

Dano moral nas relações de consumo. A função preventiva do dano moral no CDC

Cassio Pereira Brisola
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

A atuação na Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de São Roque nos colocou em contato diário com demandas envolvendo relações de consumo e a aplicação da Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nessa rotina, nos deparamos e vivenciamos, diuturnamente, as agruras pelas quais passa o consumidor, bem como a conduta, na maioria das vezes, indiferente dos fornecedores, desmentindo velho adágio popular de que “o consumidor sempre tem razão”.

É corriqueiro que pretensões simples de se resolver transformem-se em ações judiciais, movimentando todo o aparato do Poder Judiciário, revelando a insuficiência ou desprezo pela solução da controvérsia pela via administrativa.

Esse quadro nos perturbava, levando-nos a pensar em meios de se evitar maiores prejuízos aos consumidores, além de desestimular as práticas comerciais abusivas pelos fornecedores, em especial, as pequenas lesões individualmente consideradas, mas com potencial de enriquecer o fornecedor.

Inicialmente, nos debruçamos sobre a ideia do *punitive damages* importado do *civil law*, contudo, como se verá no desenvolver do presente trabalho¹, esta ferramenta é aplicada em situação diversa daquela enfrentada nos autos do processo individual.

¹ O estudo sobre *punitive damages* e suas hipóteses de aplicação serão vistos no capítulo 5 deste trabalho.

Assim, voltamos nossos estudos às funções da responsabilidade civil, observando a evolução da função meramente reparatória de um dano, para a função de prevenir fatos lesivos.

Aliás, a Carta Maior fixa como princípio a proteção do consumidor², enquanto o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos³.

Diante dessa ordem de ideias, no sistema de defesa do consumidor não é possível aguardar um fato lesivo para, em seguida, determinar a reparação, sob pena de se descumprir a Constituição e desobedecer à lei, impondo-se, sempre que se verifique a repetição de condutas abusivas que provoquem dano moral, a majoração de sua compensação a título preventivo.

1 – A proteção do consumidor

A proteção do consumidor é o principal objetivo da Lei nº 8.078/90, conforme reconhece Adalberto Pasqualotto⁴, sendo certo que a prevenção do dano é a melhor maneira de alcançá-lo, uma vez que após o fato lesivo resta apenas a reparação⁵.

A prevenção é medida essencial para se evitar danos de difícil reparação ou irreparáveis, como no caso da Talidomida⁶.

Por força das limitações deste trabalho, recomendamos ao leitor o trabalho da Prof^a. Teresa Ancona Lopez sobre o princípio da precaução na responsabilidade civil⁷.

² Artigo 5º, inciso XXXII.

³ Artigo 6º inciso VI.

⁴ RT 666/48.

⁵ A propósito, vale citar a lição de Bruno Miragem ao discorrer sobre o direito à prevenção de danos: "Neste sentido, prevenir significa eliminar ou reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado. No caso, o direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos indica aos demais destinatários da normas de proteção estabelecidas no CDC uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo. Tais deveres são determinados basicamente aos fornecedores e ao Estado. Aos primeiros como dever próprio, decorrente da sua condição de agentes econômicos no mercado de consumo. Já com relação ao Estado, tais deveres decorrem da norma constitucional impositiva de promoção da defesa do consumidor" (*Curso de Direito do Consumidor*, RT, p. 204).

⁶ Para maiores informações sobre a Talidomida, indicamos o site da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>.

⁷ Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Nessa quadra, a responsabilidade civil reveste-se de nova função: a de prevenir danos, revelando-se instrumento essencial para a proteção do consumidor (artigo 6º, inciso VI do CDC).

2 – Responsabilidade civil e suas funções no CDC

A responsabilidade civil, nas palavras de Cavalieri Filho, “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁸, sendo certo que no Código de Defesa do Consumidor ela vem “**fundada no dever e segurança do fornecedor** em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva”⁹, concluindo que o Código de Defesa do Consumidor “trouxe à lume uma nova área da responsabilidade civil – a responsabilidade nas relações de consumo –, tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo”¹⁰.

Diante desse novo ramo da responsabilidade civil, a primeira indagação que surge seria sobre a sua função¹¹.

Ousamos afirmar que a função da responsabilidade civil no âmbito da defesa do consumidor é, primordialmente, preventiva, diante da determinação de prevenção aos danos no inciso VI do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, pois a melhor forma de se proteger alguém é evitando que o dano ocorra.

⁸ *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

⁹ *Op. cit.*, p. 17.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 17.

¹¹ Segundo Nelson Rosenvald a responsabilidade civil teria quatro funções fundamentais: “a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; b) a função de repriminir o lesado ao status quo ante ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros” Prossegue afirmando que a proeminência de uma função sobre a outra dependerá do período histórico e do ambiente social, destacando que para Guido Alpa “as funções prevalentes no momento atual se reduzem a duas: a compensação da vítima e o desestímulo do ofensor” (*As funções da responsabilidade civil – a reparação e a pena civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.).

Thaís Goveia Pascoaloto Venturi entende ser necessária uma releitura das funções da responsabilidade civil frente a evolução da sociedade atualmente, afirmando que:

A superação do paradigma da responsabilidade exclusiva pelo passado e a preocupação com a responsabilidade pelo futuro está na base da construção da responsabilidade civil preventiva, fundamentando-a na medida em que cria renovadas perspectivas de atuação do sistema jurídico, não mais apenas para indenizar danos produzidos por comportamentos pretéritos, mas sobretudo medidas para evitar ou conter práticas passíveis de produzir danos ou fundado risco de danos sociais ou individuais graves e irreversíveis¹².

Desta feita, a responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo deve ter caráter preventivo, no intuito de se evitar novas lesões aos consumidores, através da fixação de compensações em valores mais elevados¹³.

Nesse passo, a prevenção deve ocorrer através da compensação por dano moral, quando este ocorrer, utilizando-se como critério para fixação do montante dela o caráter preventivo/dissuasório da responsabilidade civil¹⁴.

3 – A compensação preventiva

Pode-se questionar a elevação do valor da compensação do dano moral como forma de prevenir novos fatos lesivos, ante o aparente enriquecimento desproporcional à lesão sofrida, porém, não resta aos

¹² *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 201.

¹³ Vale citar a advertência do professor Fernando Noronha: “A função preventiva, ou dissuasora, é às vezes também chamada de “educativa”, mas parece que com ela o que se pretende não é propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor, é simplesmente coibir comportamentos danosos”. (Direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 464.).

¹⁴ DONNINI, Rogério. In: NERY, Rosa Maria Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 499.

magistrados outra ferramenta para proteger os consumidores de novos prejuízos, tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana.

Com efeito, em regra, o contrato de consumo é de adesão, ou seja, aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (artigo 54 da Lei nº 8.078/90).

Assim sendo, a prática nos revela que o fornecedor não estabelece cláusula penal no caso de seu inadimplemento contratual.

A previsão singela de devolução de valores não é sanção, mas o mero retorno das partes à situação anterior à contratação.

Não se deve olvidar, ainda, dos inúmeros contratos celebrados verbalmente, em que inexistente previsão de cláusula penal.

Logo, os juízes não terão como aplicar multa ao fornecedor pelo descumprimento do contrato e pela conseqüente lesão ao consumidor, limitando-se a recompor o *status quo ante*, deixando desatendido o preceito legal de prevenção de danos (inciso VI do artigo 6º do CDC).

Por sua vez, nas lesões decorrentes de ilícito extracontratual não será possível aplicar multa civil ante a ausência de previsão legal para tanto¹⁵.

Não se deve olvidar que a tutela coletiva¹⁶ dos consumidores ainda é feita de forma tímida pelos legitimados, sendo certo que algumas situações, que atingem diversos consumidores, não têm origem comum, afastando-se dos conceitos de direito difuso, coletivo ou direito individual homogêneo (artigo 81, parágrafo único, incisos I a III do CDC).

Por exemplo, clientes de diversos bancos que são vítimas de fraude em caixa eletrônico, clonagem de cartão ou contratação de empréstimo com documento falso.

Essa gama de consumidores atingidos por fatos singulares, mas que ocorrem com frequência, não está acobertada pela tutela coletiva, buscando o judiciário para a reparação dos danos suportados através de ações individuais.

¹⁵ Nelson Rosendal adverte: “somos peremptórios no sentido de que só haverá pena civil aquiliana no Brasil com reconhecimento pelo legislador em norma específica” Op. cit., p. 204.

¹⁶ Ver Lei nº 8.078/90, artigos 81/100. Na doutrina, Sérgio Cavalieri Filho, Claudia Lima Marques e Luis Antônio Rizzatto Nunes.

Nessa seara, o magistrado ao reconhecer que determinado inadimplemento contratual ou prática comercial abusiva levou à lesão do patrimônio imaterial do consumidor, deverá condenar o fornecedor a reparar o dano, considerando no arbitramento da compensação o caráter preventivo, com o escopo de se evitar que outros consumidores sejam lesados.

3.1 – Indústria do dano moral ou a Indústria do desrespeito ao consumidor

Nem se alegue a existência de “indústria do dano moral”, pois, se inúmeros consumidores postulam indenização por lesão decorrente de reiterada prática comercial insatisfatória, temos um verdadeiro desrespeito ao ordenamento jurídico, com prejuízo para a parte mais vulnerável da relação, qual seja, o consumidor¹⁷.

As hipóteses de reconhecimento do dano moral, além dos critérios para aplicar a função preventiva, serão analisadas a seguir.

4 – Dano moral. Conceito. Distinção de mero contratempo. Prova. Critério de avaliação

O dano moral é aquele que afeta o patrimônio imaterial de uma pessoa, como o seu bom nome, a sua tranquilidade, intimidade, vida privada, honra, imagem, etc.

A reparação do dano moral foi reconhecida pelo legislador constituinte como garantia fundamental (artigo 5º, V e X da Carta Magna), havendo previsão de reparação tanto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VI), quanto no Código Civil (artigo 186).

O conceito do dano moral não foi dado pelo legislador, restando à doutrina e à jurisprudência a sua conceituação.

¹⁷ Como adverte Rogério Donnini: “Propaga-se a falsa ideia de uma “indústria das indenizações” que, em verdade, não existe, pois o que se constata é uma frequente e desmesurada violação de direitos por parte do Estado, dos fornecedores, nas relações entre particulares e, em vários casos, a fixação de valores indenizatórios que contrariamente ao princípio *neminem laedere*, incentiva novos eventos danosos. Não raro, grandes empresas deixam de investir em segurança de seus produtos ou serviços, cientes dos baixos valores fixados nas ações de reparação de danos. Estamos, assim, diante de uma “indústria das lesões”. Op. cit., p. 499.

Diante das limitações deste trabalho, não iremos nos estender sobre a evolução do conceito de dano moral, adotando a conclusão de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸.

4.1 – Distinção entre dano moral e mero contratempo

Neste ponto, vale fazer a distinção entre o dano moral e o mero contratempo decorrente do inadimplemento contratual.

A vida moderna nos oferece diversas facilidades como telefone celular, *internet*, mensagens instantâneas, redes sociais, etc., porém, a tecnologia não é capaz de eliminar situações desagradáveis, decepcionantes ou frustrantes.

Embora os negócios possam ser celebrados em qualquer parte do mundo através da rede mundial de computadores, além de contarmos com enormes centros de processamento de dados, o fator humano não foi eliminado e, como se sabe, o homem por natureza é falível.

Portanto, surge a necessidade de diferenciar o mero descumprimento do contrato e o dano moral¹⁹.

Para distinguir o mero contratempo e o dano moral diante de um caso concreto, o intérprete deverá perquirir se o fato foi relevante a ponto de desestabilizar emocionalmente o consumidor ou se revelou simples desconforto passível de ser suportado sem maiores prejuízos ou inconvenientes.

Não pretendemos exaurir as condutas comerciais lesivas, ante a infinita gama de situações passíveis de ocorrer, porém, em razão de nossa experiência profissional no Juizado Especial Cível, notamos que os fornecedores adotam posturas abusivas que devem ser reconhecidas como causadoras de dano moral quando presente a inércia, o descaso,

¹⁸ *Danos à pessoa humana* – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 157-158.

¹⁹ Artur Rollo adverte que: “Não devemos confundir, portanto danos morais de pequena monta com meros aborrecimentos. A ofensa à honra, ainda que não tenha grande repercussão, deve ser indenizada. Meros aborrecimentos são acontecimentos do cotidiano, que aconteceriam independentemente da ação do ofensor, ou, ainda, são comportamentos do fornecedor que devem ser suportados pelo consumidor e que, por isso mesmo, não geram indenização. Por isso mesmo, não devem ser indenizados, até porque falta o nexo de causalidade.” (*Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.).

a reiterada ocorrência do mau funcionamento de um produto ou da má prestação de um serviço, o abuso da posição contratual, a injustificada resistência na solução de um problema, a cobrança repetida de dívida já paga ou inexistente, etc.

Vale destacar situação corriqueira em que o consumidor entra em contato com o fornecedor apresentando uma reclamação dando início a verdadeira jornada épica, uma vez que este fixa e descumprer reiteradamente prazos, forçando aquele a procurar o PROCON, bem como o Poder Judiciário para solucionar questão simples, a qual o bom senso recomendaria rápido e eficiente atendimento²⁰.

Diante de tais hipóteses, acreditamos que deve ser reconhecido o dano moral.

Quando o fornecedor ao ser comunicado de uma falha do produto ou serviço o resolve com presteza e dentro do prazo legal (artigo 18, § 1º do CDC), ou mantém o consumidor informado sobre eventual atraso na entrega de uma mercadoria, não se estará diante do dano moral²¹.

Diante desse quadro, para distinguir o mero contratempo do dano moral decorrente do inadimplemento contratual, revela-se importante identificar se houve a perda do tempo útil do consumidor para resolver o problema, como ocorre nas longas esperas nos serviços de atendimento ao cliente (SAC), ter procurado o fornecedor por diversas vezes sem sucesso, ou, ainda, realizar longos deslocamentos na tentativa de ver acolhida sua pretensão²².

Não se pode aceitar que o consumidor perca horas ao telefone aguardando para ser atendido de forma precária pelo fornecedor.

O serviço de atendimento deve ser efetivo, rápido e atencioso com o consumidor²³.

Portanto, para se distinguir o mero contratempo do dano moral, o juiz deverá analisar o comportamento do fornecedor, considerando se sua conduta contribuiu para a rápida e eficiente solução do problema

²⁰ Artur Rollo pontua que: “A péssima qualidade dos serviços prestados justifica a proliferação de demandas e os crescentes pedidos de indenização dos danos morais. O descaso reiterado de certas empresas com os consumidores extravasa a linha do mero aborrecimento, desencadeando muitas vezes o dever de indenizar os danos extrapatrimoniais configurados”, op. cit., p. 60.

²¹ ROLLO, Artur. Op. cit. p. 59.

²² DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 130.

²³ ROLLO, Artur. Op. cit., p. 61.

ou se ele, diante da reclamação, se omitiu, postergou ou dificultou a vida do consumidor²⁴.

Para tanto, recomendamos aos juízes a colheita do depoimento pessoal do consumidor em audiência, com o escopo de apurar o reflexo do fato em sua vida, além da conduta do fornecedor após ser informado do inadimplemento contratual, para poder bem identificar as situações de mero contratempo cotidiano e aquelas que configuram o dano moral.

4.2 – Prova do dano moral

A existência do dano é um dos requisitos da responsabilidade civil para se condenar alguém a compensar a lesão moral, impondo-se a prova dele.

O dano material é fácil provar por deixar marcas, ante a alteração da fática do bem lesado, por exemplo, o dano a um veículo envolvido num acidente de trânsito, a demolição de um muro, etc.

Por sua vez, o dano moral não deixa marcas, não é visível, nem pode ser medido, uma vez configurar lesão a patrimônio imaterial²⁵.

Diante desse cenário, firmou-se entendimento jurisprudencial de que o dano moral decorre “*in re ipsa*”, pois “não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam” (REsp 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, DE 09/12/1997).

Depreende-se da lição acima, que o fato para configurar lesão ao patrimônio imaterial deve causar reflexos negativos no ânimo da pessoa ou repercutir de forma grave nos seus direitos da personalidade.

²⁴ André Gustavo Corrêa de Andrade ao questionar sobre como separar o dano moral do “mero” contratempo afirma que: “A resposta a tal indagação encontra-se não na reação da vítima – afinal, essa pode ser mais ou menos sensível à violação de um direito –, mas no comportamento do contratante inadimplente, que, muitas vezes, age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para o direito alheio. O aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos que ordinariamente já acometem aquele que vê descumprida uma obrigação pactuada em muitos casos são agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante”. (*Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 96.).

²⁵ Rui Stoco afirma que: “Sob esse aspecto, porque o gravam no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material” (*Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev., atual. e reform. com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. II, p. 972.).

Há fatos, que pela sua própria gravidade, como a morte de um filho, dispensam a prova desse reflexo negativo; outros, contudo, como os decorrentes de inadimplemento contratual, dependem de prova²⁶ daquelas consequências lesivas à honra (perturbação da tranquilidade ou ofensa aos direitos da personalidade)²⁷.

Portanto, quando o fato alegado como lesivo ao patrimônio imaterial se situar numa zona cinzenta, não autorizando de imediato o reconhecimento ou o afastamento do dano moral, o magistrado deverá instruir o processo, permitindo ao consumidor fazer prova da repercussão negativa daquele em sua vida.

4.3 – Avaliação da compensação pelo dano moral

Diante do reconhecimento de que o consumidor sofreu dano moral surge outro grande dilema: como quantificar o valor da compensação pela lesão?

A dificuldade inicia-se pela ausência de parâmetro para avaliar o dano moral.

O Código Civil disciplina que a indenização mede-se pela extensão do dano (artigo 944).

Ocorre que não há régua para medir a lesão à honra, ao bom nome, à tranquilidade, ao sossego, etc.²⁸

De sorte que o critério do artigo 944 do Código Civil não deve ser utilizado como paradigma na fixação da compensação por dano moral, pois se visa aliviar, minorar, retribuir a lesão sofrida, não se tratando de reparação da ofensa.

Por essa razão, entendemos não ser apropriado o termo indenização do dano moral, mas compensação²⁹.

²⁶ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83.

²⁷ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 974.

²⁸ ROLLO, Artur. *Op. cit.*, p. 64.

²⁹ Nessa linha, Arnaldo Rizzardo afirma que: “Na verdade, a reparação não passa de uma compensação que se faz em face da dor, da tristeza, do sentimento de ausência, do vexame sofrido, da humilhação, do descrédito resultante de informes inverídicos divulgados, do abalo do ânimo que determinados fatos trazem às pessoas. Não existe um *minus patrimonial*, mas a sensação desagradável, dolorida, amarga, frustrante, o sentimento de falta ou ausência, a perda da credibilidade, o abalo da disposição, e outros, estados anímicos, que se procura não afastar, nem substituir, e sim

Desta feita, na fixação do quantum compensatório deverão ser observados: a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos, além do caráter de prevenção de danos futuros, o qual será analisado de forma pomenorizada no capítulo seguinte.

5 – Dano moral nas relações de consumo

Neste capítulo iremos distinguir a função preventiva da responsabilidade civil da função punitiva, além de traçar parâmetros para aplicação da prevenção, elevando-se o montante da compensação pelo dano moral.

5.1 – Prevenção x Punição

Muito se afirma sobre a função punitiva da condenação pela ofensa ao patrimônio imaterial de alguém³⁰.

A ideia de punição foi trazida do sistema de *Common Law*, em que é comum a figura do *punitive damages*.

André Gustavo Corrêa de Andrade elaborou excelente trabalho de pesquisa sobre o tema, ao qual remetemos o leitor para um estudo mais aprofundado sobre a origem do *punitive damages*³¹, conceituando-o como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”³².

O citado autor relaciona como pressupostos da indenização punitiva, a ocorrência do dano moral, a culpa grave do ofensor e a obtenção de lucro com o ato ilícito³³, em seguida elenca as situações em que não se justifica a indenização punitiva, como na existência de culpa leve e

colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência ou sensação, para que se desfaça a situação criada ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível” (*Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 254.).

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 217-219.

³¹ Op. cit., p. 169.

³² Op. cit., p. 186.

³³ Op. cit., p. 261-269.

na responsabilidade objetiva, pois o fundamento, neste caso, seria o risco proporcionado por uma dada atividade, de sorte que “a ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente o fundamento da sanção de natureza penal”³⁴.

Sobre o tema, Marcelo Benacchio afirma que: “Em virtude de sua finalidade, a função punitiva da responsabilidade civil apenas tem aplicação nos casos de responsabilidade subjetiva, diante de dolo ou culpa grave, nos demais casos, incluídas todas as hipóteses de responsabilidade objetiva, haverá apenas função reparatória ou compensatória, porquanto não há sentido na punição de comportamentos sem vinculação psicológica”³⁵, ressaltando a possibilidade de aplicação da indenização punitiva nos casos de responsabilidade civil quando se estiver diante de dolo ou culpa grave do ofensor, cabendo ao autor da ação a prova dessas circunstâncias³⁶.

Diante desse quadro, entendemos não ser apropriado atribuir ao dano moral decorrente de relação de consumo a função punitiva, pois nessas controvérsias a responsabilidade do fornecedor é objetiva, bem como em muitas das situações ensejadoras de ações judiciais dificilmente se reconhecerá o dolo ou culpa grave do fornecedor.

Assim, apenas excepcionalmente será aplicada a função punitiva nos casos de lesão ao patrimônio imaterial do consumidor.

Contudo, no cotidiano forense apresentam-se inúmeros inadimplementos contratuais nas relações de consumo – responsabilidade objetiva, em que não é possível reconhecer dolo ou culpa grave, mas que configuram dano moral.

Difícilmente será reconhecido dolo de um fornecedor que deixar de entregar o produto comprado pelo consumidor ou culpa grave pela má prestação de um serviço, inevitavelmente será necessária prova técnica, custosa e de difícil produção para o consumidor, que se verá desestimulado a buscar seu direito.

Nesses termos, a compensação por dano moral nas relações de consumo deverá ter cunho preventivo, quando se verifique a existência

³⁴ Op. cit., p. 270.

³⁵ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 654.

³⁶ Op. cit., p. 270.

de lucro com o ato ilícito, abuso de direito, descaso com o consumidor, reiteração de conduta, empresa grande litigante no judiciário, sendo inapropriado falar em punição, na forma de *punitive damages*.

5.2 – Critérios para aplicação da prevenção na indenização por dano moral

O aspecto preventivo da compensação por dano moral não deve ser aplicado a toda e qualquer lesão, sob pena de se banalizar o instituto, bem como somente se deve prevenir aquilo que pode se repetir no futuro.

Destarte, a função preventiva do dano moral requer a presença, no caso concreto, de circunstâncias que revelem a possibilidade de o fato vir a ocorrer novamente, a reprovabilidade da conduta, o lucro ilícito e o abuso de poder do fornecedor.

5.2.1 – Grandes litigantes

Sempre que se discutem os motivos da lentidão do Poder Judiciário vem à tona a questão das demandas de massa e a existência de grandes litigantes.

São considerados grandes litigantes o Poder Público e as grandes empresas que figuram reiteradamente em demandas judiciais³⁷.

O foco deste trabalho será nas grandes empresas que fazem do Judiciário sua central de atendimento ao consumidor.

Tal afirmação decorre da constatação de que muitas empresas prestam um péssimo serviço de pós-venda, deixando de oferecer ao consumidor canal de comunicação ágil e eficaz para solução das falhas que ocorrem após a aquisição do produto ou da prestação do serviço.

É recorrente a afirmação dos consumidores de que procuraram os fornecedores, através do serviço de atendimento, porém não obtiveram resposta satisfatória ou sequer conseguiram concluir a reclamação.

³⁷ Pesquisa do CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, acesso em: 4 maio 2015.

O Min. Luis Felipe Salomão afirmou, em entrevista à revista *Consultor Jurídico*, concedida para a composição do Anuário da Justiça Brasil 2013, que “é mais fácil apelar à Justiça que manter um *call center*”³⁸.

De acordo com o *ranking* elaborado pela Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça, bancos e empresas de telefonia representam 24,5% dos processos em tramitação no país³⁹.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou, em 2011, pesquisa sobre os 100 maiores litigantes, apontando que no âmbito da Justiça Estadual os bancos são responsáveis por 54% das ações distribuídas, e as empresas de telefonia por 10%⁴⁰.

Portanto, uma vez reconhecida que a empresa figura, frequentemente, como parte nas ações judiciais, sendo reconhecido que o fato narrado pelo consumidor provocou dano moral, o magistrado deve considerar o caráter preventivo na fixação do montante compensatório.

5.3 – Lucro ilícito

O descumprimento contratual pelo fornecedor pode, em muitas vezes, implicar em seu benefício patrimonial, por exemplo, ao efetuar cobrança indevida.

Uma empresa com milhões de consumidores que descontar de cada um deles R\$ 1,00 (um real), auferirá vantagem milionária.

Evidentemente que o Judiciário não pode autorizar referida conduta, devendo preprendê-la.

Nessa ordem, se a exação sem justa causa acarretar dano moral ao consumidor, configurando, ainda, lucro ilícito ao fornecedor, a compensação deverá ser elevada, como forma de prevenir que a mesma conduta seja repetida contra outros consumidores.

Os fornecedores podem adotar condutas que não só são lesivas aos consumidores, mas que lhes proporcionam lucro.

³⁸ Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100276156/e-mais-facil-ape-lar-a-justica-que-manter-um-call-center>>, acesso em: 16 abr. 2014.

³⁹ Dados extraídos do *Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ed. n. 161, p. 9, set. 2014.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_liti-gantes.pdf>, acesso em: 4 maio 2015.

Como dito acima, a cobrança indevida de R\$ 1,00 de todos os clientes de um grande fornecedor pode resultar em soma milionária⁴¹.

O arbitramento de compensação preventiva serviria como desestímulo de prática comercial abusiva, encorajando o fornecedor a implementar a proteção ao consumidor⁴².

Assim, diante de uma situação lesiva ao patrimônio imaterial do consumidor, além de propiciar lucro ilícito ao fornecedor, o juiz deverá aplicar o critério preventivo do dano moral, elevando o valor da compensação.

5.4 – Abuso de poder

A relação de consumo é desbalanceada, ante a posição mais forte do fornecedor que impõe o preço, estabelece os termos do contrato (de adesão) e detém maior poder econômico.

Por essas razões, a Carta da República determina a proteção do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), bem como a Lei nº 8.078/90 trouxe mecanismos para equalizar a relação fornecedor x consumidor.

Malgrado a garantia constitucional e a proteção legal, infelizmente, os fornecedores abusam de sua posição contratual sujeitando os consumidores aos seus “caprichos”, desmandos e prepotência.

Essa situação é percebida no cotidiano forense, em razão das inúmeras ações sempre contra os mesmos fornecedores por fatos idênticos.

Por exemplo, é comum ações contra empresa de telefonia, em que ela oferece um serviço (*internet*) para o consumidor, inicia a cobrança por ele, porém não o presta sob a alegação de não estar disponível na região onde a residência se localiza.

⁴¹ Andre Gustavo Correa de Andrade destaca que: “Para alcançar um ganho, algumas empresas não hesitam em desconsiderar contratos, certas de que a sanção reparatória que eventualmente lhes será imposta configura um preço mais do que satisfatório pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem. Desrespeitam a liberdade contratual, violando a liberdade de não contratar e de negociar as bases do contrato, e transformam a responsabilidade civil em uma ilegítima forma de expropriação privada de um bem pelo preço de mercado deste, com a vantagem, para o ofensor, de que esse preço será pago de forma diferida, ao final de um longo processo judicial”. (Op. cit., p. 252.).

⁴² ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 89.

Outra situação que se repete com frequência é a falha na prestação de serviço de telefonia móvel ou a cobrança de valor indevido na fatura.

Em alguns casos, o próprio fornecedor recomenda o cancelamento do serviço e a contratação de outro novo para solucionar o problema do consumidor.

Evidente que essa proposta se revela incompreensível e ilógica, além de dificultar a vida do consumidor desnecessariamente.

Por mais que se fixe multa para forçar o cumprimento da obrigação, os fornecedores restam inertes, alegando ser impossível alterar o “sistema”, postulando ao final a redução daquela por se revelar desproporcional ao dano suportado pelo consumidor, conforme reconhecido na Reclamação nº 7.861/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11/09/2013, DJe 06/03/2014).

Como se vê, os fornecedores atuam com abuso de poder em prejuízo do consumidor.

Sobre o conceito de abuso do direito, o estimado Alexandre Guerra, em excelente obra sobre a responsabilidade civil por abuso do direito, traz a definição de Renan Lotufo, para quem “o abuso do direito é o abuso de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”⁴³.

Referida lição retrata exatamente o que afirmamos acima, ou seja, os fornecedores excedem os limites da boa-fé, da razoabilidade e do mandamento legal, praticando indiscutível ato ilícito.

Importante destacar a lição de Bruno Miragem ao analisar o abuso do direito nas relações de consumo, afirma ser dispensável a ocorrência de dano para o reconhecimento daquele⁴⁴.

Diante da gravidade do ato decorrente de abuso do direito, a compensação deve ser elevada como forma de prevenir a repetição daquele com outros consumidores (artigo 6º, inciso VI do CDC).

⁴³ *Responsabilidade Civil por abuso do direito*: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

⁴⁴ *Abuso do direito* – ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 243.

5.4.1 – Enriquecimento desproporcional

O enriquecimento desproporcional é preocupação recorrente quando se discute o valor da compensação pelo dano moral, tanto que o E. Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a restrição de sua Súmula nº 7⁴⁵ para analisar o montante arbitrado a esse título, conforme AgRg no REsp 1107801/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 28/04/2015.

Importante destacar o uso impróprio da expressão “enriquecimento ilícito” como critério para a fixação do dano moral.

Com efeito, o enriquecimento ilícito ou sem causa ocorre quando alguém recebe quantia sem justa causa, ou sem relação jurídica com a pessoa suporta a diminuição patrimonial⁴⁶.

Nesses termos, o valor recebido a título de compensação pelo dano moral nunca pode ser conceituado como enriquecimento sem causa ou ilícito, pois decorre de lesão ao direito da personalidade da vítima, existindo nexo de causalidade e justa causa entre o enriquecimento e o empobrecimento das partes envolvidas⁴⁷.

Por isso, optamos por denominar enriquecimento desproporcional a fixação da compensação pelo dano moral quando exagerado ou desmedido, se comparado à lesão suportada pela vítima.

Vale lembrar, que sempre haverá enriquecimento da vítima do dano moral, ante o caráter imaterial deste, e a forma de reparação ser pecuniária.

Contudo, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade não podem prevalecer quando se fizer necessária a aplicação da indenização preventiva, pois ela será superior ao dano, no intuito de se evitar que o fato lesivo se repita com outros consumidores.

Como analisado no tópico anterior, o fornecedor pode adotar prática comercial abusiva que lhe acarrete acréscimo patrimonial em prejuízo ao consumidor.

Não se deve olvidar que lesões de pequena expressão econômica acabam sendo deixadas de lado pelos consumidores ante a dificuldade e o tempo gasto para exercer o direito de reparação.

⁴⁵ Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

⁴⁶ NANNI, Giovanni. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224.

⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 196-197.

É comum o comportamento de consumidores em aceitar uma cobrança indevida, diante da recusa do fornecedor em estorná-la, pois, precisará procurar o PROCON ou o Poder Judiciário para fazer valer seu direito, sendo certo que o tempo despendido para tanto não compensaria o valor pago sem justa causa⁴⁸.

Nessa ordem de ideias, diante do princípio constitucional de proteção do consumidor, além da previsão legal de prevenção de danos aos consumidores, o magistrado diante do lucro ilícito do fornecedor e o enriquecimento desproporcional do consumidor, deve escolher a segunda como forma de atender os preceitos acima mencionados⁴⁹.

Pode soar estranho para a doutrina tradicional da responsabilidade civil a fixação de compensação superior à lesão sofrida, porém, como dito no capítulo anterior, a tutela constitucional e legal do direito do consumidor instituiu um novo ramo da responsabilidade civil com princípios próprios, exigindo uma revisão dos conceitos doutrinários para a efetiva proteção do consumidor e prevenção de danos.

Vale consignar, que não se está defendendo a concessão de indenizações milionárias como se vê nos Estados Unidos da América, mas a elevação do montante do dano moral com o escopo de prevenir a lesão a outros consumidores.

Como adverte Rui Stoco: “Ninguém deve receber a título de dano moral quantia que, com a só força do próprio trabalho, não conseguiria amearhar ao longo da sua vida”⁵⁰.

A jurisprudência vem acolhendo essa lição, de sorte que não se observa compensações milionárias por dano moral nas relações de consumo.

O festejado Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ao analisar a jurisprudência do E.STJ sobre o quantum arbitrado a título de indenização pelo dano moral decorrente de negativação indevida afirma que: “De acordo com esses precedentes, pode-se estimar que um montante indenizatório razoável para o STJ situa-se na faixa entre 20 e 50 salários mínimos” (Recurso Especial nº 1.152.541 – RS (2009/0157076-0)).

⁴⁸ ROLLO, Artur. Op. cit., p. 75.

⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 108.

⁵⁰ Op. cit., p. 996.

Como se vê, o valor atribuído ao dano moral não se revela um prêmio de loteria, capaz de alterar significativamente a vida do consumidor a ponto de deixar de trabalhar ou alterar sua classe social, portanto, ainda que se considere o caráter preventivo do dano moral, a compensação não implicará em enriquecimento desproporcional do consumidor.

Conclusão

Nas relações de consumo exige-se maior cuidado e atenção na análise de condutas lesivas, pois a repetição delas pode afetar milhões de consumidores, trazendo insegurança jurídica, além de enfraquecer o próprio mercado consumidor.

Um dano de menor monta, se considerado individualmente, pode gerar lucro ilícito para o fornecedor e prejuízo para incontáveis consumidores, os quais podem ter dificuldade ou mesmo desistir de defender seus direitos, face o pequeno reflexo econômico dele e o custo (não somente monetário, mas de tempo) para o seu exercício.

Porém, não se admite que pessoas sejam lesadas.

Portanto, a melhor forma de se proteger o consumidor é aplicar medidas preventivas, ainda que importem em enriquecimento desproporcional ao dano suportado, pois este ainda será muito menor do que o lucro ilícito obtido pelo fornecedor que se aproveita de prática comercial abusiva.

Destarte, uma vez reconhecido que a conduta do fornecedor provocou dano moral ao consumidor, a compensação deste deve ser mais elevada, com o escopo de se evitar novos danos.

Assim atuando, os magistrados demonstraram aos fornecedores ser desinteressante a adoção de conduta abusiva contra os consumidores, levando-os a repensar sua forma de agir no mercado de consumo.

Bibliografia

- ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Dano moral & indenização punitiva – os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BENACCHIO, Marcelo. In: LOTUFO, Renan et al. (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Da responsabilidade civil das preferências e privilégios creditórios. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. XIII.
- DONNINI, Rogério. In: NERY, Rosa Maria Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 499.
- GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito – entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito* – ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana* – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa* – de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Revista dos Tribunais*, n. 666, p. 48, abr. 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito das obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo* – dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo – distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípio da reparação integral* – indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* – doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. II.