo, percebe-se que a fonte primária do Direito nos dois sistemas é diferente, enquanto no Brasil é a lei escrita oriunda do Legislativo, nos Estados Unidos é a jurisprudência, também considerada como lei por eles, lei judicial ou lei jurisprudencial. Ou seja, no sistema da *common law* o termo jurídico lei possui um alcance mais abrangente que o adotado pelo *civil law*.

No entanto, é imperativo ressaltar que nos Estados Unidos, assim como nos outros países que utilizam o sistema *common law*, também existe a lei tal como formulada pelo Poder Legislativo, formal e escrita. Contudo, o litígio do caso concreto levado para solução perante o Judiciário é analisado, principalmente, em função dos outros semelhantes já julgados, ou seja, em razão dos precedentes, os quais acabaram por formar leis judiciais, inclusive vinculando a atuação dos juízes e juízos inferiores.

Ademais, também importa ressaltar que no Brasil há o uso da jurisprudência como fonte do Direito, no entanto, sua utilização se faz como fonte secundária, pois importa em primeiro lugar a interpretação da lei formal, tal como escrita pelo Poder Legislativo, ainda que tenha havido caso semelhante com interpretação distinta. Ou seja, o juiz ou tribunal não ficam vinculados àquela decisão anterior, podendo, pois, proferir decisão diversa, desde que fundada na lei.

Assim sendo, para o sistema *common law* a jurisprudência é tida como fonte primária do Direito, mesmo havendo as leis formuladas pelo Legislativo; enquanto no *civil law* ela é fonte secundária e, em regra, não-vinculante. Pode-se dizer, portanto, que o primeiro trabalha com a interpretação da norma já aplicada a um caso concreto, enquanto o segundo fará a interpretação de forma individualizada, conforme cada caso.

O termo equidade deriva do latim *aequitas*, de *aequus*, que significa igual ou equitativo, e chegou a ser considerado com significado análogo ao de justiça, por vezes até se confundindo. Nessa linha, considerava-se como disposição de animo de tratar as pessoas conforme sua natureza, contribuindo ao máximo para torná-la perfeita e feliz. Ampliando tal sentido, chegavam a equipará-la com a caridade, bondade cordial, em virtude do que não se exigiria com rigor aquilo a que temos direito, podendo chegar a uma liberalidade extrema e desmedida, relaxando aos próprios direitos, mesmo reais, em proveito de outrem²⁶⁹.

No entanto, o conceito atual não confunde a equidade com justiça. É compreendida como igualdade, com um abrandamento na interpretação da lei para sua devida aplicação. Assim, não é justiça, mas compõe um conceito de justiça fundada na igualdade de tratamento em razão do próprio direito e os dos outros. No entanto, acaba por alcançar um sentido mais amplo, mostrando-se um princípio de Direito Natural, podendo vir a contrariar a regra do Direito Positivo²⁷⁰. Assim, pelo princípio da equidade deve-se prioridade ao atendimento da razão, assim como imposta pela boa-fé, do que a própria regra do Direito.

Em sendo assim, a equidade amolda-se de acordo com cada caso concreto, concernentemente ao justo e ao razoável, mesmo que contrarie a lei, desde que, naquela circunstância a lei mostre-se injusta. Nesse sentido, pode o julgador temperar-lhe o alcance e até mesmo significado para corrigir seu rigor,

²⁶⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

²⁷⁰ É a denominação genérica, dada em oposição à de Direito Natural, no seu sentido de dever de consciência, para distinguir o conjunto de regras jurídicas em vigor, que se impõem às pessoas e às instituições, sob a coação ou sanção da força pública, em qualquer dos aspectos em que se manifeste. O Direito Positivo manifesta-se em qualquer espécie de Direito Objetivo, ramificando-se em todas as formas do Direito, seja escrito ou consuetudinário, que seja imposto como regra social obrigatória. SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pág. 272. Por Direito Positivo entende-se o conjunto de princípios e regras que regem a vida social de determinado povo em determinada época. Diretamente ligado ao conceito de vigência, o direito positivo, em vigor para um povo determinado, abrange toda a disciplina da conduta humana e inclui as leis votadas pelo poder competente, os regulamentos e as demais disposições normativas, qualquer que seja a sua espécie. Por definir-se em torno de um lugar e de um tempo, é variável, por oposição ao que os jusnaturalistas entendem ser o direito natural. As duas principais teorias acerca das relações entre o direito e o Estado divergem quanto à natureza do direito positivo. Para a teoria dualística do direito, Estado e direito positivo seriam duas realidades distintas. Já a teoria monística, por outro lado, entende que só existe um direito, o positivo, com o qual o Estado se confunde. Esta última corrente, portanto, iguala o direito positivo ao Estado que o produz. Há também uma teoria pluralista, minoritária, que afirma ser o direito positivo apenas uma dentre outras manifestações jurídicas, ao lado do direito canônico e outros.

majorando-o ou minimizando-o. Fala-se, portanto, em utilização de um princípio de Direito Natural, o da verdade sabida.

Pode ser concebido o seu significado, em síntese, como forma de aplicação da norma, conseqüentemente, de aplicação do Direito, por meio da adaptação de uma determinada regra existente à uma situação concreta específica, observando-se critérios de justiça e igualdade de tratamento, isso, como fito de deixar o conteúdo da regra mais justo. Para tanto, tal interpretação deve levar em conta a moral social vigente, o regime político Estatal e os princípios gerais do Direito. Ademais, não se busca corrigir o que é justo na lei, mas completa-se o que a justiça não alcançou²⁷¹.

Em seus estudos intitulados *Estudios sobre el proceso civil*, Piero Calamandrei ressaltou:

O legislador permite ao juiz aplicar a norma com equidade, ou seja, temperar seu rigor naqueles casos em que a aplicação da mesma levaria ao sacrifício de interesses individuais que o legislador não pôde explicitamente proteger em sua norma²⁷².

Apesar disso, o Direito Positivo trouxe para o direito moderno um afastamento da equidade, tentando minimizar sua importância e, conseqüentemente, sua utilização. Isso se deu em face de aquela doutrina positivista defender que a generalidade e abstração das normas jurídicas são capazes de garantir a necessária abrangência de todos os fatos.

Contudo, a generalidade e abstratividade da norma jurídica acabam por não serem capazes de absorver todos os novos fatos ainda não legislados, considerando a avidez da transformação do mundo e, conseqüentemente, da sociedade. Assim sendo, a equidade mostra-se como uma possível ferramenta para suprir as lacunas da lei ou mesmo alcançar objetivos que não restaram alcançados pelo texto puro da norma.

²⁷¹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

²⁷² CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução de Alexandre Corrêa. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

Desse modo, com o objetivo de alcançar uma justiça mais ampla e isonômica, os sistemas jurídicos permitiram, cada um ao seu modo e na quantia entendida como necessária, a aplicação da equidade pelo Poder Judiciário. Diante da aplicação da equidade, portanto, os juízes ou tribunais podem, no limite que seus sistemas jurídicos admitiram, aplicar uma lei específica para um caso concreto específico na medida de sua particularidade, de acordo com os princípios do que se considera justo ou, até mesmo, criar lei para o caso concreto, a qual passará a orientar os demais casos similares.

Todavia, como ressaltado acima, cada ordenamento jurídico constitucional, de acordo com suas particularidades, seu conjunto de valores e sua evolução histórica, firmou a divisão dos poderes do Estado de maneira distinta. No caso do presente estudo fora feito um recorte destacando dois exemplos de sistemas constitucionais, um pertencente à escola do *common law* e outro do *civil law*, no caso os Estados Unidos da América e o Brasil, respectivamente. Nessa linha, os três poderes foram distribuídos de forma distinta e, para esse estudo interessa a parcela entregue ao Poder Judiciário.

O Poder Judiciário do país anglo-saxão ganhou uma garantia constitucional para uma maior autonomia na utilização da equidade, sendo resguardada aos magistrados a possibilidade do uso daquela ferramenta jurídica na solução de seus litígios, ganhando, pois, uma maior flexibilidade na interpretação da norma. E tal garantia vem estampada na Lei Maior do país. É a autorização para flexibilização da norma com o fito de não causar injustiça, ou até mesmo, a criação e aplicação pelo juiz de nova norma específica para caso concreto específico, decisão esta que virá a ser considerada precedente e orientará os demais casos análogos.

O Poder Judiciário brasileiro não conta com a mesma flexibilidade, haja vista que fora, em regra, impedida a correção da lei pelo juiz, cabendo ao legislativo realizar tal atividade. Em nosso ordenamento jurídico, apesar de existir espaço para a equidade, tal âmbito restou reduzido à exceção ou à atuação dos chamados juízes leigos, como o tribunal do júri e os integrantes dos juizados especiais. Os papéis dessas duas espécies de juízes – leigos e togados – acabam por ser distintos no que tange à aplicação da norma jurídica, afinal, *“se um juiz leigo tem noção do que seja, por exemplo, estado de necessidade ou legítima defesa, não*

tem, por certo, desses institutos, aquele conceito e alcance que lhes dá a legislação. Nada mais justo, portanto, que os aplique de conformidade com o senso comum de justiça, como sucede nos julgamentos do Tribunal do Júri”. Dessa maneira, os critérios do juiz togado não são os mesmos do juiz leigo; enquanto aquele utiliza-se dos critérios da lei e, excepcionalmente, da equidade, este último se apoia, exclusivamente, nos princípios da equidade²⁷³.

Assim sendo, se a imensa maioria dos juízes que compõem o Poder Judiciário brasileiro é formada de juízes togados, somos forçados a concluir que nosso sistema acaba por limitar, em muito, a utilização da equidade. Por sua vez, a Constituição Federal americana traz em seu texto²⁷⁴ explicitamente a utilização da equidade por seu Poder Judiciário, ou seja, os juízes e tribunais, incluindo a Suprema Corte poderão se utilizar daquela regra de julgamento para resolver os casos concretos levados à decisão²⁷⁵.

²⁷³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁷⁴ “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America. **ARTICLE. III. Section. 1.** The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office. **Section. 2.** The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; - to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; - [between a State and Citizens of another State;]* between Citizens of different States, - between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, [and between a State, or the Citizens thereof;- and foreign States, Citizens or Subjects.]* In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment; shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed. **Section. 3.** Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court. The Congress shall have Power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture except during the Life of the Person attainted. **Amendment VII.** In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.” Disponível em: <<http://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>>. Acessado em 20 abr. 2015.

²⁷⁵ “Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América. **ARTIGO III. Seção 1.** O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em

Observa-se, portanto, o importante destaque que a Carta Constitucional americana dá à competência do Judiciário no tocante à utilização da equidade como regra aplicável para solucionar os casos concretos levados à sua decisão. Ademais, a emenda citada também dá conta da importância destacada ao direito consuetudinário para determinadas causas, o que reforça ainda mais a origem histórica do *common law*, com sua sistemática de reforço da jurisprudência para a solução dos litígios.

A Carta Política brasileira não traz em seu texto, apesar de contar com multiplicadas vezes o número de dispositivos que a norte-americana, nenhuma regra que trate especificamente da equidade. Ao contrário, sempre que cuida do Poder Judiciário, ou mesmo de outros temas, remete à lei o trato das questões. Assim sendo, fácil de se notar que não permitiu ao julgador utilizar-se da equidade, relegando à lei permitir, vez que também não proibiu expressamente, os casos excepcionais em que tal ferramenta de interpretação e aplicação do direito poderá ser utilizada.

Por outro lado, a Constituição Federal²⁷⁶ brasileira, ao contrário da constituição americana, não deu tanta relevância à equidade. Desse modo, percebe-

uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo. ARTIGO III. Seção 1. O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo. **Seção 2. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade** ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. EMENDA VII. Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro.” Tradução por Phillips, J Henry. Austin, Texas. Disponível em: <www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acessado em 20 abr. 2015.

²⁷⁶ Texto disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 20 abr. 2015. “**Art. 92.** São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho; V - os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juizes Militares; VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. **Art. 93.**

se que a Constituição brasileira remete à lei o trato das demais questões envolvendo o Poder Judiciário, sem, no entanto, viabilizar da possibilidade da utilização da equidade senão nos estritos casos permitidos por lei. Não bastasse isso, quando cuida dos direitos fundamentais chega a tratar da possibilidade da utilização de um tribunal do júri, o qual poderia, então, decidir por equidade. Porém, autorizou aquele órgão julgador tão-somente para certas questões penais²⁷⁷.

Portanto, seguindo a linha constitucional, a qual remete à lei cuidar das temáticas ali tratadas em linhas gerais, vale destacar um exemplo no trato da equidade existente na Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, a qual institui o Código de Processo Civil brasileiro, a qual ratifica o comando da Carta Magna ao asseverar em seu artigo 127 que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. E esse é o único dispositivo dessa norma tratando do tema. Ademais, esse dispositivo demonstra bem o papel a ser desempenhado pelo Judiciário brasileiro, onde o juiz fica adstrito à lei, podendo, somente excepcionalmente, e quando devidamente autorizado pela lei, decidir por equidade. Verifica-se, portanto, que a lei é o objeto e o limite da atividade do Poder Judiciário brasileiro, sendo a equidade vedada, ou, excepcionalmente utilizada, no entanto, para que possa o juiz decidir por meio dela, ainda assim deverá estar autorizado pela lei, ou seja, a lei deverá, expressamente, permitir.

No entanto, a Constituição americana deu especial destaque à equidade no trato das decisões pelo Poder Judiciário, conferindo poderes aos juízes para decidir também por equidade. Não remeteu à lei uma possível autorização expressa como fez a Carta brasileira. Portanto, isso denota uma fundamental

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: **IX** todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; **Seção I - Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz. Art. 126.** O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. **No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais;** não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. **Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.**”

²⁷⁷ **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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVIII - **é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;**

distinção entre estes dois ordenamentos constitucionais, afinal, um tem origem histórica numa escola anglo-saxã que sempre privilegiou os costumes, enquanto o outro tem origem noutra escola, a romano-germânica, que, desde seus primórdios primou pela rigidez e pelo formalismo, aproximando-se bastante do que defende a escola positivista do direito ao cuidar do sistema jurídico como sendo algo enclausurado em suas regras positivadas, como se elas dariam conta de todo o universo de soluções que uma sociedade complexa exige.

Ademais, com um sistema mais elástico, possibilitando certa flexibilidade na aplicação originária do direito, na medida em que estiver cuidando de um caso novo, poderá, por meio da equidade, cuidar de questões de modo a constituir uma aplicação mais justa do direito. Aliás, como de fato vem ocorrendo, como por exemplo nas questões envolvendo a responsabilidade civil, como destacado no início deste estudo, onde aquele que causa um ilícito injusto e ofende o patrimônio jurídico de outrem não só é condenado a reparar o dano como também pode ser punido, pecuniariamente, como forma de coibir novo ilícito, tanto por parte de quem o praticou como por outros da mesma sociedade afeta à mesma jurisdição, como no *common law*.

Já no Brasil, tendo em vista a rigidez do sistema *civil law*, em especial considerando os ditames constitucionais, os quais não permitem a utilização da equidade, ou a permitem somente excepcionalmente, nos casos específicos em que a lei permitir, o julgador fica de mãos atadas diante de uma situação concreta onde o ofendido por um ilícito, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro tratando da responsabilidade civil, somente poderá alcançar o que a lei autorizou, que é a recomposição do patrimônio jurídico do ofendido; sem, no entanto, ir além e condenar também no sentido de promover uma função punitiva à indenização, vez que o legislador não tratou do tema especificamente.

Desse modo, considerando que a função do Poder Jurisdicional é pacificar a sociedade, trazendo segurança jurídica, tal poder fica mais bem aparelhado quando autorizado pela ordem constitucional a decidir por meio, também, da equidade. Assim, adquire jurisdição capaz de responder aos anseios da sociedade com mais precisão e significado para o alcance do termo justiça, na

medida em que traz mais proximidade do justo para os jurisdicionados, diminuindo as desigualdades, quer sejam de ordem econômica, política ou social.

Assim sendo, apoiado na sistemática de Vergottini, o presente estudo buscou tratar da comprovação de algumas das distinções constitucionais perceptíveis na comparação dos dois sistemas, com vistas a convalidar os subsídios angariados na função primária. Tal constatação fora buscada na análise fática de acontecimentos – *juízos que comprovam a jurisprudência* – relativos a uma determinada área do direito que se mostra comum aos dois ordenamentos: a responsabilidade civil.

Para tanto, vislumbrou-se que cada Estado trata o tema de maneira bem distinta, o sistema americano com certa dose de equidade – *visando punir o causador do ilícito com o objetivo de evitar novo ilícito, tanto por parte do ofensor quanto por qualquer outro jurisdicionado, por meio do exemplo punitivo* –, e o sistema brasileiro, mais endurecido na aplicação da norma, o qual deixa de aplicar as funções punitiva e preventiva da indenização sob o argumento da falta de lei específica que autorize.

Por fim, dependendo do modo e da amplitude de utilização da equidade dentro do sistema jurídico, as normas positivadas poderão ganhar maior ou menor alcance, ou até mesmo atingir um objetivo que pode não ter sido pensado pelo legislador quando da edição de um determinado preceito normativo, assim, podendo alcançar uma finalidade social que, aplicada restritivamente, não seria alcançada. Nessa mesma linha, há de se observar a dinâmica social e a constante evolução da sociedade e de suas relações e necessidades, sob pena de uma constante normatização obsoleta.

3.2.4 A aprendizagem pelas consequências: uma abordagem da psicologia

Em se tratando das possíveis funções da indenização, trazendo como possibilidades a punitiva e a preventiva, uma dos fatores de necessária reflexão é se os sujeitos de direito alcançados por aquelas decisões condenatórias municiadas com tais funções, ou intenções, realmente estariam sensíveis a uma alteração de comportamento ou não. Em outras palavras, surge uma dúvida ao

considerarmos o reforço ou incremento do *quantum* devido indenizatório com o fito de produzir uma efetiva punição, ou que, pelo menos, seja considerada como tal pelo condenado. Ademais, ainda na mesma linha de raciocínio, surge outro questionamento, se ao produzir a punição aquele julgamento seria capaz de causar um efeito preventivo, ou seja, geraria no apenado um estímulo para orientar sua conduta de modo diverso àquela geradora da punição.

Sob esse prisma, ainda que seja considerada verdadeira a premissa de a decisão condenatória efetivamente produzir uma sanção capaz de significar uma punição para o condenado, ainda resta um questionamento se isso, por si só, seria eficiente no sentido de produzir uma mudança de comportamento no agente do ilícito, estimulando-o a refletir melhor sobre sua atuação perante o consumidor, revendo suas políticas e práticas de mercado com o fito de evitar os ilícitos. Ou seja, mesmo que a decisão alcance uma função efetivamente punitiva, ainda restaria dúvida se esta seria hábil para produzir um efeito preventivo.

Desse modo, uma reflexão acerca do comportamento humano se faz necessária, na medida em que os atores do cenário consumerista são pessoas naturais, ainda que revestidas pela ficção das pessoas jurídicas. Assim, as políticas e práticas de consumo são ditadas pelos indivíduos envolvidos e, no caso dos fornecedores, mesmo cobertas por aquele molde fictício, também atuam por meio dos seres humanos encarregados de representar seus interesses e, portanto, de produzir as decisões acerca de sua atuação no mercado de consumo.

Na linha da aludida reflexão e, portanto, no esforço de compreender a natureza humana e tudo o que envolve o seu comportamento, em especial o seu aprendizado e, conseqüentemente, o modo pelo qual interage com o meio em que se encontra e os demais atores daquele ambiente, os estudiosos da psicologia desenvolveram teorias que objetivam explicar a interiorização de certos conceitos e significados pelos seres humanos, bem como a utilização dessas ferramentas no convívio com o que se encontra à sua volta. Logo, a relação entre fornecedor e consumidor, sendo formada por pessoas naturais, portanto, seres humanos, pode ser entendida também sob o viés da psicologia, na medida em que essa ciência busca responder os questionamentos motivadores das ações e reações humanas.

No esforço de estudar e explicar o comportamento, cientistas como Pavlov e Watson, dentre outros, construíram uma teoria conhecida como Paradigma Respondente, constituído por um modo, um modelo, de como deve ser estudada a conduta humana. Ainda com o mesmo objetivo, a fim de explicar toda a complexidade inerente àquele objeto, B. F. Skinner desenvolveu o Paradigma Operante, considerado, hodiernamente, muito importante para a compreensão da aprendizagem dos organismos²⁷⁸.

O aludido comportamento operante é considerado como sendo aquele capaz de produzir mudanças no ambiente e, até mesmo ser atingido por elas, ou seja, caracteriza-se como imperativo compreendê-lo para alcançar como os organismos e, dentre eles os seres humanos, aprendem. Afinal, a interação com o meio, seja ele qual for, produz, o tempo todo, uma gama de comportamentos. Ou seja, comportamo-nos o tempo todo. No entanto, alguns desses comportamentos são capazes de causar um tipo especial de consequência, denominada reforço. Destarte, entende-se por consequência-reforço quando resta ampliada a probabilidade de sua ocorrência. Nesse caso, o estímulo produzido denomina-se estímulo reforçador.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o aludido efeito de reforço na expectativa ou probabilidade do acontecimento do mesmo comportamento está direta e intimamente atrelado à aprendizagem. Desse modo, pode-se considerar que um ser humano aprendeu algo quando se faz possível observar um aumento na frequência de um determinado comportamento²⁷⁹.

Exemplificativamente, os cientistas dessa área executam experimentos empíricos com ratos de laboratório, os quais evidenciam essa circunstância, uma vez que se possibilita observar o comportamento daquele animal, quando, na caixa experimental, em seu primeiro contato, resta possível registrar certa quantidade de ocorrências de uma mesma conduta. No entanto, depois de utilizado o estímulo reforçador, a nova leitura do registro daquele mesmo comportamento indica um aumento na frequência. Em assim sendo, por meio

²⁷⁸ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 89.

²⁷⁹ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 89.

dessas constatações, pode-se deduzir que o rato aprendeu o comportamento. Extrai-se daí a denominada contingência de reforço, caracterizada pela relação entre o comportamento e uma consequência que aumente sua probabilidade de ocorrência. Assim, pode-se asseverar que, existindo contingências de reforço atuantes, há aprendizagem, pois, o aprendizado não se dá simplesmente por meio do ato de fazer, mas, sim, no instante em que são percebidas as consequências reforçadoras derivadas do que foi feito²⁸⁰.

Uma espécie de prova-real, ou seja, uma constatação do efeito gerado pelas consequências reforçadoras com base no raciocínio supracitado é a denominada extinção operante, na medida em que ela se mostra capaz de demonstrar a relação de causa e efeito entre o comportamento e a respectiva consequência reforçadora. E isso se dá em razão da suspensão do reforço, ou seja, deixa de existir o resultado consequente apesar da repetição da mesma conduta. Assim sendo, diante dessa nova realidade, torna-se possível verificar a diminuição da frequência até o seu ponto inicial anterior ao reforço. Em outras palavras, há um retorno ao *status quo ante*. Desse modo, portanto, é possível asseverar que houve aprendizado quanto àquela relação de causa e efeito, ou seja, o comportamento antes gerava uma consequência reforçadora, porém, quando esta última se extinguiu, a conduta mudou, voltando ao que era antes do reforço, ao estado original ou, também denominado, nível operante²⁸¹.

Um aspecto importante em relação ao aludido retorno ao estado original após a retirada da consequência reforçadora é a velocidade em que tal modificação, ou regresso, acontece. Afinal, nem sempre essa volta ao “status quo ante” ocorre imediatamente. Em outras palavras, o aprendizado em face daquela relação de causa e efeito nem sempre é instantâneo, podendo se dar de modo mais ou menos lento, variando de caso para caso. Isso dependerá de um certo número de respostas à conduta, ou seja, somente após alguns retornos daquele comportamento sem a ocorrência da consequência reforçadora trarão o aprendizado daquela nova situação: o comportamento “X” não mais gera a consequência “Y”.

²⁸⁰ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 90.

²⁸¹ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 90.

Portanto, quando se retira o reforço consequente de um determinado comportamento, tem-se que este último é colocado em extinção, exigindo uma certa quantidade de respostas em face da nova condição, sem reforço, para que retorne à situação original. Esse lapso temporal para o aprendizado quanto à nova relação de causa e efeito é conhecida por resistência à extinção. Sendo que, essa persistência pode ser maior ou menor, tendo em vista alguns fatores, tais como a quantidade de reforços anteriores, o custo da resposta e o esquema de reforço em que a resposta ocorria. Aliás, as pessoas apresentam resistência à extinção de modo relativamente comum, essa são denominadas de perseverantes. Ademais, mesmo após a extinção de um comportamento, o simples decurso do tempo pode fazer com que aumente a probabilidade de voltar a ocorrer aquela antiga conduta, fenômeno denominado recuperação espontânea. No entanto, diante da contínua ausência de reforço, a expectativa dessa recuperação ocorrer tende a diminuir cada vez mais²⁸².

Diante dessas considerações, torna-se permissivo asseverar que o aprendizado se dá por meio do reforço e da extinção, logo, um novo comportamento é aprendido em face da modificação de um outro anterior. Em outras palavras, aprende-se o novo desaprendendo o antigo. Portanto, reforçando e extinguindo aproximações da resposta-alvo para o comportamento desejado, estará sendo desenvolvida uma técnica comportamental de aprendizagem, conhecida como modelagem.

Em relação aos aludidos reforços, eles podem ser positivos ou negativos, ou seja, respectivamente, provenientes da adição ou subtração de algo do ambiente do indivíduo com capacidade de avigorar a adoção de um determinado comportamento. No entanto, este segundo é aversivo, na medida em que influencia no aprendizado pela repulsa, ou seja, estimulando o indivíduo a evitar aquele reforço e não almejá-lo, como ocorre no positivo. Assim sendo, existem outros fenômenos capazes de exercer efeitos sobre o comportamento, no entanto, diferentemente da empatia produzida pelo reforço positivo, um outro grupo desencadeia a repulsa. Esses são denominados o que se conhece por controle aversivo. Essa aversão pode ser alcançada tanto pelo aludido reforço negativo quanto pela punição, que se

²⁸² MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 90.

subdivide também em positiva e negativa²⁸³.

A punição pode ser, portanto, um importante elemento fomentador da aprendizagem, na medida em que diminui a probabilidade de um determinado comportamento ocorrer. E, do modo similar ao que ocorre com o reforço, a inclusão ou retirada de um estímulo, caracterizarão a punição como positiva ou negativa. Em outras palavras, assim como alinhavado acima em relação à extinção, a punição é capaz de reduzir a probabilidade de uma determinada conduta ocorrer. No entanto, a extinção produz tal efeito ao ser retirada uma consequência reforçadora preexistente, orientando, pois, o comportamento no sentido da omissão, ou seja, deixar de agir como antes. Por sua vez, por meio da punição, a consequência reforçadora continua presente e, com isso, gerando uma menor probabilidade de reincidência da conduta punida. No entanto, a extinção reduz a probabilidade da conduta reincidente de modo gradual, enquanto o reflexo da punição é mais direto, propiciando suprimir rapidamente o comportamento-alvo²⁸⁴.

²⁸³ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 91.

²⁸⁴ MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto de. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 90.

CONCLUSÕES

Não há como deixar de reconhecer o anseio da sociedade acerca do desejo de pacificação social, com boa-fé objetiva, sem ferir o conjunto normativo e, com isso, construir uma sociedade onde cada indivíduo respeite os comandos das regras *neninem laedere* ou *alterum non laedere* espontaneamente, sem a necessidade da intervenção de quem quer que seja, até mesmo do Estado. Vale destacar que, quando se assevera desse modo não se faz referência tão-somente aos comandos normativos penais, mas também aos civis. Até porque, a sociedade não pretende somente a pacificação na órbita penal, mas sim como um todo. Não bastasse isso, as regras penais não são as únicas a conter carga moral, as civis também. Desse modo, mais uma vez, não se justifica falar em interesse social punitivo e preventivo somente para a esfera penal do ordenamento jurídico, porquanto seja inegável o interesse social no efetivo cumprimento das obrigações civis por todos os integrantes do pacto social.

Evidente que não se defende no presente estudo a mesma natureza de punição utilizada pelo sistema penal para o âmbito civil – *faixa jurídica onde se encontra o direito do consumidor* – muito pelo contrário, seria talvez esta a principal marca registrada da diferença de tratamento entre as duas searas. Em outras palavras, a diferença de natureza das punições seria um traço distintivo entre os dois campos e, nessa linha de raciocínio, restaria caracterizada a coação patrimonial para o cível e a pessoal para o penal. A distinção entre as duas esferas não precisa residir na presença ou ausência de punição, estes não seriam marcadores ou divisores de águas entre os dois sistemas, mas sim, em existindo a punição para ambos, a sua espécie seria o diferencial.

Partindo, portanto, do pressuposto de que a sociedade como um todo possui flagrante interesse no sentido de que todos os indivíduos cumpram espontaneamente com suas obrigações civis, sejam pessoas naturais ou jurídicas, desempenhando corretamente, desse modo, sua parte no pacto social, tanto no âmbito civil como penal. Não há motivo para estratificação do sistema jurídico em dois modelos tão distintos sob este prisma, o interesse no efetivo cumprimento das normas do ordenamento jurídico. Em outras palavras, não se pode falar em paz

social resultante do atendimento ao sistema jurídico somente para fins penais, alijando os fatos civis da órbita desse interesse social, até porque os eventos sociais se moldam dentro das duas searas. Desse modo, a pacificação social como fundamento da sanção estabelecida para a transgressão da norma penal também pode servir de fundamento para sancionar aquele que transgrida um preceito civil. No entanto, imperativo destacar, mais uma vez, que a natureza da sanção deve ser diversa – coação patrimonial para o cível e pessoal para o penal –, guardando, sempre, proporcionalidade e razoabilidade em face do ilícito perpetrado. Contudo, a finalidade dos dois elementos sancionadores – tanto penal quanto civil – teria semelhante escopo, punir o transgressor e inibir condutas semelhantes também pelos demais integrantes da sociedade em razão do exemplo, dessa maneira, prevenindo novas transgressões e, portanto, promovendo a pacificação das relações jurídicas. Extrai-se daí, portanto, a aplicabilidade tanto da função punitiva quanto da preventiva para a indenização decorrente de ilícito civil consumerista.

Em sendo utilizados os critérios acima tratados, e também as funções destacadas, seria alcançado um melhor equilíbrio na relação consumerista, com um distanciamento menor entre os sujeitos da relação jurídica de direito material: consumidor e fornecedor. Isso, em especial, se considerados os grandes fornecedores, como os destacados por este estudo, as instituições bancárias e as de telecomunicações, frente aos seus consumidores individuais. Nesse molde, restaria diminuída a flagrante vulnerabilidade destes últimos e, portanto, melhor equilibrada a relação de consumo que, aliás, é o desejo do ordenamento jurídico. Ademais, vislumbra-se, diante da função punitiva e preventiva um caráter de desestímulo às transgressões e, conseqüentemente, um maior cumprimento do ordenamento jurídico, com reforço da pacificação social nas relações consumeristas, cumprindo, portanto, a Política Nacional de Relações de Consumo e fazendo respeitar os direitos do consumidor, protegendo seus interesses por meio de uma política pública cuja ação governamental estaria, nesse particular, centrada na atuação do Poder Jurisdicional.

A investigação empírica demonstrou que os ilícitos civis consumeristas vêm aumentando com o passar dos anos, conforme levantamento realizado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio de

uma consolidação que abordou diversos grupos de fornecedores realizada pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC, tendo sido destacados para este estudo os concernentes aos assuntos financeiros e de telecomunicações. Isso, por si só, já faz denotar a necessidade da busca por soluções mais eficientes no trato consumerista a fim de alcançar uma desejável redução daqueles quantitativos, em vez de continuar numa constante elevação. Isso porque, considerada a função primordial do Estado como pacificador social, em especial por meio do Poder Judiciário, uma constante elevação no número de lides demonstra justo o contrário do desejável, bem como a rarefeita eficiência dos mecanismos atuais para o alcance daquele desiderato e, também, a necessidade de se buscar outros meios, outras soluções, outras abordagens, capazes de ampliar a aludida eficiência, sob pena de continuar falhando naquele papel pacificador.

Outro aspecto revelado pela investigação empírica foi o de existir um foco, não único, mas principal, nas decisões judiciais, considerado o Superior Tribunal de Justiça, em somente um dos polos da relação consumerista, o consumidor. Em outras palavras, os elementos fixadores do *quantum* indenizatório mais ponderados e evidenciados pelas decisões judiciais são aqueles decorrentes das características do consumidor, daí exsurgir-se, veementemente, o argumento da vedação do enriquecimento ilícito desse polo da demanda, sem, contudo, vislumbrar-se, mesmo que timidamente, o mesmo discurso em face do fornecedor. Ou seja, como o foco principal da decisão judicial encontra-se ordinariamente sobre os critérios que característicos do consumidor, por exemplo, o possível enriquecimento ilícito do fornecedor passa desapercibido, é até mesmo desconsiderado. Mister destacar que condenações singelas ou pouco significativas possuem a tendência de, com base no raciocínio econômico do custo-benefício, algo preponderante para a economia de comércio de bens e serviços, tornar ineficiente aquela condenação, na medida em que seu impacto não é percebido pelo fornecedor ou acaba por ser revertido em custo e agrega o preço do serviço ou produto e, em última análise, acabando por ser transferido para o consumidor.

Exsurge também da análise empírica um tabelamento judicial velado para os valores indenizatórios por parte do Superior Tribunal de Justiça, vez que as decisões judiciais são alimentadas por pesquisas jurisprudenciais da mesma

natureza que a utilizada por este estudo, por meio da ferramenta de pesquisa eletrônica da base de dados do tribunal, filtrando os arestos por temas ou assuntos. Assim, os julgadores acabam por estabelecer um ou mais paradigmas para determinados assuntos em que o valor indenizatório restou fixado em um certo montante e, desse modo, casos análogos acabam por serem padronizados em razão daqueles *standards*. Nessa sistemática, considerando o desafio do alto volume de demanda judicial enfrentada pelo tribunal, mesmo que involuntariamente, uma indústria de decisões acaba se formando por meio da utilização daqueles *standards* e essa sistemática acaba por caracterizar um tabelamento judicial, aonde a casuística é identificada e o padrão de condenação correspondente é identificado, com vistas a orientar as demais decisões de casos semelhantes. O próprio Superior Tribunal de Justiça admite esse tabelamento em sua própria página oficial na internet, como destacado acima, quando aponta os casos *standards*, a casuística e os respectivos valores indenizatórios.

A análise empírica também demonstrou que as decisões não fazem um cotejo analítico do caso concreto tomando por base todos os elementos fixadores do *quantum debeat* como ressaltado no capítulo dois. Em verdade, a imensa maioria dos casos o tribunal filtra os recursos destinados àquela Corte com fundamento em sua Súmula 7, abstendo-se, portanto, de reapreciar os fatos e as provas da lide; no entanto, admite uma pequena parcela, quando afasta a aplicabilidade daquele enunciado sob o argumento de a indenização fixada pelas instâncias inferiores ter sido exorbitante ou irrisória e, para tanto, vale-se do discurso do necessário atendimento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem, contudo, apontar em que medida ou por meio de qual critério aqueles princípios restaram violados. Limita-se a declarar, destarte, a violação principiológica e, utilizando-se dos *standards* já consagrados no aludido tabelamento velado, inclusive citando os precedentes nas novas decisões como parâmetro de fixação, declarando estar a decisão recorrida em situação superior ou inferior em relação ao *standard*. O discurso do infracional principiológico acaba por se transformar em uma retórica para que seja aplicada a tabela já consolidada e cada vez mais reafirmada pelos precedentes da Corte.

Do mesmo modo em que os precedentes foram fixados e continuam a ser replicados, nada impede que o tribunal se valha de sua jurisdição para reavaliar sua tabela e majora-la. Afinal, continuarão a desaguar os recursos naquela instância, trazendo casos análogos aos que já constam da tabela velada e outros que se equiparam por proximidade e, nestas oportunidades, por meio da adoção de um novo enfoque principal, as características do fornecedor, e não do consumidor – sem, no entanto, deixar de considera-lo, evidentemente – reforçar os valores indenizatórios com vistas a conferir maior ênfase nas funções punitivas e, especialmente, preventivas, da indenização. E essa majoração encontra amparo por diversas abordagens teóricas, das quais se destacam o raciocínio econômico adotado pelo fornecedor quando da gestão de seu negócio, em busca, sempre, de uma relação mais benéfica da equação custo-benefício, objetivando reduzir os custos a fim de majorar os lucros. Logo, tendo em vista que as indenizações judiciais acabam por integrar os custos, medidas administrativas tornar-se-ão desejáveis pelo fornecedor para evitar os ilícitos e, conseqüentemente, não sofrer condenações indenizatórias, um claro efeito preventivo da majoração do *quantum* indenizatório. Ainda dentro da mesma linha de raciocínio, uma preferência pela composição extrajudicial da lide poderá se mostrar mais atraente que a judicial, causando um outro impacto positivo, a diminuição da demanda judicial, não a curto, mas a médio e longo prazos. Ou seja, um possível resultado positivo de política pública.

Esse novo paradigma, caracterizado pela alteração do enfoque principal do julgador, do consumidor para o fornecedor, poderá também atrair críticas no sentido do velho argumento da criação de uma “indústria do dano moral” ou “indústria judicial de indenizações”, na medida em que o aumento dos valores indenizatórios poderiam estimular ainda mais os consumidores a procurarem defender os seus direitos contra as ilicitudes perpetradas pelo fornecedor. Por um lado isso é desejável, pois em última análise será um aumento na conscientização do cidadão na busca de seus direitos e, assim, um desenvolvimento de sua cidadania; mas também poderá se tornar uma oportunidade para aventureiros e uma porta ampliada para os litigantes de má-fé. Contudo, o sistema atual já possibilita esses desvios, o que exigirá do julgador um maior cuidado na produção das provas e na análise do caso concreto. No entanto, esse efeito colateral indesejável pode se mostrar menos maléfico para a sociedade que a perseverança e o constante

aumento dos ilícitos. Nessa perspectiva, não se defende uma majoração do *quantum* indenizatório para patamares astronômicos como as somas estratosféricas alcançadas pelo *common law* americano e seus *torts* com os *punitive damages*, até porque, os institutos são diversos, como já analisado e feitas as distinções em relação ao sistema normativo brasileiro e os contextos sociais também são diversos. Contudo, é de domínio público o maior respeito dos fornecedores norte-americanos para com os seus consumidores e isso é algo desejável por nossa sociedade. Assim sendo, o sistema americano serve somente como inspiração para a construção de novas e mais adequadas soluções à realidade brasileira, não como modelo a ser seguido e muito menos puramente replicado.

Quando se pensa em uma política pública, está sendo feita uma reflexão a respeito de uma determinada característica de uma comunidade delimitada em determinado contexto social que, por meio de uma possível intervenção *lato sensu*, pretende-se alcançar um resultado específico em prol da coletividade. Nesse sentido, e considerando a desnecessidade de novas regras jurídicas, portanto, sem a necessidade de novos comandos normativos e utilizando o ordenamento atual como já posto, bastaria uma mudança exegética por parte do julgador. Isso, adotando-se um novo paradigma, por meio do qual se observa a situação do consumidor, porém, prioritariamente, atenta-se para os parâmetros do fornecedor, considerado este como sendo o de grande porte, como ressaltado pelo recorte do presente estudo. Assim, fatalmente se conclui pela ineficiência das indenizações nos patamares atuais. E essa conclusão se extrai da comprovação trazida pelos dados colhidos, que demonstram uma constante ascendência dos números de litígios consumeristas. Se os valores atuais estivessem adequados haveria, ao menos, uma estabilização no número de lides, o que não é uma realidade atual. Uma nova abordagem, uma nova solução se mostra necessária, na tentativa de reverter o quadro presente em um futuro próximo, ainda que não de imediatos resultados.

Se a conduta humana é preponderante para a prática do ilícito, então ela se mostra como fator de indispensável reflexão. E, se as alterações de conduta podem ser consideradas como fruto de aprendizado, então aprender uma nova atitude é premissa a ser considerada por uma política pública. Desse modo, a

psicologia pode trazer ferramentas exegéticas importantes, como a aprendizagem pelas consequências, em que uma relação de causa e efeito é estabelecida para a alteração de comportamento. Em sendo assim, se a resultante almejada deriva do comportamento, em especial da mudança de uma conduta, as técnicas daquela área do conhecimento, a psicologia, podem fornecer ferramenta importante, como a aprendizagem por meio da punição, em que estudos comprovam a eficiência dessa relação de causa e efeito. Em outras palavras, a punição é meio de produção de aprendizado ou, de outro modo ainda, é capaz de motivar uma nova postura. Tem-se, portanto, a possibilidade de interferir positivamente em uma determinada sociedade na medida em que uma punição proporcional seja introduzida como ferramenta de produção um novo comportamento. Essa teoria aplicada ao desiderato do presente estudo aponta no sentido de ser justificável um incremento da punição com o fito de torna-la mais proporcional ao ilícito e, assim, propiciar uma alteração de comportamento, não só do indivíduo autor do ilícito, mas também daqueles que em condições análogas terão aquele precedente como referência a fim de pautar a sua própria conduta antes mesmo de praticá-la, um evidente fator preventivo.

Por fim, mister destacar que as alterações aqui defendidas não são de resultados rápidos, no curto ou até mesmo médio prazos, pois, como qualquer alteração social, depende de vários fatores e todos dependem de razoável lapso temporal. Primeiro, há de ser considerada a massa de indivíduos envolvida, o tempo necessário para a reiteração da solução proposta, a internalização das características do novo paradigma, o tempo necessário para a adaptação dos atores sociais envolvidos à nova realidade. Todos esses são fatores que interferem no resultado da nova política pública e, portanto, interferirão na obtenção do resultado almejado. E, um aspecto relevante advindo desses elementos de interferência é a possibilidade de correção de rumos ou adequação do montante indenizatório gradativamente, até o alcance do valor considerado como correto, o *quantum* adequado, capaz de produzir os resultados almejados, punindo proporcionalmente e prevenindo novos ilícitos ao menos na medida de estabilizar os números, impedindo o quadro de constante crescimento atual.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J. H. Mizuno, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1960.
- ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista Direito e Liberdade*, v. 7, n. 3, p. 237-274, Mossoró, jul./dez. 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- BRASIL, Avio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- CARNEIRO, Maria Francisca. Transdisciplinaridade na Pesquisa Jurídica. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 9, n. 1, p. 177-182, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed.. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o método do ensino jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 74, p. 119-138, jan. 1979.
- COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991.
- CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ERPEN, Décio Antônio. Indústria do dano moral. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 10 out. 1998.

ERDELYI, Maria Fernanda. Explode o volume de ações por danos morais no país. Consultor Jurídico, 21 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jul-21/explode_volume_acoes_danos_morais_pais> . Acessado em 7 mai. 2015.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. Dano moral. In: SANTOS, J.M. de Carvalho (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. v. 14.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Ano 22, volume 87, mai-jun/2013.

GHERSI, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.

GARRISON, Ray H.; NOREEN, Eric W. *Contabilidade Gerencial*. 9. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

HEYMAN, Steven J., Aristotle on political justice. *Iowa Law Review*, v. 77, n. 2, Iowa City: The University of Iowa College of Law, 1992.

KANT, Immanuel. The metaphysics of moral. *The Cambridge edition of the works of Immanuel Kant*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KROHLING, Aloísio. A busca da transdisciplinaridade nas ciências humanas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, Vitória, 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LIMA, Zulmira Pires de. Responsabilidade civil por danos morais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 83, jul. 1940.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 28, p. 15-32, jan.-mar. 2005.

MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito: Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p 233-258, jul/dez 2006.

MORRIS, Clarence. Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1931.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OWEN, David G. The moral foundations of punitive damages. *Alabama Law Review*, v. 40, n. 3, Tuscaloosa: The University of Alabama School of Law, 1989.

PIRES, Marília Freitas de Campos. Multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade na educação. *Revista Interface*. São Paulo: UNESP, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena*. São Paulo: Atlas, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Akiko. O que é transdisciplinaridade. *Rural Semanal*, n. 31/32, Rio de Janeiro: 1995.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. *Introdução à teoria da política pública*. Brasília: ENAP, 2006, v. 2.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 377, jan./fev. 2005, p. 175-204.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOZZO, Gonzalo. Riscos do desenvolvimento e sistema do direito de danos: para um Direito de Danos pluralista. *DIREITO, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*. Brasília: UniCEUB, UNITAR, 2006, p. 250-310.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

VASCONCELLOS, Marco Antônio S; GARCIA, Manuel Henriquez. *Fundamentos de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002.

VERGOTINI, Giuseppe de. *Derecho Consitucional Comparado*. 6. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

WILLIS, Hugh Evander. Measure of damages when property is wrongfully taken by a private individual. *Harvard Law Review*, v. XXII, n. 6, The Harvard Law Review Association, Cambridge, Mass., 1909.

WRIGHT, Richard W. Right, justice and Tort Law. *Philosophical foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, p. 167, 1995.

WRIGHT, Richard W. Substantive corrective justice. *Iowa Law Review*, v. 77, n. 2, The University of Iowa College Law, Iowa City, IA, 1992.
