



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KELEN ROBERTA DA SILVA GARCIA OLIVEIRA

**A VALORAÇÃO DO DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO
ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**BARBACENA
2017**

A VALORAÇÃO DO DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Kelen Roberta da Silva Garcia Oliveira¹
Cristina Prezoti²

RESUMO

O presente artigo tem como foco a aplicação punitiva do dano moral nas relações entre consumidor e fornecedor, sob a égide da Lei 8.078/90. Para tanto, esse trabalho se desenvolve por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, apresentando um breve relato histórico sobre o Direito do Consumidor no Brasil, bem como, visa analisar o conceito de consumidor e fornecedor, os direitos básicos daquele, o (des) equilíbrio da relação consumerista e por fim, confronta a questão da banalização do dano moral na busca de recursos financeiro fáceis com a necessidade de se aplicar indenização com caráter puramente compensatório e punitivo. Destaca-se a importância da valoração do dano moral feita pelo magistrado, apreciando o caso concreto e suas circunstâncias, sendo impossível tabelar o valor a ser dado, ilustrando o trabalho com a jurisprudência dominante com o fito de comprovar que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade têm permeado a maioria das decisões judiciais.

Palavras-Chave: Consumidor. Equilíbrio. Dano moral. Indenização punitiva.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto, tratará sobre a indenização punitiva do dano moral no âmbito das relações de consumo, abordando as suas finalidades preventiva e punitiva.

Objetiva-se explicar que a indenização por danos morais não tem apenas o objetivo de compensar o dano causado à vítima, servindo também como prevenção contra a prática de novos ilícitos e principalmente, como punição do ofensor.

A relação de consumo é naturalmente desequilibrada: de um lado, o consumidor com sua hipossuficiência econômica e técnica, e do outro, o fornecedor que detém um aparato tecnológico, financeiro e jurídico a sua disposição.

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena/MG – E-mail: kelenrsgo@yahoo.com.br

² Professora orientadora. Professora Especialista e Docente da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Barbacena MG – E-mail: cristinaprezoti@unipac.br

Assim, diante dessa vulnerabilidade do consumidor é certo que somente mediante imposição legal, o fornecedor passou a lhe disponibilizar produtos e serviços com qualidade e segurança mínimas, haja vista, que investimentos nesses quesitos reduz a margem de lucro do fornecedor.

Não obstante, mesmo diante dos direitos consagrados ao consumidor, os fornecedores continuam desrespeitando as obrigações legais, não zelam pela correta emissão dos dados dos seus clientes, não entregam ou consertam os produtos no prazo estabelecido, não respeitam o direito de arrependimento para compras fora do estabelecimento, aplicam juros absurdos nas operações financeiras, e ainda permitem que serviços sejam contratados por falsários em nome de outros.

Diante de tantas abusividades nas relações de consumo, o instituto do dano moral ganhou força nos últimos anos, estando inclusive previsto como direito básico do consumidor. Todavia, sob a sombra da teoria da banalização de tal instituto, os magistrados nem sempre conferem ao dano moral seu devido valor, e se esquecem de que a indenização deve ser punitiva, encontrando o consumidor, barreiras como a Súmula 385 do STJ, para ser compensado pela falha na prestação de serviços do fornecedor.

Assim, este trabalho busca também, demonstrar que a infração aos dispositivos do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, deve ser punida como forma de equilibrar as prestações entre consumidor e fornecedor, haja vista que a aquele não possui meios eficientes e eficazes para obrigar o fornecedor a cumprir seus deveres, enquanto este por sua vez, utiliza-se da cobrança de juros, multas, restrição do CPF, etc., para punir de imediato o consumidor.

2 A TRAJETÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Em nosso país, foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que fez surgir um direito do consumidor sistematizado, uma vez que antes do texto constitucional havia apenas leis esparsas.

Mas foi em 11 de setembro de 1990, quando passou a vigorar a Lei 8.078, que a relação entre fornecedores e consumidores de bens e serviços ganhou novos rumos e, principalmente, trouxe a ambos uma consciência mais presente das obrigações e direitos que cada qual conserva.

Segundo Neto (2011, p.7) o Código de Defesa do Consumidor surgiu para atender os requisitos dos artigos 5º, inciso XXXII e artigo 170 inciso V, ambos da CF e artigo 48 dos

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, pois até então, não existia em nosso ordenamento qualquer legislação que garantisse proteção ao consumidor, estando a relação de consumo tão somente subordinada ao Código Civil de 1916.

Sendo assim, conforme menciona Neto (2011) o consumidor que adquirisse qualquer produto ou prestação de serviço que apresentasse algum defeito, estava subordinado a liberalidade do fornecedor em relação à troca do produto ou à execução do serviço.

Diante de tal situação, surgiu a necessidade de proteger o consumidor, tendo em vista sua flagrante fragilidade na relação de consumo.

Assim, tem-se demonstrado que o Código de Defesa do Consumidor teve como objetivo, compilar as normas esparsas e enraizar os referidos princípios, a partir dos quais se busca propiciar o efetivo exercício da cidadania, definindo e sistematizando muitos aspectos do direito público e privado, significando muitas conquistas aos consumidores que deixaram de ser ao menos sob o aspecto de proteção legal – hipossuficientes e vulneráveis.

Ainda há de se mencionar a importância da criação de órgãos de proteção ao consumidor, todos com seu relevante papel no intuito de garantir os direitos e preservação da tutela contra o abuso do poder econômico, desempenhando funções de extrema relevância na defesa de interesses individuais e transindividuais, coletivos e difusos.

Enfim, tem-se que a história do direito do consumidor é repleta de conquistas, sendo sua conquista maior, a nova consciência por parte de fornecedores de produtos e serviços e consumidores, estabelecendo uma relação de consumo mais segura e equilibrada, impondo-se além das prerrogativas de cada uma das partes, as suas obrigações e responsabilidade.

Tal fato, trata-se de uma história em constante mudança, pois as conquistas não param por aqui, e certamente, a cada nova necessidade, corresponderá à assunção de novas políticas e diretrizes, o importante seria que todos os fabricantes, vendedores de bens e serviços, consumidores e organismos públicos e privados, sintam-se personagens vivos de uma história igualmente viva, atuando de forma a estabelecer uma relação de consumo, conforme já mencionado, mais segura e equilibrada.

3 CONCEITUANDO CONSUMIDOR E FORNECEDOR

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º considera consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utilize um produto ou um serviço como destinatário final. Sendo assim, não importa quem é a pessoa e sim a condição de adquirir ou utilizar o produto ou serviço como destinatário final.

Neste caso, tem-se que aquele que adquire um produto ou serviço para atender às suas necessidades pessoais ou familiares, com o intuito de ficar com o bem, será considerado consumidor, mas de outro lado, aquele que adquire um bem com o intuito de revendê-lo, não será considerado consumidor e, por conseguinte, perderá a proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no caso de uma empresa ou uma pessoa natural que adquire um imóvel para estabelecer sua sede ou residência, será considerada consumidor, mas aquele que o adquire como empresa incorporadora ou corretora, com interesse de revender esse bem, não será considerado como tal.

Ainda é importante destacar, conforme menciona Neto (2011), que o legislador consumerista equiparou ao consumidor para efeito de proteção e concessão de alguns direitos, as pessoas que por algum motivo intervenham na relação de consumo, conforme menciona o artigo 2º, Parágrafo Único do CDC, tal como a pessoa que sofre acidente de consumo, mencionado no artigo 17 do CDC e ainda, aquelas que são expostas a uma prática comercial conforme aclarado no artigo 29.

No que concerne fornecedor, Neto (2011) afirma ser qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada e mesmo os entes despersonalizados que desenvolvam a atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, de acordo com o artigo 3º do CDC.

Em se tratando de fornecedor, também não importa para o legislador consumerista quem é o fornecedor, mas sim o que ele faz, sendo importante essa informação, para definir o fornecedor e sua real intenção no desenvolvimento da atividade.

Nesse sentido, de acordo com Neto (2011, p.09), aquela pessoa natural ou jurídica que fornece um serviço com habitualidade será considerada em regra, fornecedor. Por exemplo, uma pessoa natural que venda um veículo com o intuito de se desfazer do bem para adquirir outro não será considerada fornecedor, mas aquele que habitualmente faz compras e vendas de veículos, desenvolvendo a atividade de comercialização de veículos será considerado fornecedor, mesmo que não tenha empresa comercial.

Ainda há de se mencionar que o Estado também pode ser considerado fornecedor quando oferta produto ou serviço, tal como saúde, educação, água, energia elétrica, transporte coletivo etc., devendo neste caso, obedecer e estar atento aos parâmetros de qualidade, segurança, eficiência e transparência estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, para se estabelecer uma relação de consumo, deverão estar presentes o fornecedor, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços que se destina a satisfação de uma necessidade pessoal e o consumidor.

4 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E O FLAGRANTE DESEQUILÍBRIO NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Segundo o artigo 4º, inciso I do CDC, o consumidor é a parte vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços, uma vez que o fornecedor impõe sua vontade no mercado de consumo, fazendo com que os consumidores, se sujeitem as regras estabelecidas que vão desde as limitações de escolhas por conta da padronização de produtos e serviços, até o modelo contratual estabelecido.

Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade permeia direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor. Assim, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor foi criado para proteger e amparar o consumidor, que nas relações de consumo é a parte mais frágil, fazendo-se necessário equilibrar a relação junto ao fornecedor que é a parte mais forte, devendo assim protegê-lo.

Assim, tem-se claramente demonstrado que as relações de consumo vêm alcançando grande importância, porém vêm gerando uma incomum preocupação, tendo em vista que a sociedade de consumo representa tanto um desenvolvimento econômico e tecnológico, quanto inúmeros conflitos nas relações sociais, posicionando fornecedor e consumidor em desequilíbrio, de tal forma que o primeiro, dita e impõe suas próprias regras e o segundo, luta pela tutela da sua integridade físico-psíquica e da sua integridade econômica, uma vez que está sobre constante pressão.

Nestas inúmeras transgressões que ofendem os direitos fundamentais da pessoa humana e da própria sociedade, habitam a vulnerabilidade, a debilidade, a subordinação estrutural do consumidor em relação ao fornecedor, evidenciando o desequilíbrio desta relação.

Segundo Bittar (1992, p.238), cada vez mais vêm aumentando o desequilíbrio nas relações de consumo, à medida que se destaca o papel impulsionador da publicidade, que aliada aos meios de comunicação em sistema de interdependência recíproca, cria, sedimenta e impõe hábitos, costumes e necessidades, levando as pessoas à ampliação de seu circuito negocial.

Por sua vez, as necessidades e anseios do mercado pelo marketing, vêm se afastando dos padrões básicos de integridade, com práticas irregulares, informações falsas, ambíguas, enganosas e abusivas, extremamente danosas ao consumidor.

Assim, de acordo com Assumpção Júnior (2015), tem-se que a publicidade, como meio de comunicação, vem desrespeitando direitos essenciais à vida, à saúde, à honra, à informação, à proteção do patrimônio cultural e ambiental, e tantos outros inscritos nesse nível, instrumentalizando falsidade e abusividade.

A realidade social do século XIX, que concebia o vínculo contratual “centrado na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual”, perde a sua prevalência para uma realidade contratual massificada, onde se eleva a presença de uma grande massa vulnerável que, na luta por qualidade de vida, se movimenta no sentido de buscar uma proteção efetiva, transcendente, capaz de colocá-la, juridicamente, em equilíbrio nas relações de consumo.

5 OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A ideia de defesa do consumidor, tem seu registro desde o Código de Hamurabi, que criou um sistema de regras e punições, ou seja, direitos, deveres e sanções que hoje são figuras sempre presentes em nossa vida. O Alcorão também recepcionou as sanções criadas para compelir o ocasionador do ato ilícito à reparação do dano, em especial os danos extrapatrimoniais.

Na legislação pátria em vigor, o dever de reparar o dano está previsto no artigo 927, do Código Civil que determina que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo”. Verifica-se que para configurar a responsabilidade civil é necessário identificar conduta ou ato ilícito, nexo de causalidade e dano.

O ato ilícito está definido no artigo 186 do mesmo diploma e define que "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Trata-se de cláusula geral que combinada com o artigo 927 do Código Civil denota a consagração da responsabilidade civil subjetiva.

Não obstante, é preciso se atentar para o fato de que as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, se realizam por meio da indenização punitiva, que consiste na soma em dinheiro conferida à vítima, em valor expressivamente superior ao necessário à

compensação do dano moral, buscando a punição do agente ofensor e a prevenção contra a prática de novos ilícitos.

Nas relações de consumo, em que são frequentes os ilícitos praticados pelo fornecedor de produtos ou prestador de serviços, a indenização punitiva funciona como um instrumento de proteção do consumidor hipossuficiente.

O fornecedor de produtos ou prestador de serviços tem como principal objetivo, a obtenção de lucro. Na persecução desse objetivo, preferem arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, em vez de investir em mecanismos de prevenção, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços.

Por sua vez, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, fez previsão a responsabilidade objetiva do fornecedor, ou seja, ao contrário do que exige a lei civil quando reclama a necessidade da prova da culpa, na relação entre consumidores, esta prova é plenamente descartada, sendo suficiente a existência do dano efetivo ao ofendido, conforme previsto nos artigos 12 e 14 do CDC.

Ademais, os negócios implicam risco, e com a produção em larga escala e em série é impossível assegurar como resultado final que o produto ou o serviço não terá vício/defeito. A falha é inexorável: por mais que o fornecedor queira, não consegue evitar que seus produtos ou serviços cheguem ao mercado sem vício/defeito. Dessa maneira, nada mais adequado do que controlar, como fez o CDC, o resultado da produção viciada/defeituosa, cuidando de garantir ao consumidor o ressarcimento pelos prejuízos sofridos. Note-se que a questão do vício/defeito envolve o produto e o serviço em si, independentemente da figura do produtor (bem como de sua vontade ou atuação). Dessa forma, se não houvesse a responsabilidade objetiva, o consumidor terminaria fatalmente lesado, sem poder ressarcir-se dos prejuízos sofridos.

Sendo assim, conforme menciona Frank (2015) os direitos básicos do consumidor, constantes do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, foram editados segundo os Princípios, que regem a Política Nacional das Relações de Consumo, e dispõe sobre a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

De acordo com o artigo 6º do CDC o consumidor tem assegurado como direitos básicos, os seguintes: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a

liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

O CDC ainda trás em artigo 8º, que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo, não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Ainda segundo Frank (2015), há que se mencionar, a proteção contra cláusulas abusivas, ou seja, as que são excessivamente onerosas ao consumidor. O CDC trás em seu artigo 51, incisos I ao XVI, as cláusulas contratuais quanto ao fornecimento de produtos e serviços, sendo estas, nulas de pleno direito. Por sua vez, de acordo com o artigo 47 do CDC, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Assim, o consumidor pode requerer que tais cláusulas sejam modificadas ou anuladas pelo juiz.

6 A VALORAÇÃO DO DANO MORAL E O MERO ABORRECIMENTO

A indenização do dano moral foi garantida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

O dano moral é definido como vexame, dor, humilhação, sofrimento, constrangimento ou qualquer outro tipo de sensação de dor experimentada por uma pessoa, que veio a sofrer em razão de um ato ilícito. Mas após a Constituição Federal de 1988, que trouxe a dignidade

da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, o dano moral passou a ser visto de outra maneira.

Por sua vez, de acordo com Costa (2009) uma das dificuldades na reparabilidade do dano moral é o seu arbitramento. Em razão do seu caráter extrapatrimonial, a fixação do valor apto à compensação dos danos morais tem se mostrado, e continuará se revelando, uma das mais complexas tarefas a cargo do Poder Judiciário. Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor.

Os critérios mais importantes a serem analisados nas ações por dano moral, segundo Costa (2009), coloca o julgador em uma posição bastante complicada, tendo em vista, serem muito subjetivos e complexos já que terá que atuar como ponderador ao valor a condenação para que a mesma não seja irrisória e nem exorbitante, capaz de causar enriquecimento sem causa, bem como a análise da extensão da gravidade do dano, do grau de culpa, da capacidade econômica das partes, a extensão do dano, o que exige sensibilidade para compreender o real sofrimento do lesado, diferenciando do mero aborrecimento.

Aliás, muito tem se falado em mero aborrecimento, mero dissabor, chateação exacerbada, fatos corriqueiros, como forma de afastar a punição do fornecedor. Dessa forma, é primordial estabelecer uma diferença entre o que se configura como um pequeno aborrecimento e o que é considerado dano moral.

Existem vários entendimentos jurisprudenciais que entende como mero dissabor o fato cotidiano da vida do homem que, embora seja capaz de importuná-lo, é frequente e imperceptível, não alterando seu aspecto psicológico e emocional. Por conseguinte, ele não atinge a esfera jurídica personalíssima do indivíduo, não caracterizando, portanto, o dano moral. Ainda neste sentido, temos o Enunciado n. 159, da III Jornada de Direito Civil do STJ: “O dano moral, assim compreendido como o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”. Neste caso, é possível perceber que o mero aborrecimento decorre do princípio da tolerabilidade, ou seja, existem situações desagradáveis que devem ser suportadas pelo indivíduo, na medida em que são comuns a toda a população, fazendo parte da rotina de cada um.

É certo que houve um considerável aumento das demandas judiciais na busca da tutela jurisdicional, em razão da maior consciência do consumidor, todavia, não se pode querer

utilizar-se da alegação de mero aborrecimento para afastar eventual reparação de dano e punição do fornecedor.

Tem-se visto muitas distorções na aplicação da lei nas relações consumeristas, em especial, em sede de juizados especiais, o que enfraquece a proteção que se deve dar à parte vulnerável desta relação, e empodera o agente causador da lesão, que recebe passe livre para praticar atos delituosos com o prêmio da impunidade.

No âmbito das relações de consumo, quando se deixa de arbitrar valor à lesão, o julgador reitera a conduta que levou à propositura da demanda e esquece que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, que o consumidor muitas vezes dedicou seu tempo para resolver a demanda administrativamente e não logrou êxito (em que pese esteja consagrado pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88 que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), de modo que aquele que recorre ao judiciário merece mais contraprestação, além do mero cumprimento contratual forçado.

É preciso nesses casos, se atentar para o fato de que ocorreu lesão aos direitos do consumidor e punir o agente causador dessa lesão. Infelizmente, a punição ao agente causador do dano, não vem sendo aplicada pelos julgadores, que mantêm a ideia de que tal situação trata-se de “mero dissabor” ou que não pode haver “enriquecimento indevido a vítima”.

A punição não tem somente o caráter de reprimenda, mas também pedagógico, haja vista que se busca desestimular o agente de praticar atos semelhantes. Por causa do que se convencionou chamar de “mero aborrecimento”, “banalização e/ou industrialização do dano moral”, pessoas que comprovadamente sofreram algum tipo de abuso e lesão a direito dado a ela, taxativamente, em lei, não estão recebendo o tratamento justo.

Além disso, entendimentos, enunciados, súmulas proferidas em Tribunais estão em claro confronto com a lei vigente dificultado o acesso à justiça e a punição do agente causador do dano. É o caso por exemplo, da Súmula 385 do STJ, que afasta a indenização por dano moral da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Segundo Marques (2010, p. 833) o entendimento esposado na súmula não está de acordo com o espírito do Código de Defesa do Consumidor, e “autoriza” que os fornecedores façam restrições financeiras sem receio de consequências, ignorando seu dever de manter regulares os cadastros de consumidores.

Vejamos:

O foco do CDC é na regularidade do cadastro e pressupõe parece-me que mesmo o consumidor superendividado ou com os anteriores e preexistentes problemas de cadastro negativo tem honra (ou *quid*) e sofre dano moral (o quantum é que poderia ter sido diminuído), ou teria feito esta exceção. A Súmula ressaltou o direito de cancelar o erro do fornecedor, mas não trouxe qualquer incentivo para que os fornecedores cuidem com os ‘registros irregulares’ que fazem e denigrem a imagem do consumidor.

Assim, de acordo com o entendimento mencionado, a existência de pré-negativação não excluiria o dano extrapatrimonial causado pela negativação indevida, o que possibilitaria ao consumidor, mesmo que esteja muito endividado, exercer a pretensão indenizatória face ao ato ilícito praticado pelo responsável pela inscrição.

Por sua vez, Miragem (2012, p.81) faz detalhada crítica a respeito, analisando a questão de maneira mais abrangente, afirma este que:

A crítica mais eloquente parece situar-se justamente na ausência de resposta do Direito ao ilícito, portanto no âmbito da efetividade da norma que assegura o direito à prévia notificação, mas que fica sem sanção. A exclusividade de cancelamento da inscrição indevidamente realizada não serve para desestimular, mas ao contrário, incentiva o comportamento ilícito, uma vez que não afasta o objetivo econômico pretendido pelo ofensor. Afirma, assim, que a solução mais adequada seria a responsabilização civil do ofensor, ainda que de maneira mitigada, como modo de reparar o dano moral *in re ipsa* causado, e impor uma sanção àquele que pratica o ato ilícito.

Como visto na crítica na Súmula 385 STJ há uma série de argumentos pela antijuridicidade do enunciado, seja pela ótica consumerista, seja pela necessidade de responsabilização civil, ou mesmo numa visão existencialista, há de se apontar a pertinência e subsistência da punição.

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Não há na legislação pátria dispositivo com critérios basilares, segundo Souza (2014), para caracterização e valoração do respectivo dano, na tentativa de reparar o sofrimento experimentado pelo lesado, versando ainda sobre a natureza jurídica e a finalidade da compensação do dano moral.

Assim, é difícil, ou quase impossível, tarifar ou tabelar as indenizações do dano moral, uma vez que a fixação do quantum indenizatório dependerá da análise do caso concreto (extensão do dano, capacidade financeira das partes, razoabilidade, proporcionalidade, etc.) conforme visto no capítulo anterior.

Por sua vez, quando se fala em modo de compensar e equilibrar o dano, está de certa forma expressando o entendimento majoritário entre os doutrinadores e a jurisprudência de que a indenização por danos morais não tende à restituir de forma integral o dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida.

A jurisprudência pátria vem atuando nas sentenças por dano moral, com dupla finalidade, reprimindo o autor do dano em novas práticas delituosas, impondo uma pena civil, e assegurando ao agredido uma compensação em pecúnia, levando sempre em consideração as condições financeiras e sociais dos envolvidos. Devendo ser observado se o responsável pela prática delituosa é reincidente, para quantificar o montante compensatório, desestimulando-o neste tipo de conduta, bem como, imprimindo o caráter punitivo da condenação.

Ao fazer uma breve análise da jurisprudência nacional relativa às ações de indenização por dano moral, é possível verificar uma divergência de opinião quanto à sua caracterização, vejamos alguns julgados dos Tribunais Estaduais do país:

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA DE VALOR. INTERRUÇÃO IRREGULAR DO SERVIÇO. INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES PREVISTOS NA RESOLUÇÃO ANATEL Nº 632/2014. TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL. DANO MORAL. QUANTIA. 1- O defeito na prestação do serviço de telefonia celular pela operadora, que, intencionalmente, inclui débitos de serviços não utilizados, além de realizar bloqueio indevido da linha telefônica do cliente, impedindo-o de usufruir os serviços contratados, revela-se passível de indenização por danos morais. A pretensão indenizatória resta legitimada, também, em decorrência do desgaste e significativo tempo despendidos na tentativa de solução extrajudicial do imbróglio, face à consagrada tese do desvio produtivo ou perda de tempo útil. 2- O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, sem se descurar do sentido punitivo da condenação. (BRASIL, 2017d).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TELEFONIA MÓVEL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COBRANÇA INDEVIDA - MERO ABORRECIMENTO - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. - Limitando-se os resultados experimentados pelo autor a meros dissabores, sem abalo à honra, sem humilhação e sem sofrimento na esfera da sua dignidade, o dano moral não é pertinente. V.v. A cobrança de serviço defeituoso de telefonia, que ocasionou, inclusive, o desligamento da linha, impossibilitando sua utilização pela consumidora, ultrapassa o mero aborrecimento, acarretando a obrigação da empresa fornecedora do serviço a indenizar os danos morais sofridos. (BRASIL, 2017c).

EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA NA INTERNET. PAGAMENTO EFETUADO. ENTREGA NÃO REALIZADA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1) A loja de departamento que vende mercadorias pela internet responde objetivamente pelos prejuízos causados aos consumidores, decorrentes do risco de sua atividade empresarial (CDC, art. 14). 2) A ausência de entrega da mercadoria constitui falha na prestação de serviços, devendo o consumidor ser ressarcido pelos danos morais suportados. 3) De acordo com a corrente majoritária contemporânea, a quantificação do dano moral se submete à equidade do magistrado, o qual arbitrará o valor da indenização com base em critérios razoavelmente objetivos, analisados caso a caso, tais como a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a culpabilidade do agente, a possível culpa concorrente do ofendido, a condição econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima etc., devendo observar também os patamares adotados pelo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça. 4). Os honorários advocatícios devem ser fixados em observância ao art. 85, §2º, do CPC/15. (BRASIL, 2017a).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AQUISIÇÃO E QUITAÇÃO DO PRODUTO - ENTREGA NÃO REALIZADA - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO ART. 80, § 2º DO CPC/2015. Não havendo nos autos provas de que a parte autora tenha vivenciado um legítimo dano de ordem moral em virtude da ausência de entrega do produto devidamente quitado, ausente se encontra um dos requisitos capazes de autorizar a reparação pretendida a título de danos morais. Os honorários advocatícios devem ser fixados com a observância dos critérios estabelecidos no art. 85, § 2º do CPC/2015. (BRASIL, 2017b).

Verifica-se nos julgados acima colacionados que para o mesmo fato (causa de pedir) foi dada interpretação diferente acerca da caracterização do dano moral, ficando o consumidor a mercê da sorte no ato da distribuição dos processos, já que cabe a cada julgador motivar e fundamentar sua decisão.

Por se tratar de um instituto tão polêmico, é natural a divergência de opiniões relacionadas ao que constitui ou não o dano moral. Todavia, é crucial que o magistrado julgue de modo justo, observando as características casuísticas uma vez que o dano moral possui dupla função: a compensação do dano sofrido pela vítima e a punição do ofensor, que tem como consequência, a prevenção da prática reiterada de fatos hábeis a gerar dano.

Temos, que a não aplicação da função punitiva do dano moral, faz com que seja mais vantajoso a muitas empresas dar seguimento a práticas questionáveis, ao invés de investir em uma melhor prestação do serviço ou correção de vícios em seus produtos.

Não se trata de banalizar o instituto do dano moral, mas de atender ao interesse público, já que seu caráter punitivo garante ao consumidor que às empresas seja financeiramente mais vantajoso investir em melhoria de seus produtos e serviços do que ser condenada reiteradamente ao pagamento de indenizações por danos morais.

8 CONCLUSÃO

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor foi a principal razão da existência e do desdobramento dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, garantindo-lhe proteção em face dos vícios e defeitos dos produtos e serviços ofertados pelo fornecedor.

Sendo assim, a Lei 8.078/90, nasceu com o objetivo de equilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, estabelecendo a transparência e a harmonia entre ambos.

Por sua vez, mesmo havendo um regramento definindo os direitos básicos dos consumidores e a produção em grande escala não torna impossível a ocorrência de danos, respondendo o fornecedor objetivamente pelo risco da sua atividade.

Assim, para impedir que o ofensor obtenha lucro prejudicando o consumidor, é essencial a aplicação da indenização punitiva para que o fornecedor de produtos ou prestador de serviços, tomem as medidas necessárias para impedir o dano a outros consumidores.

Verifica-se que muito embora a intenção de desestimular os fornecedores de praticarem atos ilícitos semelhantes, as penalidades nas sentenças de dano moral, não têm surtido os efeitos esperados, já que nos últimos tempos as demandas neste sentido aumentaram significativamente, devendo ser repensado, portanto, formas mais eficazes na aplicação das condenações, para inibir as condutas delituosas contumazes.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO JÚNIOR, Rafael P. O código de defesa do consumidor e o desequilíbrio nas relações de consumo. **JUS.COM.BR**, mar. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/37434/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-o-desequilibrio-nas-relacoes-de-consumo> > . Acesso em: 30 out. 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. Coordenação de Juliana Pereira da Silva. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos de Adesão e a Defesa do Consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 29, n.114, p.237-252, abr./jun. 1992, p. 238. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175838> > . Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > . Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 159**: O dano moral, assim compreendido como o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/274>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

COSTA, Carolina Gusmão de Souza. Dano Moral e Indenização Punitiva.

EMERJ.TJRJ.JUS.BR, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 1.0511.15.001050-8/001. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA NA INTERNET. PAGAMENTO EFETUADO. ENTREGA NÃO REALIZADA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. Relator: Desembargador Marcos Lincoln, **TJMG**, 22 ago. 2017a. Disponível em: <

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=69&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=entrega%20de%20produto%20n%E3o%20realizada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Apelação Cível: AC 1.0394.13.012416-4/001. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AQUISIÇÃO E QUITAÇÃO DO PRODUTO - ENTREGA NÃO REALIZADA - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO ART. 80, § 2º DO CPC/2015. Relator: Desembargador Arnaldo Maciel, **TJMG**, 26 out. 2017b. Disponível em: <

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=69&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=entrega%20de%20produto%20n%E3o%20realizada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Apelação Cível: AC 1.0284.16.001109-4/001. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TELEFONIA MÓVEL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COBRANÇA INDEVIDA - MERO ABORRECIMENTO - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. Relator: Desembargador Octávio de Almeida Neves (JD Convocado), **TJMG**, 08 nov. 2017c. Disponível em: <

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=1704&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=celular%20com%20defeito&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Apelação Cível: AC 1.0284.16.001109-4/001. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA DE VALOR. INTERRUÇÃO IRREGULAR DO SERVIÇO. INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES PREVISTOS NA RESOLUÇÃO ANATEL Nº 632/2014. TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL. DANO MORAL. QUANTIA. Relatora: Desembargadora Cláudia Maia, **TJMG**, 01 dez. 2017d. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1704&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=celular%20com%20defeito&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 out. 2017.

FRANK, Franciele Aparecida da Silva . Princípios do Direito do Consumidor e direitos básicos do consumidor. **JUS.COM.BR**, set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/consumidor-e-direitos-basicos-do-consumidor>>. Acesso em: 30 out. 2017.

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

MIRAGEM, Bruno. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral. **Revista de Direito do Consumidor**, v.21, n. 8, p.323-335. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000937033>>. Acesso em:

NETO, Ahyrton Lourenço. **Direito do consumidor para concursos**. 2.ed. Curitiba: IESDE, 2011.

NORAT, Markus Samuel Leite. Evolução histórica do Direito do Consumidor. **Âmbito Jurídico**, v.14, n.88, maio 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9474 >. Acesso em: 20/09/2017

NUNES, Rizatto. A base da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor: o risco da atividade. **Migalhas**, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI138170,31047-A+base+da+responsabilidade+objetiva+no+Codigo+de+Defesa+do+Consumidor>>. Acesso em: 30 out. 2017.

SOUZA, Helena Rodrigues Augusto de. A Valoração do Dano Moral nas Relações de Consumo. **EMERJ.TJRJ.JUS.BR**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n32014/pdf/HelenaRodriguesAugustodeSouza.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

VIEIRA, Fernando Borges. O Direito do Consumidor no Brasil e sua breve história. **Migalhas**, 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163956,21048-O+Direito+do+Consumidor+no+Brasil+e+sua+breve+historia>>. Acesso em: 26 set. 2017.