



**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

CLAUDIO JORGE BERARDO CARNEIRO DA CUNHA

**O TRATAMENTO DO DANO MORAL OCASIONADO POR CORTE INDEVIDO NO
FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA:**

**A hodierna realidade prática do colégio recursal cível da capital do estado de
Pernambuco, com base nas teses de ressarcimento ou punição.**

Recife
2013

CLAUDIO JORGE BERARDO CARNEIRO DA CUNHA

**O TRATAMENTO DO DANO MORAL OCACIONADO POR CORTE INDEVIDO NO
FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA:**

**A hodierna realidade prática do colégio recursal cível da capital do estado de
Pernambuco, com base nas teses de ressarcimento ou punição.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Edmundo Celso
Borba.

Recife
2013

Cunha, C. J. B. C.

O tratamento do dano moral ocasionado por corte indevido no fornecimento de serviço de telefonia: a hodierna realidade prática do colégio recursal cível da capital do estado de Pernambuco, com bases nas teses de ressarcimento ou punição. / Claudio Jorge Berardo Carneiro da Cunha. O Autor, 2013.

94 folhas.

Orientadora: Profª Drª Luiz Edmundo Celso Borba

Monografia (graduação) – Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Dano Moral 3. Indenização 4. Consumo 5. Responsabilidade Civil 6. Direito de Ação.

**340 CDU (2ªed.)
340 CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2013-171**

Claudio Jorge Berardo Carneiro da Cunha

O TRATAMENTO DO DANO MORAL OCACIONADO POR CORTE INDEVIDO NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA: A hodierna realidade prática do colégio recursal cível da capital do estado de Pernambuco, com base nas teses de ressarcimento ou punição.

DEFESA PÚBLICA em Recife, _____ de _____ de 2013

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador Prof. Dr. Luiz Edmundo Celso Borba

1º Examinador:

2º Examinador:

Recife
2013

Dedico este trabalho ao Deus Criador de tudo e de todos, ao Senhor Jesus, meu mestre e salvador e ao Espírito Santo, o meu ajudador, toda a honra e toda glória para sempre, amém.

A minha querida esposa, Roberta, companheira de mais de trinta e um anos, amor da minha vida, amiga de todas as horas e principal incentivadora desta graduação. Divido contigo o diploma, pedindo perdão pela ausência dos finais de tarde e início de noites onde estava assistindo aula.

Aos meus filhos, Rodrigo e Maria Anita, pelo estímulo de continuar o curso sempre que dúvidas pairavam sobre a minha mente. Vocês também são parte importante dessa graduação. Amo vocês e que Deus continue a abençoá-los.

A minha mãe, por nunca ter desistido de me ver com um curso superior. Mesmo nos seus noventa anos, continua a me incentivar. Mulher guerreira que soube inverter adversidades com muita luta. Te amo mãezinha.

A minha sogra, grande mulher, mãe, filha e principalmente avó. Você é um referencial de como encarar as adversidades com bom humor. A sua presença nos faz sentir melhor. Te amo minha sogra.

AGRADECIMENTOS

Aos meus irmãos, cunhados e cunhadas, sobrinhos que me incentivaram a continuar com o sonho da primeira graduação, e principalmente a Maria Messias (Minha Fia), muito obrigado pela dedicação que você tem a mim e minha família, você é minha segunda mãe, eu te amo.

Ao meu orientador, Luiz Edmundo Celso Borba, responsável direto pela escolha do tema do presente trabalho. Um novo mestre da área jurídica que não tem medo de expor as suas ideias. Você também é uma fonte de inspiração pelo seu destemor de expor conceitos retrógrados e que não contribuem com a necessidade de se estimular o acesso à justiça para todos. Sua humildade e dedicação à academia são um valioso modelo.

A todos os professores que tive a honra de ser aluno no curso de graduação da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Aos funcionários dessa instituição de ensino, desde o mais humilde ao mais graduado a minha sincera gratidão pelo tratamento dispensado.

Aos meus colegas que tiveram a paciência de conviver comigo nesses anos de aprendizado, principalmente os que iniciaram comigo o curso, como: Carla, Edilene, Jane, Alice, Sueli, Josivam, e as filhas “postiças” Amanda e Taiana, além de outros que ficaram pelo caminho, ou se incorporaram depois. Muito obrigado amigos, pois sei quanta paciência vocês tiveram comigo. Quero também afirmar que vocês serviram de inspiração para que chegasse ao final do curso. Fiquem certos, sempre estaremos juntos, que Deus os abençoe.

Aos meus irmãos da Igreja Obreiros de Cristo de Boa Viagem que tanto me incentivaram a concluir o curso. Meu muito obrigado e a partir de agora estarei mais presente nas nossas reuniões e movimentos para levar o Evangelho do Senhor Jesus a outros.

A todos cujo carinho e paciência me fortaleceram na conclusão deste curso.

O Espírito do Soberano, o Senhor, está sobre mim, porque o Senhor ungiu-me para levar boas notícias aos pobres. Enviou-me para cuidar dos que estão com o coração quebrantado, anunciar liberdade aos cativos e libertação das trevas aos prisioneiros, para proclamar o ano da bondade do Senhor e o dia da vingança do nosso Deus; para consolar todos os que andam tristes, e dar a todos os que choram em Sião uma bela coroa em vez de cinzas, o óleo da alegria em vez de pranto, e um manto de louvor em vez de espírito deprimido. Eles serão chamados carvalhos de justiça, plantio do Senhor, para manifestação da sua glória. (Isaías 61:1-3)

RESUMO

O presente trabalho visa expor uma visão contemporânea da inversão de valores identificada nas sentenças referendadas pelas turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis no aspecto do quantum indenizatório. O exercício de dois direitos (o direito de ação e o de reparação em face do dano moral), partindo da análise do crescente ajuizamento de lides na relação consumerista com fins puramente pecuniários, bem como as consequências da baixa fixação dos valores indenizatórios. Para tanto, far-se-ão breves considerações a respeito da fundamentação do dano moral elevado à plataforma jurídica do fenômeno da constitucionalização do direito civil, explorando, numa interpretação conexa, o direito fundamental de ação e o direito de proteção ao consumidor sob a égide da Constituição Federal de 1988. Além de proporcionar a discussão de um tema bastante atual e de grande importância para o estudo de toda a comunidade jurídica, o trabalho trará reflexões inovadoras sobre o assunto tendentes para a necessidade de construção de uma nova cultura jurídica no âmbito social acerca do uso e concretização do direito de ação nas indenizações por dano moral.

Palavras chave: dano moral; indenização, consumo; responsabilidade civil; direito de ação.

ABSTRACT

This work aims to expose a contemporary vision of inversion of values identified in sentences countersigned by the appellate classes of Special Civil Courts in respect of quantum indemnity. The exercise of two rights (the right of action and remedy against the moral damage), by analyzing the filing of labors in growing consumerist relationship with purely monetary purposes, as well as the consequences of low setting of values for damages. Therefore, far-will brief considerations about the reasons for the high moral damage to the platform of the legal phenomenon of constitutionalization of civil law, exploring, in a related interpretation, the fundamental right of action and the right to consumer protection under the aegis of Constitution of 1988. Besides providing a discussion of a very current topic of great importance for the study of the entire legal community, the work will bring innovative thinking on the subject tending to the need for construction of a new legal culture in the social sphere about the use and implementation right of action in damages for pain and suffering.

Keywords: moral damages, indemnity, consumer, liability, right of action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DA CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MORAIS COMO UMA RESULTANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM BASE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	13
1.1 Conceitos introdutórios de: responsabilidade civil, ato ilícito e culpa – materialidade e o vínculo do agente.....	13
1.2 A responsabilidade civil à luz do art. 187 do Código Civil de 2002	17
1.3 O dano moral e sua caracterização na doutrina pátria.....	21
1.4 O dever de indenizar.....	25
1.4.1 A responsabilidade civil subjetiva.....	28
1.4.2 A responsabilidade civil objetiva.....	32
1.4.3 Caracterização na esfera civil.....	34
1.4.4 Caracterização na esfera empresarial.....	35
1.4.5 Caracterização no Código de Defesa do Consumidor.....	38
2 INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL E SEU TRATAMENTO.....	41
2.1 O papel dos serviços de proteção ao crédito e os limites postos pelo Código de Defesa do Consumidor.....	43
2.2 A responsabilidade das empresas e prestadores de serviços por atos ilícitos praticados por seus funcionários.....	47
2.3 A fixação do <i>quantum</i> indenizatório e seus critérios.....	50
3 ASPECTOS DA LEI 9.099/1995 E DO IMPORTANTE PAPEL A SER DESEMPENHADO PELOS JUIZADOS ESPECIAIS, COMO SOLVEDOR DE LIDES DE “PEQUENO VALOR”	54
3.1 A Competência na esfera dos Juizados Especiais.....	58
3.1.2 Competência em razão da causa.....	61
3.1.3 Competência material.....	64
3.2 O Procedimento utilizado nos Juizados Especiais.....	67

4 O ENTENDIMENTO DAS TURMAS RECURSAIS DO RECIFE ACERCA DAS INDENIZAÇÕES POR NEGATIVAÇÃO INDEVIDA.....	71
4.1 A visão de ressarcimento como indenização pelo dano sofrido.....	76
4.2 A visão punitiva como meio educativo para se evitar o dano.....	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	90

INTRODUÇÃO

A indenização a título de danos morais decorrentes de ato ilícito praticado por terceiros está previsto no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa a partir da Constituição Federal de 1988. A negativação indevida de usuários de telefones tornou-se prática corriqueira por parte das concessionárias, fazendo com que a procura pelo Poder Judiciário na esfera dos Juizados Especiais Cíveis se tornasse uma constante. Essas companhias são consideradas, hodiernamente, os maiores litigantes na esfera dessas cortes especiais de consumo.

Passíveis de pagamento, por esses atos o Poder Judiciário tem sentenciado as práticas ilícitas constantemente, porém as negativações continuam ocorrendo. Sobre o tema, vem sendo objeto de discussões, por parte da doutrina e a jurisprudência, a sua valoração, uma vez que existe uma corrente jurídica que defende o aumento substancial dos valores arbitrados, de tal sorte que passe a inibir essas práticas.

De outro lado, alguns doutrinadores defendem a tese que os valores sentenciados estão corretos, uma vez que a chamada condenação punitiva somente poderia ocorrer na esfera criminal e não na cível. Além do que, se arbitradas com valores muito alto gerariam enriquecimento sem causa. A realidade é que o assunto ainda não se firmou de forma a trazer segurança jurídica a quem recorre ao Poder Judiciário, uma vez que as decisões tem conseguido desagradar às partes.

Dessa forma o questionamento que se faz é: qual o valor que a justiça deveria estabelecer para que esse instituto ganhasse a eficácia desejada pelo legislador constituinte? Atualmente poderia se dizer que esses valores inibem a prática de negativações indevidas por parte das concessionárias de telefonia? O presente trabalho procura entender qual a melhor forma de se aplicar a sanção de forma a tornar as decisões eficientes.

Para que seja eficiente o arbitramento deverá ser alto o suficiente para que as empresas sintam a necessidade de investir em mecanismos de controle para se evitar essas práticas, porém não devem atingir valores muito altos que inibam a própria geração da atividade produtiva.

No primeiro capítulo traz de forma abrangente os conceitos introdutórios de reponsabilidade civil, o que vem a ser dano, sendo ele material ou moral, e a definição de ato ilícito. Caracteriza o abuso de direito. Os elementos que geram a responsabilidade civil como a conduta humana, sendo ela negativa ou positiva, o dano ou prejuízo causado e o nexo de

causalidade entre ambos, além da divergência doutrinária sobre a culpa como um quarto pressuposto.

Analisa os princípios éticos constitucionais que orientam todo o sistema jurídico nacional, como o da boa-fé e dos bons costumes. A influência dos Códigos Civis de outros países sobre a elaboração do Código Civil de 2002. Expõe os direitos que as empresas de telefonia detêm de negatar os seus clientes e a responsabilidade decorrente deste direito.

O Segundo capítulo trata especificamente das indenizações por dano moral e o seu tratamento. Estuda o papel dos serviços de proteção ao crédito, como surgiram, seus direitos e as suas obrigações decorrentes a esses direitos.

Os limites impostos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor. Estabelece a distinção jurídica entre bancos de dados e cadastros de consumo. Analisa a importância desses serviços para se baixar o percentual de risco contido nas taxas de juros, beneficiando, não somente os consumidores, como também as empresas.

Mostra a fixação do *quantum* indenizatório e começa a estudar os parâmetros que levam os magistrados a estabelecê-los. Os critérios adotados para sua valoração, iniciando-se a análise dos movimentos que divergem quanto a sua quantificação, se de ressarcimento ou punitiva.

O terceiro capítulo aborda a criação dos Juizados Especiais Cíveis, o histórico das leis que o antecederam, a importância dos mesmos para o acesso à justiça, princípio explícito na Constituição Federal de 1988, as competências estabelecidas na Lei 9.099/1995, fazendo uma análise detalhada da territorial, do valor da causa, que se presta para estabelecer os limites pecuniários e o que vem a ser matéria de baixa complexidade.

Já o quarto capítulo trata especificamente do objeto do estudo. A visão do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Capital do Estado de Pernambuco sobre os valores arbitrados a título de danos morais. A visão majoritária de ressarcimento, encabeçada pelo STJ, as suas consequências e sua eficiência de inibir atos ilegais.

A visão punitiva ou pedagógica baseada em critérios de eficiência trazido ao ordenamento através do movimento Direito e Economia, a nova escola, o porquê de se adotar tal tese e analisar as suas consequências.

O que motivou a escolha do tema apresentado foi a experiência de seis meses passados no 1º Juizado Especial Cível e das Relações de Consumo da Capital do Estado de Pernambuco passados pelo autor e o contato diário com os jurisdicionados, as suas insatisfações e a constatação da falta de critérios objetivos para se estabelecer o *quantum*

indenizatório. A realidade de um órgão do Poder Judiciário criado com o intuito de promover o acesso à justiça e que infelizmente não está cumprindo seu papel.

Há de se ressaltar que a ineficiência da resposta dada pelos Juizados Especiais não são por culpa dos magistrados e serventuários, mas pelo desestímulo que o próprio STJ dá ao reformar qualquer quantia arbitrada a maior pelos órgãos mais baixos da justiça. A falta de parâmetros que possam nortear os magistrados e seus auxiliares. Enfim, toda estrutura montada para inviabilizar o acesso à justiça por cidadãos e empresas de pequeno porte. Até que ponto o Brasil irá virar as costas à sua população?

As causas cíveis são de vital importância para se estabelecer condições harmônicas de convivência entre os cidadãos. Os seus aspectos pecuniários fazem com que a Justiça Cível possa cada dia mais ser responsável pela resolução de conflitos sem a necessidade de se partir para a criminalização de condutas. Porém para a sua efetividade, as suas decisões deverão ser eficientes. De outra maneira, ou se terá uma volta ao período onde o cidadão não tinha como procurar os seus direitos ou teremos situações mais graves onde apenas o direito penal poderá responder.

Cabe à comunidade cível a resposta a esses questionamentos e qualquer acadêmico ou bacharel em direito deverá atentar para esse clamor popular. O Direito Civil tem que começar a dar respostas a essa população, e o movimento Direito e Economia trabalhado de forma correta poderá ser a solução para essas controvérsias. Não de forma utilitarista, radical onde tudo se reporta a dinheiro, mas equilibrada, sem fugir aos patamares éticos e morais que o próprio direito não pode afastar-se.

O método utilizado no presente trabalho foi o indutivo racional com a consulta bibliográfica exaustiva, consulta jurisprudencial, além da pesquisa em sítios eletrônicos de assuntos relacionados com o movimento Direito e Economia.

1 DA CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MORAIS COMO UMA RESULTANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM A SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 927 E SEQUENTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1.1 Conceitos introdutórios de: responsabilidade civil, ato ilícito e culpa – materialidade e o vínculo do agente.

A Responsabilidade Civil tem seu fundamento na hipótese legal de incidência de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem. Descreve o artigo 927 do Código Civil brasileiro que: “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e segue em seu parágrafo único: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Assim, a ideia de responsabilidade civil está relacionada a noção de não se prejudicar moral ou materialmente o outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar um dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Nas palavras de Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (2007, p.114).

Como exposto, é inerente ao harmônico convívio social a responsabilização pelos atos praticados de cada cidadão. É responder por cada ato praticado sendo ele lícito ou ilícito, que interesse ao direito ou não. É exatamente este o objetivo deste trabalho, ou seja, analisar as indenizações que o Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Recife têm prolatado contra atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de telefonia celular em desfavor de seus clientes.

Segundo Pablo Stolze Gagliano: “responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas” (2012, p.53).

Deve-se sempre enfatizar que a responsabilidade civil deriva de uma agressão a um interesse eminentemente particular. Neste aspecto a definição de Gagliano encontra consonância com este estudo, pois a negatização indevida é efetivamente um ataque, uma violação sofrida pelo cliente dessas concessionárias.

De toda forma, também é preciso se ter clareza de como esta responsabilização entrou de forma expressa no nosso ordenamento. O instituto da responsabilidade civil é relativamente novo, uma vez que surge apenas no final do século XVIII, conforme ensina Silvio de Salvo Venosa “sua primeira formulação expressa está no Código Civil Francês, espalhando-se daí para todas as codificações posteriores” (2010, p.1).

Como nosso Código Civil de 1916 também sofreu influência daquele diploma estrangeiro, a responsabilidade civil está prevista nos artigos 159 e 160, porém ainda de forma tímida, pois “a matéria ainda não havia ainda atingido um estágio de maturidade teórica e jurisprudencial” (VENOSA, 2010, p.2).

Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002, tem-se, então, o tema tratado com mais profundidade, uma vez que tal instituto é “especialmente dinâmico” como ensina Silvio Venosa, e acrescenta “estando a surgir a cada momento novas teorias e linhas de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, fruto não só do pensamento jurídico como também de novas necessidades sociais” (2010, p.2).

Como visto a responsabilidade civil decorre de ato voluntário que pode gerar dano a outrem. É necessário também se conceituar e entender o que vem a ser dano seja ele material ou moral. Importante frisar que o dano poderá advir de um ato lícito ou ilícito, que gera consequências jurídicas.

Como anteriormente visto, o artigo 927 do Código Civil de 2002 nos remete aos artigos 186 e 187, contendo o primeiro a definição de ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Como se percebe foi acrescida a possibilidade de indenização pelo dano moral que não era contemplada no Código Civil de 1916. Um direito há muito reclamado pela sociedade e doutrina pátrias, porém já anunciado pela Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso X, no Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, *in verbis*:

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

[...]

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

Já o artigo 187 do Código Civil de 2002 define o que vem a ser o abuso de direito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). E segundo Silvio Venosa: “norma ausente de forma expressa no sistema anterior, equiparando-o à responsabilidade civil, para fins práticos” (2010, p.4).

Necessário se faz, ainda, uma pauta para reflexão para que se possa analisar a definição de abuso de direito explícito no Código Civil de 2002, uma vez que o cerne da questão do presente trabalho está no ilícito que comete o titular de um direito quando transcende os limites impostos pelo seu objetivo econômico e social. Quando caracterizado tal ilicitude, o responsável deverá arcar com as consequências desse ato de forma completa.

Pablo Stolze Gagliano analisando o artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece que “se pode extrair os pressupostos gerais ou elementos que geram a responsabilidade civil, que são: a conduta humana, sendo ela negativa ou positiva (ação x omissão), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre ambos” (2012, p.69).

Assim como Gagliano, para Maria Helena Diniz “a responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que vem se impondo na atualidade” (2007, p.39).

Aqui cabe um adendo, pois alguns doutrinadores, como Gagliano e Diniz, entendem que o elemento culpa não é um dos elementos da responsabilidade civil, pois a mesma está implícita na conduta humana, ou seja, a responsabilidade decorrente do ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, enquanto a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco.

Por outro lado, Silvio Venosa e Silvio Rodrigues, advogam que a culpa é um quarto pressuposto da responsabilidade civil. Elemento indispensável à sua caracterização. Vejamos então o que propõe esta segunda corrente, ao relatar:

O segundo elemento, diria, o segundo pressuposto para caracterizar a responsabilidade pela reparação do dano é a culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo.

[...] nos termos da lei, para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposos.

[...] em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para ela (2007, p.16).

Silvio Venosa entende que o dispositivo presente no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, estipula que:

[...] a responsabilidade objetiva aplica-se além dos casos descritos em lei, também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

[...] advirta-se de plano, por esse dispositivo o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano no caso concreto (2010, p.8-9).

Como se vê, para essa segunda corrente a culpa deverá estar presente no ato ilícito, uma vez ausente o elemento, somente poderá ser considerado ilícito se previsto em lei conforme a teoria da responsabilidade objetiva. O próprio Venosa complementa “o nosso legislador pretendeu apontar aquelas atividades que acarretam elevado risco ou perigo de dano, o que nem sempre será eficaz e justo no caso concreto.” (2010, p.9).

Divergências doutrinárias à parte, o importante a ressaltar é a necessidade da comprovação dos outros elementos que é o dano, a ação voluntária e a relação de causalidade entre ambos.

A responsabilidade civil pode ser classificada em diferentes espécies. Quanto ao fato gerador poderá ser contratual ou extracontratual. Na contratual o inadimplemento “acarreta a responsabilidade de indenizar perdas e danos, nos termos do artigo 389 do Código Civil”. Se duas pessoas celebram um contrato, tornam-se responsáveis por cumprir as obrigações que convencionaram. “Quando a responsabilidade não deriva de um contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no artigo 927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana (GONÇALVES, 2009, p.456).

Quanto ao seu fundamento em responsabilidade subjetiva ou objetiva. Maria Helena Diniz estabelece que podemos dizer que a responsabilidade subjetiva é: “fundada na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa” (2007, p.129). Carlos Roberto Gonçalves complementa afirmando: “diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável” (2009, p.458).

Quanto à responsabilidade objetiva Diniz afirma “responsabilidade objetiva, se encontra sua justificativa no risco” (2007, p.129). Para Gonçalves:

[...] a lei impõe entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexó de causalidade” (2009, p.458).

Volta-se a falar no elemento culpa, uma vez que trata-se do pressuposto que diferencia e causa divisão na doutrina. Sendo a culpa presente na responsabilidade subjetiva e ausente na responsabilidade objetiva, também chamada de legal, ou seja, prevista em lei.

Finalmente quanto à classificação relativamente ao agente, pode-se considerar como “responsabilidade direta, se proveniente da própria pessoa imputada, o agente responderá então, por ato próprio”. E classifica também como: “responsabilidade indireta, se promana de ato de terceiro, vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda” (DINIZ, 2007, p.129).

A responsabilidade das empresas concessionárias de telefonia é classificada como indireta, pois o ato praticado é por seus funcionários ou subalternos, ainda que haja convivência com os seus dirigentes.

Nesta classificação também se percebe a evolução de nosso ordenamento. Da mesma forma que a responsabilidade subjetiva, a direta é facilmente entendida como aquele que provocou o dano que o repare. Na indireta percebe-se que o legislador fecha o cerco, uma vez que é da responsabilidade de uns, atos provocados por terceiros. Como salienta Venosa “há muito os ordenamentos admitem que, em situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento” (2010, p.81).

É de extrema importância para o presente estudo a conceituação exaustiva de responsabilidade civil, a sua classificação, o abuso de direito, como se caracteriza o dano moral, além de quem tem o dever de indenizar nas esferas cível, consumerista e empresarial. Somente depois desta conceituação e classificação é possível a atribuição destas responsabilidades, não tendo como as concessionárias se eximirem das mesmas.

1.2 A responsabilidade civil à luz do artigo 187 do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002, no seu artigo 187, trata exclusivamente do instituto do abuso de direito ou exercício irregular do direito. “O uso de um direito, poder ou coisa além do

permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar” (DINIZ, 2009, p.208).

Estabelece ainda que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

A regra promove num só dispositivo legal, os princípios éticos constitucionais que orientam todo o sistema jurídico vigente, quais sejam, a boa-fé, o fim social, os bons costumes e o abuso de direito.

É exatamente sobre a violação a esses princípios que trata o presente estudo, pois, como se verá adiante no capítulo 2, as empresas concessionárias de serviço público de telefonia celular afrontam os princípios da boa-fé, pois agem com a sua ausência ao não investir em pessoal e sistemas que minimizem o risco da negativação indevida. Além de cometer, de forma acintosa, o abuso de direito ao proceder com essa negativação.

Sob o ponto de vista histórico, Silvio Rodrigues ensina que a teoria do abuso de direito na França “surgiu na Jurisprudência, e os primeiros escritos sistemáticos sobre ela, são da década inicial do século passado”. Continua afirmando que o seu surgimento na Alemanha ocorreu com a promulgação do Código Civil de 1896, que entrou em vigor apenas em 1900. Este diploma legal regulava que “o exercício de um direito é inadmissível, se ele tiver, por fim, exclusivo, causar um dano a outrem” (2007, p.46).

O artigo 187 do Código Civil de 2002, retro citado, teve sua redação inspirada “na linha dos mais modernos Códigos Civis (Português, artigo 334; Argentino, artigo 1.071; Espanhol, artigo 72; Suíço, artigo 2º)” (CAVALIERI, 2008, p.152). Não se discute a enorme influência que os diplomas legais de países que adotam o sistema do *civil law* como é o caso dos países citados por aquele autor. Excetuando-se os países que adotam o *common law* todos os demais tem uma influência marcante dos ordenamentos romano-germânico-francês.

Maria Helena Diniz na sua obra “Código Civil Comentado” analisa o abuso de direito:

[...] sob a aparência de um ato legal ou lícito esconde-se a ilicitude (ou melhor, antijuridicidade *sui generis*) no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. No ato abusivo há violação da finalidade econômica ou social (2009, p.208)

Como se vê, é extrapolando um direito real que se chega ao ato ilícito e consequentemente ao abuso de um direito legítimo. Não se pode conceber que na esfera dos negócios jurídicos uns tenham prevalência sobre outros, principalmente em razão de negócios

entre desiguais. O ordenamento jurídico também serve para que essa disparidade se transforme em paridade.

O direito de negatização é inerente a toda empresa que atue na área comercial e de serviços, porém a este direito deverá ser observado o dever de controle sobre essas informações, afinal todo direito gera um dever. As concessionárias de serviço de telefonia celular não fogem à regra.

Estabelecida a transgressão deste direito, o que leva a um ato ilícito, é constatado também o abuso de direito, conseqüentemente passível de se provocar o Poder Judiciário para o restabelecimento da situação anterior.

Esta vem se tornando a preocupação de uma parcela significativa da academia e de muitos juristas, instados a consagrar a ética moral como instrumento condicionante da aplicação da lei. Não por outra razão, as legislações modernas vêm prevendo institutos agregadores de princípios valorativos essenciais à afirmação da Justiça nas relações humanas. Princípios constitucionais chamados de segunda geração, os princípios sociais, estão cada vez mais presentes no nosso ordenamento.

Ronald Dworkin, autor de “O Império do Direito”, um dos ícones deste pensamento que eleva os princípios como fundamental para a moral e a ética no Direito afirma: “A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado” (SANTOS JÚNIOR, 2013).

Indiscutivelmente, um dos filósofos de maior prestígio atualmente, Dworkin estabelece que os princípios nunca tiveram tão em evidência como nos dias atuais, principalmente na fundamentação das decisões judiciais. Os valores magnos da sociedade nada mais é que a moral, o costume que determinada sociedade pensa sobre uma questão, além da ética que é o caráter, o modo de ser desta sociedade.

Outro adepto da elevação dos princípios como base para a harmônica convivência entre seres humanos é o filósofo Michael Sandel. Ele prega que existem limites morais para o mercado. Admite que o mercado passou a ter um prestígio muito grande depois da guerra fria, pois “nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem sucedido na geração de afluência e prosperidade” (2012, p.13), porém, daí a achar que o mercado, a economia possa ser o fator preponderante nas decisões que visem o bem estar entre os cidadãos é uma distância muito grande, segundo ele.

Adverte que: “às vezes, os valores de mercado são responsáveis pelo descarte de princípios que, não vinculados aos mercados, devem ser respeitados”. E complementa:

“precisamos saber quais valores governarão as diferentes áreas da vida cívica e social” (SANDEL, 2012, p.15).

Por outro lado é verificado uma corrente, também muito importante de doutrinadores que adotam o utilitarismo benthaniano como filosofia, uma vez que, segundo a mesma, tudo é passível de ser valorado economicamente, ficando a ética num segundo plano. Neste lado encontra-se, como um de seus expoentes, o juiz americano Richard Posner, com a sua obra *Economic Analysis of Law*.

Como dito, Posner é seguidor de Adam Smith e Jeremiah Benthan, vetores do pensamento utilitarista. Para Posner “A solidez das interpretações jurídicas e de outras proposições jurídicas é mais bem dimensionada, portanto, através do exame de suas consequências para o universo dos fatos” (SANTOS JÚNIOR, 2013). Desta forma, adota o princípio de que as decisões deverão ser tomadas em função das consequências econômicas. Posner é membro de uma corrente de pensamento jurídico segundo a qual os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos.

Acredita-se que ambas as correntes tem conceitos que deverão ser considerados, podendo inclusive se complementarem para uma maior eficiência das decisões judiciais, objeto do presente trabalho. Tais conceitos deverão voltar à tona quando da análise dos acórdãos dos juízes que integram o Colégio Recursal, além da tentativa de se exaurir o movimento denominado Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito, no capítulo 4 do presente estudo.

Voltando-se então para o estudo da ética nas relações humanas. É também nesse cenário de consolidação dos direitos individuais que se formou a Teoria do Abuso de Direito. A sua positivação no ordenamento brasileiro, ocorre com o advento do Código Civil em 2002, no artigo 187, que traz limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais, impondo ao titular do direito a observância dos princípios da boa-fé e a finalidade social ou econômica do direito.

Sobre a matéria, Carlos Roberto Gonçalves estabelece:

A doutrina do abuso do direito não exige, para que o agente seja obrigado a indenizar o dano causado, que venha a infringir culposamente um dever preexistente. Mesmo agindo dentro do seu direito, pode, não obstante, em alguns casos, ser responsabilizado.

Prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da ideia de culpa. O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina (2009, p.467).

Neste contexto, não é necessariamente estipulado que o infrator tenha a intenção de causar o dano. Muitas vezes este dano pode até ser causado por uma conduta lícita porém desproporcional ou até mesmo desapercibida.

Voltando um pouco na fase histórica, no Código Civil de 1916 não havia referência expressa ao instituto de abuso de direito, apesar de admitir a possibilidade, como se vê no inciso I do artigo 160 daquele diploma legal: “Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 1916).

Gonçalves argumenta que naquele diploma legal “sustentava-se a existência da teoria em nosso direito positivo, mediante a interpretação *a contrario sensu* do aludido dispositivo” (2009, p.467). Desta forma entende-se que o que torna o ato ilícito é o seu fim, ou seja, se dele resultar dano, o ato passará a ser passível de reparação.

Complementa Gonçalves sobre o instituto do abuso de direito:

Vários dispositivos legais demonstram que no direito brasileiro há uma reação contra o exercício irregular de direitos subjetivos. O art. 1.277 do Código Civil, inserido no capítulo “Dos direitos de vizinhança”, permite que se reprima o exercício abusivo do direito de propriedade que perturbe o sossego, a segurança ou a saúde do vizinho. Constantes são os conflitos relativos a perturbação do sossego alegada contra clubes de dança, boates, oficinas mecânicas, terreiros de umbandismo etc.

Podem ser mencionados, ainda, como exemplos os arts. 939 e 940 do Código Civil, que estabelecem sanções ao credor que, abusivamente demanda o devedor antes do vencimento da dívida ou por dívida já paga. E os arts. 1.637 e 1.638 igualmente preveem sanções contra o abuso do poder familiar, como a suspensão e a perda deste direito (2009, p.468).

A proibição ao abuso de direito, tem pôr fim a repressão ao exercício antissocial dos direitos subjetivos. O brocardo “o meu direito termina quando o do outro começa” nunca foi tão presente no nosso ordenamento jurídico. Principalmente após a efetivação do Código de Defesa do Consumidor e a criação dos Juizados Especiais Cíveis.

1.3 O dano moral e sua caracterização na doutrina pátria.

O dano moral atualmente se evidencia pelo fato gerador, suas características se baseiam simplesmente na angustia e sofrimento vividos pela parte autora da ação. O dano moral não precisa ser comprovado materialmente, ninguém que vivencia dano moral precisa prová-lo através de "atestados de angustia", logo se pressupõe que o fato gerador da ação

tenha causado um constrangimento acima do aceitável e, por conseguinte um sofrimento, aí teremos então o dano moral.

Para o Silvio Venosa “a reparação de danos morais, embora admitida pela doutrina majoritária anteriormente à Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso X), ganhou enorme dimensão entre nós somente após o preceito constitucional” (2010, p.49), ou seja, apesar de previsto a indenização apenas de danos materiais, os interpretes do diploma legal de 1916 já admitiam a existência do dano moral e a sua aplicação de forma análoga.

Desta forma é visível que o presente estudo está em consonância com o nosso ordenamento ainda anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, além das leis específicas aqui trabalhadas.

Sergio Cavalieri Filho, na sua obra “Programa de Responsabilidade Civil” avalia que:

Todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas (2008, p.79).

A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo a evolução dos chamados direitos sociais já devidamente presentes em vários ordenamentos estrangeiros, porém inovando em muitos aspectos os direitos e garantias individuais. Se prende ao fato de que substituiu a Carta Magna de 1967, que foi feita no auge da repressão militar, em regime de exceção, e tomou emprestado alguns ensinamentos de outras Cartas Políticas como a espanhola, a portuguesa e a argentina.

O fato gerador do dano moral muitas vezes é o fato gerador de um dano material ou estético. Como visto alhures, a ação impetrada de dano moral não necessita de prova específica de uma lesão vivenciada, mais sim de um fato gerador que confirme o pedido de ressarcimento. Alguns conceitos de doutrinadores serão formas de se confirmar o exposto acima.

Silvio Venosa conceitua o dano moral como:

[...] o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui,

também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bônus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às durezas do destino. (2010, p.49)

Pablo Stolze Gagliano afirma:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (2012, p.101).

O presente estudo acredita que os conceitos trabalhados são complementares e não excludentes, além de estarem em concordância com o que dispõe a Carta Política de 1988. Afinal deve-se ter como princípio que a reparação do dano deverá ter um caráter pedagógico, pois somente com a valoração significativamente aumentada o infrator passará a ter maior cuidado em não causar a lesão. A individualidade deverá ser sempre preservada, cabendo ao juiz a interpretação do caso concreto para a justa reparação do dano.

Neste diapasão, o dano moral é aquele que viola o aspecto mental do indivíduo, e como se vê, não pode ser mensurado, carece de formas de quantificação e qualificação, portanto totalmente subjetivo.

Para a verificação inicial da ocorrência do dano moral, faz-se necessária a constatação da ocorrência dos seguintes atos ou fatos, verdadeiros pressupostos primários do instituto: “a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) relação de causalidade; e d) dano experimentado pela vítima” (RODRIGUES, 2007, p.14).

Em linhas gerais, haverá direito a indenização por danos morais, independentemente da responsabilidade ser subjetiva ou objetiva, se houver um dano a reparar. “Dano moral é a dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma” (CAVALIERI, 2008, p.79).

Prossegue Cavalieri afirmando:

Todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas com a eclosão da chamada questão social, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos” (2008, p.79).

Deve-se ter em conta que o acesso à justiça e a longa espera por direitos individuais fizeram com que o cidadão, pouco preparado ainda para a sua concretização, extrapolassem um pouco nas suas demandas. Desta forma alguns doutrinadores expressam a preocupação do surgimento da indústria do dano moral, o que não se pode concordar. Desestimular o cidadão a perseguir os seus direitos em nada contribui para uma sociedade mais igualitária. Cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a verificação da ocorrência do dano, e caso ocorrido a condenação ao reparo de forma a não mais acontecer.

Tem que ser levado em consideração que o acesso à justiça no Brasil sempre foi um problema para a grande maioria de nossa população. A promulgação do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a criação e instalação dos Juizados Especiais Cíveis culminaram realmente com uma grande quantidade de demandas, talvez até a maioria, sem qualquer fundamento legal, até porque não é necessário a presença de advogados para que sejam instauradas as ações. Sobre o papel dos Juizados Especiais Cíveis será melhor abordado no capítulo 3 deste trabalho.

O objetivo do ressarcimento do dano moral, nunca foi e nunca será o pagamento de uma dor, mas sim uma compensação pecuniária com o intuito de aliviá-la. Sobre o assunto, Venosa afirma que: “do ponto de vista estrito, o dano imaterial, isto é, não patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque incomensurável” (2010, p.51).

Portanto não há como se estabelecer o valor indenizatório de uma lesão moral, uma vez que não há como medir a dor provocada, o que se espera é que a mesma suavize um pouco o dano injustamente causado. Para que ocorra esta reparação, o magistrado deverá levar em conta além da situação econômica da vítima, prioritariamente a situação econômica do ofensor, pois constatada a sua falta de cuidado na manipulação do cadastro de inadimplentes, deverá arcar com os danos causados de forma exemplar e punitiva, para se evitar reincidências.

Finalmente, para a ocorrência ou caracterização do dano moral, o pressuposto necessário é “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI, 2008, p. 83-84). Desta forma fica entendido que, todo ser humano tem o direito de não ser afetado em seu equilíbrio psicológico, não podendo sofrer qualquer ato de terceiro que cause dissonância em sua paz interior. Assim, se a ofensa a um direito da personalidade ocorrer, deve o incitado ser indenizado.

Sobre o dever de indenizar se trabalhará no tópico a seguir para que ocorra um perfeito entendimento dos assuntos até aqui ventilados.

1.4 O dever de indenizar.

Nas palavras de Silvio Rodrigues “indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima” (2007, p.185).

O Código Civil no seu artigo 927 e seguintes, faz uma previsão que toda vez que alguém gera dano a outrem deve indenizá-lo na proporção do dano causado, ainda que o dano seja exclusivamente moral. Essa obrigação de indenizar é chamada de responsabilidade civil.

De regra a responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano surge da conduta ilícita do agente que o causou. O ato ilícito gera o dever de compensação da vítima, mas nem toda obrigação de indenização deriva de ato ilícito. Não se cogita indenização e dever de reparação somente nos casos em que haja conduta injurídica causadora de dano, a responsabilidade civil pode ter origem na violação de direito que causa prejuízo a alguém, desde que observados certos pressupostos, como visto anteriormente.

Para Silvio Venosa:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá por vezes excludentes que impedem a indenização, como veremos. O termo “responsabilidade” é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar” (2010, p.1).

E complementa: “O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito” (2010, p.2).

Portanto para que haja o dano moral com o consequente dever de indenizar é necessário a ocorrência da conduta humana, sendo ela dolosa ou culposa, o dano, e o nexo de causalidade.

Entende-se por conduta humana a ação ou omissão da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem. É o ato do agente ou de outro que está sob a responsabilidade do agente que produz resultado danoso seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato gera a obrigação de reparação. A conduta humana pode ser no sentido da prática por parte do agente de ato que não deveria fazer, ou do fato de deixar de praticar ato que deveria ter feito.

Maria Helena Diniz define ação ou conduta humana como sendo “o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (2007, p.38-39). Dessa forma todo ato de volitivo que leve uma lesão a outra pessoa deverá então ser reparado.

Afirma ainda que a ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e que a “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, (...) principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos (2007, p. 38-39). Desta forma independente da culpa, se houve o dano cabe reparação, podendo advir de um ato lícito ou ilícito.

E continua dizendo que o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a “comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se” (2007, p. 38-39), ou seja, não importa se o ato foi efetivamente praticado ou se existia uma obrigação de agir e não foi feita.

A conduta do agente para acarretar responsabilidade civil deve comprovadamente causar dano ou prejuízo a vítima. Sem o dano não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar. Maria Helena Diniz (2007, p. 62) conceitua dano como a “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”

A Constituição Federal assegura no caput do artigo 5º e no inciso X do mesmo, o direito a reparação do dano, seja ele moral ou material, enaltecendo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Portanto se conclui que não existe responsabilidade civil sem o dano. É pressuposto indispensável para a caracterização da mesma, e a sua ocorrência acarreta o dever de indenizar conforme nos mostra a nossa Carta Política. “O dano é, sem dúvida o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano” (CAVALIERI, 2008, p.70). Esta posição se coaduna com o que estabelece, acredita-se, a melhor interpretação da nossa Carta Magna, afinal não basta apenas se pleitear a reparação, é necessário que se constate a presença do dano.

É o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito. É a perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta do agente, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se

encontrava antes do dano ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação.

Para que exista a responsabilidade civil deve se demonstrar, além da existência do dano injusto, sua certeza e efetividade. Entende-se como dano injusto “a aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem” (VENOSA, 2010, p.40). A certeza do dano deve existir para que ninguém seja responsabilizado por danos supostos e incertos. “Se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação” (VENOSA apud PEREIRA, 2010, p.42).

Definido um parâmetro para o que vem a ser dano, necessário se faz estabelecer um elo de ligação entre o mesmo e a conduta que o gerou. “Nexo causal, nexo etiológico ou a relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano” (VENOSA, 2010, p.56). É considerado um dos pressupostos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar. A relação de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Se o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, inexistente a relação de causalidade e conseqüentemente dano a reparar.

Portanto, não basta apenas que a vítima sofra dano, é preciso que essa lesão passe a existir a partir do ato do agressor para que haja o dever de compensação. É necessária relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano e tal forma que o ato do agente seja considerado como causa do dano.

Por fim ter-se-ia o elemento culpa. Nossa legislação civil admite a existência de responsabilidade civil com a culpa como pressuposto, no entanto pode haver sem culpa. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil afirma que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa” (BRASIL, 2002). A culpa não é elemento essencial da responsabilidade civil, essenciais são a conduta humana, o dano ou lesão e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Na responsabilidade civil a culpa se caracteriza quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por “imprudência, negligência, imperícia” (DINIZ, 2007, p.40) causa dano e deve repará-lo.

Alguns autores utilizam uma terminologia diferente: “Verifica-se culpa *in committendo* quando o agente pratica ato positivo (imprudência), enquanto a *in omittendo* decorre da abstenção (negligência)” (MONTEIRO, PINTO, 2009, p.341), nesta diapasão verifica-se que este autor a classifica através dos critérios omissivo e comissivo.

“Derivado do latim *imprudencia* (falta de atenção, imprevidência, descuido), tem sua significação integrada de imprevisão” (SILVA, 2008, p.409). A imprudência ocorre por precipitação, quando por falta de previdência, de atenção no cumprimento de determinado ato, o agente causa dano ou lesão. Nela, estão ausentes a prática ou conhecimentos necessários para realização de ato. Desta forma trata-se de falta involuntária ocorrida na prática da ação, quando o agente podia e devia prevê-la.

A imperícia é um vocábulo “derivado do latim *imperitia*, de *imperitus* (ignorante, inábil, inexperiente), entende-se, no sentido jurídico, a falta de prática ou ausência de conhecimentos, que se mostram necessários para o exercício de uma profissão ou de uma arte qualquer” (SILVA, 2008, p.405).

Ocorre quando aquele que acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes pratica ato para o qual não está preparado por falta de conhecimento, aptidão, capacidade e competência. É um erro próprio de profissionais que acreditam estarem aptos a determinados serviços, mas não estão.

Se na imprudência se evidencia a falta involuntária, na negligência “se evidencia, precisamente, na imprevisão ou imprevidência relativa à precaução que deverá ter na prática da mesma ação” (SILVA, 2008, p.409). A negligência se dá quando o agente não toma os devidos cuidados, não acompanha a realização do ato com a devida atenção e diligência, agindo com desmazelo. Diz respeito a uma omissão faltosa, portanto é um elemento omissivo que causa danos.

Quando restar comprovada a presença de um dos três elementos: negligência, imperícia ou imprudência fica caracterizada a culpa do agente em sentido estrito, surgindo o dever de reparação, pois ainda que sem intenção, o agente causa um dano ilegal a outrem, com potencial conflitivo significativo a ser suprimido pelo direito.

1.4.1 A responsabilidade civil subjetiva.

Este instituto está visceralmente ligado ao elemento culpa, em seu sentido amplo. O Código Civil de 2002, assim como seu antecessor, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. Vejamos então o que dispõe o artigo 186 desse diploma legal “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Os elementos constitutivos da responsabilidade civil subjetiva continua com o que regula o artigo 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Complementa ainda o artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), Desta forma:

[...] o direito à indenização surge sempre que prejuízo resulte da atuação do agente, voluntária ou não. Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*) (MONTEIRO, PINTO, 2009, p.340).

Desta forma torna-se perceptível que a culpa é um dos elementos fundantes da responsabilidade civil, sendo indispensável a sua comprovação, ainda que de forma indireta. Segundo esta concepção clássica, o agente somente obterá compensação de um dano sofrido se conseguir provar a culpa do infrator, caso contrário não será ressarcido.

Sendo ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto (CAVALIERI, 2008, p.17-18).

O próprio texto do artigo 186 do Código Civil esclarece o que vem a ser responsabilidade subjetiva, complementa o autor:

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem (CAVALIERI, 2008, p.17-18).

Como exposto o elemento culpa é preponderante na responsabilidade subjetiva. Entenda-se conduta culposa como aquela desprovida de intenção. O agente não quer o resultado, porém ele ocorre por outros motivos.

Esses pressupostos aqui elencados estão mais ligados à responsabilidade contratual, tendo a prova da culpa como única peculiaridade, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida.

A culpa pode ser graduada em razão da gravidade da conduta. Venosa esclarece que “a doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: grave, leve e levíssima. A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo”, ou seja, é aquela imprópria ao comum dos homens. É o erro grosseiro, descuido injustificável e equiparado ao dolo. Se inclui nesta esfera a “culpa consciente, onde o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá” (2010, p.30).

Assim, para Venosa, a culpa leve diz respeito a uma transgressão que o homem normal não infringiria o seu dever de conduta. E finalmente a levíssima é caracterizada pela “falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter” (2010, p.30).

Apesar do Código Civil não fazer qualquer menção sobre o tema, a jurisprudência têm se utilizado dos graus de culpa no momento da fixação da indenização, especialmente no dano moral. Sobre o tema Venosa entende que não é a intensidade que gradua o dano, mas “o valor do prejuízo”, ainda que admita que “em determinadas situações, o ordenamento exige a culpa grave, equiparando-a ao dolo, para possibilitar a reparação” (2010, p.30-31).

Sobre a graduação a jurisprudência apresenta:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE DE SIMPLES CORTESIA OU BENÉVOLO EM CARROCERIA ABERTA, SEM PROTEÇÃO. CULPA GRAVE (MODALIDADE CULPA CONSCIENTE) CONFIGURADA. VALOR DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

1. Em se tratando de transporte desinteressado, de simples cortesia, só haverá possibilidade de condenação do transportador se comprovada a existência de dolo ou culpa grave (Súmula 145/STJ).

2. Resta configurada a culpa grave do condutor de veículo que transporta gratuitamente passageiro, de forma irregular, ou seja, em carroceira aberta, uma vez que previsível a ocorrência de graves danos, ainda que haja a crença de que eles não irão acontecer.

3. Não é possível o conhecimento da pretensão de redução da condenação, pois o recorrente não apontou qualquer lei que teria sido vulnerada pelo acórdão recorrido. Aplica-se, por analogia, na espécie, o disposto na Súmula 284 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

4. Recurso especial desprovido. (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 685791 MG 2004/0119848-8 - Relator(a): Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) Julgamento: 18/02/2010 Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA Publicação: DJe 10/03/2010)

No caso específico de reparação de danos por acidente de trânsito em transporte de cortesia acredita-se que tal preceito não deveria ocorrer. A crença de que a ocorrência do dano não iria ocorrer é do causador do dano e também da vítima, uma vez que na maioria dos casos é a própria vítima que solicita a chamada “carona”. Desta forma resta configurada a teoria do risco.

Em outro julgado a presença da culpa leve:

Apelação Responsabilidade civil Ex-diretor de empresas que constou perante a Receita Federal como responsável subsidiário após seu desligamento Omissão de envio de declarações de imposto de renda conforme ajustado Provas contundentes, tanto das omissões quanto dos danos Fixação de indenização em valor razoável, consideradas as condições das partes e a culpa leve da vítima Fundamentos da r. sentença adotados, com base no art. 252 deste E. Tribunal de Justiça Recurso desprovido (Voto 23912). (TJSP - Apelação: APL 563789820088260000 SP 0056378-98.2008.8.26.0000 - Relator(a): Ribeiro da Silva - Julgamento: 04/07/2012 Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado - Publicação: 05/07/2012).

A decisão em apreço mostra que a responsabilidade do funcionário é subsidiária à da empresa. Desta forma apenas será cobrado do funcionário se a empresa não puder pagar, o que a de se convir, não é o normal. Apesar de se tratar de caso de responsabilidade objetiva é necessário se mostrar a importância da graduação da responsabilidade nas decisões judiciais, pois apesar de haver provas contundentes da negligência do funcionário, a culpa dele perante a justiça, é considerada leve.

Como é facilmente perceptível, em julgados recentes é sempre levado em consideração a graduação da culpa quando da definição do valor a ser ressarcido, tanto Tribunais Federais como os Estaduais.

É considerado também outras modalidades de culpa, tais como a culpa *in eligendo* que “é a oriunda da má escolha do representante ou preposto”. A culpa *in vigilando* que “é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa” (MONTEIRO; PINTO, 2009, P.341).

Necessário ressaltar que a culpa é um elemento fundamental na constatação do dano, moral e material, fazendo parte do que se convencionou como responsabilidade subjetiva. Porém não é somente importante nesse caso. A culpa é também elemento primordial no que se denomina responsabilidade objetiva como se verificará a seguir.

É exatamente sobre a responsabilidade objetiva que paira, ainda, algumas dúvidas sobre a sua aplicabilidade, o que será visto, uma vez tratar-se de instituto mais recente e que diante da complexidade da vida moderna, é necessário ao direito criar mecanismos de regulação desses conflitos.

1.4.2 A responsabilidade civil objetiva.

Com o aprimoramento das leis de convivência social e a modernidade se constatou que os princípios da responsabilidade subjetiva eram insuficientes para muitas situações de prejuízo, principalmente no tocante a se provar a culpa do agente. A partir desta constatação passou a ser considerada a possibilidade e efetividade da responsabilidade objetiva, instituto já presente naquele ordenamento civil de 1916, porém apenas relativo ao transporte ferroviário.

Quando promulgada a Constituição Federal de 1988, já traria no seu bojo a responsabilidade objetiva no seu artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”, onde prevê a possibilidade de haver “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa” (BRASIL, 1988). Desta forma, passou a existir independentemente da idéia de culpa, ou seja, basta a ocorrência de um dano para que nasça a obrigação de indenizar. Quando isso ocorre diz-se que a responsabilidade é objetiva ou legal.

Posteriormente o Código de Defesa do Consumidor (CDC), traz no artigo 12, *caput* de forma expressa que “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990). Tornando-se, portanto, um instrumento a mais para se regular o convívio harmônico entre os consumidores e os fornecedores.

Por derradeiro, vem o Código Civil de 2002 com o parágrafo único do artigo 927 que prevê a obrigatoriedade de reparação do dano independente da culpa do agente (BRASIL, 2002).

Assim como na Constituição Federal e no Código Civil, a responsabilidade civil objetiva foi estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo. Constata-se também que a partir da promulgação do Código Consumerista, a responsabilidade objetiva passou a ter um campo de incidência maior em outros ramos do direito, hodiernamente até maior que a subjetiva.

Silvio Venosa relata desta forma a responsabilidade objetiva:

Ao analisarmos especificamente a culpa, lembremos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito ao dever de indenizar. Surge, destarte, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar. Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente em lei em várias oportunidades, que

desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano (2010, p.6).

A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo corrente Código Civil. Leve-se em conta, no entanto, que a responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica na jurisprudência. A cada momento estão sendo criadas novas teses jurídicas como decorrência das necessidades sociais.

Sobre a responsabilidade objetiva o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA CONCORRENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- Na responsabilidade objetiva é desnecessário discutir a culpa do agente, uma vez que sua responsabilidade independe de culpa; entretanto, pode-se discutir a culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

- Agravo regimental improvido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AgRg no Ag 852683 RJ 2006/0280696-4 - Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Julgamento: 15/02/2011 - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA - Publicação: DJe 21/02/2011).

E a posição do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E CIVIL.

1. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

2. NEXO DE CAUSALIDADE E DANO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 19.02.2013 (STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 721790 RS).

Como visto, para que haja a diminuição ou até mesmo a ausência de responsabilidade de indenizar, excludente, é necessário ficar constatada a culpa concorrente, ou quando comprovada a culpa exclusiva da vítima, caso contrário o ordenamento estabelece o critério da responsabilidade objetiva, com a consequente teoria do risco.

A admissão expressa da indenização por dano moral na Constituição de 1988, como visto anteriormente, é tema que alargou os decisórios, o que sobreleva a importância da

constante consulta à jurisprudência nesse tema, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, encarregado de uniformizar a aplicação das leis.

Sergio Cavalieri Filho (2008, p.16-17) entende desta forma o instituto da responsabilidade objetiva:

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil, no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros.

O estabelecimento do critério da responsabilidade objetiva realmente é um enorme avanço doutrinário e jurisprudencial uma vez que está em perfeita consonância com a Constituição Federal. A própria evolução da sociedade moderna faz com que o direito venha a reboque tentando disciplinar a complexidade da vida cotidiana.

Sobre a teoria do risco pode-se afirmar que é o embasamento jurídico que os juristas elaboraram para justificar a responsabilidade objetiva. “Risco nessa acepção jurídica significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possa trazer perdas ou danos” (WOLKOFF, 2013).

Por essa teoria, evidencia-se que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar da ideia de culpa. Pode o agente estar sujeito a reparar o prejuízo independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

1.4.3 Caracterização na esfera civil.

O código civil de 2002, veio tratar o tema da responsabilidade civil com bem mais intensidade do que o código de 1916, embora sem a amplitude desejável, consolidou a matéria e foi determinante para sua aplicação nos juízos nacionais.

Juntamente com a Constituição Federal consolidou o denominado dano moral, difundindo seu uso e aplicação, há muito tempo reclamados pela doutrina e jurisprudência. A responsabilidade civil, busca a partir de um ato ilícito (regra) ou lícito, restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito, tutelando a pertinência de um bem.

Gonçalves (2009, p.458) estabelece algumas diferenças entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. Ensina que no direito penal o agente ao cometer o ato ilícito “infringe uma norma penal, de direito público”. Na esfera cível “o interesse lesado é o privado, podendo o lesado pleitear ou não a reparação”.

Aponta também que na esfera penal “a pena não pode ultrapassar a pessoa do delincente”, enquanto que na cível “há várias hipóteses de responsabilidade por ato de outrem”. No quesito imputabilidade a diferença entre os dois diplomas está tratada de modo diverso. “Somente os maiores de 18 anos são responsáveis criminalmente”, enquanto que no cível “o menor de 18 anos responde por prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer”.

É objetivo da responsabilidade civil, restituir o dano por completo. “A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar indenne o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso” (CAVALIERI, 2008, p.3/4).

Por se tratar de violação de regras de direito privado, a obrigação de reparar o dano é uma sanção civil, cujo objetivo é o interesse particular, que é por natureza compensatória, abrangendo relações contratuais ou extracontratuais, lícitas ou ilícitas.

Assim, tem a responsabilidade civil basicamente duas funções: “a) garantir o direito do lesado a segurança; e b) servir como sanção civil de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado a vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos” (DINIZ, 2007, p.9).

Desta forma é através do direito civil e do processo civil que é implementado o direito das vítimas dos ilícitos civis. É através desde ordenamento que a reparação pecuniária do dano poderá ser satisfeita e materializada, ou seja, é o direito material que garante o ressarcimento do dano eventualmente causado, apesar de poder ser também pleiteado na esfera consumerista.

1.4.4 Caracterização na esfera empresarial.

O Código Civil de 2002 unificou o que se chama de direito privado em apenas um diploma legal. Antes da sua promulgação tínhamos de forma separada o Código Civil e o Código Comercial. O atual diploma:

[...] nos apresenta a unificação formal do direito privado, mediante a fusão do direito civil com o direito comercial, concentra o direito das obrigações, regula os títulos de crédito e traz consigo, em seu Livro II da Parte Especial, disposições a respeito do que chama de “Direito de Empresa” onde procura conceituar o que seja empresário, determina sua capacidade, seus direitos e suas obrigações e regula as várias espécies de sociedades” (BERTOLDI, 2009, p.39).

Como se percebe, todas as obrigações que qualquer pessoa tem de não provocar danos em outrem na esfera cível, serve também ao direito empresarial. Com a unificação dos diplomas em apenas um, além dessas obrigações percebemos algumas que dizem respeito diretamente ao mundo empresarial.

Alguns artigos do Código Civil tratam da responsabilidade civil de empresas e empresários como no caso do artigo 927. Percebe-se de imediato que a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único “configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade” (DINIZ, 2009, p.626). Ainda que lícita a atividade poderá causar dano.

O artigo 931 também do Código Civil é direto na sua regulação. A atividade empresarial responderá na relação de consumo, independentemente de qualquer ato culposos, por danos provocados por seus produtos ou serviços. Trata-se de risco advindo da atividade empresarial:

O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos (Enunciado nº 42, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal) (DINIZ, 2009, p.630).

O artigo 932 do mesmo diploma legal estabelece a responsabilidade por fato de outrem. “A culpa do autor do dano acarretará a responsabilidade objetiva da pessoa sob cuja direção se encontrar, pouco importando se infringiu, ou não, o dever de vigilância” (DINIZ, 2009, p.631).

Como se percebe, com o advento da responsabilidade civil objetiva, recepcionada pelos nossos diplomas legais, pessoas físicas e jurídicas respondem por atos lícitos ou ilícitos que provoquem dano. Na esfera empresarial se tornou ainda mais contundente, por se tratar de pessoas jurídicas que tem a obrigação da vigilância de pessoas sob a sua responsabilidade.

Porém é necessário enfatizar que na sociedade atual a responsabilidade das empresas e de seus gestores aumentou de forma considerável, principalmente através da incorporação da

teoria do risco. Através dela os juristas elaboraram ao final do século XIX para justificar a responsabilidade objetiva. Risco nessa acepção jurídica significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possa trazer perdas ou danos.

Por essa teoria, evidencia-se que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar da ideia de culpa. Pode o agente estar sujeito a reparar o prejuízo independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Tem-se caracterizado a interpretação dessa teoria de uma forma muito contundente por parte da jurisprudência, uma vez que basta a empresa estar em um dos polos da demanda judicial que todo o ônus da prova passa a ser da mesma.

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. FRAUDE. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA APELADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONDENAÇÃO DA APELADA POR DANOS MORAIS. APELAÇÃO PROVIDA.

Inscrição indevida do nome da Apelante em órgão de proteção ao crédito: por decorrer de fraude, resta patente a legalidade da condenação da empresa Apelada ao pagamento de danos morais. Verossimilhança das alegações iniciais e da hipossuficiência da Apelante são pressupostos essenciais para a inversão do ônus da prova. Provimento da apelação, para arbitrar o valor atribuído à indenização por danos morais, importe devido pela empresa Apelada à Apelante, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Condenação da Apelada ao pagamento de honorários advocatícios. Provimento. (APL 3441720108170960 PE 0000344-17.2010.8.17.0960 – Relator(a): Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes – Julgamento: 15/01/2013 - 2ª Câmara Cível)

Não resta dúvida de que a empresa tem um poder muito maior de se defender de eventuais excessos por parte de seus clientes, portanto é por isso que esses princípios veio a se formar nas decisões dos Tribunais, porém de forma justa, sem haver excessos.

Politicamente, não é tratando de forma injusta a empresa que se conseguirá a justiça. Os males contidos na sociedade brasileira, como as desigualdades sociais, não são uma responsabilidade exclusiva das pessoas jurídicas e seus agentes. As políticas públicas no Brasil sempre foram pautadas em ações populistas e que visam a eternização do poder, e dentro desse princípio, a empresa é vista como uma fonte de recursos financeiros para fins ilícitos, porém tal pensamento vem de encontro à própria história brasileira.

Uma sociedade moderna deverá pautar o seu desenvolvimento com a geração de riquezas que apenas o empreendedorismo de alguns é capaz de fazer. O Brasil, diga-se de passagem, é considerado como país em constante desenvolvimento, em razão desse

empreendedorismo de abnegados brasileiros, que mesmo diante de uma população que teimar em não considera-los, perseguem o sonho da livre iniciativa.

Evidente que o sucesso das empresas também deverão ser pautados em ações positivas economicamente e socialmente falando, não se concebendo uma empresa que suprima os direitos de seus funcionários e clientes. Tal conduta vai de encontro às questões mais importantes aqui estudadas, como no caso dos princípios éticos e morais que deverão orientar uma sociedade moderna.

1.4.5 Caracterização no Código de Defesa do Consumidor.

Ficou visto anteriormente que o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, quando foi promulgada, estabeleceu de forma expressa a responsabilidade civil objetiva.

O Brasil, juntamente com o México, é um país onde o direito do consumidor passou a ser titulado pelo estado. Na maioria dos países, principalmente nos Estados Unidos da América, “o movimento consumerista é eminentemente privado, sob as inspirações, principalmente, das milhares de organizações privadas americanas” (GAMA, 2008, p.9). Porém deve ser considerado que a evolução operada se deve ao fato que naquele país é que surgiu o pioneirismo sobre a matéria, pois “o desenvolvimento industrial e a distribuição massiva de produtos e serviços criaram situações de risco” (MORAIS; PODESTÁ; CARAZAI, 2010, p.133)

Por ocasião da elaboração da Constituição de 1988, existia o chamado Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, “com a função de aconselhamento, orientação e coordenação da Defesa do Consumidor no país.” (GAMA, 2008, p.8).

Previsto no artigo 170, inciso V, da nossa Carta Magna, o Código de Defesa do Consumidor é considerado um marco na história dos direitos civis dos brasileiros. O artigo 6º do CDC, contido no Capítulo III, estabelece os direitos básicos do Consumidor, sendo eles a proteção à vida, educação, informação, proteção contra publicidade enganosa, modificação de cláusulas contratuais, reparação de danos, acesso à justiça, entre outros.

Sobre o Códex Consumerista temos:

A afirmação de direitos representa a primeira fase de uma metodologia que, em termos legais, visa agrupar no respectivo rol disciplinas jurídicas que possuem sua própria razão fundante, mas que agregado numa só noção justificará um tratamento comum sob a denominação “direito do consumidor, ou seja, numa rápida consulta ao art. 6º, percebe-se, por exemplo, que o legislador preocupou-se com a defesa do consumidor tanto no trato da matéria contratual (inc.V), como da responsabilidade civil (inc. VI) e processual (incs. VII e VIII) (MORAIS; PODESTÁ; CARAZAI 2010, p.88).

Já nos seus primeiros artigos o Código de Defesa do Consumidor mostra, de forma expressa, a presença da responsabilidade civil objetiva, centrando-se no risco da atividade. Sobre o dever de indenizar, afirma Benjamin que “em tese, todos os agentes econômicos envolvidos com a produção e comercialização de um determinado produto deveriam ser responsáveis pela sua garantia de segurança”. Porém quando se trata de Código de Defesa do Consumidor “alguns desses agentes são mais responsáveis que outros pelos danos causados [...]” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.155).

Aqui há de se fazer um adendo, pois embora trate de forma específica de dano decorrente de produto, previsto no artigo 12 daquele diploma, e prestação de serviços contido no artigo 14, o mesmo doutrinador expõe que “não obstante a separação em dispositivos legais distintos, não há falar em dois regimes jurídicos radicalmente diferenciado, a não ser quando se cuida de responsabilidade civil dos profissionais liberais” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.155). Desta forma, o mesmo entendimento formado a respeito de dano ocasionado por fato ou vício do produto deverá ser estendido a fato ou vício de serviços.

Por outro lado, mister se faz falar o que vem a ser a responsabilidade solidária e a sua previsão no Código Consumerista. O parágrafo único do artigo 7º deste diploma, regula o que vem a ser a responsabilidade solidária. Como se sabe a solidariedade não se presume, decorrendo sempre da vontade das partes ou da lei (artigo 265 do Código Civil):

[...] o prejuízo causado confere notável possibilidade de reparação em favor do consumidor que poderá a sua escolha exigir de qualquer dos responsáveis a totalidade da indenização, não estando impedido de demandar conjuntamente todos os fornecedores que intervieram na cadeia de consumo (art. 275, parágrafo único do Código Civil) (MORAIS, PODESTÁ, CARAZAI, 2010, p. 122).

Na realidade, por ser anterior ao Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor emprestou vários institutos ao diploma civilista, ou seja, várias garantias que estavam elencadas na lei consumerista foram recepcionadas pelo Código Civil de 2002.

Não há dúvida que “a edição do Código de Defesa do Consumidor provocou significativa alteração de paradigmas que nomeadamente centravam o estudo da responsabilidade no seu fundamento exclusivamente individual” (MORAIS; PODESTÁ; CARAZAI, 2010, p.131).

O atual contexto socioeconômico mostra que “a melhor forma de promover o equilíbrio é a consagração da responsabilidade objetiva”. Onde se verifica a “função relacionada ao risco e a possibilidade legalmente consagrada de conferir meios de defesa ao fornecedor para exonerar-se do dever de indenizar, todos eles em si direcionados a descaracterização do nexo causal” (MORAIS; PODESTÁ; CARAZAI, 2010, p.137).

Portanto, o que se constata é que o dever de reparar o dano contido no Código de Defesa do Consumidor trouxe enormes avanços a nosso ordenamento jurídico como um todo, fazendo dele um referencial inclusive para outros países que adotam o sistema de *civil law*.

2 INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL E SEU TRATAMENTO.

A partir da análise da palavra responsabilidade civil já se presume a sanção como mecanismo de reparação por dano pretensamente sofrido, quando se fala em ato ilícito causador deste dano, esta reparação vem a ser uma exigência da consciência jurídica universal.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua: “ato ilícito é fonte de obrigação”, qual seja “a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado”, sendo fonte de obrigação como um fato que interessa ao mundo jurídico de onde nasce o vínculo obrigacional. E completa: “É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem” (2009, p.453).

Como se vê o ato é praticado com uma infração, uma transgressão a um dever de conduta ainda que essa transgressão se dê de forma culposa, sem a intenção de fazê-lo, sendo uma conduta comissiva ou omissiva que gere prejuízo a outrem. Dessa conduta o nosso ordenamento estabelece um dever de reparo, a volta ao *status quo*, caso se possa mensurar:

O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial e/ou moral (CF, art. 5º, V e X) a outrem, criando o dever de repará-lo (CC, art. 927).

[...] Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

[...] A obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito (CC, arts. 927 a 954), sendo que a atualização monetária incidirá sobre essa dívida a partir da data do ilícito (Súmula 43 do STJ). (DINIZ, 2009, p.207).

É necessário se chamar a atenção que o ato ilícito viola um direito de outrem, causando danos. Esse ato é voluntário, ou seja, tem o elemento volitivo como pressuposto, uma vez que ausente este elemento não há como se considerar um ato de vontade e sim caracterizar como uma excludente de ilicitude. Ato de vontade ainda que não seja de forma dolosa, sem a intenção fazer, porém observado o resultado dano.

Importante também enaltecer que o ato ilícito poderá ocorrer por negligência, sendo uma falta de cuidado ou atenção, um desleixo, imprudência ou falta de prudência, um descuido ou ainda resultante de uma imperícia, ou seja, falta de habilidade, de competência para exercer a função ou cargo. Mesmo advindo de um desses elementos o ato deverá ser considerado como válido e passível de reparação.

No entendimento de Maria Helena Diniz:

O autor de ato ilícito terá responsabilidade subjetiva pelo prejuízo que, culposamente, causou, indenizando-o, inclusive os prejuízos advindos de infração a deveres familiares. Logo, seus bens ficarão sujeitos à reparação do dano patrimonial e/ou moral causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, por meio de seus bens, de tal modo que o titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo (CC, art. 942; RT,432:88; AJ, 107:101), e o que pagar a indenização terá direito regressivo contra os demais para reaver o que desembolsou. E, além disso, o direito de o lesado exigir a reparação, bem como o dever de prestá-la, são transmissíveis aos seus herdeiros, que por eles responderão até os limites das forças da herança (CC, art. 943 c/c art. 1.792).

Ainda que o presente trabalho se fixe na responsabilidade civil objetiva de empresas por atos praticados por seus funcionários, é importante verificar-se que até os bens do causador do dano, no caso da responsabilidade subjetiva, ficará à disposição para eventuais ressarcimentos.

No caso em análise a responsabilidade do empregador será objetiva também chamada de “responsabilidade sem culpa, porém somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927” (VENOSA, 2010, p.14). O artigo referido consta no Código Civil de 2002, *in verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Embora possa haver dano sem responsabilidade, como o que ocorre na concorrência comercial leal que se instala entre dois comércios do mesmo ramo, o certo é que sem dano não há responsabilidade. E a ideia de reparação, diga-se, é inclusive mais ampla do que a do ato ilícito, pois, se este cria o dever de indenizar, há casos de ressarcimento de prejuízo em que não se cogita da ilicitude da ação do agente, como no caso da “teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa” (DINIZ, 2009, p.626).

No campo do direito, o ilícito “embora emane da vontade do agente e produza efeitos jurídicos, constitui delito, civil ou criminal, e, pois, violação à lei, só podendo incluir-se entre os fatos jurídicos”, pondera Washington de Barros Monteiro e completa “a violação de um direito pode configurar ofensa à sociedade pela infração de preceito indispensável à sua existência, ou corresponder a um simples dano individual” (2009, p.339).

No caso da infração de preceito indispensável à existência do ofendido, esta ofensa diz respeito a delito penal como estabelece o próprio Monteiro, além de objeto diverso do aqui estudado. Por outro lado, no caso do dano individual, existe um “atentado contra o interesse

privado de alguém” (DINIZ, 2009, p.571), portanto a sua violação nos remete à responsabilidade civil com o dever de reparar o dano, este sim objeto deste estudo.

O princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o, é de ordem pública, ressalta a professora Maria Helena Diniz (2009, p.575).

A culpa é o elemento imprescindível do ato ilícito. E este, reitera-se, para efeitos de responsabilidade civil, se refere à ação ou omissão que, contrariando o ordenamento jurídico, vem causar algum tipo de dano.

2.1 O papel dos serviços de proteção ao crédito e os limites postos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não resta a menor dúvida que os diversos Serviços de Proteção ao Crédito existentes no Brasil são instrumentos indispensáveis às perfeitas relações de consumo, principalmente no mundo globalizado dos dias atuais, onde informação é sinônimo de modernidade e eficiência.

A história desses Serviços iniciou-se em São Paulo na Associação Comercial de São Paulo (ACSP) no ano de 1955, onde um associado solicitou àquela “entidade que se responsabilizasse pela centralização de todos os dados do comércio” em razão de “turbulências políticas e eleitorais e de grandes dificuldades para o varejo conceder crédito ao consumidor” (RODRIGUES, 2013).

Do início, onde as consultas poderiam demorar até três dias e as fichas armazenadas em grandes arquivos, ocupando um espaço fenomenal, até os dias atuais com a introdução da informática e seus benefícios, onde uma pesquisa não demora mais que alguns segundos, este processo foi amplamente aprimorado e cada dia mais imune a erros e falhas.

Importante também lembrar que esses serviços não são feitos apenas por entidades privadas. No Brasil existe o famoso Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF) que é administrado pelo Banco do Brasil, porém pertence ao Banco Central do Brasil. Ainda no setor público temos o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central (SCR), e como o próprio nome diz, pertencente ao Banco Central do Brasil.

O objetivo inicial destes serviços oferecidos por aquele ente estatal seria o repasse de informações às instituições financeiras, porém estes convênios foram posteriormente estendidos a outras entidades de proteção ao crédito.

Como qualquer instrumento utilizado nos negócios jurídicos, ao banco de dados deverá ser imposto limites e regras, considerando que estes arquivos podem se tornar uma ameaça à privacidade e honra das pessoas. No caso específico do Código de Defesa do Consumidor o art. 43 “disciplina uma vasta e relevante matéria que afeta praticamente a vida de todo consumidor: os bancos de dados e cadastros de consumo” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.293). Leonardo Roscoe Bessa, autor do capítulo relativo aos “Bancos de Dados e Cadastros de Consumo lembra que:

Em 9 de junho de 2011 foi promulgada a Lei 12.414, que ficou conhecida como Lei do Cadastro Positivo. O objetivo principal do referido diploma legal foi disciplinar o tratamento de informações positivas (histórico de crédito do consumidor) para possibilitar redução nas taxas de juros. Todavia, a nova norma estabelece forte diálogo com o Código de Defesa do Consumidor (art. 1º), de modo que muitas de suas disposições se aplicam também para a tradicional atividade dos bancos de dados de proteção ao crédito de tratamento de informações negativas (dívidas vencidas e não pagas) [...] (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.293/294).

A chamada Lei do Cadastro Positivo é uma velha aspiração das empresas que se encontram no polo ativo das relações de consumo, porém ainda vista com reservas pelos diversos movimentos consumeristas, como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, por exemplo.

Promulgada com o intuito de se baixar as taxas de juros praticadas no comércio, a referida lei, no entendimento daquele Instituto Consumerista, não estabelece com clareza o que seriam “as informações excessivas incluídas no cadastro de bons pagadores ou, ainda, por reunir no mesmo modelo autorizações diferentes a serem fornecidas pelo consumidor” (IDEC, 2013).

Como é facilmente percebido, a nova lei que regula o chamado Cadastro Positivo ainda se encontra eivado de dúvidas e apenas a sua efetivação é que irá dirimir as mesmas, ou seja, o Poder Judiciário quando provocado começará a sanar tais questionamentos.

Alguns autores acreditam ser de vital importância a distinção jurídica entre bancos de dados e cadastros de consumo. Revela que o Código de Defesa do Consumidor trata os dois institutos sem “diferenciá-los explicitamente” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.294). Revela que tal diferenciação foi efetuada por Herman Benjamin a partir de critérios doutrinários formulados pelo mesmo.

Estipula que no caso dos cadastros de consumo é o próprio consumidor que fornece os dados, como nome completo, endereço físico e eletrônico, RG, CPF, etc. Estes cadastros servem basicamente para que o comerciante entre em contato com o cliente para oferecer produtos e divulgar ofertas e promoções.

Já os bancos de dados são informações fornecidas pelos próprios fornecedores para a informação principalmente a outros fornecedores, ou seja, é um cadastro de “informações pessoais dos pretendentes (consumidores) à obtenção de crédito” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.295).

Indiscutivelmente o maior volume de informações repassadas pelos fornecedores são negativas, são “informações registradas de dívidas vencidas e não pagas. Por se tratar de informação que propicia, em regra, uma avaliação desfavorável, um juízo de valor negativo, sobre a pessoa cujo nome está inscrito nos arquivos” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.298). É a partir desta negatização que se passou a chamar a pessoa incluída no cadastro de inadimplentes de “negativada”.

Relevante também se faz dizer que o banco de dados de proteção ao crédito é um instrumento muito importante para se separar os bons e maus consumidores. “Afinal, não se concede crédito a ninguém se não houver um mínimo conhecimento a respeito do tomador do empréstimo, de modo a avaliar os riscos de inadimplência” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.299). A livre iniciativa é protegida pela Constituição Federal (art. 170, caput) e indispensável à perfeita relação de consumo.

O crédito é primordial “para todos os agentes da atividade econômica (indústria, agricultura, comércio etc.) e para o consumidor final” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.299). Na maioria dos casos é através do crédito que se inicia o processo da atividade econômica, uma vez que os próprios empresários necessitam deles para iniciar os seus empreendimentos.

Apesar da sua importância, o valor das informações sobre o crédito, é também facilmente percebido como “atividades potencialmente ofensivas à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à privacidade e à honra, direitos da personalidade de matriz constitucional, previstos expressamente no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.300).

Dessa forma não há nenhuma dúvida sobre a relevância dos serviços de proteção ao crédito, porém tal prestação de serviço está num limite muito tênue entre o que é legal e o que ultrapassa o limite da legalidade, conseqüentemente causando danos.

No âmbito do nosso Código de Defesa do Consumidor a disciplina das “atividades dos bancos de dados de proteção ao crédito e, de modo mais amplo, todos os arquivos de consumo, possui ampla aplicação”. Essa ampla aplicação se faz necessária em razão da “vulnerabilidade de qualquer pessoa física ou jurídica) que, potencialmente, possa vir a ter registro de informações negativas nos bancos de dados” (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2012, p.306).

Complementa Bessa:

A vulnerabilidade consubstancia-se na situação de superioridade decorrente basicamente do fato de alguém possuir um banco de dados, com possibilidade de espalhar, em poucos segundos, informações privadas e ofensivas à honra, para locais diversos e distantes. A questão, no que diz respeito às entidades de proteção ao crédito, não se coloca tanto em termos de superioridade econômica ou técnica de uma das partes, mas reside especialmente na utilização de meios automatizados com enorme potencialidade ofensiva a direitos da personalidade (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.306/307).

A partir deste ponto é necessário fazer uma reflexão a respeito desta opinião. A hipossuficiência é um instituto inaugurado pelo nosso ordenamento jurídico a partir da promulgação da Lei 8.078/1990 ou Código de Defesa do Consumidor, que traz no seu art. 6º, inciso VIII a seguinte redação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII- 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;

Diz-se hipossuficiente um indivíduo economicamente fraco ou que não é autossuficiente. No caso específico da ofensa provocada por serviços de proteção ao crédito esta hipossuficiência se faz até mesmo para grandes consumidores, e porque não dizer, para outras pessoas jurídicas consumidoras, uma vez que não são apenas pessoas físicas as vítimas da chamada negativação indevida.

Sobre a possibilidade de se estabelecer outra pessoa jurídica como hipossuficiente a jurisprudência mostra:

Prestação de serviços - Ação de obrigação de fazer cumulada com anulatória de cobrança - Consumidor - Pessoa jurídica - Vulnerabilidade - Caracterização - Código de Defesa do Consumidor (artigo 2º) - Incidência. **“O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação**

do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte (grifo nosso). "Prestação de serviços - Contrato firmado entre empresa de assessoria de recursos humanos e a Serasa Utilização pela autora de informações veiculadas no banco de dados da ré - Configurada a legitimidade da cobrança, na medida em que comprovada a responsabilidade da autora pelas consultas realizadas e que geraram a cobrança do débito aqui discutido, afigura-se admissível a suspensão da prestação dos serviços, assim como a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, acarretando, ainda, a procedência do pleito reconvenicional, com o decreto de resolução do contrato firmado entre as partes. Multa diária - Imposição em decisão que deferiu liminar - Sentença de mérito - Revogação da medida inicialmente deferida - Insubsistência da multa pecuniária imposta em razão de eventual descumprimento - Reconhecimento. Não reconhecido pela sentença o direito reclamado pela autora e revogada a liminar inicialmente deferida, não há como subsistir a multa pecuniária imposta por eventual descumprimento. Recurso improvido. (APL 153090920108260003 SP 0015309-09.2010.8.26.0003 – Relator(a): Orlando Pistoresi – Julgamento: 09/05/2012 – Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado).

Desta forma fica evidenciado que estão em perfeita harmonia o que dispõe a doutrina, a lei, e a jurisprudência sobre o estado de hipossuficiência do consumidor, cabendo à parte hipersuficiente a comprovação da ausência do dano.

A importância do banco de dados de proteção ao crédito não pode nem deve ofuscar os direitos previstos na nossa Carta Magna, pelo contrário, o nosso ordenamento infraconstitucional deve impor limites a estes serviços, sob pena de infringir a Carta Maior. Afinal, da mesma forma que o crédito é um importante fator de crescimento econômico, a proteção à privacidade e à honra dos consumidores deverá ter proeminência sobre o primeiro, uma vez que integram projeções da própria dignidade da pessoa humana.

2.2 A responsabilidade das empresas e prestadores de serviços por atos ilícitos praticados por seus funcionários.

Como sujeito de direitos as empresas tem responsabilidade objetiva sobre atos praticados pelos seus funcionários e colaboradores como se viu alhures. A colocação de nome de determinado consumidor no rol de inadimplentes é um ato que, na maioria das vezes, é praticado por funcionários dessas empresas e prestadoras de serviço.

No entendimento de Rizzatto Nunes em sua obra “Curso de Direito do Consumidor” expõe:

Não se discute se o credor tem o direito de negativar seus clientes inadimplentes. Assim sempre foi. E aquilo que era prática usualmente aceita acabou sendo legitimado pelo CDC, que em seu art. 43 regrou o assunto e especificamente no §1º se refere a informações negativas (2006, p.552).

Aqui não cabe avaliação se o fornecedor tem direito ou não de negativar o seu cliente, este ato, porém, poderá ser lícito, ou seja, um “ato de vontade, mas que produz efeitos jurídicos independente da vontade do agente” ou ato ilícito, que “embora emane da vontade do agente e produza efeitos jurídicos, constitui delito, civil ou criminal, [...]” (MONTEIRO; PINTO, 2009, P.339). E por que ilícito? Porque gera danos a outrem e advém de um poder maior que gera responsabilidade.

Interessante informar que o Código de Defesa do Consumidor é o primeiro diploma legal a regular de forma expressa a atuação dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores no nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, para que seja possível e legal a negativação de determinado consumidor são necessários alguns requisitos, conforme mostra Nunes:

[...] como os cadastros arquivam apenas dados negativos relativos ao não pagamento de dívidas, conclui-se logicamente que:

- a) Existe a dívida;
- b) A data prevista para pagamento venceu;
- c) O valor é líquido e certo.

A conjunção dos itens retro transcritos é que permite que se aceite a negativação, uma vez que o nome do devedor só pode dar ingresso no cadastro negativo se se tiver clareza da existência e do valor da dívida, bem como da data de seu vencimento.

Não será admitido a negativação de consumidor sem os requisitos acima listados. Ora, como é possível a inscrição no rol de inadimplentes um consumidor que não tenha dívida ou se a mesma não é líquida e certa? Ou ainda se a mesma ainda não venceu? É exatamente este o objeto central do presente estudo, afinal esta inscrição não poderá ser considerada como mero aborrecimento do cotidiano.

Além do mais a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor no dia 11 de março de 1991, “a negativação somente é válida se o consumidor tiver sido avisado previamente e por escrito, por expressa disposição do §2º do art. 43” (NUNES, 2006, p.553). Portanto mesmo presentes os requisitos elencados acima é necessária a comunicação por escrito da possibilidade de negativação do consumidor.

Tal cuidado se deve em razão do que regula a nossa Carta Magna do direito da garantia da dignidade e imagem do consumidor, além de dar tempo ao consumidor para tomar atitudes no intuito de solucionar o problema, seja pagando o débito ou questionando-o judicialmente se achar que o mesmo é ilegal (NUNES, 2006, p.553).

Finalmente, no tocante à responsabilidade das empresas, Bessa afirma que “um importante aspecto da responsabilidade civil concerne à identificação do sujeito passivo, ou

seja, de quem, diante de um registro indevido, tem o dever de indenizar os danos morais e materiais decorrentes do ato” (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2012, p.314).

Completa o jurista:

A ideia norteadora do tema é que todos que contribuíram, por ação ou omissão, para a realização e disseminação do registro, sem a observância dos pressupostos jurídicos específicos, possuem, conforme o seu grau de participação, o dever de indenizar o consumidor lesado. Aplica-se aqui a regra da solidariedade resultante dos atos ilícitos, que se encontra no art. 942 do CC e no parágrafo único do art. 7º do CDC, esse último com a seguinte redação: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2012, p.314).

Como se percebe a responsabilidade das informações repassadas é das empresas comerciais ou prestadoras de serviços, afinal a veracidade das mesmas somente poderão ser averiguadas por elas. Os serviços de proteção ao crédito são empresas repassadoras de informações e não produtora das mesmas.

Porém esta responsabilidade poderá ser solidaria entre os serviços de proteção ao crédito e as empresas comerciais ou prestadoras de serviços.

[...] caso a instituição financeira, o banco comercial, o comerciante, o lojista ou o fornecedor de serviços preste informação negativa sobre seu cliente para o fim de ser incluído no cadastro dos devedores repudiados, a responsabilidade será, sem disceptação ou controvérsia, daquele que forneceu os dados ou informações incorretas ou irreais ao serviço de proteção ao crédito.

Mas não se pode afastar a possibilidade de também a entidade que mantém o banco de dados responder isoladamente ou solidariamente em casos tais.

Caso fique demonstrado que a empresa de proteção ao crédito e fornecedora de informações constantes de seu banco de dados foi desidiosa tanto quanto aquele que lhe entregou as informações, ou sabia que o credor não era confiável, com reiteradas ocorrências anteriores, poder-se-á então concluir que houve concorrência de culpas (STOCO, 2004, p.1785).

Importante lição de Rui Stoco, uma vez que afasta de forma definitiva qualquer controvérsia a respeito da responsabilidade solidária. Muitas empresas concessionárias de serviço público, insistem em não investirem nos seus departamentos de crédito e as demandas ocasionadas por informações falsas destas empresas geram um verdadeiro tumulto nos juizados especiais cíveis. Ainda que a quantidade de consumidores lesados e que procuram a justiça seja muito grande, percentualmente é ínfimo, exatamente por se tratar de demandas de pequeno valor.

O art. 942 do Código Civil fala a respeito da responsabilidade solidária: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano

causado” (BRASIL, 2002). Desta forma fica exaurida a questão da responsabilidade civil das empresas que negavam de forma indevida determinado consumidor.

Quem deve determinar efetivamente a responsabilidade de cada uma é o Poder Judiciário, pois estas empresas é que deverão comprovar a sua falta de culpa. Resta apenas se estudar o que vem sendo praticado no campo dos valores prescritos pelos nossos tribunais, notadamente os chamados Tribunais Superiores.

2.3 A fixação do *quantum* indenizatório e seus critérios.

Objeto principal do presente estudo a valoração indenizatória de atos que provocam danos morais e as correntes que divergem quanto à sua eleição, se punitiva ou apenas de ressarcimento será tratada de forma exaustiva no capítulo 4 deste. Trata este tópico de conceitos introdutórios para o que se verá adiante.

No ordenamento jurídico brasileiro há controvérsia doutrinária e jurisprudencial na fixação do *quantum* indenizatório para ressarcimento dos danos morais decorrentes da responsabilidade civil, posto não haver dispositivos legais específicos, sendo inviável o critério para reparação dos danos materiais, diante da inexistência de prejuízos que possam ser objetivamente calculados com base no valor pecuniário do bem atingido.

No entanto, é fundamental que o Juiz de forma clara, defina se a indenização é fixada como ressarcimento ou punição. Se a função da reparação civil for entendida como ressarcimento ou compensação, deverá estabelecer critérios objetivos, ainda que de forma aproximada, para fixar o valor da indenização.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 “vários dispositivos legais estabeleciam critérios para a quantificação do dano moral”, tal afirmativa se baseava no que regulava o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.177 de 1962, além da Lei de Imprensa de 1967, estabelecendo sanções que poderiam chegar a duzentos salário mínimos. Porém depois da promulgação da Carta Magna que “criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados” (CALIERI, 2008, p.92), submeteu o instituto da reparação do dano moral ao ordenamento civil, não mais utilizando as leis especiais.

Carlos Roberto Gonçalves adianta que:

As leis em geral não costumam formular critérios ou mecanismos para a fixação do *quantum* da reparação, a não ser em algumas hipóteses, preferindo deixar ao prudente arbítrio do juiz a decisão, em cada caso. Por essa razão, a jurisprudência tem procurado encontrar soluções e traçar alguns parâmetros, desempenhando importante papel nesse particular (2011, p.674).

De fato, o estabelecimento do valor indenizável no ordenamento brasileiro ficou a cargo do Magistrado, fazendo com que o mesmo tenha um cuidado muito grande na ocasião do seu arbitramento, para que o mesmo não seja elevado demais, nem tampouco muito baixo para haja o desestímulo da conduta delituosa.

Considera ainda a observância por parte dos Juízes de indenizações cumulativas, no caso de dano material e moral conjuntamente, objeto inclusive da Súmula 37 do STJ (GONÇALVES, 2011, p.674).

Atualmente é preocupação de nossos julgadores estabelecer um *quantum* indenizatório coerente com a situação financeira das partes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO À IMAGEM. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. SÚMULA N. 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. SÚMULA N. 54/STJ.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que demandem o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em razão da incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. O Tribunal de origem, considerando as peculiaridades subjetivas do caso, ofensa à honra em decorrência da publicação de fotografia, via internet, vinculando-a à prática de crime, manteve o valor da indenização fixado na sentença.

3. "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula n. 54/STJ).

4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL - STJ - AgRg no AREsp 175283 / RN AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0094966-9 – Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA (1146) - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA - Data da Publicação/Fonte: DJe 22/03/2013).

Mais uma decisão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO, VIA DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VALOR NÃO SE APRESENTA EXORBITANTE. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (BRASIL – STJ - AgRg no AREsp 127015 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0301418-0 – Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Data da Publicação/Fonte: DJe 15/03/2013).

A maioria das decisões de nossos tribunais trazem na sua justificativa a razoabilidade do valor indenizatório, levando sempre em conta a condição financeira dos litigantes.

Na opinião de Rui Stoco, para que ocorra o arbitramento do dano moral, é necessário:

[...] a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.

Até aqui a doutrina defendida por Stoco é incontroversa, portanto não merece ser reparada, uma vez que é voz pacífica que a indenização tenha um caráter punitivo e compensatório. Porém na sua divagação comete um equívoco, aliás, seguido de outros autores, como Caio Mario da Silva Pereira e Sergio Pinheiro Marçal, citados pelo próprio Stoco, no sentido de que a punição não poderá ser extremada sob pena de “*se aproximar dos padrões norte-americanos dos punitive damages*” (2004, p.1707).

Complementa Stoco:

Perceba-se que compensar não significa reparar, se usadas as palavras em seu sentido técnico-jurídico.

Não há de se repudiar a teoria do valor do desestímulo enquanto critério, pois o propósito de desestimular ou alertar o agente causador do mal com a objetiva imposição de uma sanção pecuniária não significa a exigência de que componha um valor absurdo, despropositado e superior às forças de quem paga; nem deve ultrapassar a própria capacidade de ganhar da vítima e, principalmente, a sua necessidade ou carência material, até porque se nenhum prejuízo dessa ordem sofreu, o valor apenas irá compensar a dor, o sofrimento, a angústia, a vergonha etc. e não reparar a perda palpável, o ressarcimento dito material (2004, p.1707).

Nesta explanação se deve fazer uma análise pormenorizada do que este autor pensa. O que se percebe é realmente o repúdio indiscriminado à teoria do valor do desestímulo pois de posse desses argumentos empresas de grande porte estão infringindo a lei de forma reiterada e usam como defesa a capacidade financeira da vítima como pressuposto de valoração do dano sofrido.

O Brasil é um país com uma população pobre, pois dados da Receita Federal estimam que apenas 12% da população brasileira deverá declarar o imposto de renda de 2013, ou seja, de um universo de duzentos milhões de habitantes, apenas vinte e cinco milhões são de pessoas que tem renda superior a vinte e quatro mil reais por ano.

A sua grande maioria são de pessoas que ganham menos que isso, portanto se ter como base a renda do ofendido é uma saída que essas grandes corporações encontraram para terem os valores indenizatórios sendo arbitrados para baixo.

Desta forma, levando em conta o utilitarismo de Richard Posner, compensa a essas empresas não investirem em excelência administrativa para evitar danos a seus clientes, uma vez que a minoria é que reclama e quando utiliza o Poder Judiciário, o mesmo arbitra de forma muito baixa, fazendo com que o problema se eternize.

Numa grande lição doutrinária, Sergio Cavalieri Filho expõe:

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita (2008, p.95).

É exatamente sobre esta reiteração de conduta ilícita que se prende este trabalho. Não é possível que condutas continuadas de provocação de danos fiquem impunes sujeitas a valores irrisórios.

Não se está a defender o arbitramento de forma indiscriminada, pois a economia brasileira é na sua maioria composta de microempresas ou empresas de pequeno porte que não suportariam um valor indenizatório a pagar muito alto. O que se espera é que seja levado em consideração o porte de quem ofendeu, pois o que se vê é um nivelamento por baixo e os grandes litigantes são empresas de maior porte. Aliás as concessionárias de serviço de telefonia pública são as maiores demandadas nos Juizados Especiais Cíveis das capitais brasileiras.

3 ASPECTOS DA LEI 9.099/1995 E DO IMPORTANTE PAPEL A SER DESEMPENHADO PELOS JUIZADOS ESPECIAIS, COMO SOLVEDOR DE LITÍGIOS DE “PEQUENO VALOR.”

A volta ao regime democrático trouxe no seu bojo a consciência da necessidade de acesso à justiça por parte de toda população brasileira. Para que seja compreendida a finalidade à qual se destinam os Juizados Especiais Cíveis, criados através da Lei 9.099/1995, não há como se deixar de fazer referência aos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, instituídos pela Lei 7.244/1984.

À proporção que a sociedade se desenvolve, aumentam, conseqüentemente, os conflitos sociais, os quais não podem as partes envolvidas resolvê-los pelas próprias razões, ainda que legítimo o direito [...].

Diante dessa necessidade legal de dirimir os conflitos jurídicos somente através dos órgãos do Poder Judiciário, capazes de dizer o direito, quando houver resistência ao mesmo, [...] se vê compelido a buscar a prestação jurisdicional para a solução do conflito e, como esses conflitos são inúmeros, acabam congestionando os órgãos com questões simples, as quais são solucionadas na fase conciliatória. Daí o brilhantismo do legislador na criação dos Juizados de Pequenas Causas, hoje absorvidos pelos Juizados Especiais Cíveis, que representam grande evolução do Direito brasileiro, tornando-se célere, objetiva, informal e eficaz a prestação jurisdicional, como temos observado na prática forense junto a esses órgãos (SILVA, 2006, P.1).

Como se vê o legislador ordinário pretendeu criar um mecanismo de acesso ao Poder Judiciário mais informal, célere, eficaz e acessível, com o intuito de haver uma pacificação social, como forma de abrandar as expectativas dos jurisdicionados. A tentativa era de elidir ou minorar os danos causados pela inviabilidade econômica, da parte prejudicada e hipossuficiente (como determinado pelo artigo 170, inciso V da Carta Magna de 1988, em atenção a resolução da Organização das Nações Unidas - ONU nº 39/248 de 10/04/1985, que versa sobre a proteção ao consumidor, positivando o princípio da vulnerabilidade).

Tal medida clamava pela urgência uma vez que os custos para uma demanda judicial (desde tempo a numerário em moeda), dentro das burocracias costumeiras e necessárias a um procedimento ordinário, demonstravam um forte impeditivo às causas onde o valor a ser discutido era de baixa repercussão econômica.

É importante atentar para o fato de que, embora tenha sido criado antes do advento da Constituição Federal de 1988, que prega o direito ao livre e irrestrito acesso à Justiça, disposto em seu art. 5º, inciso XXXV, o Juizado Especial de Pequenas Causas, em 1984, já trazia, em

seu cerne, o objetivo de garantir o acesso a todo cidadão que sofria com a angústia de arcar com os custos de um processo perante a justiça comum, para pleitear pequenas causas.

Os Juizados de Pequenas causas, absorvidos agora pelos Juizados Especiais Cíveis, vieram acabar com algumas distorções sociais, facilitando aqueles que tinham dificuldades financeiras para buscar a prestação jurisdicional e que hoje podem ter acesso a essa prestação, sem o ônus das custas processuais e sucumbência em honorários advocatícios, permitindo-se lhes propor e contestar as reclamações sem a necessidade de assistência de advogado, quando o valor atribuído à causa não for superior a 20 (vinte) salários mínimos, tornando-se obrigatória a assistência de advogado somente quando superar esse valor, *ex vi* do art. 9º, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995 (SILVA, 2006, P.1).

O legislador constituinte de 1988, no art. 98, inciso I, inseriu a previsão dos Juizados Especiais Cíveis como forma de ratificar o sucesso da experiência já implantada pela Lei 7.244/84, com o diferencial de que a futura Lei 9.099/95, viria aprimorar aquele sistema existente.

O Juizado Especial Cível nasceu em 1995, com a Lei n. 9.099, de 26.09.95, a partir da experiência bem sucedida do Tribunal de Pequenas Causas. Para as causas mais simples e de menor valor, propostas por pessoas físicas, a lei desde 1984 já instituía um procedimento informal, que privilegiava o acordo entre as partes e o contato direto delas com o juiz, sem a necessidade de contratação de um advogado. O processo se tornava ágil e rápido, mas sem perder a segurança, o que fez do "Pequenas Causas" um verdadeiro instrumento do exercício da cidadania.

A lei de 1995 veio aprimorar o sistema, ampliando a competência do Juizado tanto com relação à matéria, quanto em relação ao valor. Desse modo, o cidadão comum encontrou o foro no qual procurava resolver suas pendências cotidianas, aquelas que antes ficavam longe da apreciação da Justiça, causando um sentimento de impunidade. O caráter didático da atuação do Juizado hoje pode ser medido na atitude da pessoa comum que, diante de uma injustiça, não deixa de "procurar seus direitos". O fundamento da Lei 9.099/95, assim como era permeada a Lei 7.244/84, é a garantia do acesso à Justiça para aqueles cidadãos que eram inibidos pelo próprio sistema processual oneroso, burocrático e eivado de morosidade, tendo em vista que suas causas eram de pequena expressão monetária. (BONADIA NETO, 2013).

Desta forma, a Justiça Comum continuaria a existir paralelamente à nova Justiça Especializada, continuando a ser procurada por aqueles que pudessem arcar com seus ônus, ao passo que os menos favorecidos economicamente passariam a dispor da opção de uma justiça mais simples e célere. “Em outras palavras: os juizados especiais não vieram para retirar causas das varas comuns, mas, sim, para abrir as portas do Judiciário às pessoas mais simples, que dele estavam alijadas”. (BONADIA NETO, 2013).

Não só os desfavorecidos economicamente, mas causas onde e quando o custo elidiam uma reclamação, que terminava se tornando impune por uma questão econômica, pois os custos do processo, inviabilizavam, por exemplo, que um empresário executasse uma dívida

no importe de 100, 200 reais, quase o valor das custas processuais. Por esse motivo é que a própria lei dos Juizados incentiva, além de um rito mais célere e por consequência desburocratizado, a isenção das custas processuais, salvo para o recurso, como forma de gerar um entrave econômico para os procedimentos procrastinatórios, protelatórios.

Todo este histórico é necessário, para que se perceba o real problema do acesso ao Poder Judiciário e a resposta que o mesmo está dando em face desta demanda de ações. Apesar do entusiasmo inicial de doutrinadores como Luiz Claudio Silva de que na prática a prestação jurisdicional tenha ficado mais célere, fica evidente que a pretensão do legislador constitucional não está sendo cumprida, uma vez que, as decisões dos Juizados relativas aos valores de condenação não está gerando o efeito esperado de se fazer justiça às vítimas. Ocasionalmente então insatisfação e uma profunda frustração da pretensão de se reparar os danos.

Ou seja, a motivação para a criação dos Juizados foi claramente econômica e os resultados sim, são sociais, porém a mentalidade de boa parte das decisões foge desta temática e termina se fechando no Direito, de forma perigosa, ao sonegar as razões econômicas a ensejar a implantação daquelas cortes.

Os Juizados Especiais Cíveis, dotados da incumbência de conciliar, julgar e executar as causas de “menor complexidade”, como já visto, têm previsão legal na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, e, seguindo os princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e simplicidade, para que seja cumprido a missão de abrir as portas do Poder Judiciário às pessoas mais carentes, atendendo a uma demanda reprimida, mediante a oferta de um processo rápido, econômico e simples (SOARES, 2013).

O princípio da informalidade diz respeito à ausência de formalidade prevista em outros órgãos do Poder Judiciário, admitindo-se a propositura da reclamação de forma oral, como prevista também no Direito do Trabalho, além da “atribuição da capacidade postulatória sem assistência de advogado, quando o valor da causa for igual ou inferior a 20 salários mínimos” (SILVA, 2006, p.7).

O princípio da simplicidade se confunde com o da informalidade, porém diz respeito à ausência de complexidade que se exige no procedimento cível comum. Aliás, como o próprio art. 3º, da Lei 9.099/1995 estabelece, “O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade” (BRASIL, 1995). Importante ressaltar que no procedimento comum se faz necessário, na maioria das

vezes, a realização de prova pericial, o que não é recomendado no procedimento dos juizados especiais.

Tomando emprestado também outro instituto do Direito Trabalhista, têm-se o princípio da oralidade, cuja temática específica que nos atos processuais deve prevalecer a comunicação oral, embora possam estes atos ser reduzidos a termo ou escrito. Todo procedimento poderá ser oral, cabendo apenas à sentença, a forma escrita (TORRES NETO, 2013).

O princípio da equidade diz respeito ao tratamento igualitário das partes, não podendo o julgador tratar situações jurídicas concretas iguais de forma diferente, como estabelece o art. 5º da Constituição Federal (TORRES NETO, 2013).

Por fim têm-se o princípio da economia processual. A doutrina informa que este princípio processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Apesar da importância do princípio da economia processual, é inegável que deve ser sabiamente dosado. A majestade da Justiça não se mede pelo valor econômico das causas e por isso andou bem o ordenamento brasileiro ao permitir que todas as pretensões e insatisfações dos membros da sociedade, qualquer que seja seu valor, possam ser submetidas à apreciação judiciária (CF., art. 5º, inc. XXXV); e é louvável a orientação do Código de Processo Civil, que permite a revisão das sentenças pelos órgãos da denominada jurisdição superior, em grau de recurso, qualquer que seja o valor e natureza da causa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 75),

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre os fins e os meios eleitos, para um maior equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais, evidentemente desde que não ocorra nenhum prejuízo ao processo, uma vez que ele não é absoluto e isso deve acontecer sempre que for razoável. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 75).

Feitas essas considerações, passa-se então a se estudar o procedimento utilizado dos Juizados Especiais Cíveis, além da sua competência para julgar conflitos de menor complexidade. Importante ressaltar que ainda que estipulado como conflitos de menor complexidade, não é possível considerá-los como de menor importância, uma vez que se trata de análise de controvérsias presentes na vida da maioria dos cidadãos brasileiros, desta forma não menos importante que lides de maior complexidade probatória.

3.1 A Competência na esfera dos Juizados Especiais

Inicialmente, cumpre registrar que sua competência já vem estabelecida de forma genérica na própria Constituição Federal quando no artigo 98, inciso I, institui:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: 1. Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Competência é o limite da jurisdição de cada órgão do Poder Judiciário. Parece consenso, na grande maioria da doutrina e jurisprudência, que, nas causas de valor igual ou inferior a quarenta salários mínimos, pode o autor optar entre propor a ação no Juizado Especial Cível ou na Justiça Comum.

Por outro, ainda citando a Carta Magna de 1988, verifica-se o artigo 170, inciso V, (como visto anteriormente, calcado na resolução da ONU nº 39/248 de 10/04/1985, que versa sobre a proteção ao consumidor), que reconhece o consumidor como parte hipossuficiente no processo, estabelecendo dessa forma a “paridade de armas” necessárias às partes (ABREU, 2013). Dessa forma ficou facilitado o acesso, por parte dos jurisdicionados, à reclamação judicial e seus desdobramentos na esfera daquelas cortes.

Os Juizados Especiais Cíveis tem este nome propositalmente. Ela é especial por ser diferente da dita Justiça Comum regida pelo Código de Processo Civil (CPC). Ademais, ela é opcional: o autor pode "optar" por ela, obviamente sujeitando-se às suas regras: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além da limitação quanto a recursos.

Sobre o tema recursos, existe controvérsia na doutrina, onde a maioria questiona o duplo grau de jurisdição dos Juizados Especiais Cíveis. Isso ocorre porque em primeiro lugar as Turmas Recursais são compostas pelos próprios juízes que atuam nos juizados. Dessa forma, mesmo sendo um órgão colegiado, a tendência é a confirmação das sentenças prolatadas em primeiro grau.

Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 148.), assim discorreu:

A Turma Recursal é, pois, órgão da primeira instância, mas que atua nos Juizados Especiais Cíveis, em segundo grau de jurisdição, julgando a apelação. Neste

juízo – e, assumo aqui posição que sei ser isolada – não será possível discutir-se qualquer matéria de fato, mas, tão-somente, questões de direito. Assim entendo porque, como já se viu, nos Juizados Especiais Cíveis incide, em sua plenitude, o princípio da oralidade (cf., supra, nº 2.1), o qual tem, como subprincípio, o da imediatilidade entre o juiz e a fonte da prova (cf., supra, nº 2.1.3). Sendo, pois, o processo dos juizados Especiais Cíveis um processo oral, não vejo como se possa admitir que a Turma Recursal, que não colheu a prova, possa valorá-la. A meu sentir apenas o juiz que colhe a prova (ou seja, o juiz de primeiro grau de jurisdição) pode, em um sistema processual oral como é o do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis – e não é o do Código de Processo Civil – valorar a prova que tenha sido produzida. Entendo, pois, que o juiz dos fatos é, nos Juizados Especiais Cíveis, o juiz de primeiro grau, e a Turma Recursal, em respeito ao princípio da oralidade, só pode reexaminar as questões de fato que tenham sido suscitadas. Não posso, porém, deixar de registrar ainda uma vez que este entendimento é isolado, e que na prática as Turmas Recursais têm examinado, também, questões de fato, e valorado provas, como se o princípio da oralidade não tivesse de ser aplicado também em grau de recurso, tratando, pois, a apelação dos Juizados Especiais Cíveis exatamente como se trata a apelação no sistema processual comum.

Dessa forma, tem-se que os recursos, também na esfera dos Juizados Especiais Cíveis, transformaram-se em meio meramente protelatório. Desta forma, a previsão de um juízo repetitivo sobre o mérito só vem beneficiar a quem não tem razão. É evidente que a insegurança que vem tomando conta de nosso judiciário, a qual impede a busca da segurança jurídica, não pode retirar do processo sua efetividade, até porque não se concebe um ordenamento jurídico sem instrumentos processuais adequados e efetivos. Trataremos de eficiência do capítulo que se segue.

Quando foi criada a Lei 7.244/1984 ou Lei dos Juizados de Pequenas Causas ao identificá-las exigia no seu art. 3º que as mesmas versassem sobre direito patrimonial, fossem de valor inferior a vinte salários mínimos à data do ajuizamento, tivessem por objeto algumas das hipóteses taxativamente previstas em seu texto ou visassem à desconstituição ou à declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes.

Tal nomenclatura, Pequenas Causas, inicialmente contribuiu para que houvesse um preconceito dessas cortes, fazendo com que não se desse o devido valor às causas por ela julgadas. Esta conduta ocorria porque eram os próprios jurisdicionados que a procuravam, e tinham como característica a falta de formalidade, porém não havia restrição quanto à complexidade das causas.

[...] o reduzido valor econômico das causas era o núcleo de identificação do antigo sistema, o qual aliás admitia a discussão de questões complexas. Ditava o § 2º do art. 8º. “Se a causa apresentar questões complexas, o juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado” (CHIMENTI, 2007, p.29).

Presente na lei atual o critério da descomplexidade da causa não era previsto na lei anterior, cabendo apenas ao juiz alertar sobre a necessidade de assistência jurídica necessária ao caso concreto. Apesar de quando idealizada não ser considerada como a lei sucessora, na prática a Lei 9.099/1995 revogou a Lei 7.244/1984 conforme se vê no sítio eletrônico da Presidência da República.

A Lei nº 9.099/1995 estabelece que os Juizados Especiais Cíveis tem competência para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas aquelas que preencham os requisitos previstos no seu art. 3º.

Ora o legislador utiliza o valor da causa como critério de identificação das causas de menor complexidade, como no caso do inciso I que regula assim consideradas as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, ora expõe o direito material como critério definidor, como o que dispõe os incisos II e II que estabelece as causas enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil e a ação de despejo para uso próprio, e ora mistura os dois critérios, como é o caso do inciso IV onde é regulada as causas das ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. Sobre o assunto a doutrina assim expressa:

Em razão exclusivamente do valor (*ratione valoris*), quer se trate de pedido principal, quer se trate de pedido contraposto, nos Juizados dos Estados e do Distrito Federal são aceitas as causas que não excedam a 40 vezes o salário mínimo (ou 20 salários mínimos se o autor estiver desacompanhado de advogado), facultando-se ao autor a renúncia ao valor excedente e às partes a conciliação sobre valor superior (CHIMENTI, 2007, p.30)

Complementa o enunciado 50 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) que “para efeito de alçada, em sede de Juizados Especiais, tomar-se-á como base o salário mínimo nacional”. No seu histórico o FONAJE foi criado em 1997, sob a denominação de Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, e “sua idealização surgiu da necessidade de se aprimorar a prestação dos serviços judiciários nos Juizados Especiais, com base na troca de informações e, sempre que possível, na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional” (FONAJE, 2013, s/p).

Dessa forma, da leitura dos artigos 3º e 4º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis conclui-se que a competência dos mesmos são divididas em razão do valor da causa e em razão da matéria discutida. Sobre o valor da causa e seu arbitramento, é imperativo alertar que

trata-se de objeto do presente trabalho, uma vez que é estudado a quantificação dos danos morais e suas consequências. Esse estudo irá ser complementado no capítulo 4 adiante.

Quanto à matéria discutida também é importante, uma vez que a responsabilidade civil está presente neste estudo, de forma detalhada no capítulo 1, e é matéria apreciada na esfera dos Juizados Especiais Cíveis. Desse modo resta configurada a pertinência entre o valor da causa e a matéria discutida conforme estabelece a Lei que criou os Juizados Especiais e o presente.

3.1.1 Competência em razão do valor da causa

Principal estudo a ser realizado pelo presente trabalho, o valor da causa será encontrado de forma analítica no capítulo 4 deste. Por questão meramente conceitual estabelecer-se-á uma introdução desse tema aqui, porém o seu exaurimento se dará, como estipulado no capítulo seguinte. Porém será extremamente útil o estudo sobre se é absoluta ou relativa essa competência, como veremos adiante.

A Lei nº 9.099/1995, em seu art. 3º, inciso I, fixa o valor de alçada dos Juizados em 40 (quarenta) salários mínimos vigente à data do ajuizamento da ação. Para apurar-se o valor da causa, deve-se somar o principal com os acessórios até a época da propositura da ação.

Por ser um dos fatores de definição da competência dos Juizados Especiais, o valor atribuído às causas nele distribuídas pode ser verificado de ofício pelo juiz (arts. 6º e 51, II, da Lei nº 9.099/95). Ocorre que o novo sistema admite o processamento da petição inicial sem prévio despacho judicial, razão pela qual muitas vezes a controvérsia só é suscitada quando apresentada a resposta do requerido (CHIMENTI, 2007, p.38).

É pacífico o entendimento de que é fator determinante, para ajuizamento de ações na esfera dos Juizados Especiais Cíveis, o valor da causa. Que o mesmo deverá ser observado quando da interposição da petição inicial, cabendo ao juiz de ofício a verificação desse pressuposto. Porém o que se vê na prática é que interposta a ação, o julgador pode vir a ter contato com a ação apenas quando estiver pronta para sentença, dessa forma fica a cargo do demandado suscitar a inadmissibilidade da mesma. O alerta deveria ser feito pelo funcionário do Cartório ao receber a inicial, principalmente quando o reclamante vier a propor a reclamação sem a presença de advogado.

Esta competência em razão do valor mostra-se facultativa (e não relativa), conferindo para o autor propor a demanda de até esse limite no juizado especial ou no juizado cível comum (Enunciado 1 do FONAJE). Todavia, se o valor da causa for maior do que o previsto na lei tal competência torna-se absoluta, não podendo o autor pleitear no juizado especial causa com valor acima de 40 salários mínimos, ocorrendo que se provocado o juizado por valores superiores aos previstos haverá presunção absoluta de renúncia do crédito remanescente, exceto na hipótese de conciliação onde as partes possuem liberdade para transigir (TOLENTINO, 2013).

É importante salientar que, superando o valor da causa ao valor de alçada e não sendo logrado êxito na conciliação das partes, importa, conseqüentemente, em renúncia automática do crédito excedente, nada impedindo que o reclamante desista, naquele momento, de prosseguir com a ação perante o Juizado, buscando a via judicial comum, uma vez que o valor de alçada deve ser respeitado somente para efeito de condenação e não para fins conciliatórios, conforma o que dispõe a Lei 9.099/1995 no artigo 3º, parágrafo 3º, combinado com o artigo 39 da mesma, que torna ineficaz a sentença condenatória na parte que exceder o valor de alçada.

Importante ressaltar que apesar de se defender o alerta a ser feito por funcionário do Juizado sobre o valor da causa, não pode o cartório deixar de receber e processar normalmente a inicial que tenha o valor superior ao de alçada.

É importante salientar que existe divergência doutrinária sobre a possibilidade de serem interpostas ações cujo valor da causa seja superior ao valor de alçada estabelecido pelo inciso I do artigo 3º da Lei 9.099/95, proporcionando, portanto, a interferência da Justiça Especial em maior gama de demandas a fim de efetivar o acesso à justiça pretendido quando da criação do microssistema.

Para esses, quando previsto pelo legislador constituinte, os Juizados Especiais Cíveis tinham como pressupostos a menor complexidade da matéria discutida e não a limitação do valor da causa:

Com a leitura do artigo 98, I da Constituição Federal, percebe-se que o principal critério orientador da competência da Justiça Especial não é o limite valorativo imposto pelo inciso I do artigo 3º da Lei n. 9099/95, mas antes e principalmente a menor complexidade da causa, possibilitando uma maior efetivação da tutela jurisdicional do Estado às demandas de fácil e simples solução sem a necessidade das partes recorrerem à Justiça Comum. Ocorre que, porém, delimitando causas de menor complexidade em razão do valor, a Justiça Especial deixa a desejar no que concerne ao acesso à justiça, haja vista que muitas demandas simples são desviadas para a Justiça Comum (BAROUCHE, 2013).

Para aqueles que defendem que o valor da causa, não é fator determinante, ou como querem a maioria, não se trata de competência absoluta, pois não está prevista de forma expressa no texto constitucional que estabelece a criação dos Juizados Especiais. Alertam que

tal instituto constitui uma objeção ao acesso à justiça, motivo essencial que pautou a confecção da Carta Política de 1988. Complementa então:

Da mesma forma, com a leitura do artigo 3º inciso II da Lei Especial, percebe-se que o legislador adotou os parâmetros constitucionais de complexidade ao declinar que aquelas demandas enumeradas no artigo 275 II do Código Civil, independente do valor, poderão ser processadas e julgadas no Juizado Especial, ou seja, o legislador possibilitou uma abrangência maior de demandas sob a égide da Lei 9099/95, proporcionando maior acesso à justiça apenas com a declinação de “causas de menor complexidade” pela matéria e não pelo valor (BAROUCHE, 2013).

Como se percebe, essa corrente advoga que apenas a complexidade da causa é que define a competência dos Juizados Especiais citando inclusive o inciso II do art. 3º da própria lei que os criou. Este trabalho vem reconhecer a importância de tal entendimento pois quando se falou em valoração de indenizações a título de danos morais no capítulo 2, ainda de forma introdutória e como se verá adiante, essa quantificação encontra-se ainda de forma muito tímida pela jurisprudência dominante, notadamente na esfera do Superior Tribunal de Justiça.

Tal assertiva encontra respaldo também no entendimento de Joel Dias Figueira Júnior que se fosse adotada, para os Juizados Especiais, o critério de competência absoluta, jamais as demandas poderiam ser remetidas à Justiça Comum, como acontece em muitos casos, já que a competência absoluta é inderrogável (2006, p.51).

Como irá ser demonstrado alhures, mesmo na esfera dos Juizados Especiais, as sentenças indenizatórias dificilmente ultrapassam a casa dos 10 salários mínimos, valor simplesmente aviltante, mesmo levando-se em conta os critérios adotados pelas cortes especiais que admitem, sem controvérsia, valores que podem chegar a 40 salários mínimos.

Dessa forma, esse trabalho prevê um campo a ser estudado, pois caso se admita o julgamento de causas que ultrapassem a casa dos 40 salários mínimos, acredita-se que então poderá ser vislumbrada a eficiência dessas decisões, inibindo a prática corriqueira de negativas indevidas por parte das concessionárias de telefonia pública.

Essa proposta de aumento significativo dos valores arbitrados a nível de danos morais, será estudada de forma sistemática no capítulo 4 deste e a influência dessa corrente que advoga a competência relativa das cortes especiais quanto ao valor da causa é de suma importância para a confecção do mesmo.

3.1.2 Competência material

Segundo o supracitado artigo 3º da Lei 9.099/1995, existem matérias que são exclusivamente de competência dos Juizados Cíveis, independente do valor da causa, como as enumeradas no inciso II do artigo 275 do CPC (cobrança de condomínio de quaisquer quantias, ressarcimento por danos causados em acidente de veículo em via terrestre), a ação de despejo para uso próprio (III) e as ações possessórias sobre imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo (IV).

Da mesma forma, existem matérias que são excluídas da competência dos Juizados, de acordo com Figueira Júnior (*in* TOURINHO NETO, 2005, p. 165) pode ser pela natureza da lide ou qualidade da parte (artigo 3º, parágrafo 2º e artigo 8º da Lei 9.099/1995). Além dessas são retiradas da competência dos Juizados as hipóteses em que se deve verificar as provas, a necessidade de citação editalícia (artigo 18, parágrafo 2º) e ainda quando o autor se recusa a renunciar o crédito excedente (artigo 3º, parágrafo 3º).

O Juizado passou a também ter competência além dos seus julgados, dos títulos executivos extrajudiciais até o valor acima referido e desde que sejam exequentes pessoas físicas (artigo 3º, parágrafo 1º, incisos I e II).

O inciso II do artigo 3º firma a competência do Juizado Especial Cível para processar e julgar as ações sumárias elencadas no artigo 275, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assim, entendem esses doutrinadores, que são de competência do Juizado Especial Cível as causas específicas de valor não excedentes a 40 salários mínimos, para fins de condenação:

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

~~I - nas causas, cujo valor não exceder 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)~~

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

II - nas causas, qualquer que seja o valor (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

~~g) nos demais casos previstos em lei. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)~~

g) que versem sobre revogação de doação; (Redação dada pela Lei nº 12.122, de 2009).

h) nos demais casos previstos em lei. (Incluído pela Lei nº 12.122, de 2009).

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995) (BRASIL, 2013).¹

Quanto à matéria fixada na alínea “a”, versa sobre arrendamento rural e de parceria agrícola, sendo da competência do Juizado Especial Cível a apreciação dessa matéria, e considerando a existência de diversos Juizados instalados em todo o interior dos Estados, facilita ao homem do campo o acesso à prestação jurisdicional do órgão para dirimir os conflitos decorrentes dos contratos de arrendamento rural e de parceria agrícola.

Em relação à alínea “b”, refere-se às ações de cobrança de quaisquer quantias devidas pelos condôminos ao condomínio. Importante veículo que veio suprir uma necessidade premente dos condomínios que não tinham outros instrumentos de cobrança célere para fazer valer o direito da maioria que paga pelos inadimplentes.

Quanto à matéria abordada na alínea “c,” refere-se à ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico. Sobre a matéria a doutrina estabelece:

Mesmo antes da Lei nº 9.099/95, já vínhamos admitindo ações de indenização por danos causados em imóveis, apesar de alguns juízes resistirem por entender ser a ação de natureza complexa; na realidade, 95% dessas ações encerram-se na fase conciliatória. É certo que, quando complexa a ação por exigir a realização de perícia técnica, salvo a informal, apesar da fixação da competência do Juizado nessa matéria, orientamos pela propositura da ação no juízo comum, por não recomendar o procedimento regulado pela lei supra epigrafada a realização de perícia técnica formal (SILVA, 2006, p.15).

Nos dias atuais o que se vê é um pacífico entendimento jurisprudencial no sentido de se admitir ações dessa natureza por considerá-las de baixa complexidade, bastando como prova a juntada de fotografias facilmente tiradas, até por telefones celulares acessíveis a todos.

¹ A transcrição do artigo de forma taxada deve-se ao fato de que a mudança ocorrida na esfera do Código de Processo Civil, Lei 9.245/1995, foi feita em razão do que dispunha a Lei 9.099 também do ano de 1995, onde estabelece os critérios relativos ao procedimento sumário. É a íntegra do art. 275 do CPC contido no sítio eletrônico da Presidência da República disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acessado em: 16 mai. 2013.

Na alínea “d”, está fixada a competência dos Juizados para ações de ressarcimento de danos causados em acidentes de veículos. Mesmo antes da transformação dos Juizados de Pequenas Causas em Juizados Especiais Cíveis, era grande o índice de ações que versavam sobre indenização decorrente de acidente de veículos. Com a ampliação do valor da alçada para 40 salários mínimos e a necessidade de assistência de advogado no Juizado quando o valor atribuído à causa for superior a 20 salários mínimos, aumentou ainda mais o número de ações dessa natureza perante o órgão, devendo a inicial ser instruída com os documentos necessários como o Boletim de Ocorrência elaborado pela autoridade de trânsito.

Na alínea “e”, cuida-se da cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução. As ações de responsabilidade civil em face das seguradoras em razão de acidente de veículo, conforme a previsão legal acima, são de competência dos Juizados Especiais Cíveis.

Quanto à alínea “f”, prevê a cobrança de honorários dos profissionais liberais ressalvando o disposto em legislação especial. Não importa, a natureza da atividade profissional liberal exercida, autorizando o prestador de serviço cobrar seus honorários não pagos pelo contratante desses serviços. São inúmeras as ações propostas perante o Juizado por advogados, cobrando seus honorários não pagos pelos clientes.

No tocante à alínea “g” incluída neste disposto pela Lei 12.122/2009, a própria redação é explicativa onde estabelece que é competente o Juizado Especial nas ações que versem sobre revogação de doação. Nesse sentido se acredita que desde que não seja matéria de complexa perícia, como a grafotécnica por exemplo, o Juizado pode se considerar em condições de julgar o feito. Aliás os Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Capital do Estado de Pernambuco tem demonstrado uma maturidade grande anulando as alegações infundadas de necessidade de perícias complexas.

Finalmente temos a alínea “h” que estabelece de forma expressa a competência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal para os demais casos previstos em lei específica.

A matéria que interessa ao presente estudo, diz respeito apenas aos aspectos relativos aos danos morais, responsabilidade civil, etc. Sobre as materiais aqui estudadas entende-se importante a demonstração da gama de ações passíveis de serem apreciadas pelos Juizados Especiais Cíveis e também para demonstrar que a lei, de forma expressa, prevê ações maiores que o teto fixado, como no caso dos condomínios.

3.2 O Procedimento utilizado nos Juizados Especiais

Os Juizados Especiais Cíveis, assim como na Justiça Comum, contemplam os procedimentos pertinentes ao processo de conhecimento e o de execução. No primeiro caso, a preocupação maior se dá com a concentração dos atos do procedimento, de sorte que as partes tenham de comparecer apenas uma vez perante o juizado, para solução da causa. É no procedimento que são postos em prática aqueles princípios que regem os Juizados Especiais referidos linhas atrás.

No processo de conhecimento se detectam as seguintes fases: postulatória, em que o autor apresenta sua demanda, por escrito ou oralmente, ao cartório do Juizado. Segue-se a citação do réu, que, de regra, é feita pela via postal, para que compareça à chamada audiência una, onde o juiz leigo tenta a conciliação. Presentes as partes e frustradas as tentativas de conciliação, imediatamente tem vez a fase instrutória, cumulada com o momento decisório.

A audiência una é o procedimento utilizado nos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Comarca do Recife. A Lei 9.099/95 estabelece a distinção entre a fase conciliatória e a instrutória, deixando a cargo de cada Tribunal a conveniência de se fazer esta segunda fase no mesmo ato. Necessário salientar que por diversas vezes é visto a marcação de outra data de audiência quando as partes assim concordam.

Na audiência una, se ausente o autor, extingue-se o processo. Ausente o réu, incide a revelia e é proferida a sentença. Presentes, no entanto, ambas as partes, são tomadas a contestação, eventual exceção de impedimento ou suspeição, produção de prova oral admitidas, ainda, a apresentação de parecer técnico e a inspeção de pessoas ou coisas, desde que tal não leve a dilação probatória, e proferida a sentença.

Na prática dificilmente a decisão é proferida na própria audiência. No caso dos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Comarca do Recife a implantação do processo eletrônico tem dado uma celeridade maior às decisões, pois quando ainda físicos, os processos levavam até mais de um ano para serem sentenciados. Com a implantação do eletrônico já ocorrem decisões proferidas no prazo de oito dias da audiência.

Quanto à presença do advogado, prepondera o entendimento de que só é obrigatória no caso de processos com valores acima dos vinte salários mínimos. Porém a instalação do novo Fórum onde estão concentrados os Juizados Especiais da Comarca do Recife, é possível se notar o aumento da procura dos jurisdicionados pelos defensores públicos. Tal se deve

exatamente pela concentração dos Juizados em um único prédio, pois facilitou a instalação de escritório da Defensoria Pública do Estado.

Sobre o tema, temos a posição da doutrina:

Não se adentram as portas do Judiciário sem o cumprimento de ritos e a obediência a procedimentos. Entre estes está a necessidade de defesa por profissionais especializados – os advogados. Ora, o acesso aos advogados, por sua vez, depende de recursos que na maior parte das vezes os mais carentes não possuem. Assim, para que a desigualdade social não produza efeitos desastrosos sobre a titularidade de direitos, foi concebido um serviço de assistência jurídica gratuita – a Defensoria Pública (SADEK, 2001, p.9)

O princípio basilar dos Juizados Especiais Cíveis é o da instrumentalidade das formas conforme mostram os artigos 12 e 13, da Lei nº 9.099/95, e as nulidades somente serão decretadas quando insanáveis.

Os Juizados Especiais foram criados com o espírito voltado para a facilitação e ampliação do espectro do acesso à Justiça, conjugado com o trinômio rapidez, segurança e efetivação do processo e em sintonia com os princípios insculpidos no art. 2º dessa Lei e todos os demais que servem para a sua geral orientação.

Ora, se as formas são os mecanismos colocados pelo sistema à disposição dos jurisdicionados a atingirem determinados objetivos, como meios devem ser tratadas, tendo-se como fator principal na decisão sobre a validade ou invalidade dos atos, não a pura e simples observância das formas, mas sim a verificação de que, no caso concreto, mesmo por vias transversas, atingiu-se efetivamente o objetivo perseguido. (TOURINHO NETO, 2005, p.186)

Até pelo fato de se tratar de instância que julga conflitos de menor complexidade, como também pelo fato de se permitir a instalação de um processo mesmo sem a rubrica de um advogado, esses Juizados tem que ser menos voltados para as questões formais dos seus procedimentos, porém sem jamais deixar ao largo procedimentos fundamentais para a sua instauração.

Dentro da “filosofia” desses Juizados referenciados, o pedido se rege pelo artigo 14 da Lei nº 9.099/95, e não pelo artigo 282 do CPC, mesmo porque pode ser formulado pessoalmente pelo interessado, assim como nas causas trabalhistas que o inspiraram. O efeito prático disso é que não se cogita de inépcia da petição inicial, que poderá ser aclarada em audiência. A Lei determina que entre a data da citação e a realização da sessão de conciliação não pode ser ultrapassado o prazo de quinze dias (artigo 16 da Lei nº 9.099/95). Mas nem sempre o ideal do legislador é realizável na prática e, ressalvados aqueles Juizados Especiais bem coordenados ou com baixíssimo movimento, a quinzena é frequentemente ultrapassada.

Como defesa do réu admitem-se no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis a contestação e as exceções de impedimento e suspeição. Prevê-se também a possibilidade do pedido contraposto (artigo 31 da Lei nº 9.099/95).

A Lei n. 9.099/95 expressamente veda a reconvenção. Admite, porém, que na contestação o réu formule pedido em seu favor, dando a tal pretensão o nome de pedido contraposto.

Ao contrário da reconvenção (arts. 315 a 318 do CPC), que é apresentada em peça autônoma (art. 299 do CPC), o pedido contraposto integra a contestação. Ademais, enquanto o processamento da reconvenção exige tão somente um ténue vínculo entre as causas, o pedido contraposto tem por requisito essencial que o pedido do demandado esteja fundado nos mesmos fatos que embasam o pedido originário (CHIMENTI, 2007, P.135-136).

Interessa ressaltar que tal contraposição deve preencher requisitos, isto é, formulação por quem também tenha capacidade para figurar como autor nos Juizados, que seja fundado nos mesmos fatos constitutivos do objeto da controvérsia e que sejam observadas as exigências contidas no artigo 31 da Lei nº 9.099/95.

Diante do exposto é importante salientar que a falta de formalidade dos Juizados Especiais, fazem com que as pessoas de menor renda, assim como os pequenos e médios empresários possam dispor de uma instância acessível às suas pretensões pelo fato de não haver necessidade de procuradores quando as causas cheguem a até 20 salários mínimos.

Dessa forma tem-se garantido o acesso à justiça, porém somente com a estipulação de valores de condenação além do que se tem visto na atualidade é que se terá realmente o acesso, pois no momento que esse entendimento for pacífico haverá a possibilidade de haver contratos de risco entre os postulantes e seus procuradores, contratos esses corriqueiros na justiça comum.

Na atualidade os valores arbitrados estão tão baixos, que os próprios profissionais não estão interessados em encabeçar lides nessas cortes especiais. Por outro lado as empresas mantêm a sua assistência jurídica baseada em valores pré-estabelecidos por atos judiciais, ou seja, quanto mais prolongado o processo, melhor para os assistentes dessas demandadas.

Importante ainda que essa característica faz com que as pessoas abram mão de seus direitos, fazendo com que uns poucos que se aventurem à propor ação de indenização, o façam em caráter pedagógico, pois sob o ponto de vista de voltar à condição anterior (*ex ante*), a mesma não se vislumbra. Sobre o voltar à condição anterior o próximo capítulo estudará esse pressuposto como inerente à condição de indenizar.

Na teoria o procedimento utilizados nos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal deveria ser célere o suficiente também para inibir o transgressor a não mais fazê-lo,

porém o que se tem é uma estrutura que está inviabilizando o cidadão a procurar por seus direitos ao não conferir aos mesmos valores condizentes com o dano provocado.

4 O ENTENDIMENTO DO COLÉGIO RECURSAL DO RECIFE ACERCA DAS INDENIZAÇÕES POR NEGATIVAÇÃO INDEVIDA

Uma das grandes discussões existentes na doutrina brasileira e que versa sobre a responsabilidade civil, diz respeito ao valor das indenizações e como sistematizar esses valores na fixação do quantum indenizatório para ressarcimento dos danos morais decorrentes, diante da inexistência de dispositivos legais específicos, sendo inviável o critério para reparação dos danos materiais, sem a constatação dos prejuízos que possam ser objetivamente calculados com base no valor pecuniário do bem atingido.

Cabe ao magistrado a tarefa de formular esse valor de forma clara, e definir se a indenização é fixada como ressarcimento ou punição, algo que infelizmente não vem ocorrendo, como pode ressaltar a jurisprudência do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Capital. Na prática o que vem ocorrendo é uma perigosa e extremamente arbitrária valoração dos danos, sem qualquer critério objetivo seguido, tão somente no bom senso e no “pré-conceito” do magistrado.

Se a função da reparação civil for entendida como ressarcimento ou punição, as duas correntes predominantes, deverão ser estabelecidos uma série de critérios objetivos, ainda que de forma aproximada, para fixar o quantum indenizatório, o que consiste em avaliar de forma não emocional, isenta e criteriosa as circunstâncias do fato, o grau da culpa, a duração do sofrimento, as partes psicológicas atingidas, as condições do ofensor e do ofendido e a dimensão da ofensa. E neste caso a economia seria o melhor instrumento a ser usado. Nesse trilhar:

Reconhecendo duas funções aos danos morais – a função compensatória e a função punitiva -, o Superior Tribunal de Justiça, responsável por dar a última palavra no assunto, recorre a critérios como (i) o grau de culpa do ofensor, (ii) a sua capacidade econômica, (iii) as condições pessoais da vítima, incluindo-se o seu grau de sofrimento, (iv) a natureza e a gravidade da ofensa (MENDONÇA, 2012, p.132).

Apesar de reconhecer as duas funções para se estipular o valor do ressarcimento do dano moral, o STJ adota um alto grau de subjetividade, gerando insegurança jurídica, pois não há definição de critérios adotados na elaboração do montante a ser ressarcido. Dessa forma os efeitos danosos são potencializados quando se observa que aquele tribunal opta por não definir em que medida esses critérios estão sendo usados para compensar, e em que medida

esses critérios estão sendo usados para punir. Desta forma torna-se impossível saber qual o montante compensatório e qual o montante punitivo e como se chegar a cada um deles.

A postura do STJ adquire um grau de incerteza funesta no ordenamento brasileiro, fazendo com que os montantes sentenciados possam ser os mais díspares possíveis. Acessando o sítio eletrônico oficial daquela corte, ficou verificado que o tribunal tem tentado estabelecer um padrão para ser considerado, publicando uma tabela de valores arbitrados nas sentenças de indenização a título de danos morais.

Porém, quando da publicação, aquela corte fez questão de ressaltar que se tratava de material exclusivamente jornalístico, de caráter ilustrativo, porém o que se segue mostra quão perdidos estão os julgadores no caso de valoração de danos morais:

13/09/2009 - 10h00

ESPECIAL

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais

Por muitos anos, uma dúvida pairou sobre o Judiciário e retardou o acesso de vítimas à reparação por danos morais: é possível quantificar financeiramente uma dor emocional ou um aborrecimento? A Constituição de 1988 bateu o martelo e garantiu o direito à indenização por dano moral. Desde então, magistrados de todo o país somam, dividem e multiplicam para chegar a um padrão no arbitramento das indenizações. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem a palavra final para esses casos e, ainda que não haja uniformidade entre os órgãos julgadores, está em busca de parâmetros para readequar as indenizações (STJ, 2013).

A tabela traz valores indenizatórios fixados em casos usualmente levados à apreciação daquela corte. Sobre o tema do presente trabalho, indenização a título de danos morais, a tabela mostra que a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes em decisões de segunda instância geram em média o montante de 500 (quinhentos) salários mínimos e essas mesmas decisões baixam os valores em média para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quando proferidas pelo STJ.

Ora, tal arbítrio é no mínimo temerário, além do fato que fragiliza as decisões dos juízos monocráticos, de forma que o STJ termina incentivando a adoção de recursos, ao invés de os tornar menos empregados, em especial os procrastinatórios, sistemática adotada pelos Juizados Especiais, quando coloca uma série de entraves econômicos para o uso da via recursal.

Como foi visto no capítulo anterior, a interposição de recursos eminentemente protelatórios é uma constante na esfera dos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que através dos mesmos é que se pode chegar ao STJ e se diminuir de forma drástica os valores de condenação. Não que isso se aplique às decisões do Colégio Recursal do Tribunal de Justiça

de Pernambuco, pois os próprios juizados já arbitram valores baixíssimos e as Turmas Recursais os referendam, até mesmo para os padrões do STJ.

A própria lei que criou os juizados foi infeliz ao estabelecer os parâmetros necessários à interposição de recursos, quando facilitou a vida de quem deve, ganhando tempo para pagar a sua condenação.

O que se percebe nas decisões proferidas pelo Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, baseada na jurisprudência dominante capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a fixação da indenização baseada na compensação, ainda que de forma tímida, se vislumbre algumas decisões fundamentadas no aspecto de punição.

Por outro lado, acessando o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco, quando se pesquisa a jurisprudência do Colégio Recursal, tem-se verificado a quase inexistência de arbitramentos baseado na tese punitiva. Algumas decisões proferidas pelo Colégio Recursal do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

EMENTA: RECURSO INOMINADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. SEGURO FIANÇA LOCATÍCIA. INSCRIÇÃO DO NOME DO SEGURADO/LOCATÁRIO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. AUS DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DÉBITO. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Inominado nº 2812/2010 – Processo Originário nº 1861/2009 – Relator: Juiz – Abelardo Tadeu da Silva Santos - 3a. Turma Recursal - 14/10/2010)

Decisão:

A recorrente insurge-se contra a sentença que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 1.500,00, em virtude de indevida inscrição do nome do recorrido em cadastro de restrição crédito.

Em sua defesa, a recorrente alega a existência de débito do recorrido referente a fiança locatícia, vez que o mesmo contratou o referido seguro e inadimpliu encargos contratuais no valor de R\$ 2.039,67, os quais foram pagos ao locador pela seguradora recorrente que, por seu turno, sub-rogou-se nos direitos do locador.

Apesar de não comprovada a inscrição do nome do recorrido em cadastro de inadimplentes, tal fato restou incontroverso ante seu expresso reconhecimento pela seguradora recorrente.

[...]

Necessário se faz a transcrição de parte das decisões prolatadas, uma vez que na ementa, não verifica-se os valores discutidos nos processos. Neste caso, percebe-se claramente que o valor arbitrado a título de danos morais pelo juiz *a quo* é simplesmente inferior ao débito alegado pela empresa ré, valor este referendado pelo Colégio Recursal. Importante também a comprovação da inscrição no cadastro de inadimplentes do autor, quando a mesma restou incontroverso.

O objetivo da análise é apenas a demonstração dos valores sentenciados, não adentrando na seara das razões jurídicas de cada processo individualmente.

EMENTA: RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇO DEFEITUOSO. COBRANÇA INDEVIDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO CONFIGURADA. DANO MORAL IN RE IPSA. LIÇÃO DOUTRINÁRIA. ADEQUADA A QUANTIA FIXADA PELO MAGISTRADO A QUO, NÃO MERECENDO REPAROS. VALOR MANTIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO INOMINADO IMPROCEDENTE. (Tipo do Recurso: Recurso Inominado - Nº do Recurso: 00625/2009 - Origem: 4º Juizado Especial Cível – Recife - Processo Originário: 02982/2008 - Relator do Acórdão: Juíza - Maria Betânia Beltrão Gondim - Órgão Julgador: 7a. Turma Recursal - Data do Julgamento: 26/3/2009)

Decisão:

Cuida-se de recurso inominado contra sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido das recorridas/autoras condenando a empresa recorrente/OI a retificar as faturas nos termos requerido na inicial restituindo o valor de R\$.609,14, dobro do valor indevidamente cobrado, bem como pagar R\$5.000,00 (cinco mil reais) por danos morais. Pleiteia o recorrente a reforma da sentença. Alega ausência de ilegalidade no procedimento da autorizatária recorrente quanto a realização da cobrança das taxas de deslocamentos entre os códigos 81 e 74. Ausência de configuração de danos morais por bloqueio ocasionado pela inadimplência das próprias consumidoras. Valor exacerbado da condenação.

[...] Acrescento que, além da indispensabilidade do celular como referido anteriormente e as frustrações experimentadas pelas consumidoras, é dispensável a prova efetiva e concreta da existência do dano moral por tratar-se a espécie dos autos de dano moral puro, o chamado dano in re ipsa. Valho-me para esta tese, qual seja, da desnecessidade de demonstração de prova efetiva do dano moral, da lição doutrinária do jurista Sergio Cavaliere Filho: “Essa é outra questão que enseja alguma polêmica nas ações de indenização. Como, em regra, não se presume o dano, há decisões no sentido de desacolher a pretensão indenizatória por falta de prova do dano moral. Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação, através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

[...] Considerando as peculiaridades do caso concreto, bem assim a natureza jurídica da indenização pelos danos morais, ou seja, a necessidade de constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado pelos danos sofridos, além de cumprir seu cunho pedagógico sem configurar enriquecimento ilícito, tenho que o valor arbitrado pelo magistrado - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) - não merece reparos. Por tudo ponderado, nego provimento ao recurso. Condeno o recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Neste caso o magistrado estabelece parâmetros razoáveis de condenação, traz ao debate, baseado na doutrina, a importância da desnecessidade de comprovação de danos morais, por tratar-se de valores imateriais, como visto no capítulo 1 deste trabalho, fazendo uma análise detalhada do conceito de reparação por danos morais porém, ainda que de forma tímida tenha, mantido o valor arbitrado pelo juízo monocrático.

EMENTA: RECURSO INOMINADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. SOLICITAÇÃO DE SUSPENSÃO E POSTERIORMENTE DE TRANSFERÊNCIA DE LINHA TELEFÔNICA PARA OUTRO ESTADO. TRANSFERÊNCIA NÃO CONCLUÍDA. INEXISTÊNCIA DE CULPA DO CONSUMIDOR. COBRANÇA GERADA E EFETIVADA. SERVIÇO NÃO PRESTADO. DESCONSTITUIÇÃO DE FATURAS GERADAS. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DE FATURAS PAGAS INDEVIDAMENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR NO SPC. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. ARBITRAMENTO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Tipo do Recurso: Recurso Inominado - Nº do Recurso: 01919/2009 - Origem: Juizado Especial das Relações de Consumo - Processo Originário: 04398/2008 - Relator do Acórdão: Juiz - Roberto Carneiro Pedrosa - Órgão Julgador: 1a. Turma Recursal - Data do Julgamento: 18/6/2009)

Decisão:

Insurge-se a recorrente contra sentença de fls. 155/157, que julgou procedente os pedidos formulados na peça inicial, condenando-a a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a importância financeira de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), em razão de indevida negativação do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, bem como em restituição em dobro do que fora pago indevidamente, além de declarar indevidas as faturas reclamadas na peça vestibular, tudo fundamentado na suspensão do serviço formulado pelo autor.

[...] à guisa de esclarecimento, vale ressaltar cuidar-se de dano moral puro, ou seja, basta que se comprove o evento danoso e este foi devidamente comprovado, mediante a juntada dos extratos de fls. 90/92 dos autos. A falha na prestação de serviço é inescusável e o constrangimento do autor é patente. De outro lado, não há que se reduzir o valor arbitrado a título de dano moral, pois referido arbitramento atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista o transcurso de tempo de oito (08) meses de negativação indevida, de forma que agiu com acerto o juízo monocrático. A sentença monocrática não merece reparo, razão pela qual nego provimento ao recurso e condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% do valor da condenação.

Analisando este recurso se chega a retórica de que no valor arbitrado está sendo respeitado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Pergunta-se, que razão e que proporção foi utilizada para a valoração do dano? Infelizmente os julgadores brasileiros quando se veem em situações que não sabem como fundamentar as suas decisões apelam para esses princípios constitucionais, ou seja, eles servem para qualquer decisão.

A maioria absoluta das decisões do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Capital tem se utilizado dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, apenas não se sabe se razoável para quem. Este trabalho tenta exatamente fazer essa verificação, e a realidade mostra que tem sido razoável para as empresas que cometem os atos ilícitos, pois continuam a praticá-los e o Poder Judiciário de Pernambuco não consegue dar as respostas necessárias para inibir esses atos.

É perceptível também que independente dos valores arbitrados, as empresas ré, ou os seus procuradores, teimam em procrastinar os processos aumentando a insatisfação dos consumidores e tampouco o Judiciário consegue frustrar essas práticas danosas. Os magistrados precisam entender que não é arbitrando valores muito abaixo do teto dos Juizados Especiais que irão promover a justiça. Não está inibindo nem inibirá esses atos danosos.

4.1 A visão de ressarcimento como indenização pelo dano sofrido

A tese de que a indenização deverá ter um caráter meramente de ressarcimento é pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de uma maneira perigosa por ser generalizante, quando os diversos julgados tem chegado em última instância e são inadmitidas quaisquer formas de indenização punitiva, apesar de fundamentações legais e doutrinárias em contrário, ou seja, o Judiciário, contrariamente ao artigo 170, inciso V da Constituição Federal de 1988 e ao próprio Código de Defesa do Consumidor se porta de maneira protetiva ao polo hipersuficiente da relação, os reais causadores de litígios. Porém, na prática, aquela corte adota o previsto no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil na quase totalidade das ações que lá chegam.

Tal dispositivo estabelece a possibilidade de que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Tal instrução tem sido a regra nos julgados proferidos naquela corte e conseqüentemente nas demais instâncias inferiores. Quanto ao Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Capital do Estado de Pernambuco não é diferente.

Voltando para a análise das teses em questão, os defensores do ressarcimento alegam que, se por um lado, a Constituição Federal de 1988, despontou no quesito tutela dos direitos humanos com a possibilidade de reparação de danos materiais e morais, por outro, infelizmente e desmedidamente, os danos morais acabaram por provocar um abarrotamento da Justiça de forma completamente banal, de maneira que as demandas com pretensões indenizatórias por danos morais aumentaram significativamente.

Reiteram que, no Judiciário, diariamente, um grande número de ações são ajuizadas com pedidos de indenizações por danos morais, quando, em muitos casos, na verdade, trata-se de transtornos diários inerentes do cotidiano de uma sociedade, ou mera expectativa de ter sofrido lesão por dano moral.

Não resta dúvida que é certo que os aborrecimentos quotidianos são, muitas vezes, desagradáveis e causam, certamente, uma espécie de desconforto, porém, a vítima deve primeiramente procurar resolver o conflito de forma amigável, isso porque certos dissabores do dia a dia não ensejam uma reparação por danos morais. Na opinião da maioria, o que ocorre na realidade, porém, é o abarrotamento da Justiça com ações infundadas de pedido de danos morais que causam um verdadeiro caos para a celeridade da tutela jurisdicional.

Desta forma, se por um lado a Lei Maior vigente proporcionou maior segurança jurídica ao instituir a indenização por danos morais, por outro lado tal facilitação deu ensejo a uma avalanche de ações indenizatórias, muitas delas desprovidas de qualquer suporte, eis que os alegados danos não passam de meros aborrecimentos quotidianos, o que torna a Justiça um meio de pleitear ações desnecessárias e protelatórias, batendo de frente com o princípio constitucional da celeridade processual.

Advogam também que em vários campos, os processos por dano moral têm ajudado as pessoas a recuperar direitos. Porém salientam que há situações em que a corrida aos tribunais prejudica o cidadão. Relatam que nos últimos anos, processos do gênero acabaram se transformando em instrumentos para tentar constranger a imprensa e impedir a publicação de denúncias.

É absolutamente pacífico o entendimento de que existem excessos quando da interposição de ações de danos morais. Porém o que dever ser levado em conta é o tempo que o cidadão brasileiro levou para ter suas garantias básicas de cidadão ser reconhecida. O aumento considerável de ações dessa natureza somente ocorreu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e posteriormente com a instalação dos Juizados Especiais nos Estados e no Distrito Federal, fazendo com que a possibilidade de se buscar os direitos fosse efetiva.

Tais direitos sempre foram negados aos brasileiros, somente sendo possível a sua concretização, após a Carta Magna de 1988 que previu os institutos do CDC, no artigo 5º, inciso XXXII, e dos Juizados Especiais, no seu artigo 98, inciso I. O argumento de que a possibilidade de se buscar direitos faz com que haja uma quantidade exagerada de ações é uma visão retrograda e não condizente com a aspiração à uma sociedade justa e igualitária.

O Poder Judiciário é que deverá estar aparelhado para julgar os conflitos inerentes à uma sociedade plural e complexa. Passar a responsabilidade da morosidade do Judiciário para as costas do cidadão é uma atitude covarde de quem não está interessado no bem comum.

Dessa forma resta completamente rejeitada a alegação de abarrotamento do Judiciário em razão de ações de reparação de danos morais. Cabe ao magistrado, em última análise, a

rejeição de petições desprovidas de razões suficientes, aliás é exatamente isso que ocorre também na justiça comum, uma vez que também acha-se com uma quantidade considerável de processos e muitos sem qualquer fundamentação jurídica. Os Juizados Especiais, como órgãos do Poder Judiciário, não são diferentes, pois se trata de um problema muito mais cultural do que processual, como se os magistrado, de maneira autopoietica com o Direito, pudessem resolver todos os problemas que repercutem na seara de outras áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a economia, a sociologia, etc.

O que se pretende neste trabalho é mostrar a contribuição que a vertente Direito e Economia tem a dar aos julgados, fazendo com que haja eficiência nas decisões para coibir o uso indiscriminado de negativas sem causa. É objeto do próximo item a tentativa de demonstrar como essa visão pode colaborar para uma visão mais justa e distributiva das decisões sobre quantificação de danos morais.

4.2 A visão punitiva como meio educativo para se evitar o dano

Os principais propósitos da indenização punitiva estão relacionados à punição e a prevenção. A punição surge como uma forma de reprovando severamente condutas graves. Nesta, a sanção atua como retribuição ao dano sofrido pela vítima, tendo em vista o valor do comportamento do agente. É exatamente esta característica que difere a indenização punitiva da indenização compensatória, pois na primeira o valor pecuniário está relacionado com a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto na segunda o montante, baseia-se em sanar a gravidade do dano sofrido pelo lesado.

Trazida à luz nos dias atuais pela corrente denominada Direito e Economia, a indenização punitiva gera posicionamentos bem definidos quanto à sua aplicabilidade:

[...] (i) a necessidade de repreensão de condutas profundamente censuráveis, de modo a desestimular a reiteração pelo lesante (prevenção especial), (ii) a necessidade de demonstrar à sociedade resposta eficaz do sistema jurídico a tal tipo de condutas (prevenção geral ou função educativa), (iii) a impossibilidade de se desvincular a responsabilidade civil do elemento culpa, um dos seus fundadores (MENDONÇA, 2012, p.109).

É através dessa corrente que se encontra a preocupação de se inibir as práticas reiteradas de atos danosos, como se percebe. Dessa forma resta patente a sua importância no tratamento do problema recorrente de danos morais por negativas indevidas

O movimento intitulado Direito e Economia tem as suas raízes nas teses de Adam Smith e Jeremy Bentham. Smith pois foi o primeiro a apresentar a relação entre o direito e a economia (MENDONÇA, 2012, p.7). Bentham, idealizador do movimento utilitarista, estabelece os fundamentos teóricos da economia do bem-estar:

Cada qual com as suas contribuições, Smith e Bentham são unanimemente reconhecidos como precursores do Direito e Economia. Ao analisar as origens do movimento, Richard Posner observa que uma primeira vertente, preocupada com a análise econômica das leis que regulam os mercados explícitos (o direito antitruste, por exemplo), foi diretamente influenciada por Adam Smith, ao passo que outra vertente do movimento, direcionada para a análise econômica de leis que regulam comportamentos alheios ao mercado (acidentes, delitos, casamentos etc.), teve grande influência do trabalho de Jeremy Bentham. A dicotomia também é referida como a “velha” e a “nova” Escola de Chicago (MENONÇA, 2012, p.8).

É de extrema importância a utilização desse movimento para se fazer valer a justiça no arbitramento de valores de ressarcimento de danos morais, ainda que rechaçado *a priori* pela doutrina brasileira, alegando, em suma, que as importações dos padrões norte-americanos acabariam por invadir também a seara do conhecimento jurídico. Afirmação eivada de preconceitos uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro predomina a importação de teorias francesas, italianas, alemãs, portuguesas etc.

Além do mais, entendem muitos doutrinadores que a elaboração do Código de Defesa do Consumidor teve influência direta do direito norte-americano, apesar de não haver naquele país uma codificação das suas leis, nem tampouco a existência de um código consumerista. Porém as decisões tomadas naquele país serviram para que o legislador brasileiro se preocupasse em elaborar uma lei para proteger o cidadão do poderio das empresas nas relações de consumo.

Analisando o movimento Direito e Economia, fica evidente que o diálogo entre economistas e juristas nunca foi fácil, pois para aqueles são tratadas matérias numéricas, empíricas e que busquem a cientificidade. Para esses a matéria é verbal, hermenêutica e se volta à justiça, ou seja, subjetiva. Porém é exatamente por serem díspares que podem se complementar.

É necessário reconhecer que a economia é capaz de oferecer um padrão útil para avaliar em que medida as leis são capazes de atingir os objetivos sociais de que elas são instrumento. Sob este prisma surge o conceito de eficiência, tão caro aos economistas:

A Eficiência assume relevância não apenas para a definição de políticas públicas, evitando-se o desperdício de dinheiro (atingir metas sociais ao menor custo), mas também para a análise das relações privadas, possibilitadas por um arcabouço legislativo que lhes dá condições de realização (direito dos contratos, direito da propriedade), além de lhes impor restrições (direito antitruste, direito do consumidor). A análise de eficiência não se restringe às partes que negociam (maximização dos lucros de modo que nenhuma transação alternativa aumente os ganhos de uma parte sem diminuir os lucros da outra, o chamado “Pareto eficiente”), mas alcança a todos os afetados pela transação, a chamada “eficiência social” (MENDONÇA *apud* COOTER, 2012, p.13).

Incluído pela emenda constitucional nº 19 de 1998 no art. 37, *caput*, da Constituição Brasileira, o princípio da eficiência tem como objeto proporcionar à sociedade reivindicar que a Administração Pública zele pela maior qualidade de seus atos. Assim, diante do descontentamento o indivíduo poderá exigir que seja sanada a deficiência no serviço prestado. Como se vê os aspectos econômicos não se encontram tão distante do direito no nosso ordenamento jurídico.

As principais críticas dirigidas àqueles que simpatizam com as propostas do movimento Direito e Economia é que o direito não deve se ocupar da eficiência e sim de valores. Tal discussão foi relatada por alto no capítulo dois desse trabalho quando se falou sobre a dicotomia entre o utilizarismo capitaneado por Richard Posner e a corrente ética que tem como princípios integrantes nos dias atuais Ronald Dworkin e Michael Sandel.

Para os críticos haveria um verdadeiro abismo entre esses dois campos do conhecimento humano pois um é pautado pela teoria da escolha racional e o outro é pautado para a realização da justiça mediante soluções que não necessariamente provocarão uma alocação racional e eficiente de recursos.

Os críticos radicais do Direito e Economia, observa Paula Forgioni, não compreendem que os juristas e economistas ligados ao movimento desenvolveram um poderoso instrumento capaz de auxiliar a melhor compreensão da realidade e socorrer os operadores do direito na missão de solucionar e evitar problemas (MENDONÇA, 2012, p.31).

Como se observa, a visão do direito como um instrumento de realização de justiça não afasta um ponto de vista que o enxergue como meio de realização da eficiência na concretização dos objetivos sociais. Não que a eficiência seja um critério último, mas tampouco pode ser eliminada do campo de visão dos julgadores.

Por outro lado, os defensores da teoria do ressarcimento se pautam na vertente de que do evento danoso deverá estar presente como consequência elementos como a dor, a tristeza, o constrangimento, o vexame, a humilhação etc.

A teoria “sentimentalista” dos danos morais, além de desprovida de qualquer fundamento técnico, gera resultados desastrosos na jurisprudência. É comum, por exemplo, que os Tribunais discutam se determinado evento lesivo teria gerado um mero aborrecimento – o que afasta a indenização – ou uma verdadeira tristeza – a ensejar, aí sim, a tutela ressarcitória. Haveria, em resumo, dores e dores. Quais ensejariam uma compensação, isso é, algo que somente o íntimo do julgador pode definir. Em última análise, privilegia-se o absoluto subjetivismo, inalcançável por mecanismos racionais de controle (MENDONÇA, 2012, p.77-78).

É essa exatamente a razão de que, na ausência de critérios definidores para se valorar as indenizações, por que então não se utilizar desses conceitos que o Direito e Economia traz como alternativa? Se por acaso o julgador ter que valorar a dor de quem sofreu o evento danoso, então como será a avaliação do mesmo sobre o que regula a Súmula 227 do próprio STJ que consagra o entendimento de que “pessoa jurídica pode sofrer dano moral”? Dessa forma estabelece Mendonça que “o recurso ao chamado preço da dor para a fixação do *quantum* de indenização acaba por fazer remissão ao conceito de equivalência, simplesmente incompatível com o dano extrapatrimonial” (2012, p.80-81).

Em linhas gerais é preciso estabelecer que impor o dever de indenizar significa, a um só tempo, impor a alguém o dever de evitar o dano e atribuir a outrem o direito de não sofrê-lo. Dessa forma chega-se enfim ao cerne da questão desse trabalho. É necessário que a valoração da indenização alcance o objetivo de fazer com que o lesante se obrigue a não mais o provocar.

Nesse diapasão é evidente a contribuição de critérios como a eficiência para se chegar a valores que efetivamente inibam a negativação indevida pelas concessionárias de serviço público, exatamente por serem danos considerados como extrapatrimoniais.

O que se percebe na prática são critérios segundo os quais para a valoração dos danos sofridos os julgadores se utilizam de aspectos singulares, levando em conta: “(i) o grau de culpa do ofensor, (ii) a sua capacidade econômica, (iii) as condições pessoais da vítima, incluindo-se o seu grau de sofrimento, (iv) a natureza e a gravidade da ofensa” (MENDONÇA, 2012, p.87).

Diante desse quadro é praticamente impossível saber qual o montante compensatório, qual o montante punitivo e como se chegou a cada um deles. Na prática existe uma “tabela” estabelecida na mente dos Magistrados que fazem o Colegio Recursal pois o que se vê são

valores ínfimos que estão a anos luz dos valores que venham a inibir as práticas abusivas das concessionárias de serviço público.

Diante dessa realidade o movimento Direito e Economia mostra que:

[...] a estipulação de indenizações a menor tende a provocar uma dissuasão inferior ao patamar ótimo (*underdeterrence*). Nessa hipótese, como não há internalização a menor das externalidades geradas pela atividade, (i) os preços dos produtos ficarão baixos demais, (ii) a atividade geradora do risco de danos será exercida de modo excessivo e (iii) as medidas de cuidado adotadas pelo lesante acabarão sendo insuficientes (MENDONÇA, 2012, p. 94).

É o que se observa nas práticas das empresas de telefonia objeto do presente estudo. Pelo fato de haver indenizações muito baixas, as companhias não investem na prevenção dessas práticas, uma vez que é mais barato provocar o dano que evitá-lo, fazendo com que haja constante violação aos direitos dos seus clientes. Também é verdadeiro a assertiva que essas companhias adotam preços muito baixos, corroborando para a teoria do movimento Direito e Economia.

Por outro lado, se o lesante é obrigado a pagar indenizações superiores aos danos causados, as consequências serão também nefastas pois os preços dos serviços ou produtos ficarão acima do valor apropriado, algumas medidas de cuidado desnecessárias poderão ser tomadas e a atividade geradora do risco poderá ser tolhida, gerando um prejuízo social claro, dessa forma “o resultado será uma dissuasão acima do ótimo social (*overdeterrence*)” (MENDONÇA, 2012, p.94).

Nesse sentido é forçoso acrescentar que a quantificação da indenização não poderá ocorrer a menor, que o lesante não tenha o cuidado de evitá-la nem tampouco a maior, pois correria-se o risco do negócio não ser interessante para o investidor, dessa forma gerando prejuízos sociais de difícil reparação.

Em todo momento esse trabalho visa chamar a atenção que indenizações aquém ou além do prejuízo sofrido não ensejam justiça e trazem intranquilidade a todos os envolvidos. São as chamadas indenizações extraordinárias, pois se encontram fora do padrão de equidade almejado por toda a população. Ela somente poderia vir a ser aceita para exatamente inibir práticas reiteradas de condutas lesivas que geram benefícios ilícitos, de outra forma não seria admissível.

Não se tem a pretensão, neste trabalho, de se especificar a quantia exata que o juiz deveria arbitrar para se chegar ao estado ideal, porém o que também não deve acontecer é se olhar para o problema e fazer de conta que o mesmo não existe. O que se tem certeza é que os

valores aplicados pela jurisprudência do Colégio Recursal não estão sendo suficientes para inibir as práticas de negativação indevida, isso é fato.

O *caput* do art. 944 do Código Civil, ao estipular que a indenização deve ser fixada na exata extensão do dano, consagra de forma expressa uma regra de eficiência no sistema brasileiro de responsabilidade civil. Dessa forma restam totalmente afastadas as críticas a respeito da utilização do movimento Direito e Economia na quantificação dos danos morais pelos Tribunais brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina brasileira, quando se refere à responsabilidade civil, é praticamente unânime ao invocar a necessidade de recuperação do estado inicial através da indenização, seguindo uma tendência mundial de reparação do dano, preocupando-se de forma legítima com o lesado, mas simplesmente se esquece da outra ponta do problema, ocupada pelo lesante. Dessa forma não se consegue resolver o embaraço do evento danoso, pois de um lado temos o lesado inconformado com o valor atribuído a sua lesão e de outro o lesante não sendo dissuadido de evitar a mesma, diante dos valores pífios das mesmas, algo a fomentar uma repetição do evento pernicioso.

O foco da responsabilidade civil deveria, ao ver deste autor, recair e reforçar a reprovabilidade do ato, pois somente com a penalização eficaz da conduta danosa é possível coibi-la. Dessa forma ao não se atentar para esse fato, ao invés de se proteger o lesado, o prejuízo e a sua repetição estarão praticamente franqueados.

E este, infelizmente, é um vício que se repete na jurisprudência do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo da Capital do Estado de Pernambuco, causando a falsa impressão de que o cometimento do dano é mais vantajoso que a sua prevenção, eliminando de vez a coerência da responsabilidade civil eleita pelo CDC, protegendo os hipossuficientes, tendo como arma instrumental mais forte o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

É clara a contribuição que as diversas ciências tem dado ao conhecimento jurídico. A abordagem econômica permite ao direito a explicação e a previsão das consequências advindas das escolhas tomadas, contribuindo para a realização de uma estrutura jurídica cada vez mais apta a realizar o bem comum, assim como se revela como a via objetiva mais adequada para a mensuração dos danos e a eficiente forma de sua reparação, punitiva e essencialmente preventiva, diante da geração de precedentes que desestimulam a reincidência de práticas danosas ao consumidor.

O caso escolhido para ser o foco deste Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) é a telefonia, pois é de alarmar e de causar vigilância o número de aparelhos celulares ativos no Brasil, perto dos 264 milhões, segundo anunciou, no dia 16/04/2013, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)². Diante desse quadro o presente trabalho visou alertar à

² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/04/1263591-brasil-tem-13-aparelho-celular-ativo-para-cada-habitante.shtml>. Acesso em: 16 mai. 2013.

jurisprudência pátria sobre o tamanho do problema provocado pelas concessionárias de serviço público ao não investirem na prevenção de danos morais a seus clientes.

Sim, pois cabe ao empresário, sob a égide do artigo 966 do Código Civil e o *Caput* do Artigo 170 da Carta Magna de 1988, ao erigir a livre iniciativa, buscar lucro, pois essa procura revela a sua natureza econômica e jurídica, porém a liberdade não é absoluta e ela esbarra na regulação do Estado, provocada pelo artigo 174 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o Poder Público como ente regulador do mercado e de suas desigualdades intrínsecas.

Não se trata de, simplesmente, aumentar os valores das indenizações. Essas majorações deverão se dar na medida que as empresas comecem a prevenir a prática ilícita de negativas indevidas. Somente com esses aumentos é que voltar-se-á à uma situação de equilíbrio, fazendo com que haja paridade entre as concessionária e seus clientes; e esta postura demanda uma objetividade advinda da ciência econômica. Para tal, vejamos todo o caminho trilhado por este TCC para comprovar as pretensões aqui aludidas.

No primeiro capítulo (página 10), procurou-se trazer de forma abrangente todos os conceitos introdutórios de reponsabilidade civil, com um breve histórico deste instituto presente no ordenamento brasileiro desde 1916, influenciado pelo Código Civil Francês. O que vem a ser dano, sendo ele material ou moral, e a definição de ato ilícito. Caracteriza também o chamado abuso de direito que vem a ser a extrapolação dos limites impostos pelo objetivo econômico e social do titular de um direito.

Os elementos que geram a responsabilidade civil como a conduta humana, sendo ela negativa ou positiva (omissão x ação), o dano ou prejuízo causado e o nexo de causalidade entre ambos, além da divergência doutrinária sobre a culpa como um quarto pressuposto.

No segundo tópico do capítulo 1 (página 14), passa a analisar a responsabilidade civil à luz do artigo 187 do Código Civil de 2002, os princípios éticos constitucionais que orientam todo o sistema jurídico nacional, como o da boa-fé e dos bons costumes. A influência dos Códigos Cívís de países como Portugal, Argentina e Espanha sobre a elaboração do Código Civil de 2002. Expõe os direitos que as empresas de telefonia detêm de negativar os seus clientes e a responsabilidade decorrente deste direito.

Além do mais se buscou caracterizar as correntes dicotômicas da filosofia moderna (páginas 16 e 17), em especial as que versam sobre o movimento utilitarista de um lado e o movimento da preservação da ética moral em outra, sendo aquele capitaneado, nos dias atuais, por Richard Posner e esse por Ronald Dworkin e Michael Sandel.

Ainda no capítulo 1, no terceiro tópico (página 19), estabelece o que vem a ser dano moral e o seu surgimento expresso através da Constituição Federal de 1988, ainda que admitido anteriormente pela doutrina. A eclosão da chamada questão social e a sua importância para a caracterização do dano moral. A desnecessidade de prova específica da lesão sofrida por se tratar de dano imaterial, que viola o aspecto mental do indivíduo.

Buscando conceituar o que vem a ser dever de indenizar, no quarto tópico (página 22), a conduta humana comissiva ou omissiva necessária para que se chegue ao mesmo, desde que ocorra a presença do dano. As condutas culposas, sendo elas por negligência, imperícia ou imprudência.

Estuda a responsabilidade civil subjetiva (página 26) e a sua ligação com o elemento culpa já estudado no item anterior, porém se alargando o entendimento, classificando-a entre culpa grave, leve e levíssima, mostrando também julgados onde se encontra esta graduação. Mostra o que vem a ser responsabilidade subsidiária e responsabilidade solidária, e ainda faz a ligação entre a graduação e a definição dos valores estabelecidos naquelas sentenças.

Mostra o surgimento da responsabilidade objetiva (página 29), ainda de forma tímida no Código Civil de 1916, apenas relativo ao transporte ferroviário. A sua positivação a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, onde se regula no artigo 21, inciso XXIII, alínea “d” a possibilidade de haver responsabilidade civil independente do elemento culposo.

A consolidação da existência da responsabilidade objetiva, com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, inaugurando no ordenamento brasileiro, a teoria do risco como elemento que afasta qualquer modalidade de culpa quando ocorre dano, somente podendo ser inadmitida se ocorrer a culpa concorrente ou exclusiva da vítima

Por fim, analisa de forma em separado, de como o direito civil, o direito empresarial e o direito do consumidor (páginas 32 a 35), enquadram a responsabilidade civil e de como a tratam, fazendo comparações entre esses ramos jurídicos, complementando o que se verá a seguir quando se adentrar na análise dos valores estabelecidos nos julgamentos de danos morais provocados pelas concessionárias de telefonia.

O Segundo capítulo (página 38), trata especificamente das indenizações por dano moral e o seu tratamento. Estabelece que o autor do prejuízo deverá reparar o prejuízo causado, ainda que de forma indireta, quando ocorre através de funcionários e/ou prepostos.

No primeiro tópico deste capítulo estuda o papel dos serviços de proteção ao crédito (página 40), como surgiram, seus direitos e as suas obrigações decorrentes a esses direitos. Os limites impostos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor. Explica que nos dias atuais esses serviços poderão ser feitos por entidades públicas ou privadas.

A distinção jurídica entre bancos de dados e cadastros de consumo, sendo o primeiro de caráter exclusivamente privado, onde apenas a revelação dos dados listados já é passível de reparação de danos. O segundo tem o caráter público pois, quando da inclusão do nome do inadimplente, é necessário que quem o fez tenha certeza do débito em aberto, caso contrário, também ficará passível de pagamento de reparação a título de danos morais, objeto do presente estudo, por isso importante a sua diferenciação.

Analisa de forma mais completa a importância desses serviços para se baixar o percentual de risco contido nas taxas de juros, beneficiando, não somente os consumidores, como também as empresas, uma vez que não são apenas as pessoas físicas a irem ao mercado em busca de crédito, mas também as pessoas jurídicas, com o intuito de alavancar recursos de manutenção e de investimento.

Estabelece como deve ser o procedimento das empresas conveniadas com os serviços de proteção ao crédito, assim como também a sua responsabilidade pelas informações repassadas. Os atos ilícitos provocados por seus funcionários, e o dever de indenizar decorrente desses atos.

O tratamento que o Código de Defesa do Consumidor dá aos bancos de dados e cadastro de consumidores, pelo fato de ser o primeiro diploma legal a trazer, de forma expressa, regulação a esse setor. A importância do aviso prévio de inclusão de devedores no cadastro de inadimplentes, sob pena de reparação a título de danos morais, obedecendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. A responsabilidade solidária entre os serviços de proteção ao crédito e as empresas conveniadas que são as responsáveis por enviar as informações.

Procurou-se apresentar aspectos para a fixação do *quantum* indenizatório, entre as páginas 47 a 50, e começa a estudar os parâmetros que levam os magistrados a estabelecê-los. Os critérios adotados para sua valoração, iniciando-se a análise dos movimentos que divergem quanto a sua quantificação, fazendo com que se estabeleça que a função da reparação civil seja de ressarcimento ou ainda que essa seja de punição.

O terceiro capítulo (página. 51), aborda a criação dos Juizados Especiais Cíveis, previstos inicialmente na Carta Política de 1988 para serem cortes complementares aos Juizados de Pequenas Causas, porém a esses sucedeu, uma vez que a Lei 9.099 de 1995 revogou a Lei 7.244 que criou as cortes de pequenas causas.

O quarto capítulo (página 68), passa então a mostrar como o movimento Direito e Economia pode se tornar um excelente ajudador para a construção de decisões que visem inibir as práticas abusivas reiteradamente praticadas pelas concessionárias de serviço de

telefonia. Propõe o estabelecimento e reconhecimento de que o critério de eficiência possa ser utilizado pela direito, sem abdicar dos aspectos morais e éticos inerentes à ciência jurídica.

Este capítulo estuda o que vem a ser a teoria do ressarcimento, nas páginas 73 e 74, hodiernamente estabelecida através das decisões proferidas pelo STJ, que a elegeu como parâmetro de quantificações, ainda que em algumas decisões se fundamentem na corrente punitiva, com a conseqüente influência sobre as demais cortes estaduais.

E por fim, esclarece o que vem a ser tese de ressarcimento punitivo, a influência do direito norte-americano sobre esse critério e o preconceito que ele carrega exatamente por se tratar de tese suscitada no *common law*, e como o seu aproveitamento seria importante se utilizado pelas cortes brasileiras, no segundo tópico do capítulo 4, às páginas 75 a 80.

Necessário se faz esclarecer que o presente trabalho não advoga a indenização punitiva simplesmente. O que deverá ocorrer são indenizações que tenham efetividade, ou seja, sejam capazes de inibir as práticas abusivas das negativas indevidas.

Há de se convir que em um universo de mais de 260 milhões de linhas de celulares, a simples colocação de tarifas, ainda que muito baixas, geram uma verdadeira fortuna em qualquer arrecadação. A maioria dessas negativas indevidas são fruto de tarifas não acordadas entre as partes, portanto inexistentes. Pergunta-se, quantas pessoas simplesmente pagam essas tarifas por considerarem muito baixas para se reclamar?

Tomando-se como base o número de pessoas que resolvem pleitear seus direitos pela via judicial ser muito baixo, sempre levando-se em conta o número de aparelhos em operação, mas mesmo assim fazendo com que haja uma verdadeira avalanche de ações reclamando, chega-se à conclusão que a cobrança dessas tarifas indevidas, essas sim, geram um enriquecimento sem causa, alcançando números estratosféricos.

Nesse caso, indenizações extraordinárias são absolutamente pertinentes, pois somente com sentenças muito altas as concessionárias poderão ser compelidas a mudar a sua estratégia. Enquanto estiver indenizando com os valores atuais, as mesmas continuarão a cometer os mesmos atos ilícitos e ultrajantes.

Para Sandel “o ultraje é o tipo específico de raiva que você sente quando acredita que as pessoas estão conseguindo algo que não merecem. Esse tipo de ultraje é a raiva causada pela injustiça” (2011, p.15). No caso em análise é esta a sensação dos jurisdicionados, injustiça pois veem os seus nomes jogados na lama por empresas que trabalham sem escrúpulos e não conseguem respostas do Poder Judiciário.

Acredita-se que a majoração na valoração das indenizações por danos morais na esfera dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal, mesmo que não extrapolando os

valores consagrados na Lei 9.099/1995, terão o condão de fazer com que as empresas concessionárias de telefonia passem a ter um maior cuidado na hora de se passar o cadastro de inadimplentes para os serviços de proteção ao crédito.

Se por acaso esse ato gerar o retorno ao contexto pré-dano, então o instituto da responsabilidade civil terá obtido o êxito almejado pelo legislador constitucional.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula Santos de. **A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Europeia, Nafta e Mercosul.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/PaulaAbreu_Rev73.pdf>.
 Acesso em: 16 mai. 2013.

BAROUCHE, Tânia de Oliveira. **A competência do Juizado Especial e a problemática do valor da causa como parâmetro de complexidade: restrição ao acesso à justiça.** Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10062&revista_caderno=7>.
 Acesso em: 16 mai. 2013.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Red Livros, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONADIA NETO, Liberato. **Juizados Especiais Cíveis – evolução – competência e aplicabilidade – algumas considerações.** Disponível em: <www.advogado.adv.br>. Acesso em: 09 abr. 2013.

BRASIL. **Presidência da República.** Disponível em: <
<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>.

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

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** Vol.1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil Anotado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 21ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FONAJE. **Institucional**. Disponível em: http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe_secao&id_secao=1. Acesso em: 08 mai. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Hélio Zaghetto; **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor. **Regulamentação do Cadastro Positivo é insuficiente para garantir a proteção do consumidor**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/regulamentaco-do-cadastro-positivo-e-insuficiente-para-garantir-a-protecto-do-consumidor>. Acesso em: 16 mar. 2013.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fabio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Marcia. **A História da Revolução do Crédito no Brasil**. Disponível em: <<http://www.dcomercio.com.br/especiais/outros/50anos/pg3.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. **Levando os Princípios a Sério: Eficiência como Princípio Jurídico**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2831.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

SILVA, De Plácido e; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Luiz Cláudio. **Os Juizados Especiais Cíveis na Doutrina e na Prática Forense**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Evanna. **Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan27.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 09 mai. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOLENTINO, André Vinicius. **A competência do Juizado Especial Cível**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6387/A-competencia-do-Juizado-Especial-Civel>>. Acesso: 07 mai. 2013.

TORRES NETO, José Lourenço. **Princípios norteadores da Lei 9.099/95 - Juizados Especiais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10449&revista_caderno=21>. Acesso: 16 mai. 2013.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. **A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11f-c79a97cc881d&groupId=10136>. Acesso: 26 mar. 2013.