

GÊNESE OLIVEIRA SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA FUNÇÃO
PUNITIVA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015

GÊNESE OLIVEIRA SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA FUNÇÃO
PUNITIVA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil e Direito do Consumidor

Orientador: Prof^a Maria Beatriz Cunha Cicci Neves

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015



FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

NÚCLEO DE TCC / CURSO DE DIREITO

Reconhecido pela Portaria 321 de 28/12/2012 - MEC

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: *Responsabilidade Civil: uma análise acerca da função punitiva do valor de indenização por danos morais nas relações de consumo,*

elaborada pelo aluno Gênese Oliveira Santos,

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Teófilo Otoni, 24 de novembro de 2015

Professora Orientadora: Maria Beatriz da Cunha Cicci Neves

Professora Examinadora: Helen Karina Amador Campos

Professora Examinadora: Káthia Neiva Rodrigues da Costa

Dedico esse trabalho aos meus pais por acreditarem em mim, e por estarem ao meu lado na caminhada desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo e pela oportunidade de realizar um sonho.

Ao meu pai e amigo José Aparecido, meu grande incentivador, quem me ensinou o caminho da dignidade e sempre fez tudo para que eu alcançasse os meus objetivos.

À minha mãe Ivone, que sempre me apoiou e acreditou no meu potencial.

Aos meus familiares e amigos, pelo apoio recebido ao longo destes 5 anos.

Aos professores que fizeram parte desta conquista, e em especial à professora Maria Beatriz Cunha Cicci Neves, minha orientadora, pela atenção e apoio recebidos na realização deste trabalho.

“Temos, há muito tempo, guardado dentro de nós um silêncio bastante parecido com estupidez”.

“São muitos os cidadãos que perdem a opinião por falta de uso”.

“Na luta do bem contra o mal, é sempre o povo que morre”.

Eduardo Galeano

RESUMO

A presente monografia tem como foco a disciplina do Direito Civil e Direito do Consumidor, direcionando a atenção quanto a analisar a eficácia da função punitiva do valor da indenização por danos morais ao colidir com a vedação do enriquecimento sem causa, nas relações de consumo e suas possíveis causas e consequências para o consumidor no âmbito da responsabilidade civil. Na intenção de atingir o escopo deste trabalho de conclusão de curso, faz-se um estudo minucioso sobre a aplicação desses institutos, no qual são comparados diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, tendo como escopo uma pesquisa teórico-dogmática, utilizando-se bases bibliográficas, artigos, teses doutrinárias, jurisprudências e acórdãos, e ao fim conclui-se a pesquisa deduzindo que para uma efetiva aplicação da função pedagógico-punitiva do valor indenizatório, não deve aplicar a vedação do enriquecimento sem causa, uma vez que os tribunais brasileiros assim o fazem equivocadamente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; danos morais; relação de consumo; função punitiva; enriquecimento sem causa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 CONCEITO.....	10
1.2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
1.2.1 Responsabilidade civil e penal no Direito brasileiro	13
1.2.2 Aspectos gerais da responsabilidade civil	14
1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	15
2 A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL	20
2.1 BREVE HISTÓRICO.....	20
2.1.1 O dano moral nas relações de consumo	24
2.2 AS FUNÇÕES DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.....	26
2.2.1 O <i>quantum</i> indenizatório e seus critérios para a fixação	29
2.2.2 A destinação da parcela punitiva do dano moral	31
3 O CONFLITO ENTRE A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL E A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	35
3.1 O CARÁTER PEDAGÓGICO-PUNITIVO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	35
3.2 A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	37
3.3 O CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS INSTITUTOS.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um tema bastante presente nas relações humanas, as quais, condutas abusivas e/ou ilícitas causem dano a outrem, gerando o dever de indenizar com objetivo de compensar e/ou reparar a vítima desse dano sofrido.

A presente monografia sugere uma análise da função punitiva do valor da indenização por danos morais nas relações de consumo, por ser controversa na doutrina e na jurisprudência, não atingindo o auge de conhecimento satisfatório acerca do tema. Portanto, não há soluções unânimes no que tange à fixação do valor da indenização, tampouco à destinação da parcela punitiva do valor da indenização.

Em meio a essas questões surge também o instituto da vedação do enriquecimento sem causa, que impede, em tese, a majoração do valor da indenização por danos morais, fazendo com que a função punitiva não alcance seu fim precípuo.

Faz se necessário destacar que numa relação de consumo jamais seria sem causa ou ilícito o enriquecimento da vítima, resultante de condutas abusivas e/ou ilícitas praticadas principalmente por empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços, que dão justa causa às ações ajuizadas pelo consumidor de menor poder aquisitivo.

Com efeito, o dano moral arbitrado em valor expressivo tem por escopo inibir práticas abusivas reiteradas, sendo assim a resposta mais eficaz da sociedade para educar quem viola o princípio da dignidade humana.

O objetivo desse trabalho é abordar os argumentos, alegações e teses doutrinárias e jurisprudenciais, quanto à aplicação da função punitiva do valor da indenização por danos morais nas relações de consumo.

A responsabilidade civil é abordada no primeiro capítulo do presente trabalho de forma objetiva, clara e concisa.

No segundo capítulo é analisada a reparação por danos morais no Brasil, os critérios de fixação do quantum indenizatório, bem como as funções do valor da indenização e a destinação da parcela punitiva deste.

O terceiro capítulo é destinado a expor pensamentos doutrinários e jurisprudências acerca do conflito entre a função pedagógico-punitiva do valor da indenização por danos morais e a vedação do enriquecimento sem causa e/ou ilícito.

Ao final, são realizadas algumas considerações a respeito do tema debatido.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO

A palavra “responsabilidade” retrata a ideia de recomposição de equilíbrio, de restauração da ordem jurídica, de reparação de dano. O responsável numa situação fática seria o violador de determinada norma, cuja consequência de sua conduta danosa, em regra, é o constrangimento para restaurar o *statu quo ante*.

Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 13), aponta que o principal objetivo da ordem jurídica, conforme afirmou San Tiago Dantas, “é proteger o lícito e reprimir o ilícito”, ou seja, ao mesmo tempo em que a ordem jurídica “se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que a contraria”. (Programa de Direito Civil, v. I/341, Ed. Rio). Para atingir essa pretensão a ordem jurídica impõe deveres à sociedade.

Aduz Cavalieri (2014, p. 14) que:

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Ao falar em responsabilidade civil, tem-se em mente o descumprimento de um dever que gera um dano, uma lesão ao patrimônio e/ou a dignidade de outrem, que configura o ilícito, devendo ser reparado pecuniariamente e moralmente.

Nesse sentido define Rodrigues Junior (2011, p. 18):

[...] a responsabilidade nada mais é que a obrigação de alguém de responder pelas próprias ações ou de outrem, e esta não se pode confundir com a obrigação de um vínculo jurídico. O vínculo jurídico faz com que o credor tenha direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação.

Destarte, a responsabilidade resta configurada quando o agente causador descumprindo um dever jurídico fere o direito de outrem por meio de ato ilícito civil ou penal, decorrente do descumprimento de uma obrigação, seja ela preexistente ou não, devendo ser condenado pelo prejuízo que causou.

1.2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um tema bastante labiríntico que repercute na atualidade em decorrência de sua transformação e desenvolvimento no direito moderno, seu alcance nos relacionamentos sociais e sua repercussão em todos os ramos do direito, salientando divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Em tempos longínquos, preponderava a vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei do Talião (Lei das XII Tábuas, tábua VII, lei 11^a), uma “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para reparação do mal pelo mal”, conforme Gonçalves (2012, p. 6), cuja pena era “olho por olho, dente por dente”.

Ainda segundo Gonçalves (2012, p. 5), nessa época “[...] não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”.

A superação da ideia de vingança, e a substituição da pena corporal por uma pena pecuniária, teve início na Índia, aproximadamente, no ano 1000 a. C., onde foi promulgado o Código de Manu que continha esta previsão.

O progresso se deu através da transformação para um comportamento individual. Rodrigues Junior (2011, p. 4) aduz que:

[...] o processo evolutivo fez com que fosse possível substituir a vingança privada pela formação artificial de um *nexum* (um vínculo), ao qual o agressor se comprometia a pagar com o próprio trabalho um valor pactuado com o lesionado, evitando, assim, uma pena privada (corporal).

Após esse período a *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade, criando uma forma pecuniária de reparação dos prejuízos, com base no estabelecimento do valor deste, impunha que o patrimônio do ofensor suportasse os ônus da reparação, traçando ideia de culpa como fundamento da

responsabilidade, de modo que o lesante se isentaria de responsabilidade se tivesse agido sem culpa. Já no período medieval, com a construção da ideia de dolo e de culpa, diferiu-se a responsabilidade civil da criminal, afixando-se a teoria da responsabilidade civil por obra da doutrina.

O direito francês pouco a pouco aperfeiçoou as ideias românicas, estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil, incluindo a este o elemento culpa, substituindo a ideia de pena para a reparação do dano efetivamente sofrido, conforme explana Gonçalves (2012, p. 7):

A noção da culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa — foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios.

Para atingir o objetivo da ordem jurídica – proteger o lícito e reprimir o ilícito - o ordenamento jurídico estabelece os deveres necessários para lograr êxito em tal fim, como o dever geral de não causar prejuízo a outrem, expresso pelo direito romano na expressão *neminem laedere*¹.

Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 14), “entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”. Assim, uma vez violado esse dever jurídico, configura-se o ilícito, acarretando dano para terceiros, e gerando um novo dever jurídico, a reparação desse dano.

Para Cavalieri (2014, p. 14), a responsabilidade civil então em seu sentido jurídico:

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

¹ *Neminem laedere* é uma expressão latina que significa “a ninguém ofender” (VIVIAN, 2015) Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35605/principio-alterum-non-laedere-neminem-laedere-dignidade-humana-e-boa-fe>>.

Portanto, obrigação é um dever jurídico originário, ao qual se vincula a responsabilidade que é dever jurídico sucessivo, e eclode quando se tem a ofensa ao primeiro.

1.2.1 Responsabilidade civil e penal no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, atendendo ao regulamento previsto na Constituição do Império, o Código Criminal de 1830 transformou-se em um código civil e criminal criado nas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização em caso negativo. Nesta, a reparação era condicionada à condenação criminal, após foi aderido o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.

Posteriormente a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XLV, consagrou o seguinte:

[...]

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O atual Código Civil, embora mantendo a mesma estrutura do disposto no Código de 1916, trata a responsabilidade civil com mais acuidade, nos arts. 927 ss. O art. 186 do atual Código Civil define ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Confirmando o previsto na Constituição Federal/88, o artigo supracitado acrescenta a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral.

Posteriormente, devido ao enorme progresso tecnológico e industrial, houve por bem uma necessidade maior de proteção às vítimas dos ilícitos, abrindo margem à diversidade de teorias, dentre essas, a de maior destaque é a teoria do risco em que, segundo esta, o agente causador do dano assume o risco pelo exercício de atividade perigosa devendo ressarcir os danos decorrentes desta atividade, caso em

que o agente só se exonerará da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano.

A legislação, além de manter a responsabilidade baseada na culpa, atualmente também acolhe a teoria da responsabilidade independente de culpa, com a possibilidade da inversão do ônus da prova, caso em que poderá se isentar da responsabilidade, mediante prova de ter se munido de todos os cuidados possíveis para evitar o dano.

1.2.2 Aspectos gerais da responsabilidade civil

O Código Civil de 1916 adotava à teoria subjetiva, sendo necessária a prova da culpa *lacto sensu* do agente para que fosse obrigado a reparar o dano.

O Código Civil de 2002 aponta a obrigação correlata para aquele que pratica o ato ilícito no artigo 927: “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Um dos aspectos da responsabilidade civil mais relevante e que demonstra muitas controvérsias é o conceito de ato ilícito, especialmente em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita o elemento culpa, sendo que de um modo geral, os doutrinadores civilistas entendem que existe uma estreita ligação entre o conceito de ato ilícito e o de culpa. A doutrina não elucida devidamente a teoria do ato ilícito decorrente das diversas noções de dolo, culpa, culpa grave, leve e levíssima. Cavalieri (2014, p. 22) divide a ilicitude em dois aspectos: objetivo e subjetivo. Quanto ao primeiro o autor esclarece: “no seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria”. Neste aspecto o ato ilícito indica a antijuricidade da conduta, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico, que é observado apenas se esta conduta e o resultado desta é “socialmente vantajosa ou nociva”.

Em relação ao aspecto subjetivo, Cavalieri (2014, p. 23) expõe que “a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito - o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre”. Seguindo este raciocínio, conclui-se que a violação de um dever jurídico

proporciona a formulação de dois juízos de valor: sobre o caráter antissocial ou nocivo do ato ilícito ou de seu resultado e o juízo sobre a conduta do agente.

Nos registros históricos figura que a noção de ato ilícito surgiu com o Código Prussiano em 1794, o primeiro codificado, surgindo com uma nova terminologia, em substituição à expressão “delito” e a responsabilidade somente seria imputada a alguém quando surgisse de um comportamento voluntário, negligente ou doloso do agente.

A ilicitude se faz presente em qualquer ramo do direito, já que significa a contrariedade entre a conduta do agente e a norma jurídica, se houver a violação a uma norma de direito penal, o ilícito é penal, mas se a violação for de uma norma de direito privado, o ilícito é civil, e assim sucessivamente. Porém, para Cavalieri (2014, p. 29) esta separação não é absoluta, servindo apenas de critérios de conveniência política do próprio Estado, conforme demonstrado em sua obra, Programa de Responsabilidade Civil:

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre o ilícito civil e penal. Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Belling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é uma *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves.

Não obsta que uma mesma conduta viole ao mesmo tempo uma lei civil e uma lei penal, gerando para o agente a imputação da responsabilidade tanto na seara civil, com aplicação de uma sanção de natureza reparatória ou compensatória, quanto penal, com aplicação de uma sanção de natureza repressiva, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) entrou em vigor em março de 1991, regulamentando o que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXII, já havia determinado: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O artigo 1º do CDC (Código de Defesa do Consumidor) prevê que:

“suas normas são de ordem pública e interesse social”, ou seja, ocasiona aplicação necessária e observância obrigatória, em respeito aos valores básicos da sociedade. O referido Código é de ampla aplicação em toda e qualquer relação de consumo, tanto no âmbito do Direito Público, quanto no âmbito do Direito Privado, sendo a relação contratual ou extracontratual, material ou processual.

A responsabilidade prevista no CDC, em regra, é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor de produtos e serviços que são colocados no mercado de consumo.

Melo (2012, p.21) explana que:

As relações de consumo são tão antigas quanto a própria existência do homem. Não nos esqueçamos de que nos primórdios da humanidade as mercadorias eram objeto de troca como forma de satisfazer as necessidades humanas. Com o surgimento da moeda apenas tornou-se mais fácil o mercado de trocas em face da equivalência que o dinheiro passou a ter, facilitando as relações negociais, de tal sorte a permitir que aquele que tivesse excedente de produção de determinado bem pudesse trocá-lo por valor equivalente em dinheiro, o qual lhe permitiria adquirir outros bens que não poderia produzir por economia própria.

A regulação do mercado de consumo em tempos remotos se dava pelo Código de Hamurabi, onde existiam fragmentos envolvendo a proteção do consumidor. Um arquiteto, por exemplo, que projetasse uma casa que viesse a dar problemas, era obrigado a reconstruí-la ou sanar os defeitos apresentados, às suas próprias custas. No caso de uma empreitada, se, por exemplo, houvesse desabamento com vítimas fatais, o empreiteiro além de reparar o dano material, recebia a punição de morte, na mesma proporção da morte que causou.

Em tempos modernos, a ideia de consumo eclodiu com a Revolução Industrial em meados do século XIX, com o surgimento da produção tecnológica e de massa, em substituição à fabricação doméstica e artesanal.

No Brasil, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, diversas leis foram criadas com o fim de proteger o consumidor. Melo (2012, p. 24), afirma que:

No estágio inicial de proteção ao consumidor, as normas editadas tinham caráter penal, como tendência geral que pontificava em outros países, cujo exemplo marcante pode ser o Código Penal brasileiro, onde se encontram medidas protetivas da saúde pública dos consumidores no que tange, por exemplo, à adulteração de produtos alimentícios e medicinais.

A primeira legislação brasileira a tratar sobre o assunto foi o Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que disciplinava a responsabilidade civil das estradas de ferro, com relação a guarda, conservação e transportes de mercadorias e bagagens, bem como da proteção dos usuários passageiros, conforme explana Melo (2012, p. 25).

Sucessivamente, a Constituição Federal de 1934, reconheceu os direitos econômicos e sociais do cidadão. Nesta década foi editada a chamada “lei da usura” (Dec. n. 22.626), restringindo a cobrança abusiva de juros e estabelecendo um teto máximo nas relações contratuais.

Em 1962, a Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, chamada Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico estabeleceu normas que beneficiaria indiretamente o consumidor, autorizando a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE), que foi regulamentado pelo Decreto n. 52.025, de 20 de maio de 1963.

Em 1977, a edição da Lei 6.463, institui a obrigatoriedade ao vendedor de informar nas vendas à prestação, de artigos de qualquer natureza, o preço de venda à vista, o número das prestações, seus valores, discriminação da taxa de juros mensal e outros encargos financeiros, ou seja, a obrigatoriedade de informação na publicidade de seus produtos.

A partir da década de 80 a defesa do consumidor assumiu contornos mais precisos e efetivos com a edição de vários diplomas legais, a exemplo da lei de ação civil pública, que foi editada com o fim de dar proteção aos interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais dos consumidores, bem como o meio ambiente, o patrimônio histórico, estético, turístico e paisagístico. Nesse contexto, foi criado em 1985, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, substituído posteriormente pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (Decreto n. 94.508, de 23 de junho de 1987).

Ainda após várias leis de proteção ao consumidor serem editadas, havia a necessidade de legislação específica, pois ainda havia um vácuo em alguns aspectos, em especial no tocante à Responsabilidade Civil do fornecedor e à possibilidade de indenização ao consumidor prejudicado, bem como em relação aos contratos de adesão, nos quais, via de regra, encontravam-se inseridas cláusulas que a doutrina e a jurisprudência consideravam abusivas, tais como: cláusula de não indenizar, cláusula-mandato, cláusula de transferência de riscos, dentre outras.

Em 11 de setembro de 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, sendo a Lei de maior importância em termos de proteção aos direitos do consumidor, tanto é que Melo (2012, p. 30) faz uma analogia dizendo que “o Código de Defesa do Consumidor é para o consumidor o que a Consolidação das Leis do Trabalho é para o trabalhador”.

Em regra, a responsabilidade objetiva, é a teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, fundada na reparação dos danos oriundos dos acidentes de consumo (art. 12 a 14 do CDC), com base na teoria do risco da atividade ou risco proveito.

A lógica se encontra no fato de que, se a atividade resulta em benefícios para seu realizador, justo é que este assuma os riscos pelos prejuízos que, eventualmente, tal atividade possa vir a causar a outrem. A adoção da teoria do risco-proveito ou risco-atividade funda-se na premissa de que as perdas decorrentes do dever de indenizar serão compensadas com os lucros obtidos na atividade do agente causador do dano.

A crescente demanda do Poder Judiciário pátrio fez com que vários doutrinadores e operadores do direito defendam a tese da chamada “indústria da responsabilidade civil”, porém Cavalieri (2014, p. 511) aduz que “não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos”.

Cavalieri (2014, p. 511) aduz ainda que:

Temos como certo que a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.

Cavalieri (2014, p. 511) cita um julgado referente ao fato do produto em sua obra:

[...] como exemplo, o caso de uma senhora julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap Cível 10.771/98). Ao abrir, no recesso do seu lar, um litro de um determinado refrigerante, para servi-lo aos seus dois filhinhos, a tampa explodiu, bateu com tal violência em um

dos seus olhos que a deixou cega daquela vista. À luz da responsabilidade tradicional, quem seria o causador do dano? A quem aquela senhora poderia responsabilizar? A garrafa que não seria, porque a coisa não responde por coisa alguma. Poderia responsabilizar o vendedor do refrigerante, o supermercado, digamos? De acordo com a responsabilidade tradicional este haveria de ser defender com a máxima facilidade, alegando que não teve culpa, pois limitou-se a vender o refrigerante tal como o recebeu do fabricante – fechado, embalado, lacrado - , sem qualquer participação no processo de fabricação. Poderia a vítima responsabilizar o fabricante? Também este, de acordo com o Direito Tradicional, haveria de afastar qualquer responsabilidade de sua parte dizendo que nada vendeu para a vítima, que não havia nenhuma relação contratual entre eles, e que só responde pelo fato da coisa enquanto ela estiver sob a sua guarda, comando ou direção, jamais depois que saiu de sua fábrica. Essa é a própria essência da teoria da guarda. Como se vê, aquela senhora, pelo sistema tradicional de responsabilidade, estaria ao desamparo, não obstante agredida violentamente no recesso do seus lar.

Se por um lado, o crescimento tecnológico e científico trouxe inúmeros direitos à sociedade de consumo, por outro aumentou infinitamente os riscos para o consumidor, por mais incoerente que possa parecer.

2 A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL

2.1 BREVE HISTÓRICO

O estudo do dano moral no Brasil, para melhor compreensão deve ser dividido em dois períodos distintos, sendo o primeiro antes da Constituição Federal de 1988, e o segundo após sua promulgação.

Inicialmente cabe elucidar o conceito de dano, Cavalieri (2014, p. 77) o faz em sua obra da seguinte forma:

Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão de sua natureza não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano patrimonial e moral.

A real localização da previsão do dano moral no Código Civil de 1916 é bastante divergente entre doutrinadores por considerarem que alguns dispositivos são de natureza processual e não material, a exemplo do artigo 76 do referido Código, que expressa a corrente minoritária.

É importante frisar que a corrente majoritária entende que o dano moral no Código Civil de 1916 estava previsto no artigo 159, ao qual versava: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Porém diversos doutrinadores entendem que havia outros dispositivos onde teriam vestígios da presença do dano moral, como aduz Melo (2011, p. 14):

Há outros dispositivos no Velho Código onde diversos doutrinadores encontraram vestígios da presença do dano. José de Aguiar Dias, o mais referenciado mestre da responsabilidade civil no Brasil, comentando os artigos que, a seu ver, continham previsão essencialmente de dano moral, destaca os arts. 1.548 e 1.549, que tratavam dos atos ilícitos contra a honra da mulher, para afirmar que “a questão, aliás, se prende intimamente à matéria de dano moral, e deve ser estudada sob esse aspecto”.

Da mesma forma Wilson Melo da Silva destaca os casos que considera ser expressamente morais, dentre estes aqueles insertos no livro das obrigações do vetusto Código, destacando “os que dizem respeito aos danos não econômicos, resultantes da calúnia e injúria (art. 1.547), do valor de afeição (art. 1.548), à liberdade (art. 1.550), das feridas físicas (art. 1.538) etc.”. Se dúvida restar, a mesma se esclarece rapidamente, pois o ilustre doutrinador, logo em seguida, contradizendo aqueles que discordam de sua tese, faz uma indagação esclarecedora: “que espécie de indenização então seria, *v. g.*, aquela mandada pagar, pelo legislador, ao lesado, cumulativamente com as perdas e danos, na hipótese de ofensa à sua liberdade pessoal (art. 1.550), e aquela atribuída, pelo art. 1.549, à vítima de ultraje ao pudor?”

Destaca ainda o aspecto regrado no artigo 1.553 do Código de 1916, onde incluía outros casos que não foram claramente especificados, permitindo, em seu caráter amplo, o arbitramento para casos não previstos, não deixando dúvidas que o legislador não delimitou a reparação por danos morais apenas àqueles danos que eram regulamentados, corroborando com o argumento da possibilidade de indenização por dano moral fora do artigo 159 citado pela doutrina.

Historicamente e de relevante importância, merece notoriedade o Decreto-lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, ao qual é conceituado por muitos como o marco histórico do dano moral no Direito Brasileiro, este regulou a responsabilidade civil nas estradas de ferro no Brasil, e teve relevante importância na sua aplicação pelos tribunais, visto que era estendida às questões relacionadas com atividades de transportes em geral, prevista em seu artigo 21, já revogado, que:

No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com tratamento, e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

Desse artigo se extrai duas peculiaridades, a primeira é que o legislador impôs um dever ao julgador, que deveria arbitrar uma indenização conveniente, não se tratando, portanto, de uma mera faculdade. A segunda é o fato que a responsabilidade do transportador era objetiva, ou seja, independentemente de culpa, fato expressivo, considerando a data de edição da lei.

Na mesma linha de raciocínio, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, algumas leis já admitiam a indenização por danos morais, a exemplo da lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações; Lei de Imprensa (lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967); a lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945); o Código Eleitoral (lei nº 4.737, de julho de 1965); e a lei dos Direitos Autorais (lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973).

Antes da Constituição Federal de 1988, houve três fases do reconhecimento do dano moral, num primeiro instante, era majoritariamente contrária ao acolhimento da tese de dano moral puro, com o passar do tempo passou-se a obter a indenização, porém era condicionada a eventos pré definidos, após, essa tese teve crescente aceitação, porém não extensa e absoluta.

Melo (2011, p. 17) aduz em sua obra que:

Nos ensinamentos do Des. Marcelo Fortes Barbosa, ao fazer uma análise da evolução da jurisprudência brasileira, destaca que é imperioso verificar que, num primeiro momento, “atense vencedora era a que proclamava a irressarcibilidade do dano moral, inclusive no SFT (RF 138/452, cuja ementa é a seguinte: ‘Não é admissível que os danos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material’)”. Ao depois, os tribunais passaram a “admitir indenização quando o menor trabalhasse; todavia, não se cogitava de dano moral, mas de dano patrimonial (RT 226/204)”.

Nota-se a resistência dos tribunais à época em admitir a indenização por danos morais propriamente dito, visto que, mesmo sendo o dano verdadeiramente moral, era dado o nome de dano patrimonial, seguindo o entendimento que seria escabroso indenizar a dor.

Contrária à jurisprudência, a doutrina majoritária sempre foi a favor da reparação do dano moral puro na ocorrência de lesão a bens imateriais. Porém, mesmo que minoritariamente, havia doutrinadores que eram contrários à tese de ressarcimento indenizatório do dano moral, e se dividiam entre as correntes da teoria negativista, eclética e positivista.

Melo (2011, p. 19) destaca cada teoria em sua obra, e aduz:

Para os adeptos da corrente negativista, as justificativas para não indenizar os danos morais se assentavam em alguns pressupostos: a falta de efeito penoso durável, incerteza de se haver violado um direito, indeterminação do número de pessoas lesadas, impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro e imoralidade de compensar a dor com dinheiro, entre outros.

[...]

Os adeptos da teoria eclética posicionavam-se a meio-termo quanto à questão. Para eles haveria três situações em que se poderia aceitar a tese da ressarcibilidade por danos morais, quais sejam: (a) caberia indenização por danos extra-patrimoniais quando estes fossem causa eficiente de dano material; (b) caberia também indenização por danos morais quando o mesmo se originasse de delito criminal; e (c) caberia ressarcimento por danos morais nas situações em que a lei especificasse, ou seja, somente haveria indenização por danos morais se houvesse expressa determinação legal.

[...]

Já quanto aos positivistas, cabe de início fazer uma expressa menção ao grande Teixeira de Freitas que, apesar do conservadorismo de sua época, ousou insculpir em seu projeto de Código Civil dois artigos que reconheciam a possibilidade de indenização por danos morais, na medida em que reconheceu ser possível valorar a afeição a teor dos arts. 801 e 804.

A doutrina brasileira passou a adotar a teoria positivista, que pregava a admissibilidade da indenização sem qualquer restrição.

Após, vieram alguns doutrinadores que criaram seu próprio sistema de regras para o arbitramento do dano moral, e segundo Melo (2011, p. 20) “é importante destacar que Ávio Brasil, foi até onde sabemos, o primeiro dentre os doutrinadores pátrios a criar um sistemas de regras”. Em suma, esse sistema é bem parecido com o utilizado nos dias atuais, visto que nele se analisava o não enriquecimento sem causa; equilíbrio entre as posições sociais do ofensor e da vítima; e a extensão do dano.

As teses doutrinárias no sentido real de aplicação ampla de reparação dos danos morais e fortalecimento da corrente positivista foi corroborado com projetos de leis que não foram aprovados pelo Poder Legislativo, por exemplo o Código das Obrigações elaborado em 1941, que previa expressamente o dano moral, dentre outros.

Com efeito, aos poucos a doutrina foi vencendo e convencendo os tribunais brasileiros, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que veio a por fim a essa polemica discutida pela doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade de reparação por danos morais.

Por bem, o poder constituinte inseriu no artigo 5º, incisos V e X, expressamente, nem tão somente a previsão de indenização por dano moral, bem como material; e à imagem, e em decorrência desses dispositivos constitucionais tanto a jurisprudência, quanto a doutrina chegaram à conclusão que não poderia

haver limitações ao dever de indenizar, restando derogados algumas leis infraconstitucionais que tarifavam o *quantum* indenizatório.

Seguindo esse raciocínio, foram editadas várias leis esparsas que regulam a matéria ventilada, dentre as quais, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor, que assegurou sua aplicação frente a todos os ramos do direito onde houver a presença do consumidor.

2.1.1 O dano moral nas relações de consumo

Com a promulgação e vigor do Código de Defesa do Consumidor, houve uma melhora significativa frente às relações de consumo no que diz respeito ao amparo e a tutela dos interesses das relações havidas entre consumidores e empresas, em razão da diferença do poderio econômico existente entre as partes.

Melo (2011, p. 23) em sua obra destaca a importância desta lei:

Contudo, a lei mais importante que foi editada após a Constituição de 1988, e que tratou da questão do dano moral de maneira ampla e irrestrita, foi a Lei nº 8.079, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que procurou positivar a proteção aos direitos da personalidade de qualquer consumidor, sem nenhuma limitação, ao estabelecer que a reparação por danos patrimoniais e morais teria uma efetiva prevenção no que se refere às pessoas, individual ou coletivamente consideradas (art. 6º, I e VI).

Com efeito, pode-se afirmar que a reparação por danos morais aos consumidores lesionados deve ser ampla, total e irrestrita, não se subordinando a nenhuma espécie de tarifamento ou limitação.

Além de reparação por danos morais e materiais, o Código de Defesa do Consumidor, oferece uma série de proteções básicas do consumidor em perfeita sintonia com o disposto na Constituição Federal de 1988, tais como, o dever de proteção do Estado; a possibilidade de punição por meio de sanções administrativas (arts. 55 a 60) e ações de natureza penal (arts. 61 a 80). O legislador inseriu entre os direitos básicos do consumidor o direito à vida, à saúde e à segurança (arts. 6º, I, 8º, 9º, 10, 12, § 1º, e 18, § 6º).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) é hoje, considerada pela doutrina, a legislação sistematizada de defesa do

consumidor mais moderna e avançada do mundo, e inúmeras são as formas de proteção, conforme Melo (2012, p. 13):

[...]

Consignou também as formas pelas quais o consumidor possa proteger a sua honra, proibindo cobranças vexatórias (art. 42); assegurou a possibilidade de repetição de indébito em dobro nos casos de cobrança indevida ou excessiva (art. 42, parágrafo único); cuidou de oferecer proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais desleais e práticas abusivas (arts. 6º, IV, e 39 a 42), além de proibir taxativamente as cláusulas abusivas (arts. 6º, V, e 51 a 53). Ademais, a fim de proteger da maneira mais ampla possível o consumidor, facultou-lhe o Código o manejo de todas as ações judiciais que possam propiciar-lhe a adequada e efetiva tutela (art. 83), o amplo acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com isenção de taxas e custas (art. 6º, VII), além de prever a facilitação do direito de defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando for verossímil a alegação (art. 6º, VIII). Rememore-se, por último, que a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços é objetiva, de tal sorte que, estabelecido o nexo de causalidade entre o produto ou serviço fornecido e o dano sofrido pelo consumidor, será o suficiente para que se veja o fornecedor obrigado a indenizar o consumidor ou utente lesionado.

Assim, a proteção ao consumidor no que diz respeito à reparação dos danos materiais e morais é mais abrangente do que a prevista no Código Civil ou em outras leis esparsas, não restando dúvida, de que o Código de Defesa do Consumidor é a legislação brasileira que melhor sistematizou a responsabilidade civil por danos morais. Porém, antes da sua edição, eram cometidos absurdos que nem de longe se comparam aos que são praticados nos dias atuais, tanto é que o risco do negócio era do consumidor, ele é quem corria o risco de adquirir um produto ou serviço, pagava por ele e dele não podia usufruir adequadamente, esta injustiça e inversão das responsabilidades persistiu até a vigência do CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Os direitos do consumidor fazem parte da esfera denominada de novos direitos, que são aqueles surgidos no curso do século XX, em decorrência das alterações sociais e tecnológicas, transformando aqueles, em regra básica da ordem econômica. Segundo Venosa (2013, p. 236) “os direitos do consumidor surgem como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que as sociedades de consumo atingiram. A vulnerabilidade do consumidor é sua própria essência”.

Os consumidores que nos dias atuais recorrem à Justiça em busca de serem reparados civilmente por danos morais estão percebendo que muitos dos abusos praticados pelo ofensor estão sendo considerados pelo Poder Judiciário como “mero

aborrecimento”, destes, apenas uma pequena parcela obtém a reparação dos danos sofridos, e ainda assim, condenações em valores ínfimos visto a redução no valor estabelecido nas sentenças.

Corolário dessa situação, o jurista Gil Messias Fleming em artigo publicado na Revista Jurídica Consulex (2014, p. 57), aduziu o seguinte:

Não é preciso ser um “gênio” da economia para chegar à conclusão de que é imensamente vantajoso para as empresas continuarem com suas diversas e incontáveis modalidades de atos ilícitos, sendo certo que um pequeno número, dentro do gigantesco universo de prejudicados, procura o Judiciário para a defesa de seus direitos explicitamente violados, e desse montante já reduzido, apenas uma ínfima parte obtém sucesso, sendo os demais enxovalhados e colocados na vala fácil do “mero aborrecimento”.

Com a redução do valor das indenizações, alguns magistrados avaliam que isso colaboraria para desestimular as proposituras de ações sem importância no judiciário, o que poderia, em tese, conter a banalização do dano.

2.2 AS FUNÇÕES DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Diante da crescente demanda sobre reparação dos danos morais, da evolução doutrinária e jurisprudencial, surgiram três finalidades distintas do valor indenizatório, sendo elas: compensatória, punitiva e preventiva.

Santana (2014, p. 162) retrata que:

A reparação do dano moral tem finalidades distintas do dano patrimonial. Não obstante as divergências doutrinárias, as variadas funções ou finalidades da reparação do dano moral formam, na verdade, uma unidade. O sistema jurídico prevê resposta proporcional ao dano moral, levando-se em conta as suas peculiaridades e visando cumprir as suas variadas finalidades de forma simultânea.

Em toda reparação do dano moral, os operadores do direito devem atentar para as suas diversas finalidades, que necessariamente concorrem simultaneamente, sob pena de aplicação incompleta do sistema jurídico vigente.

Contrários ao modelo do dano moral punitivo justificam tal posicionamento no fato de que no sistema judiciário brasileiro, ao contrário do que ocorre nos países da

*Common Law*², não existe previsão para pena privada, ou, seja, não há possibilidade para imposição de uma sanção penal por um ato de natureza civil. Alegam que a imposição de uma reparação punitiva criaria o enriquecimento sem causa da vítima. Já os adeptos do dano punitivo alegam que a mera reparação não alcança as funções do dano moral, sendo elas: compensatória, punitiva e preventiva.

A função compensatória é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que tem como foco apenas a compensação, propriamente dita, dos danos experimentados pela vítima sem ser excessivo.

Alguns doutrinadores defendem que a função compensatória deve ser a única ligada ao dano moral, nessa linha de raciocínio, segue João de Lima Teixeira e Humberto Theodoro Junior, dentre outros.

Melo (2011, p. 107) aduz:

[...] o professor Humberto Theodoro Junior, que entende não deva existir nenhum caráter punitivo na fixação da indenização por danos morais. Segundo ele, “nada mais equivocado e distanciado do sistema constitucional pátrio. Entre nós, a responsabilidade civil não pode confundir-se com a responsabilidade penal, porque enquanto aquela é estritamente de ordem privada, esta é essencialmente de ordem pública”. Em reforço à sua tese, se escuda na Constituição Federal e conclui que “penas, em nosso sistema de garantias constitucionais, somente podem ser criadas e aplicadas por força de lei (CF, art. 5º, XXXIX). Se não existe lei alguma que tenha previsto pena civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende à Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática”.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 455.846, publicado em 11/10/2004, aderiu à tese que a indenização por danos morais deve possuir função punitiva de natureza compensatória ou reparatória.

A função punitiva, ao contrário da compensatória, apesar de controversa na doutrina e jurisprudência, já tem admitido o binômio punitivo-compensatório do dano moral, tendo como núcleo, a possibilidade ou não de a sanção civil ter caráter punitivo, cuja finalidade visa tanto compensar à vítima pelos danos a que tenha se submetido, quanto punir o ofensor que sofre com a diminuição patrimonial, desestimulando-o a reiteração da prática abusiva.

² *Common Law* é o direito criado por países que adotam a jurisprudência como principal inspiração de aplicação do direito (CAMILO NETO, 2012). Disponível em: >http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051>.

A parte doutrinária e jurisprudencial que não admite a função punitiva do valor da indenização tem como principal tese alegada o fato de não termos regra expressa que preveja essa espécie de sanção, pelo contrário, argumentam ainda que as que existem sinalizam no sentido contrário. Porém, a parte adepta da função punitiva, encontra a solução nos princípios constitucionais, em especial no que garante a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito.

Gonçalves (2012, p.349) alerta que “o caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva”. Reiterando o fato que a finalidade primordial das indenizações não é punir, e sim recompor o patrimônio do lesado.

Com efeito, destaca se que a função punitiva aqui ventilada teve origem no sistema jurídico da *Common Law*, através do instituto denominado *punitive damages*³, que tem como finalidade a punição exemplar ao sujeito que atentou contra o ordenamento jurídico, sendo que em casos particulares visa-se a tutela da coletividade, servindo de exemplo para que outrem não venha a praticar o ilícito.

Já a função preventiva tem como escopo, regular a vida em sociedade para desestimular e inibir futuras violações de direitos da personalidade, visto que o judiciário deve estar voltado à prevenção do ato ilícito, é finalidade que é dirigida a todos os integrantes de uma sociedade juridicamente organizada, que por meio de uma imposição em condenação ao pagamento pecuniário desestime aos demais integrantes desta sociedade a não prática de ilícitos.

Alguns doutrinadores criticam a função preventiva do valor do dano moral sob alegação que o acréscimo deste valor, em nome da sociedade, constituiria em desviar o propósito do direito privado, que deveria ser regulada por legislação especial, por se tratar de direito público.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência majoritária são contrárias a esse posicionamento, conforme aduz Santana (2014, p. 170):

[...] o dano moral verifica-se diretamente ou por presunção judicial, sempre passível de tutela pelo direito. A reparação pecuniária deve exercer uma função inibidora, a fim de que se ilidam ou previnam práticas futuras que atentem contra os direitos da personalidade. A sanção do dano moral é

³ O instituto dos *punitive damages* surgiu no Statute of Coucester, em 1278, na Inglaterra. Significa em termo genérico a Doutrina dos Danos Punitivos (CAMILO NETO, 2012). Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051>.

considerada como um alerta endereçado à sociedade, no sentido de que o sistema jurídico não compactua com lesões aos bens imateriais da pessoa humana.

Na mesma linha de argumentação, Adolpho Paiva Faria Junior sustenta que a reparação do dano moral quer, ao lado da função compensatória, desestimular a prática de atos semelhantes, impondo ao agressor maior reflexão em seus passos futuros, meio inibitório de novas ocorrências, vale dizer, evitar possível recidiva.

A função preventiva é ligada à reparação do dano moral, visto que o ordenamento jurídico é voltado à prevenção do ilícito, em especial, no que se relaciona aos direitos da personalidade, onde segundo Santana (2014, p. 170) “a lesão respectiva jamais encontrará uma equivalência absoluta, mas a sanção em dinheiro servirá apenas como meio relativo de resposta ao direito positivo”.

2.2.1 O *quantum* indenizatório e seus critérios para a fixação

No tocante à fixação do valor da indenização cumpre ressaltar, inicialmente, que o Código Civil Brasileiro conferiu ao juiz o arbitramento da indenização de forma livre, o parágrafo único do artigo 953, versa que: “se o ofendido não puder provar o prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”, com atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, vez que a legislação vigente não prevê qualquer parâmetro a ser observado na fixação do *quantum* indenizatório.

A problemática à fixação do valor da indenização é uma das questões mais tempestuosas quanto ao dano moral, que decorre principalmente por não existirem critérios fixos em lei.

A doutrina majoritária entende que para fixar um valor que ao mesmo tempo possa compensar a vítima e sancionar o ofensor seria necessário analisar o grau de culpa de quem pratica a lesão; a capacidade econômica das partes; as circunstâncias fáticas; extensão da lesão; as condições sociais e políticas da vítima e do ofensor; dentre outras, todos esses somados aos critérios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Melo (2011, p. 97), destaca que:

Para se ter uma ideia das dificuldades práticas, tomemos como exemplo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e iremos constatar que

aquilo que é razoável e proporcional para uns pode não o ser necessariamente para outros. É isso que é normal, pois os critérios irão variar de forma e intensidade conforme seja a educação social, religiosa, filosófica e política de quem faz a análise.

Ademais, não se pode esquecer que existe atualmente uma impossibilidade física e real de os magistrados se debruçarem sobre cada processo, na análise aprofundada das peculiaridades fáticas de cada caso concreto. Não se trata de uma crítica, mas sim de uma constatação prática, facilmente explicável frente ao avolumado número de processos nos tribunais, associado à falta de equipamentos e de pessoal qualificado, o que acaba por transformar a elevada atividade jurisdicional em algo eminentemente técnico, frio, distante, impessoal e, no mais das vezes, tardio.

Em meio ao problema acima referido, surge à figura da tarifação do valor do dano moral, tese defendida por parte minoritária da doutrina, porém cumpre destacar que não existem limites predeterminados em lei para a fixação do *quantum* nas indenizações por dano moral. Os doutrinadores que defendem esse posicionamento se firmam no sentido que há limitações em tratados, como o de Varsóvia, e em leis infraconstitucionais, como a derogada Lei de Imprensa, que não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, visto que ao regular a matéria não estabeleceu nenhum limite ao valor da indenização. Tanto é que a matéria está hoje sumulada no Superior Tribunal de Justiça nº 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Com efeito, conclui-se que, se a Constituição Federal por ser a Carta Magna que rege o ordenamento jurídico brasileiro não estabeleceu limites para o valor da indenização, não serão leis infraconstitucionais que assim o farão, e ainda assim há em tramitação no Congresso Nacional, diversos projetos de lei que visam estabelecer limites para as indenizações de cunho moral.

Assim como há doutrinadores que apoiam a tarifação, há tantos outros que a desaprovam, a exemplo de Melo (2011, p. 102), que aduz em sua obra:

Contrariamente à tarifação, cabe destacar não só o nosso posicionamento como o de vários outros doutrinadores, que partindo da constitucionalização do dano moral destacam diversos fundamentos pelos quais procuram justificar a necessidade de que sejam repelidas todas e quaisquer tentativas de estabelecer limites, por via de lei, à liberdade do juiz no tocante à fixação das indenizações por danos morais.

A nosso sentir, tarifá-lo se mostra inconveniente num primeiro momento até por quebrar o princípio da equidade, na medida em que limitará os poderes de juiz para aplicação da justiça ao caso concreto. Além disso, como se pode atribuir a cada um o que efetivamente seja de seu direito, se esse mesmo direito estará previamente tarifado?

A tarifação levaria ao não cumprimento do preceito constitucional de reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, atentando contra direitos subjetivos daquele que sofreu a lesão, pois transfere a este o dever de suportar o valor que previamente seria estipulado em lei.

2.2.2 A destinação da parcela punitiva do dano moral

Há outra questão bastante controversa a respeito do dano moral, que é a destinação da parcela punitiva do valor da indenização. Basicamente são três as teses defendidas, quais sejam: a) destinação da parcela punitiva a uma instituição beneficente local, escolhida pelo juiz; b) ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, estruturado nos termos da Lei nº 9.008/95; c) à parte vítima.

Aprofundando um pouco no tema, se faz necessário destacar os critérios utilizados para fixar o destinatário final da parcela pedagógico-punitiva do valor da indenização, servindo de punição e aprendizado a quem pratica o ato ilícito causador do dano.

Inicialmente seria analisado se o valor arbitrado teria o condão de desestimular o causador do dano majorando esse valor, e condenando o ofensor ao pagamento à vítima, sem que isto implicasse enriquecimento sem causa, chegando a um valor razoável e proporcional, minimizando as ofensas sofridas. Porém se esta finalidade não é compensar a vítima, que conforme Araújo (2012, p. 2): “já deveria ter sido suficientemente compensada pela aferição procedida na primeira etapa (*compensatory damages*), não há como se sustentar que ambas as quantias devem ser destinadas a vítima sem que, *data vênia*, se entre em contradição”.

O magistrado Fabrício Simão da Cunha Araújo (2012)⁴, titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni/MG, entende que a parcela pedagógica da reparação não deve ser destinada à vítima sob pena de beneficiá-la duas vezes, e sim para instituição beneficente ou fundo de proteção a direitos difusos, e destaca que:

⁴ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22664>>.

[...] a destinação do valor a qualquer um dos dois evitará ofensa à isonomia, enriquecimento indevido do autor da ação e permitirá que o Estado cumpra de forma mais eficaz o seu dever de zelar pelo respeito ao sistema objetivo de valores instituído pela posituação constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Argumenta também que por se tratar de ofensa ao direito do consumidor, toda uma coletividade seria atingida podendo o juiz de ofício destinar a parcela pedagógica da reparação a uma instituição de beneficência cadastrada perante o Juízo da comarca local. Porém tal alegação seria aplicada por analogia à inteligência do artigo 883, parágrafo único do Código Civil, ou do artigo 13 da Lei nº 7.347 de 1985 (Ação Civil Pública).

Em suma, magistrado acima citado, defende que a parcela pedagógico-punitiva do valor indenizatório do dano moral deve ser destinada a uma instituição de beneficência local, pela aproximação da conduta reprovável entre a comunidade que sofrera o dano.

Entretanto, ao destinar a parcela pedagógica punitiva do valor do dano moral a um terceiro estranho à relação jurídica processual telada, estaria configurada o julgamento extra petita da demanda, conforme entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em recurso representativo de controvérsia, Reclamação nº 12.062/GO:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ).

É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide. Inicialmente, cumpre registrar que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CC. Desse modo, diante da ocorrência de ato ilícito, a doutrina moderna tem admitido a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social, como categoria inerente ao instituto da responsabilidade civil, além dos danos materiais, morais e estéticos. Registre-se, ainda, que na V Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o Enunciado 455, reconhecendo a existência do denominado dano social: "A expressão dano no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". A par disso, importa esclarecer que a condenação à indenização por dano social reclama interpretação envolvendo os princípios da demanda, da inércia e, fundamentalmente, da adstrição/congruência, o qual exige a correlação entre o pedido e o provimento judicial a ser exarado pelo Poder Judiciário, sob pena da ocorrência de julgamento extra petita. Na hipótese em foco, em sede de

ação individual, houve condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, sem que houvesse pedido nesse sentido ou sem que essa questão fosse levada a juízo por qualquer das partes. Nessa medida, a decisão condenatória extrapolou os limites objetivos e subjetivos da demanda, uma vez que conferiu provimento jurisdicional diverso daquele delineado na petição inicial, beneficiando terceiro alheio à relação jurídica processual posta em juízo. Impende ressaltar que, mesmo que houvesse pedido de condenação em danos sociais na demanda em exame, o pleito não poderia ter sido julgado procedente, pois esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Isso porque, os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

Dos que defendem que a parcela pedagógico-punitiva deva ser destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, destaca-se Fleming (2014, p. 58), de forma mais específica, fundamentando-se no direito do consumidor, aduzindo o seguinte:

Desta forma, o consumidor seria indenizado dentro de um valor condizente com sua condição e a extensão do dano, satisfazendo seu desejo merecido por justiça. E, na outra ponta, a sociedade também seria indenizada, desta feita, de olho na condição financeira da empresa requerida, de maneira que o valor seja suficientemente significativo a ponto de reprimir novos atos ilícitos de sua parte. Tal valor seria revestido para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, estruturado nos termos da Lei nº 9.008/95, o que ademais já tem previsão no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 57; 99, parágrafo único; e 100, parágrafo único.

O citado autor extrai sua ideia tendo consigo que todo dano causado a um consumidor carrega em si um dano residual que tem reflexos em toda comunidade, assim, uma determinada ação de indenização movida contra uma empresa, fundada na relação de consumo, teria dois tipos de dano indenizáveis, quais sejam: o dano sofrido pelo autor da demanda; e o dano reflexo suportado por toda comunidade.

Coelho (2009, p. 255) em sua obra de Reparação do Dano moral, assevera o seguinte:

Ao se abordar o destino da reparação do dano moral, é preciso deixar claro, inicialmente, que tudo o que estiver diretamente relacionado ao dano em si deve beneficiar à vítima. O problema diz respeito ao acréscimo de eventuais parcelas, que não consistem no dano propriamente dito, como a de natureza punitiva. Neste caso, o destino da majoração, a princípio, também é a vítima. Todavia, quando ficar expresso ou implícito que o acréscimo beneficia diretamente à sociedade, como a hipótese de possuir como finalidade desestimular a prática de condutas idênticas, para evitar que outras pessoas sejam lesadas, não é justo que o acréscimo seja entregue à vítima.

Contrário a esses posicionamentos citados acima, outros doutrinadores entendem que a valor da parcela pedagógico-punitiva da indenização por danos morais deve ser integralmente destinada à própria vítima, sem que seja observado o enriquecimento desta, visto que haveria justa causa para tanto, qual seja, o próprio dano sofrido.

3 O CONFLITO ENTRE A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL E A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 O CARÁTER PEDAGÓGICO-PUNITIVO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Conforme elucidado no capítulo anterior, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm firmado entendimento de que a indenização por danos morais deve conter caráter punitivo, pedagógico e preventivo, além da reparação do prejuízo causado à vítima, atuando de maneira educativa a coibir à prática de novos danos indenizáveis.

Cavaliere (2014, p. 119) destaca que:

O mesmo entendimento foi sustentado pelo eminente Min. Moreira Alves em erudita conferência proferida em seminário sobre 'Responsabilidade Civil', promovido pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Ressaltou S. Exa. que a idéia de compensação – substituir a tristeza pela alegria – serve de fundamento à reparação do dano moral apenas em relação às vítimas de classe humilde, para as quais um aparelho de televisão, uma viagem, podem atuar como motivo de alegria. Mas, se esse fosse o único fundamento da reparação do dano moral, a vítima rica, de muitas posses, jamais seria indenizada. Por isso, entende que a reparação pelo dano moral tem também natureza de pena privada. É a justa punição contra aquele que atenta contra a honra, o nome ou imagem de outrem, pena, esta que deve reverter em favor da vítima.

Cavaliere (2014, p. 120) acrescenta ainda que:

Na verdade, em muitos casos, o que se busca com a indenização pelo dano moral é a punição do ofensor. Pessoas famosas atingidas moralmente por noticiários de televisão ou jornais, constantemente declaram na petição inicial da ação indenizatória que o valor da eventual condenação será destinado a alguma instituição de caridade. O mesmo ocorre quando a vítima do dano moral é criança de tenra idade, doente mental ou pessoa em

estado de inconsciência. Nesses casos – repita-se – a indenização pelo dano moral atua mais como forma de punição de um comportamento censurável que como compensação.

O caráter pedagógico-punitivo do valor da indenização por danos morais nas relações de consumo é aplicado em vários países, em especial nos Estados Unidos da América, por este já ter aplicação corriqueira do *punitive damages* em seus tribunais.

Em julgamento recente o Superior Tribunal de Justiça admite que o valor da indenização deve ter caráter pedagógico-punitivo, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165 E 458 DO CPC. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. (...). O apelo nobre obstado enfrenta acórdão, assim ementado (fl. 182): APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. ARTIGOS 14 E 22 DO CDC. SENTENÇA QUE CONDENOU AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RECURSO DA PARTE RÉ PARA EXCLUSÃO DO DANO MORAL E ADESIVO DA PARTE AUTORA PARA INCLUSÃO DO DANO MATERIAL. DANO MORAL CONFIGURADO. PERDA DE TEMPO ÚTIL PARA TENTAR, EM VÃO, RESOLUÇÃO DO PROBLEMA. INOCORRÊNCIA DO DANO MATERIAL. (...). Contudo, houve desgaste da parte autora ao tentar solucionar o problema, o que demandou tempo gasto, se sentiu humilhada, diminuída, a gerar, independentemente de prova, dano moral passível de indenização. **Para casos tais, a indenização, além de servir como compensação pelo sofrimento experimentado, deve também ter caráter pedagógico-punitivo de modo a desestimular condutas semelhantes.** (...). Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. (STJ, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 725.701 - RJ (2015/0137103-2). AGRAVANTE: COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE ADVOGADOS: JAYME SOARES DA ROCHA FILHO E OUTRO (S) GISELLE MICHELLI FOGLIANI AGRAVADO: MAURO ALTOE AGRAVADO: ROSILENE DE OLIVEIRA ALTOE ADVOGADO: LEONARDO VIANNA MATHIAS NETTO E OUTRO (S)). (Sem grifo no original);

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. ARTIGOS 14 E 22 DO CDC. SENTENÇA QUE CONDENOU AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RECURSO DA PARTE RÉ PARA EXCLUSÃO DO DANO MORAL E ADESIVO DA PARTE AUTORA PARA INCLUSÃO DO DANO MATERIAL. DANO MORAL CONFIGURADO. PERDA DE TEMPO ÚTIL PARA TENTAR, EM VÃO, RESOLUÇÃO DO PROBLEMA. INOCORRÊNCIA DO DANO MATERIAL. RÉ QUE REFATUROU AS FATURAS PARA COBRANÇA PELA TARIFA MÍNIMA. RECURSOS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. (TJ-RJ - APL: 00349544120128190004 RJ 0034954-41.2012.8.19.0004, Relator: DES. GILBERTO CLOVIS FARIAS MATOS, Data de Julgamento: 26/02/2015, VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 06/03/2015 18:26.

Entretanto, para alguns doutrinadores brasileiros, o caráter pedagógico-punitivo da indenização por danos morais não faria parte do ordenamento jurídico pátrio, visto que aqui as sanções que visam desestimular o ofensor são exclusivamente as penas estabelecidas pelo Direito Penal. Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, a indenização não poderia ultrapassar extensão do dano, considerando sempre o efetivo prejuízo sofrido pelo ofendido como parâmetro.

Sob o aspecto majoritário, a doutrina e jurisprudência apontam para um novo modelo de imputação da responsabilidade civil de um modo geral e de forma mais especial no direito do consumidor, visto que as condenações arbitradas pelos juízes não estão sendo satisfatórias para conter as práticas abusivas, levando insegurança à sociedade. O importante é que não fique impune o responsável pela lesão, pois caso contrário a lei seria desrespeitada e a pessoa humana desprezada.

Outra questão bastante polêmica é a discussão sobre o enriquecimento sem causa, nesse diapasão Fleming (2014, p. 58) aduz que:

[...] Evidentemente que o enriquecimento sem causa, odioso ao sistema jurídico, deve ser combatido com rigor, evitando-se desse modo fomentar uma excrescência no afã de exterminar outra. Se é certo que um consumidor não pode se utilizar do Judiciário para engordar sobremaneira sua conta bancária, a fortiori, não é crível que as empresas possam se ver livres de todo o sofrimento e transtorno causado a milhares de consumidores através de condenações irrisórias e absolutamente sem nenhum valor educativo.

Nota-se que não há uma solução simples para que o dano moral tenha efetivamente sua função social alcançada, aplicando suas funções com destreza e ainda evitando o enriquecimento sem causa.

3.2 A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O instituto da vedação do enriquecimento sem causa tem como finalidade evitar que alguém que sofra dano indenizável venha se enriquecer em detrimento do ofensor, previsto no Código Civil de 2002:

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.

Gonçalves (2012, p. 351) aduz em sua obra que:

Malgrado as dificuldades existentes para o arbitramento, o valor da indenização deve ser fixado desde logo na sentença, na fase de conhecimento, sem se remeter a sua apuração para o juízo da execução, seja para liquidação por arbitramento, seja para liquidação por artigos.

Por outro lado, deve o juiz, “ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo”.

Os tribunais brasileiros ainda que reconhecendo a função punitiva do valor do dano moral, têm condenado os ofensores em valores ínfimos a fim de não enriquecer a vítima, ocorre que assim o fazendo essas condenações não estão alcançando sua finalidade e, conseqüentemente não coíbe novos atos ilícitos, todavia a condenação em danos morais deve desestimular a reiteração dos abusos e/ou ilícitos cometidos, conforme acórdão citado por Silva (2015)⁵:

A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica.

3.3 O CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS INSTITUTOS

Parte das fundamentações descritas nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, elucida a proibição do enriquecimento sem causa do ofendido. Nos casos concretos, a aplicação dos institutos da função pedagógico-punitiva do valor da indenização por danos morais e da vedação do enriquecimento sem causa se

⁵ SILVA *apud* NETTO, 2015, p. 17.

colidem principalmente quando o ofensor possui alto poder econômico e o ofendido é hipossuficiente, visto que um dos critérios utilizados para a fixação do valor da indenização é a situação econômica das partes, e na maioria desses casos a condenação do ofensor é ínfima a título de danos morais ao consumidor ofendido, esse conflito promove um problema social, pois não inibe o ofensor de praticar novos atos ilícitos.

Assim sendo, os consumidores lesados não estão tendo a proteção efetiva conferida pelo CDC, tendo em vista as reiteradas práticas abusivas ou ilícitas cometidas por ofensores de maior poder aquisitivo, sob o fundamento que o ofendido hipossuficiente não pode se enriquecer em razão da indenização por dano moral, em obediência ao instituto da vedação do enriquecimento sem causa.

O autor Eto (2012, s/p) entende que a função pedagógico-punitiva do valor da indenização por danos morais deve ser aplicada ainda que cause enriquecimento à vítima:

O Judiciário brasileiro precisa se desvincular da falsa idéia de que a indenização, decorrente de danos morais, não pode servir como fonte de enriquecimento para as vítimas dos mesmos. Mesmo porque, ninguém quer o enriquecimento à custa de dor. É curial focar a atenção no causador do dano, conferindo à indenização o necessário e indispensável caráter pedagógico. A indenização deve ser alta o suficiente para punir pecuniariamente o ofensor, além de inibir sua reiteração.

As indenizações, atualmente fixadas pelos nossos tribunais, ainda estão muito aquém de sua função pedagógica. É por isso que as grandes instituições privadas preferem pagar danos morais a investir eficazmente no sentido de evita-los. O preço é menor!

Ainda segundo o referido autor, o instituto da vedação do enriquecimento sem causa deve ser afastado, pois a prática abusiva e/ou ato ilícito cometido pelo ofensor de maior poder aquisitivo é a justa causa de um possível enriquecimento. Seguindo a mesma linha de raciocínio Coelho (2009, p. 255) assevera o seguinte:

O fato de o ofensor possuir uma maior capacidade econômica e, por isso, ocorrer majoração da forma ou no valor da reparação não faz com que, em contrapartida, ocorra o enriquecimento ilícito da vítima. De fato, para que ocorra o enriquecimento ilícito é necessário que o acréscimo patrimonial não encontre qualquer justificativa. No caso a majoração almeja punir o ofensor, especialmente para evitar que pratique outros atos ilícitos semelhantes. Assim sendo, é plenamente justificada.

O caráter pedagógico-punitivo do valor da indenização por danos morais não tem por escopo o enriquecimento sem causa do ofendido, entretanto, em alguns

casos pode ocorrer enriquecimento na relação de consumo, o ofendido de menor poder aquisitivo pode até enriquecer, mas não é ilicitamente, visto que não foi ele quem deu causa e sim a culpa ou má-fé do ofensor, que prefere pagar valores ínfimos a título de dano moral, a investir eficazmente para conter as práticas abusivas e/ou atos ilícitos.

Para Ferreira (2012, p. 12):

As baixas indenizações soam como um prêmio para encorajar a reiteração das práticas abusivas e banalizar o instituto sob o pretexto da indústria do dano moral e do enriquecimento ilícito sem causa. Numa relação consumerista jamais seria indevido ou ilícito o enriquecimento que advém de indenização recebida e fixada em decisão judicial, resultante da má conduta das empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços, que deram causa à ação ajuizada pelo consumidor prejudicado.

Enriquecimento ilícito e indústria do dano moral são conceitos míticos, uma vez que somente uma pequena parcela, num universo de consumidores, vai ao judiciário para resolver questões de relação de consumo. Em contraste ao que foi narrado, grande parte dos consumidores lesionados no país em alguma relação de consumo não perpetraram ações judiciais. Portanto, como é que se pode falar em indústria do dano moral? Em primeiro plano, porque as classes menos favorecidas sequer são conhecedoras de seus direitos.

Fleming (2014, p. 58) acrescenta:

[...]

De outro lado, naqueles casos que finalmente é reconhecido o dano moral, as indenizações fixadas são simplesmente ridículas, equacionadas mais uma vez dentro da mesma lógica perversa segundo o qual as empresas deveriam ser protegidas dos consumidores.

[...]

Se é certo que um consumidor não pode se utilizar do Judiciário para engordar sobremaneira sua conta bancária, *a fortiori*, não é crível que as empresas possam se ver livres de todo o sofrimento e transtorno causado a milhares de consumidores através de condenações irrisórias e absolutamente sem nenhum valor educativo.

Nota-se que ao aplicar o instituto da vedação sem enriquecimento sem causa, os ofensores de maior poder aquisitivo numa relação de consumo se veem livres da obrigação, dever de evitar que novas práticas abusivas e/ou atos ilícitos sejam cometidas em desfavor do consumidor que, em regra, é a parte frágil da relação.

Seguindo essa linha de raciocínio Fleming (2014, p. 56) aduz que:

[...] Enquanto isso, bilionárias, prepotentes e cada vez mais audaciosas, as empresas infratoras continuam sua escalada assustadora de infrações em detrimento de seus consumidores, certas da impunidade e, por que não dizer, “cumplicidade” de um Judiciário atolado em milhares de processos e refém de seus modelos padronizados, sem se dar conta de que tal conduta apenas alimenta e fortalece o círculo vicioso, provocando avalanches cada vez maiores e mais destrutivas.

Tem-se notado que os ofensores de maior poder econômico continuam a praticar seus ilícitos por ser imensamente vantajoso pagar ínfimas indenizações à investir para evitar tais práticas, tendo em vista o numero reduzido de consumidores que procuram o Poder Judiciário para reivindicar seus direitos, e desta parte uma parcela ainda menor logra êxito em obter a reparação pelos danos causados por aqueles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas relações consumeristas, os fornecedores de produtos e prestadores de serviços, têm abusado do seu alto poder aquisitivo e econômico, e têm cometido abusos e/ou ilícitos reiteradamente, ocasionando dano moral nas relações de consumo. Este fato deve ser analisado com maior prudência pelos aplicadores do direito, e principalmente pelos magistrados que devem levar em conta o poder econômico dos ofensores, seu histórico de práticas abusivas em desfavor do consumidor e as consequências do dano moral, que deverá ser reparado, aplicando o instituto da função pedagógico-punitivo para coibir novas condutas.

O caráter pedagógico-punitivo do valor da indenização surge como importante mecanismo de preservação da dignidade da pessoa humana, visto que previne a ocorrência de novos danos morais, entretanto como ventilado neste trabalho, não tem alcançado seu fim precípua por esbarrar no instituto da vedação do enriquecimento sem causa.

Portanto, para aplicar efetivamente a função pedagógico-punitiva da indenização por danos morais é necessário que não seja aplicado o instituto da vedação do enriquecimento sem causa, visto que os tribunais vêm aplicando-o de forma equivocada, certo de que os abusos e ilícitos praticados pelo ofensor de maior poder aquisitivo dão justa causa à demanda da lide consumerista, bem como a um possível enriquecimento justo, destinando o valor da parcela integralmente à vítima que teve sua dignidade ferida.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Indenização por danos morais: destinação da parcela pedagógica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3371, 23 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22664>>. Acesso em: 21 setembro 2015.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Defesa do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ*. 7. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2012. 476p

BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Direito processual civil. Impossibilidade de fixação, ex officio, de indenização por danos sociais em ação individual. Recurso repetitivo (art. 543-c do CPC e res. 8/2008 do STJ). Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0552>>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

CAMILO NETO, José. A Doutrina do “punitive damage” e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Jan 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. 354 p.

ETO, Tales Lins. *Planos de Saúde: negativa de cobertura x dano moral*. 2012, s/p. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=2831>>. Acesso em: 21setembro 2015.

FERREIRA, Gezina Nazareth. *O Caráter Punitivo do Dano Moral*. 2012. 19 f. Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/GezinaNazarethFerreiral.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2015.

FLEMING, Gil Messias. Dever de indenizar x Mero aborrecimento – O desprezo pelo consumidor amparado pela atuação do judiciário. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília. Ano XVIII, n.426, p. 56-58, outubro de 2014.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. v 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Dano Moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível. Ação indenizatória. Relação de consumo. Falha na prestação de abastecimento de água. Responsabilidade do fornecedor. Artigos 14 e 22 do CDC. Sentença que condenou ao pagamento de indenização por dano moral. Recurso da parte ré para exclusão do dano moral e adesivo da parte autora para inclusão do dano material. Dano moral configurado. Perda de tempo útil para tentar, em vão, resolução do problema. Inocorrência do dano material. Ré que refaturou as faturas para cobrança pela tarifa mínima. Recursos a que se nega seguimento, na forma do artigo 557, caput, do CDC.

(TJ-RJ - APL: 00349544120128190004 rj 0034954-41.2012.8.19.0004, relator: des. Gilberto Clovis Farias Matos, data de julgamento: 26/02/2015, vigésima terceira câmara cível/ consumidor, Data de Publicação: 06/03/2015 18:26). Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500106900>>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Responsabilidade civil contemporânea*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. 223 p.

SILVA, Isaías Henrique. *O conflito entre a função pedagógico-punitiva do valor da indenização por danos morais e a vedação do enriquecimento sem causa*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.52034&seo=1>>. Acesso em: 21 setembro 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIVIAN, Wilson de Alcântara Buzachi. *Princípio alterum non laedere (neminem laedere), dignidade humana e boa-fé*. Jan 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35605/principio-alterum-non-laedere-neminem-laedere-dignidade-humana-e-boa-fe#ixzz3p6xFh3QL>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.