

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO ESPECIALIZAÇÃO EM PREPARAÇÃO PARA A
MAGISTRATURA ESTADUAL**

CLÁUDIA SOARES GUINZANI

**SANÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE SOB A SUA APLICAÇÃO NAS
INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL**

CRICIÚMA, AGOSTO DE 2011.

CLÁUDIA SOARES GUINZANI

**SANÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE SOB A SUA APLICAÇÃO NAS
INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL**

Monografia apresentada à Diretoria de Pós-Graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC, para a obtenção do título de especialista em Preparação para a Magistratura Estadual.

Orientador: Prof. Esp. Elton Luiz Tibes da Silva

CRICIÚMA, AGOSTO DE 2011.

**À minha mãe, Maria das Dores, minha razão
de ser, eternamente.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me guia com dignidade pela vida.

À minha mãe, Maria das Dores, a quem faltam palavras para expressar todo o agradecimento que devo. A essa mulher vitoriosa, que honro em chamar de mãe, só posso dizer que sou o que sou por ela, e por ela continuo na luta por novas vitórias. Mãe, te amo eternamente. Nós, juntas de coração, para sempre.

Aos meus avós, Osmar e Zoê, pelo exemplo de vida me passado diariamente. Tenho a impressão de que vocês são anjos colocados no meu caminho.

Ao meu noivo Hugo, quem muito admiro, companheiro de todas as horas.

À minha prima, Fernanda, que tenho como verdadeira irmã.

Aos meus amigos, presentes de Deus em minha vida.

Ao meu orientador, Elton Tibes, pela sabedoria, paciência e presteza no acompanhamento desse trabalho.

A todos, o meu Muito Obrigada.

“As idéias novas sempre encontraram resistência no espírito humano. Elas necessitam de um período de fermentação para que possam atingir o ponto ideal de maturação.”

(Clayton Reis)

RESUMO

A aceitação do dano moral foi reconhecida tardiamente em nosso ordenamento e sempre foi fonte de discussões. Inicialmente se questionava pela sua aceitação ou não. Passado essa fase de questionamentos a controvérsia passou a residir no fato de como mensurar esse dano, sem que enriquecesse a vítima e de modo que punisse o ofensor. A doutrina reconhece a dificuldade em se mensurar algo não material, e identifica ainda que o mesmo abalo pode ser sentido de diferentes formas nos mais diversos indivíduos. Assim, como forma de equacionar esse problema, alguns magistrados tem se valido do instituto da sanção civil, com fundamento nos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, que é aplicada a título de multa e busca auxiliar na complexa equação de compensação-punição do *quantum* indenizatório. Essa aplicação visa punir definitivamente o agressor, principalmente grandes empresas e corporações, no qual o atual valor concedido nas ações por dano moral não tem de fato peso como punição, com o intuito de correção dos problemas. Contudo ao passo que as indenizações não signifiquem valores expressivos aos infratores elas também não devem ser estimulantes a vítima. Nesse contexto se insere a sanção civil que tem sido alvo de polêmica nas decisões judiciais e que é o objeto do presente estudo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Indenização. Sanção Civil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível

art. – artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

n.º - número

p. – página

Rel. – Relator

Resp. – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

SA – Sociedade Anônima

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SPC – Serviço de proteção ao crédito

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

§ - parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 Noções sobre a Responsabilidade Civil	13
2.2 Histórico da Responsabilidade Civil	15
2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil	16
2.3.1 Ação ou Omissão do Agente	17
2.3.2 Culpa do Agente	17
2.3.3 Relação de Causalidade	18
2.3.4 Dano Experimentado pela Vítima	19
2.4 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva	19
2.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	20
2.6 Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil	21
2.7 Do Ato Ilícito	22
3 DO DANO MORAL	23
3.1 Conceito e Evolução do Dano Moral	23
3.2 Breve Histórico do Dano Moral no Direito Brasileiro	25
3.3 Caracterização do Dano Moral	26
3.4 Dano Moral e sua Reparação	28
4 DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL	31
4.1 Noção de Indenização	31
4.2 Critérios para a Fixação do <i>Quantum</i>	31
4.2.1 Sistema de Tarifação	32
4.2.2 Arbítrio Judicial	34
4.2.3 “Standards” Jurídicos	35
4.2.4 Condições Pessoais das Partes	36
4.3 Da aplicação da sanção civil	37
4.3.1 Do Código de Proteção e Defesa do Consumidor	39
4.4 Análise Jurisprudencial	42
4.5 Da aceitação da sanção civil	49
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

ANEXO A - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.041787-0 DE 27/02/2007	59
ANEXO B - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.029021-5 DE 17/06/2011	71
ANEXO C - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.011874-1 DE 15/06/2011	83
ANEXO D - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.041917-6 DE 03/09/2010	110
ANEXO E - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.018286-1 DE 18/06/2004.....	123
ANEXO F - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.020330-8 DE 22/07/2010	131

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fundamento o estudo do instituto recente no direito, da sanção civil - assim denominado nos julgados aqui estudados. A sanção civil se estabelece no direito como o intuito de auxiliar na adequada aferição do *quantum* indenizatório das ações por dano moral. Sua aplicação se baseia no que dispõe os arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, o qual informa que as infrações das normas em defesa do consumidor tenham a aplicação da pena de multa, sendo essa multa graduada de acordo com o grau da infração. Os magistrados a tem aplicado como forma de auxiliar na fixação das indenizações, auxiliando na busca de que a indenização alcance o seu caráter compensatório e punitivo. O dano moral foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, que o incluiu no rol dos direitos fundamentais. Assim, como direito fundamental que é, essa garantia constitucional do direito à indenização moral, faz-se necessário um cuidado para a correta aferição de seu *quantum* indenizatório. Em função disso, os Tribunais têm para melhor adequar tal feito, utilizado alguns critérios para sua quantificação. Nesse ponto, o presente trabalho orienta sobre o equilíbrio sempre almejado nas decisões e a sanção civil como forma de corrigir eventuais distorções, respeitando a função primordial do instituto, a compensação para o ofendido e a punição para o ofensor.

Por construção doutrinária, vários são os critérios adotados para a aferição do *quantum* indenizatório, tais como: a não aceitação de indenização simbólica; a inibição do enriquecimento sem causa; ausência de tarifação; desvinculação de uma porcentagem do dano patrimonial; não ficar adstrito ao mero “prudente arbítrio” do magistrado; observar a gravidade do caso; verificar as peculiaridades do caso, visando tanto a vítima como seu ofensor; harmonização da indenização em casos semelhantes; atender aos prazeres compensatórios e verificar o contexto econômico do país. Fundamentamos o presente estudo nos de maior destaque, o de caráter compensatório e sancionatório, justo ser para respeito a esses critérios que a aplicação da sanção civil se baseia.

Estruturamos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo discorre-se sobre a responsabilidade civil, donde se extrai os subsídios para a elaboração do segundo capítulo sobre dano moral. O terceiro capítulo, após as exposições de base

sobre responsabilidade civil e dano moral, trata da indenização por dano moral, seus critérios para fixação e a aplicação da sanção civil.

Como forma de enriquecer o presente estudo, uma análise jurisprudencial sobre a questão será abordada, com decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. As decisões aqui colocadas se baseiam em danos semelhantes ocasionados pelas empresas de telefonia do país, por inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito.

Pretende-se no trabalho em questão, o estudo dessa nova medida do direito, a sanção civil, e o reflexo de sua imposição como forma de se buscar a efetivação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Para realização da presente pesquisa será utilizado o método dedutivo teórico, por meio de pesquisa qualitativa bibliográfica, documental-legal e jurisprudencial.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Noções sobre a Responsabilidade Civil

Como vivemos em sociedade, somos dotados de direitos e deveres, sendo o direito a ferramenta apropriada para regular essa relação de forma harmônica e fazer valer essa regulação. Para isso, ele utiliza certos institutos, que servem como uma “arma” no resguardo ao nosso direito. A Responsabilidade Civil é um desses instrumentos e seu objetivo é garantir a preservação de nossos direitos e também a efetivação de nossos deveres.

Acerca da Responsabilidade Civil, Luiz Cláudio Silva afirma que:

A responsabilidade surge num momento em que o homem passa a ter a consciência da necessidade de convivência harmoniosa e respeitosa, perante seu grupo social, cuja responsabilidade, em princípio, é natural, sendo certo que, quando lhe falta essa consciência, surge então o ordenamento social para lhe impor determinadas condutas comportamentais, com o escopo único e exclusivo de desenvolvimento do grupo social e o bem estar coletivo. (2005, p. 1).

Podemos conceituar brevemente o tema, utilizando as palavras de Antonio de Paulo, que define como responsável, “(...) aquele que responde legal ou moralmente pela vida e pelo bem estar de alguém; que tem noção exata de responsabilidade; que se responsabiliza pelos seus atos; que não é irresponsável (2002, p. 271).” Já o termo civil, segundo Rui Stoco “(...) se refere ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.” (2001, p. 89).

Nas palavras de Fernando Noronha na obra Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil: “Numa acepção bem ampla, a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de direitos alheios.” (2010, p. 147)

Humberto Theodoro Junior traduz responsabilidade civil da seguinte forma:

Se valores íntimos da personalidade são tutelados pela ordem jurídica, haverá, necessariamente, de munir-se o titular de mecanismos adequados de defesa contra as agressões injustas que, eventualmente, possa sofrer no

plano subjetivo ou moral. (2003, p. 2).

Rui Stoco nos esclarece dizendo que:

A responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, o *neminem laedere*. A ninguém é permitido lesar o seu semelhante. (2007, p. 114).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, se referindo à responsabilidade civil, descrevem que: “[...] a 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.” (2005, p. 9).

Silvio de Salvo Venosa, define Responsabilidade Civil como:

Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá por vezes, excludentes que impedem a indenização. O tempo de responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências 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. (2006, p. 1).

Portanto, é possível compreender a responsabilidade civil como uma proteção ao direito ferido, gerando ao causador do dano o dever de repará-lo. Trata-se de um princípio geral de direito, que está positivado em nosso ordenamento jurídico, na conjunção dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

O artigo 186 do Código Civil está situado na Parte Geral deste diploma e define o 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, 2006, p. 179).

O outro dispositivo de nosso ordenamento, que trata do assunto, está previsto no artigo 927 do Código Civil, inserido no capítulo da Responsabilidade Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado à repará-lo.” (BRASIL, 2006, p. 228).

Cabe ressaltar a comparação feita por Venosa e Silvio Rodrigues, em suas obras de Direito Civil, do dispositivo legal do Código Civil - CC de 1916 com o atual, de 2002. No CC de 1916, o art. 159 preconizava: “(...) violar o direito ou

causar prejuízo a outrem” (BRASIL, 2003, p. 1.185) já o CC de 2002, em seu art. 186 expõe como: “(...) violar direito e causar prejuízo a outrem”. (BRASIL, 2006, p. 179). Com a mudança da partícula alternativa “ou”, para a partícula aditiva “e”.

No art. 187 do código civil de 2002, há uma inovação que prevê o abuso de direito como ato ilícito, mencionando que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2006, p. 179).

Destacamos aqui uma brilhante definição encontrada na obra de Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, que ressalta a importância desse instituto para a sociedade:

A obrigação de reparar o dano representa o preço da responsabilidade de viver em sociedade e interagir com seus pares, pois cada um de nós é detentor de direitos, mas deve sempre respeitar os direitos do próximo e agir segundo as regras que a própria sociedade consagrou e o Direito positivo estabeleceu. (2007, p.113).

Entende-se assim a relevância da responsabilidade civil para regular a vida em sociedade. Nas palavras de Rui Stoco, “responsabilizar é fazer justiça.” (2007, p. 113).

2.2 Histórico da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil já estava prevista desde o Código de Hamurabi, monarca babilônico (1728-1688 a.C), segundo Américo Luís Martins da Silva, que cita em seus parágrafos 196, 197 e 200, o qual se extrai a expressão conhecida até os dias atuais, “olho por olho, dente por dente”, positivado em seu §200, “Se um homem livre (awilum) fizer saltar um dente de um homem igualmente livre (outro awilum), se lhe arrancará também um dente.” (2005, p. 68).

Esse conteúdo penal foi se modificando com o decorrer do tempo, passando a uma pena pecuniária. Ainda no Código de Hamurabi, em seu §209, já havia demonstrações desse ensinamento, onde se lê: “Se um homem livre (awilum) ferir o filho de um outro homem livre (awilum) e, em consequência disso, lhe sobreviver um aborto, pagar-lhe-á 10 siclos de prata pelo aborto.” (2005, p. 69).

O Direito Romano também mencionava a responsabilidade civil, com a Lei das XII Tábuas (452 a.C), a Lex Aquilia (286 a.C), as Institutas, O Codex Justinianus e o Digesto (528-534 a.C). Essa previsão já se fazia tanto no Ser, quanto no Ter, já se situando sobre a existência do dano moral. Sintenis e Ihering, segundo Zenun já pacificavam que: “o homem tanto pode ser lesado no que é, como no que tem.” (1995, p. 10).

Carlos Roberto Gonçalves elucida em seu texto:

Nos primórdios da humanidade, entretanto não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a ação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras, nem limitações. Não imperava ainda o direito. Dominava, então, a vingança privada, na forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da relação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal com o mal. (2003, p. 4).

Maria Helena Diniz cita em sua obra de Direito Civil Brasileiro, que:

A Lex Áquila de dammo veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade. (2005, p. 11).

Nessa época o dano passou a ser atribuído pela conduta culposa do agente, sendo imposta a indenização de forma a causar dano ao patrimônio do agressor pelo dano causado. Com o tempo, o Estado assumiu a responsabilidade, intervindo nos conflitos privados, estabelecendo um valor fixo dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar uma indenização pecuniária e abster-se da vingança.

Cabe destacar nessa breve evolução histórica, que o instituto da responsabilidade civil, não é um instituto novo, já que observamos sua presença, ainda de forma precária, nas primeiras civilizações.

2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Como nos ensina Silvio Rodrigues, existem pressupostos para a caracterização da Responsabilidade Civil:

Desdobrando-se o artigo 186 do Código Civil, acima transcrito, verificamos que ele envolve algumas idéias que implicam a existência de alguns pressupostos, ordinariamente necessários, para que a responsabilidade civil emergja. (2006, p. 15).

Assim, são pressupostos para a responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, culpa do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima, conforme descrito a seguir.

2.3.1 Ação ou Omissão do Agente

De acordo com Rui Stoco, ação e omissão formam, “(...) o primeiro momento da responsabilidade civil” (2007, p. 129). Podemos definir a ação como o ato positivo do agente, produzindo com isso um evento. Para definirmos a omissão, citamos aqui o entendimento de Rodrigo Mendes Delgado, em sua obra, O Valor do Dano Moral, que instrui:

Mas, pode o agente causador do dano agir negativamente, ou omissivamente, quando deixa de fazer algo que deveria fazer. A omissão ocorre quando uma pessoa não faz algo que deveria fazer. Mantém-se inerte. Não age, quando deveria agir. (2004, p. 57).

A omissão ocorre com mais frequência nas relações contratuais, onde duas ou mais pessoas acordam uma obrigação de fazer.

A responsabilidade civil pode ser caracterizada por ato do agente, por ato de pessoa que esteja sob sua responsabilidade ou também danos causados por coisas que estejam sob sua guarda.

Nesse caso, a obrigação de indenizar, como cita Maria Helena Diniz, “(...) pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito” (2005, p. 42). A responsabilização ocorre então por ação ou omissão de ato próprio ou de terceiro.

2.3.2 Culpa do Agente

A culpa pode ser considerada *latu sensu*, quando abrange a culpa e *stricto sensu* quando ocorre o dolo. O dolo ocorre quando a pessoa age com a vontade de causar o dano. Na culpa *stricto sensu*, o agente assume o risco de causar o dano, são os casos de imprudência, negligência e imperícia.

Como é pressuposto da responsabilidade civil, o agente deverá sempre reparar o dano que causar, agindo ele com dolo ou com culpa. Trata-se de uma

determinação legal a reparação do dano, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que causa prejuízo a outrem.

Para a caracterização do dever de indenizar, é preciso provar a culpa ou dolo do agente, conforme orienta Silvio Rodrigues em sua obra de Direito Civil:

A lei declara que se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. De modo que, 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 culposo. (2006, p. 16).

Assim, em regra, é necessário provar a culpa ou dolo do agente, contudo há casos em que se pode adotar a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva.

2.3.3 Relação de Causalidade

Para a comprovação da relação de causalidade é preciso identificar o nexo de causalidade entre o agente e a vítima. Sendo esse nexo de causalidade o elo de ligação entre duas extremidades de um mesmo evento.

Sílvio de Salvo Venosa, conceitua nexo causal como:

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (2005, p. 42).

Maria Helena Diniz também discorre sobre a relação de causalidade:

Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. (2005, p. 109).

Salientamos que o nexo causal deve ser provado pela vítima. Sendo excluído nos casos de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, casos que descaracterizam a responsabilidade civil.

2.3.4 Dano Experimentado pela Vítima

O dano patrimonial é aquele de fácil identificação, é um dano que atinge diretamente o patrimônio palpável da pessoa, é o dano que visualizamos.

O dano extrapatrimonial, trata do dano que a pessoa sofre em sua honra, em seu espírito, em sua imagem. É o dano não mensurável, não visualizável, ele é sentido apenas pela própria vítima, ou como informa Rodrigo Mendes Delgado, em sua obra o Valor do Dano Moral, é “um dano que não se exterioriza no mundo material” (2004, p. 47).

Sílvio Salvo de Venosa conceitua o dano da seguinte forma:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano, está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. (2005, p. 30).

Assim, constatamos que a responsabilidade civil está vinculada à caracterização do dano à vítima, sendo um pressuposto para as ações por dano moral que vão ser estudadas mais a frente.

2.4 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

Podemos caracterizar a responsabilidade civil de duas formas: subjetiva e objetiva. Na subjetiva, é necessário se provar a culpa do agente. Já a responsabilidade objetiva trabalha com a teoria do risco, sendo a atitude do agente, se culposa ou dolosa, de menor importância. Bastando o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

A responsabilidade civil subjetiva é a regra em nosso ordenamento e está positivada no art. 186, que diz: “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. 2003, p. 50).

De acordo com Paulo Sergio Gomes Alonso, a responsabilidade civil subjetiva pode ser conceituada da seguinte forma:

Na dogmática da responsabilidade civil subjetiva, o ato ilícito destaca-se como um elemento relevante de sua sustentação. A investigação do comportamento do agente é fundamental para a apuração da sua responsabilidade, uma vez que o pressuposto do dever de indenizar pela teoria subjetiva é de conduta culposa do agente. (2000, p. 20).

Silvio Rodrigues elucida a responsabilidade objetiva, como:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. (2006, p. 11).

Portanto, a responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco, analisando-se o nexo de causalidade, não havendo necessidade de questionamento acerca da culpa.

A referida teoria defende a responsabilização se verificado que o agente criou condições que favorecessem a ocorrência de um evento danoso. A título de exemplo podemos citar uma empresa que se dedica à extração de petróleo, ela cria condições para um acidente ecológico, mesmo não agindo com dolo ou com negligência, imprudência ou imperícia.

2.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil pode se caracterizar por uma relação derivada de um contrato entre as partes, responsabilidade contratual. Como também pode derivar de uma relação não contratual, conhecida ainda por responsabilidade aquiliana, como bem prevê o art. 186 conjugado com o art. 927.

Silvio Rodrigues distingue essas responsabilidades, como exposto a seguir:

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplemento e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação princípios geradores de sua obrigação de indenizar. (2003, p. 9).

Assim, registramos a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, ainda que grande parte da doutrina entenda que ambas possuem a

mesma natureza.

O autor Silvio Rodrigues percebe de forma diferente, considerando-as distintas quanto ao caráter probatório e de capacidade, apesar de possuírem a mesma finalidade, que se refere ao ressarcimento do lesado. Assim, na responsabilidade contratual o ônus *probandi* cabe ao devedor inadimplente, que deverá provar a inexistência de culpa. Diferente da responsabilidade extracontratual, que, conforme já comentado, a ônus probatório fica ao encargo da vítima. Na capacidade também há uma diferença, justo que menor púbere só se vincula ao contrato se assistido por seu representante legal, ao contrário do que ocorre na responsabilidade aquiliana, já que se deve equiparar o prejuízo sempre, responsabilizando-se ao maior, quando das obrigações resultantes de ato ilícito do menor. (2003, p.10).

2.6 Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil

É imprescindível realizar a distinção entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. Em ambos os casos existe um ato considerado ilícito. No ilícito penal o direito lesado é um direito público. De acordo com a gravidade do ilícito, a sociedade aplica ao infrator as penas previstas, visando a punição do agente infrator e a compensação da vítima, garantindo que seja feita justiça.

No ilícito civil o direito lesado é o privado, cabendo a vítima a reparação do dano que sofreu. Sendo a reação da sociedade a indenização a ser exigida pela vítima ao agente que cometeu o ato ilícito, tornando-se esta a pena. Assim, o que se busca é a reparação do dano, que pode ser patrimonial ou moral, em prol do lesionado, com o caráter educativo e punitivo ao infrator.

O autor Rodrigo Mendes Delgado, faz a seguinte distinção entre a responsabilidade civil e penal:

Na responsabilidade penal, a indenização assume o caráter de pena, e tem uma função predominantemente punitiva. Já na responsabilidade civil, a indenização tem um caráter de reparação do mal causado, assumindo uma função predominantemente reparadora. (2004, p. 88).

Américo Luís Martins da Silva expõe em sua obra que, “(...) a compensação do lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe

como uma pena pecuniária que provoca uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo” (SILVA, 2005, p. 62).

Conseqüentemente, a indenização, tanto no ilícito civil, como no penal, tem o duplo caráter de punição e compensação, características que serão discutidas com mais detalhes nesse trabalho.

2.7 Do Ato Ilícito

A prática de atos que vão contra o ordenamento jurídico é um fato antijurídico, contudo, quando esses atos ferem um direito subjetivo e causam dano à alguém, esse ato é ilícito e está sujeito à sanção.

Américo Luiz Martins da Silva nos esclarece que:

A vida em sociedade exige que os indivíduos respondam por seus atos, atitudes e reações ou por atos de terceiros a que possam estar ligados moralmente como seus auxiliares ou prepostos. Portanto, todo indivíduo tem o dever de não praticar atos nocivos, danosos ou prejudiciais a outro indivíduo, dos quais resultem, ou possam resultar-lhes prejuízos. (SILVA, 2005, p. 15).

De acordo com Silvio de Salvo Venosa, “(...) os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento.” (2003, p. 20), que complementa, “(...) o ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.” (2003, p. 20).

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, em sua obra, Dano Moral, “é ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral” (2001, p.1).

Assim, a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico que ferem um direito subjetivo e causam um dano, recebem uma sanção, que na esfera civil se faz na forma pecuniária.

3 DO DANO MORAL

3.1 Conceito e Evolução do Dano Moral

O histórico do dano moral faz parte do histórico da responsabilidade civil, que como visto no capítulo anterior já estava presente no Código de Hamurabi, monarca Babilônico, quase 2.000 anos antes de Cristo que instituiu o “olho por olho, dente por dente”. Humberto Theodoro Júnior informa em sua obra *Dano Moral*, que “também em Roma se admitia a reparação por danos à honra” (2001, p.3). O autor afirma ainda que com a Lei Aquilia (286 a.c) e com a legislação de Justiniano a atuação das reparações por dano moral foi ampliada no direito romano (2001, p.3).

Apesar da antiga existência do dano moral, foi longo o caminho para o reconhecimento pelo direito moderno desse importante instituto de defesa do ser humano. Sempre foi grande a resistência da legitimação da atribuição de um preço à dor sofrida. Foi em 1942 que o dano moral foi reconhecido de fato no direito italiano e passou a integrar o Código Civil daquela nação. No Brasil o reconhecimento do dano moral não foi diferente dos outros países, sendo sempre questionada a sua aceitação, mas apesar das diversas negações foi consagrado em nosso ordenamento pela Constituição de 1988, como veremos mais a frente.

Passado a divergência pela admissão ou não em nosso ordenamento, do dano moral, partimos para a sua distinção, inicialmente elucidaremos o que é dano patrimonial do que é dano extra patrimonial, ou moral. O primeiro se refere ao dano causado diretamente ao patrimônio da pessoa, em seu aspecto econômico. Já o segundo, o objeto do presente estudo, trata do abalo ao psíquico do ser humano, sua dor, sua angústia, o ataque direto à sua integridade moral, sua reputação.

Nesse contexto, Yussef Said Cahali, define o dano moral como:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.). (1998, p. 20).

Para Humberto Theodoro Junior, “pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana.” (2001, p. 2).

Wilson de Melo Silva apud Silvio Rodrigues, afirma que "(...) são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico". (2002, p. 189).

Já o Desembargador Ruy Trindade, diz que dano moral "(...) é a sensação de abalo à parte mais sensível do indivíduo, o seu espírito" (RT 613/184). Para Maria Helena Diniz, "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo" (2005, p. 91).

Paulo Schonblum conceitua dano moral "(...) como sendo a lesão sofrida pela pessoa, atingindo não o seu patrimônio, mas sim aspectos íntimos de sua personalidade, ou a própria valoração da pessoa no meio em que ela vive e atua." (2003, p. 141).

São várias as definições sobre o dano moral e todas levam ao mesmo destino: o respeito pelo que há de mais íntegro no caráter humano. E exatamente por tratar de um bem de difícil valoração pelo homem, por sua difícil quantificação é que o dano moral demorou a ser reconhecido em nosso ordenamento. A negação se baseava justamente na impossibilidade de se arbitrar um valor para a dor.

Antes da Constituição de 1988, o fundamento legal utilizado para a concessão do dano moral, encontrava-se disposto nos artigos 76 c/c 159 do CC de 1916, como segue:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (BRASIL, 2006, p. 930-933).

Com a Constituição de 1988 reconhecendo a indenização por danos morais, pairou a discussão sobre a sua cumulatividade ou não com dano patrimonial. Tal assunto foi encerrado quando da publicação da Súmula 37 do STJ,

aprovada em 13.03.1992, que expressa: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.”

O CC de 2002, abrangeu ainda em seu ordenamento o que preconizou a Carta Magna, trazendo em seus arts. 186 c/c 927, conforme segue:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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, 2006, p. 179-228).

De tal modo, vê-se que todo aquele que, com o cometimento de um ato ilícito causa um dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Desde que fique caracterizado que o dano seja indenizável, Maria Helena Diniz apresenta, claramente, os aspectos que identificam os danos como ressarcíveis:

[...] a) ocorrência da diminuição ou destruição de um bem jurídico (patrimonial ou moral) pertencente a uma pessoa, pois só existe dano se existir uma lesão nos interesses de outrem, sejam eles econômicos ou não. b) efetividade ou certeza do dano, para que exista garantia que a lesão não poderá ser hipotética ou presumida; fazendo-se necessária sua demonstração e evidência em face dos prejuízos. c) causalidade, pois deve existir relação entre a lesão e a causa produzida pelo lesante. d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, protegendo o lesante que efetivamente já reparou o dano, tornando o prejuízo insustentável se novamente solicitado pela vítima. e) legitimidade para regular que apenas a vítima titular do direito atingido poderá pleitear a reparação. f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois existem danos efetivados por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. (2002, p. 108).

3.2 Breve Histórico do Dano Moral no Direito Brasileiro

Cautelosamente, o dano moral se instituiu no ordenamento brasileiro. Inicialmente não se aplicava qualquer tipo de reparação moral, justificando sobre a impossibilidade de se reparar a dor em forma de dinheiro.

Com o tempo, a reparação moral foi aceita, acompanhando a reparação patrimonial. Humberto Theodoro Junior elucida em sua obra Dano Moral, o entendimento do artigo 159 do CC de 1916 que disciplinava a reparação moral ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, incluindo-se neles o dano material e o

dano moral, contudo, a jurisprudência relutava e mantinha a corrente pela negação da reparação do dano moral. (2001, p. 4).

Foi a Constituição de 1988 que de fato consagrou o dano moral, reconhecendo sua reparação, incluindo-o no rol dos direitos fundamentais, como segue:

Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2006, p. 7).

Assim, com esse reconhecimento Constitucional, a reparação do dano moral deixou de ser um tema controverso nos Tribunais, que passaram a reconhecer esse instituto.

Silvio Venosa define seu entendimento sobre o dano moral:

O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas. (2006, p. 38).

Entretanto, esse reconhecimento pela reparação do dano moral ocorreu lentamente em nosso ordenamento, conforme esclarece Cahali:

Mas o desabrochar tardio da reparabilidade do dano moral em nosso direito fez desenfrear uma “demanda reprimida”, que por vezes tem degenerado em excessos inaceitáveis, com exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto. (2002, p.20).

Tal fato originou o que o autor menciona como “demanda reprimida”, acarretando o uso por vezes incorreto desse instituto, comprometendo a real função dessa proteção constitucional.

Após a conceituação do tema dano moral e uma breve revisão histórica, iniciamos agora outro delicado e importante aspecto, a sua caracterização.

3.3 Caracterização do Dano Moral

Trataremos agora sobre a caracterização do dano moral, sendo que duas correntes são atualmente discutidas. A primeira defende a necessidade de se

comprovar a dor e a segunda entende pela necessidade de se comprovar o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo agente e o dano, que se presume.

A primeira corrente afirma ser indispensável que se comprove a dor sofrida. Deste modo, alguns doutrinadores mais extremistas, defendem a realização de provas perícias psicológicas, pois consideram insuficiente apenas a descrição dos fatos.

Já a segunda corrente, considera primordial defender um direito previsto constitucionalmente, não sendo analisada aí a prova do prejuízo. Essa é a corrente que vem predominando no Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu:

“A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo” (REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01.09.97). “Dano moral - Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 86.271-SP, Relator Ministro Carlos A. Menezes. Data da decisão 09/12/97).

Acerca desse tema, Maria Helena Diniz demonstra sua posição:

O dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofridos. (1998, p. 82).

Assim, é preciso saber diferenciar entre os aborrecimentos cotidianos da vida e os reais acontecimentos que abalam a psique humana. Fica ao magistrado mais essa nobre distinção, como nos esclarece Venosa: “O protesto indevido de um cheque ou outro título de crédito, por exemplo, causará sensível dor moral a quem nunca sofreu essa experiência, mas será particularmente indiferente ao devedor contumaz.” (2006, p. 36).

Silvio de Salvo Venosa expõe:

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente. (2006, p. 36).

O reconhecimento do dano moral retrata a evolução do nosso ordenamento jurídico ao reconhecer que o ser humano é formado pelo caráter que não pode ser abalado sem um respaldo legal que o proteja.

A Constituição de 1988 consagrou o instituto do dano moral em nosso ordenamento, como já foi visto. Segundo Cahali, esse reconhecimento tardio gerou uma “demanda reprimida” nos Tribunais (2002, p. 20).

Devido à sociedade capitalista em que vivemos e às diversas atividades que realizamos diariamente, o homem está exposto a todo o tipo de acontecimento que pode ser caracterizado como um dano moral ou apenas um desgosto do dia a dia.

O dano moral, explicado acima detalhadamente, é caracterizado pela dor interior que foge da normalidade do cotidiano do homem médio e interfere imensamente em seu bem estar.

Portanto, é necessário avaliar cuidadosamente, para identificar o dano moral de forma correta, evitando que o instituto se desvirtue de sua devida função. De forma a inibir que o judiciário se abalroe com ações infundadas e com intenção especulativa.

Assim, configurado o dano moral, passa-se à análise de sua reparação.

3.4 Dano Moral e sua Reparação

Observamos no decorrer desse trabalho que o dano moral visa à proteção dos bens pessoais do ser humano, os quais são de difícil valoração. Dessa forma, essa reparação moral não é exata como uma reparação patrimonial, pois trata de valores subjetivos à esfera humana.

Nesse contexto, Augusto Zenun afirma que:

Não se condena o autor da lesão a pagar a dor, o sofrimento, porque ele é condenado a entregar, em dinheiro, o *quantum satis* para se proporcionar ao lesado os derivativos necessários a aplacar ou arredar a dor, afastar os sofrimentos, ou esquecê-los, ainda que não seja no todo, mas, ao menos, em grande parte. (1998, p. 74).

Segundo o que discutimos no presente estudo, o dano moral veio a ser reconhecido expressamente, de forma vagarosa em nosso ordenamento Pátrio. Houve um exagero de ações por danos morais em nossos Tribunais, que se viram

trabalhando com um instituto novo, a reparação moral e sem nenhum critério legal para a aferição de seu *quantum*.

Clayton Reis ilustra o assunto, argumentando que:

A questão da reparação dos danos morais esbarrou com diversas controvérsias, a respeito de sua terminologia. Afinal, a idéia de dano envolve na teoria da responsabilidade civil o conceito de reposição. Todavia, no caso dos danos extrapatrimoniais nada há para reparar, isto porque não há como repor ao *statu quo ante* os bens subjetivos. Por isso, na ótica dos opositores da tese positivista, ou para aqueles que não aceitam a composição dos danos morais, a inexatidão terminológica conduz a impossibilidade do ressarcimento dos danos imateriais. (1998, p. 59).

De tal modo, definido pela sua reparação, partimos para outra análise: como se faz essa reparação, compensação? E é novamente Clayton Reis que nos orienta nesse aspecto:

Assim, toda e qualquer lesão aos interesses de uma pessoa, advinda de ato ilícito, deve ser objeto de proteção e conseqüente reparação pelo Estado. A reparação, nesse caso, atende a uma exigência de ordem social, posto que o prejuízo decorrente de ato indevido do agente acarreta, como conseqüência, um desequilíbrio na harmonia social. (1998, p. 60).

Atualmente, nos julgados a função de mensurar o valor indenizatório cabe tão-somente ao magistrado, sendo de sua responsabilidade avaliar o caso concreto, de forma a quantificar a dor, contemplando a vítima em seu abalo e atingindo o agente ofensor.

Esse arbitramento judicial está previsto no parágrafo único do art. 953 do Código Civil, que prevê "(...) se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso", respeitados os elementos subjetivos informados pelas partes interessadas na sua avaliação.

Clayton Reis argumenta que:

É inequívoca a conclusão de que, na área dos danos extra patrimoniais, jamais encontraremos uma perfeita equivalência entre a lesão e a indenização. Por mais sensível e apurada que seja a avaliação do magistrado, nunca será possível estabelecer um padrão de ressarcimento, porque, no campo do espírito humano, sempre estaremos diante do imponderável e da incerteza na aferição dos valores de cada pessoa. (1998, p. 62).

De tal modo, sabemos que a reparação do dano moral é indenizável, assim como sabemos que não temos como quantificá-la perfeitamente. Para auxiliar nessa intempérie que muitas vezes se mostra sem definição, algumas

considerações tornam-se necessárias e são expostas aqui nas palavras de Américo Luís Martins da Silva:

A nosso ver, qualquer fixação da reparação de dano moral, deve, antes de tudo, partir, impreterivelmente, da realidade econômica do ofensor. A situação econômica do ofensor é o elemento fundamental primeiro a que se deve tomar por base a aferição da indenização. Depois de considerado este elemento, na fixação de patamares que limitam a reparação, é que se deve tomar por consideração os demais elementos, tais como: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do ofensor-responsável e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em causas das quais decorrem danos morais (reincidência); III – a reparação natural, quando cabível e não cumulável com a reparação pecuniária, independentemente de intervenção judicial; e IV – a extensão da reparação natural obtida pelo ofendido, quando cumulável com a reparação pecuniária (reparação in natura como elemento que reduz os valores devidos na reparação pecuniária). (2005, p. 386-387).

Acerca desse contexto, devemos lembrar que a indenização tem um duplo caráter, acolhendo de um lado a vítima que teve sua moral abalada e do outro o ofensor, que é atingido com uma pena pecuniária, que como cita Américo Luís, “(...) se a parte mais sensível do corpo humano é o bolso, a pena pecuniária pode vir a ser verdadeiramente um exemplo marcante para o agente causador do ato ilícito,” (2005, p. 387).

De outro lado, é necessário atentar também para o enriquecimento ilícito da vítima, evitando que tornem um contratempo comum em fonte de ganhar dinheiro, a chamada “indústria do dano moral”. Esse cuidado que o magistrado deve ter se baseia nesse caráter compensatório – punitivo das indenizações por dano moral, o estudo do presente trabalho, que passa agora a ser abordado.

Assim, a fixação do valor da indenização deve estar de acordo com o potencial econômico do ofensor e de forma que compense a dor da vítima, de forma a não mudar a sua realidade econômica. São nessas situações que a sanção civil vem sendo aplicada nas recentes decisões jurisprudenciais.

Como maneira de corrigir certas distorções que o valor das indenizações tem causado, prejudicando a real função do instituto do dano moral é que os magistrados tem se valido de uma sanção civil imposta ao infrator que se reverte a sociedade e não enriquece a vítima.

4 DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL

4.1 Noção de Indenização

Américo Luís Martins da Silva trata da indenização, como segue:

Após a vigência da Constituição Federal de 1988 e do surgimento de varias leis especiais que passaram a vigorar nos últimos anos, a reparação do dano moral é indiscutível e isto restringe o campo de debates apenas à questão da melhor forma de repará-lo. O dano moral é ressarcível; não se deve é confundir o direito de reparação do dano moral, que é certo, com a forma de reparação do dano moral ou obrigação de reparar do dano moral, que é de difícil fixação, ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores. (2005, p. 381).

Não existe em nosso ordenamento um critério exato para a aferição do *quantum* em uma indenização por dano moral, simplesmente porque não se pode avaliar a dor, o abalo emocional de uma pessoa. Nas palavras de Silvio Rodrigues, sobre indenização:

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. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão. (2002, p.185-186).

Como a medição dessa reparação não pode ser obtida por regras matemáticas, a doutrina informa critérios que auxiliam no estabelecimento do valor indenizatório. Porém, face o subjetivismo do dano, esses critérios auxiliam, mas não resolvem com precisão o problema.

4.2 Critérios para a Fixação do *Quantum*

O objetivo do presente trabalho está baseado no conhecimento dos critérios atuais para a medição do valor de indenização por dano moral e na nova tendência em se conceder a sanção civil, como forma de equilibrar as partes, adequando coerentemente a compensação-punição dessa indenização. Assim as indenizações tem o duplo caráter de compensar a dor da vítima que sofreu o abalo moral e punir o agente infrator que o cometeu, sem que enriqueça o lesado e

desestrua o lesante, é nessa seara jurídica que algumas decisões judiciais estabeleceram a sanção civil, como forma de punir o agente infrator.

Assim, como mencionado pela teoria do desestímulo, o valor da indenização por danos morais não deve enriquecer ilícitamente o ofendido, porém deve ser suficientemente elevado para servir de desestímulo para novas agressões.

Lembramos que é fundamental que esse dano seja ressarcível, ou seja, se encontre na esfera do ilícito e de fato venha a representar uma ofensa moral sentida. Atentando para que não se transforme em cifras, os aborrecimentos comuns do dia-a-dia.

Humberto Theodoro Junior, bem nos ensina que:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal de transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia. (2001, p. 29).

Por construção doutrinária, nesse sentido, autores como: Maria Helena Diniz, Antonio Jeová Santos, Silvio de Salvo Venosa, adotaram alguns critérios para a correta aferição do *quantum* indenizatório, tais como: a não aceitação de indenização simbólica; a inibição do enriquecimento sem causa; ausência de tarifação; desvinculação de uma porcentagem do dano patrimonial; não ficar adstrito ao mero “prudente arbítrio” do magistrado; observar a gravidade do caso; verificar as peculiaridades do caso visando tanto a vítima como seu ofensor; harmonização da indenização em casos semelhantes; atender aos prazeres compensatórios e verificar o contexto econômico do país.

Utilizamos aqui, para auxiliar no entendimento da questão alguns critérios que julgamos necessários, tendo por base nesse tópico o auxílio da obra de Rodrigo Mendes Delgado, O Valor do Dano Moral – Como chegar até ele.

4.2.1 Sistema de Tarifação

Esse sistema de tarifação apresenta algumas incoerências, conforme entendimento doutrinário. Ele tem a pretensão de pré-estabelecer situações que possam causar o dano moral e quantificá-los antecipadamente, como uma “tabela

de preços de um supermercado” (2004, p.299), nas palavras de Rodrigo Mendes Delgado.

Sabemos que é impossível descrever em uma tabela todas as situações que possivelmente causariam abalo moral, em virtude da constante evolução da dinâmica social, que tem como conseqüência a inovação de fatos geradores do dano. Além disso, o dano moral tem caráter fortemente subjetivo, sendo impossível se prever com êxito o valor exato para cada situação.

Outra questão a ser levantada é a possibilidade desta “tabela de preços”, fomite que pretensos ofensores a utilizem como forma de analisar o custo-benefício na produção do evento danoso. Assumindo o risco de serem condenados ao pagamento de indenizações por danos morais.

A Lei de Imprensa, Lei nº 5.250 de 1967, utiliza-se do tabelamento, expressando em salários mínimos, que oscilam de 5 a 200 salários. Essa tarifação serve para orientar o magistrado que não fica adstrito a esses valores, podendo, quando a situação pedir, ultrapassá-los de forma a garantir a adequada aferição do *quantum* indenizatório. Conforme Súmula 281 do STJ, “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Silvio Venosa se posiciona sobre o sistema de tarifação da seguinte forma:

A falta de legislação específica nessa problemática tem gerado, todavia, decisões díspares e incongruentes. De qualquer modo, em princípio, a tarifação ou qualquer estudo matemático não é critério adequado para danos morais em geral, porque amordaça a distribuição da Justiça: como ainda é nova a disseminação dessa modalidade de indenização em nossos tribunais, chegar-se-á, certamente, em breve tempo, a balizamento razoável imposto pela própria jurisprudência. (2006, p. 287).

Assim, no entendimento do autor a tarifação do valor da indenização por danos morais limitaria a prática da Justiça, não sendo esse critério o mais adequado para a resolução dessa intempérie e sim a evolução natural da jurisprudência, com o amadurecimento necessário que o instituto pede.

Encontra-se arquivado atualmente o Projeto de Lei nº 150/99, renumerado para nº 7.124/02, que pretende criar uma tabela para os danos morais, limitando os valores indenizatórios por danos morais, por faixas, conforme a natureza da ofensa. Essas lesões são classificadas em leves, médias e graves, conforme traduz o artigo 7º do Projeto de Lei, descrito abaixo:

Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização. (CAMARA, 2002).

Esse Projeto de Lei tem sofrido diversas críticas, já que um mesmo evento pode repercutir de formas variadas em relação às pessoas.

Rodrigo Mendes Delgado, em sua obra, *O valor do dano moral*, dispõe que aferir uma gravidade ao sofrimento é o que se deve esperar do magistrado, mas “(...) estabelecer uma classificação rigorosa, e o que é pior, um tabelamento, já passa dos limites do razoável” (2004, p. 309). De fato, se aprovado tal Projeto de Lei, ao menos uma válvula ao julgador deve ser permitida, para que majore a indenização quando o valor máximo não atenda a suas finalidades, como dispõe Silvio Venosa. (2006, p. 287).

4.2.2 Arbítrio Judicial

O arbítrio judicial trata do poder discricionário que o magistrado tem de decidir, por seu livre convencimento, o caso concreto, baseado sempre no que preceitua o ordenamento jurídico.

Assim, numa decisão judicial, o juiz pode utilizar juntamente com o seu conhecimento jurídico, também seus conhecimentos filosóficos, sociológicos e humanos, de forma a buscar a solução mais justa. Sendo a decisão sempre condicionada aos preceitos legais.

Oliveira Deda, dispõe:

Ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado não é o mesmo que arbitrariedade. (apud Theodoro Junior, 2001, p. 38).

Destacamos que esse arbítrio judicial se fundamenta pela individualidade dos casos, assim embora se encontrem em circunstâncias idênticas e danos equivalentes, será muito difícil se encontrar vítimas iguais.

Por essa impossibilidade jurídica em se avaliar a dor da vítima coletivamente, é que se confiou ao arbítrio do juiz, fixar com moderação e prudência o valor imposto ao ofensor a título de indenização por danos morais. Assim, o arbítrio judicial é de fundamental importância na quantificação do dano moral, ficando mais essa inflexível, mas necessária tarefa de função do magistrado.

4.2.3 “Standards” Jurídicos

O standard jurídico, como define Rodrigo Mendes Delgado, “(...) seria um meio-termo, que exsurge do confronto entre a lei e o meio social no qual esta lei está inserida” (2004, p.318). Assim, concluímos por standard jurídico como sendo um elemento auxiliar que fixa parâmetros da conduta média do homem. Auxiliando o magistrado na verificação da adequada utilização da norma ao caso concreto, respaldando-se no bom senso, na lógica, na razoabilidade e na proporcionalidade.

No entendimento de Rodrigo Delgado, defensor da criação de standards jurídicos, eles auxiliam “(...) os julgadores no estabelecimento de cifras justas e, principalmente, consentâneas com a realidade brasileira” (2004, p. 321).

Maria Helena Diniz dispõe que:

Na liquidação judicial, o magistrado tem, ante a fluidez e a subjetividade do sofrimento, o dever de apurar, com seu prudente arbítrio, os critérios a serem seguidos e o *quantum debeatur*, tendo por standard o homem médio na sociedade ao examinar a gravidade do fato e a dimensão do dano moral ocorrido e ao ponderar os elementos probatórios. (2005, p. 102).

Assim, os Standards jurídicos atuam como um parâmetro auxiliar para o magistrado, não sendo sua utilização obrigatória e sim acessória para a busca de uma decisão mais próxima do justo.

4.2.4 Condições Pessoais das Partes

A condição pessoal das partes é um dos critérios que auxiliam na mensuração das indenizações. Nessas situações são analisadas condições que influem na formação da personalidade da pessoa, como: econômicas, intelectual, educacional, social, política.

A educação, a título de exemplo, é um fator importante para a caracterização do dano moral. Ela tem o poder de conceder as pessoas um discernimento maior sobre os acontecimentos à sua volta, influenciando na compreensão da realidade. Ou, nas palavras, de Rodrigo Mendes Delgado:

[...], uma pessoa de notória atuação intelectual, de educação requintada e de uma conduta ilibada, sofre um arraso moral muito mais intenso e devastador do que a pessoa humilde, semi-alfabetizada ou analfabeta, conhecida por um orbe social reduzido e que passou toda a sua vida dentro de uma fazenda ou sítio, se dedicando à lavoura, (2004, p. 325).

Podemos entender que o dano moral na sociedade varia de acordo com o grau de relacionamento que a pessoa atingida mantém, e assim varia o *quantum* dessa indenização devida.

Outro elemento importante que destacamos é o caráter econômico das partes, que também deve ser considerado para essa verificação. Para elucidar esse ponto, Silvio de Salvo Venosa ensina que:

Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação. Ressalte-se que uma das objeções que se fazia no passado contra a reparação dos danos morais era justamente a dificuldade de sua mensuração. O fato de ser complexo o arbitramento do dano, porém, em qualquer campo, não é razão para repeli-lo. (2006, p. 38).

Sendo assim, a condição pessoal das partes envolvidas tem fundamento primordial na análise do *quantum* de uma indenização. Contudo sabemos que na prática nem sempre é possível a fixação de um justo valor que atenda aos caracteres primordiais do dano moral de compensação-punição. Residindo neste fato a aplicação da sanção civil, como forma a auxiliar para que se evite contra censos nas decisões judiciais.

4.3 Da aplicação da sanção civil

Como estudamos até o momento, a forma de compensação do abalo moral é a forma pecuniária. Busca-se compensar a dor da vítima, apropriando valores que compensem sua dor. Contudo cuida-se muito para que as indenizações por dano moral não alimentem o enriquecimento ilícito do ofendido, visando apenas compensar o abalo moral.

Nas palavras de Clayton Reis, em sua obra *Avaliação do dano moral*, a indenização pecuniária possibilita ao lesado, que ele “afogue suas mágoas”, ficando o lesionado obrigado a desembolsar determinada importância a título de indenizações por dano moral.

Clayton Reis afirma que:

Todavia, em que pese a objeção, a prática demonstra que a verba exerce uma indiscutível satisfação da vítima, quando a condenação do lesionador é efetiva. A verba condenatória deve assim exercer uma efetiva punição do ofensor, para dissuadi-lo de novas ações ilícitas sob pena de se tornar pena simbólica. O caráter essencialmente satisfativo não pretende exercer uma função de reposição, senão de correção. (1998, p. 136).

Assim, embora saibamos do caráter compensatório da indenização, não podemos nos basear apenas nele, devendo a indenização servir também como uma punição ao agente infrator.

Nas palavras de Cáo Mário da Silva Pereira:

Quanto à punição do culpado, a condenação “não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério subjetivo”. Quanto ao ressarcimento, deve corresponder a um equivalente que a quantia em dinheiro proporciona à vítima “na proporção da lesão sofrida.” (apud, Theodoro Junior, 2001, p. 31).

Para que a indenização de efetive como uma pena ao agente que cometeu o ato ilícito, e sendo essa pena pecuniária, de fato ela deve ser num montante qual, que afete o patrimônio do ofensor. Devendo a indenização por dano moral reprimir o ato lesivo com uma condenação pecuniária punitiva.

Assim, o *quantum* indenizatório deve ser aplicado com uma valoração econômica suficiente a desestimular a possibilidade de outros danos de igual

natureza pelo mesmo agente infrator, servindo para ele como um corretivo para suas ações.

Clayton Reis elucida a questão, dizendo:

A diminuição do patrimônio de quem paga determinada importância, a título de reparação de danos, sempre representará para o lesionador uma perda de parte dos seus bens materiais – na maioria das vezes amealhados às custas de exaustiva e operosa dedicação ao trabalho. Essa circunstância em uma sociedade que privilegia a posse de bens materiais tem como conseqüência angustiosa sensação de perda. (1998, p. 150).

Essa perda patrimonial, numa sociedade materialista como a nossa, é uma forte punição. Apesar de ser inquestionável a grande dificuldade em se avaliar a extensão da dor da vítima, é certa sua necessidade.

Com esse intuito educador do instituto, sabe-se que o valor dessa indenização deve realmente punir o ofensor. Uma parte da doutrina defende que esse valor seja definido primeiramente em função do aspecto econômico do ofensor, para após serem analisados outros critérios. Justamente nessa intempérie é que a sanção civil se faz presente. Atuando como inibidor de novos abusos, ao ponto que seu valor se faz sentido pelo lesante e não causa o enriquecimento sem causa a vítima.

Américo Luís Martins da Silva se posiciona nesse sentido:

A nosso ver, qualquer fixação da reparação de dano moral, deve, antes de tudo, partir, impreterivelmente, da realidade econômica do ofensor. A situação econômica do ofensor é o elemento fundamental primeiro a que se deve tomar por base a aferição da indenização. (2005, p. 386).

Importante destacar que esse valor tem que estar dentro do poderio econômico do ofensor, ou seja, que o valor da indenização esteja dentro da sua capacidade de pagamento, como forma de garantir que seja cumprida a obrigação.

Contudo, embora a concordância de boa parte da doutrina do caráter punitivo da indenização por dano moral, registramos o entendimento de outra corrente que condena a punição no dano moral, justo esse instituto pertencer a esfera privada do direito. Assim, conforme orienta Humberto Theodoro Junior, compete ao direito público, como é o caso do direito penal, reprimir condutas “nocivas ao interesse coletivo”. Devendo ser respeitado cada esfera de atuação do direito, sob pena de o indivíduo sofrer mais de uma sanção por uma única infração, o *bis in idem*, repellido pelos direitos fundamentais. (2001, p. 33).

Humberto Theodoro Junior considera que o caráter punitivo do dano moral, deve ser utilizado apenas como subsidiário para a determinação do *quantum* indenizatório, e nunca como fator determinante, “(...) sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual. (2001, p.33).

4.3.1 Do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 1990 e passou a regular o direito de proteção ao consumidor, reconhecidos na Constituição de 1988, em seu arts. 5º, inciso XXXII, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

O referido dispositivo constitucional foi recepcionado pela Lei 8.078/90, que fez a seguinte previsão no artigo primeiro:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

A definição de consumidor está prevista no artigo 2º, parágrafo único do CDC, como segue abaixo, com complementos em sua definição, prevista no artigo 17 e 29 do mesmo diploma.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.
Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

A definição de fornecedor também está prevista no CDC, artigo 3º, que dispõe:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ainda em seu artigo 4º, I, temos mais inovações na regulação desse direito:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, www.planalto.gov.br).

Essa codificação reconhece que não é possível tratar igualmente os desiguais ao identificar a vulnerabilidade do consumidor numa relação de consumo. Sabe-se que há casos em que há verdadeiros abismos entre consumidor e fornecedor. Nesse sentido, Claudia Lima Marques, apud Bruno Ponich Ruzon cita:

“A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e se for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância desta nova visão tripartite do direito privado, que é centrada na dignidade da pessoa humana e na idéia de proteção do vulnerável, o consumidor.” (2011, p.153)

A inversão do ônus da prova também são inovações no direito do consumidor que foram implantados como forma de defender a parte mais vulnerável da relação de consumo, o consumidor, previsto no art. 6º, VIII do CDC:

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; (BRASIL, www.planalto.gov.br)

A responsabilidade objetiva, que independe da existência de culpa, como elucidamos no item 2.4 do presente trabalho, foi outro instituto que se solidificou no direito do consumidor e está prevista em seu art.12:

Art. 12. 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 por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação,

apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, www.planalto.gov.br).

É com fundamento nesse importante ordenamento, o Código de Defesa do Consumidor, que os magistrados têm motivado suas decisões pela aplicação da sanção civil, com base nos arts. 56 e 57 do CDC, abaixo transcritos:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993)(BRASIL, www.planalto.gov.br).

Nas palavras de Claudia Lima Marques, na obra *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*:

A atuação regular da Administração na defesa do consumidor é um dever jurídico das autoridades públicas, e como tal, deve ser exercido de acordo com os princípios que regem a atividade. (2010, p.1116).

Nesse sentido, Bruno Ponich Ruzon, em seu artigo *O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo*, publicado na *Revista do Direito do Consumidor*, cita que:

Existe uma desigualdade econômica entre fornecedor e consumidor. Isto impossibilita a harmonização destas duas regras: atenção à finalidade punitivo-preventiva do dano moral e vedação ao enriquecimento sem causa. (...) Isto porque o abismo econômico entre fornecedor e consumidor faz com que, ou se fixe o *quantum* indenizatório em valor expressivo, e com isso se atinja a função punitivo-preventiva do instituto, ou se fixe o quantum indenizatório em valor irrisório para a empresa, evitando-se o enriquecimento do consumidor. Não é possível um valor que atenda a estas duas regras. (2011, p. 156 e 157).

Assim, como base nesse paradoxo citado no trecho do artigo, fica clara a impossibilidade de se atender concomitante as duas regras da quantificação do dano moral de compensação e punição. Nessa seara jurídica a sanção civil tem ganhado espaço e se destacado nas decisões dos magistrados, causando

polêmicas e conflitos de opiniões nos Tribunais Superiores. Vamos elencar agora algumas dessas decisões e verificar o entendimento recente da jurisprudência.

4.4 Análise Jurisprudencial

Para abordar melhor o tema em questão, buscamos, com o intuito de aprimorar o trabalho, algumas decisões que tratam do instituto da sanção civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. As decisões aqui relacionadas são da última década, 2001-2011.

Iniciamos essa análise com decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, expondo-as de forma cronológica.

Cabe lembrar que a íntegra dos acórdãos aqui expostos estão anexados ao presente estudo.

O primeiro julgado aqui relacionado é a Apelação Cível nº 2006.041787-0 (íntegra anexo A), julgada em 27/02/2007. A sentença de primeiro grau condenou a empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), além de sanção civil de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser depositada em conta judicial para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor ou ao fundo estadual, com fulcro nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor. Em grau de recurso, deu-se provimento parcial ao mesmo, acolhendo o pedido de extinção da sanção imposta na sentença de primeiro grau, considerando-a *extra petita*, com base nos artigos 128 e 460 do CPC, como segue:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - **IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO CIVIL, NO IMPORTE DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), REVERTIDA EM PROL DO FUNDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MEDIDA JUDICIAL DESARRAZOADA -** INSTALAÇÃO DE TERMINAL TELEFÔNICO EM CIDADE DIVERSA DO AGENTE - FORNECIMENTO DO NÚMERO DO CADASTRO DE PESSOA FÍSICA POR PESSOA DIVERSA DO TITULAR - CONTRATAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA CALL CENTER - NEGATIVAÇÃO DO NOME DO LESADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ABALO MORAL CONFIGURADO - PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - ADEQUAÇÃO DESNECESSÁRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO **Inexistente na exordial pedido de condenação em sanção civil é vedado ao Magistrado extrapolar os limites da lide, porquanto estaria obrando em desconformidade com o disposto nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.** A operadora de telefonia que não toma a devida cautela quando do cadastramento das informações de seus clientes, deixando de certificar sobre a veracidade dos dados repassados, deve ser

responsabilizada pelo abalo moral que venha a causar ao legítimo titular. "[...] Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes [...]" (TJSC, AC n. 2004.006106-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Dionízio Jenczak, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 30-4-04). A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não podendo ser exorbitante a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória dando azo à reincidência. "Deve ser mantido o valor da indenização, quando o mesmo atende ao binômio da reparabilidade do dano e prevenção futura em relação ao seu causador" (TJMT, Rec-AC n. 16197/2006, Comodoro, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. em 12-4-2006). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC. Nº 2006.041787-0. Des. Rel. Fernando Carioni. Data da decisão: 27/02/2007). *Grifo Nosso*.

Outra decisão que aqui relacionamos é a apelação cível interposta por Tim Celular S/A contra sentença proferida em sede da "ação de indenização por danos morais", ajuizada por São Bento do Sul Tabelionato de Notas e Cizete Vieira Diener, em razão do bloqueio dos serviços prestados, devido a um equívoco cometido pela concessionária. A decisão de primeira instância julgou procedentes os pedidos, condenando a ré ao pagamento da quantia de R\$40.000,00 em virtude dos danos morais sofridos, e impôs, de ofício, sanção civil no valor de R\$50.000,00, que deveriam ser depositados em cota-única para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor ou ao fundo estadual. Condenou, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação. O recurso foi parcialmente provido, com a extinção da condenação em sanção civil, como segue:

EMENTA: Ação de indenização por danos morais. Telefonia. Bloqueio de linha telefônica. Débito gerado por equívoco da concessionária. DANO MORAL caracterizado. Indenização devida. Majoração do valor indenizatório. Impossibilidade. Recurso desprovido para autora. Redução do quantum. Possibilidade. Adequação do termo inicial dos juros moratórios. Honorários advocatícios. Manutenção. **Extinção da condenação em SANÇÃO CIVIL. Recurso** da ré parcialmente provido.

A indenização por danos morais é fixada por equidade pelo magistrado, atendendo a dois objetivos: atenuação do DANO causado ao lesado e reprimenda ao lesante pelo ilícito cometido. Importa observar o grau de culpabilidade e a condição econômica da parte a quem se vai impor a SANÇÃO, bem como o DANO infligido à parte em favor de quem é imposta a indenização.

A condenação da ré ao pagamento da SANÇÃO CIVIL com base nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor implica julgamento "ultra petita", pois não foi pleiteada na exordial nem é cabível em litígio individual. Nenhum Juiz pode prestar tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais", não podendo abranger coisa diversa do que foi pedido (arts. 2º, 128, 459 e 460, do Código de Processo CIVIL); como por não se tratar de demanda voltada à defesa de direitos transindividuais (art. 13 da Lei n. 7.347/85 e art. 90 do CDC). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº2010.029021-

5. Des. Relator: Pedro Manoel Abreu. Data da decisão: 07/06/2011). *Grifo Nosso*.

Analizamos ainda a Apelação Civil (íntegra anexo C) em que são partes Luiz Alberto Sieves que ajuizou "ação consignação em pagamento c/c indenização por danos morais" contra a Brasil Telecom Celular S/A, sustentando cobrança das faturas de valores maior que o contratado. O juiz de primeiro grau impôs o pagamento a título de dano moral no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e a aplicação de sanção civil, com base nos arts. 56 e 57 da Lei nº 8.078/90, à ré, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser depositada em conta-única para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor. A Brasil Telecom apelou alegando que o "*quantum*" indenizatório da condenação por indenização por danos morais é excessivo e desproporcional, requerendo a redução e solicitou ainda a extinção da aplicação da sanção civil, por tratar-se de julgamento "extra petita". O recurso foi parcialmente provido, como segue:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - SERVIÇO CONCEDIDO - TELEFONIA - INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS CONTRA COMPANHIA TELEFÔNICA - IMPOSIÇÃO "EX OFFICIO" DE SANÇÃO CIVIL (CDC, ART. 56) NA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO "ULTRA PETITA" (CPC, ARTS. 128, 459 E 460 DO CPC) - EXCLUSÃO DO EXCESSO PARA ADEQUAR O JULGADO AOS LIMITES DO PEDIDO INICIAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - HABILITAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SOLICITADO PELO CONSUMIDOR - DÉBITO QUESTIONADO PELO USUÁRIO PERANTE A RÉ - QUANTIA EXCEDENTE INDEVIDA - REGISTRO IRREGULAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO - VALOR QUE SE MOSTRA DESPROPORCIONAL - REDUÇÃO.

A sentença deve ficar restrita aos limites do que foi pleiteado na exordial, sob pena de ofender o disposto nos artigos 128, 459 e 460 do Código de Processo CIVIL. Considera-se "ultra petita" a sentença que condena a ré ao pagamento de multa a título de SANÇÃO CIVIL por infração ao Código de Defesa do Consumidor sem que tenha havido pedido inicial na ação em que a parte autora busca a satisfação de direito individual, devendo-se excluir o excesso.

O "*quantum*" da indenização do **DANO MORAL** há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para a lesada. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2011.011874-1. Des. Relator: Jaime Ramos. Data da decisão: 02/06/2011). *Grifo Nosso*.

Da íntegra:

Assim é que, de acordo com as circunstâncias do caso em apreço, mesmo levando-se em consideração de que foi oportunizada à Brasil Telecom a solução do equívoco na via administrativa, haja vista que o autor contactou a ré e explicou o ocorrido, todavia, o sistema da concessionária nada fez para corrigir o ato ilícito, tem-se que o valor da indenização arbitrado pelo Juízo, na quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), é excessivo e desproporcional. Desse modo, afigura-se adequado, razoável (provido de cautela, prudência, moderação e bom senso) e proporcional (meio termo entre os vícios de excesso e de falta) minorar a verba indenizatória para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que é quantia compatível para reparar o constrangimento e o aborrecimento causados ao autor em decorrência da inscrição do seu nome nos órgãos de proteção e restrição ao crédito, por débitos erroneamente emitidos pela concessionária, sem oportunizar-lhe enriquecimento indevido, o que é vedado pelos arts. 884 a 886, do Código Civil de 2002, a par de admoestar adequadamente a concessionária pela prática do ato ilícito e propiciar a redenção dela para que não mais pratique atos dessa natureza, seja com o próprio demandante ou com terceiros. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2011.011874-1. Des. Relator: Jaime Ramos. Data da decisão: 02/06/2011). *Grifo Nosso.*

"A multa prevista no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor trata-se de uma sanção administrativa que, como tal, deve ser imposta "pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição". Não sendo para tais fins o juiz de Direito "autoridade administrativa", mas autoridade judicial, não lhe cabe aplicar a sanção, muito menos ainda de ofício. Ademais, diante do disposto no artigo 57 do CDC, os recursos decorrentes de tais multas devem ser revertidos ao "fundo de que trata a lei 7.347, de 24 de junho de 1985", que em nada se confunde com o bolso do consumidor lesado. (Recurso Inominado n. 2006.300862-9, de Anchieta - DJE n. 323, de 01/11/2007. Relator: Juiz Edir Josias Silveira Beck). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2011.011874-1. Des. Relator: Jaime Ramos. Data da decisão: 02/06/2011). *Grifo Nosso.*

Assim, confirma-se o entendimento majoritário desse Tribunal pela extinção da aplicação da sanção civil, fundamento suas decisões no fato das decisões pelo juiz *a quo*, serem decididas além do pedido da inicial.

Outra decisão aqui descrita confirma esse entendimento do Tribunal em estudo. Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Cristina Albino Pinho contra Tim Celular S/A, aduzindo que cobrança indevida de plano de celular já cancelado. A ré apelou, e em preliminar, afirmou a nulidade da sentença na parte que a condenou ao pagamento de multa a título de sanção civil, decisão que segue abaixo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - INTERESSE INDIVIDUAL - IMPOSIÇÃO EX OFFICIO DE SANÇÃO CIVIL QUE BENEFICIA A COLETIVIDADE - TUTELA INIBITÓRIA - ANALOGIA - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO EXTRA PETITA - ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA AOS LIMITES DO PEDIDO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

1 Em processo versando sobre litígio estritamente individual, mostra-se inviável a aplicação analógica da tutela inibitória, que possui natureza essencialmente processual e guarda relação direta com o estatuído no art. 461 do Código de Processo CIVIL, para conferir "punição" em prol de interesse material da coletividade.

2 Em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado no aproveitamento dos atos processuais quando deles não resultar prejuízo às partes, deve ser rejeitado o pedido de declaração de nulidade da sentença, por julgamento extra petita, bastando a sua adequação aos limites do pedido.

CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMPRESA DE TELEFONIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO PÚBLICO RESTRITIVO DE CRÉDITO – DANO MORAL CONFIGURADO

1 A responsabilidade CIVIL das prestadoras de serviço público é de natureza objetiva. Ao inscrever de forma indevida o nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito, aquela responderá pelos danos morais e materiais a ele impostos, exceto se comprovar a inexistência do nexo de causalidade ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

2 Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2010.041917-6. Des. Relator: Luiz Cesar Medeiros. Data da decisão: 03/09/2010). *Grifo Nosso*.

Vamos estudar agora decisões do mesmo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que reconhecem com legal a aplicação da sanção civil, ainda que de ofício pelo magistrado, nas indenizações por dano moral.

O primeiro julgado é a Apelação Cível nº 2003.018286-0 (íntegra anexo I), com data de julgamento em 18/06/2004. O juiz *a quo* condenou a ré ao pagamento de indenização ao autor, no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), além de sanção civil na importância de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) a ser revertida em favor do fundo de defesa do consumidor. Em grau de recurso foi julgado procedente a aplicação de sanção civil, fundamentada a sua aceitação nos artigos 56 e seguintes do CDC, que expõe: "(...) as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas" (2006, p. 812). Segue ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NULIDADE DA SENTENÇA - **JULGAMENTO EXTRA PETITA - IMPOSIÇÃO DE MULTA - EXEGESE DOS ARTIGOS 56 E 57 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR** - CARÁTER PUNITIVO DA CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE - PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR - PRELIMINAR AFASTADA - REGISTRO ADVINDO DE DÍVIDA INEXISTENTE - ILEGALIDADE DA INSCRIÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR - DANO MORAL INDENIZÁVEL - COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS DE ORDEM MATERIAL - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INOCORRÊNCIA - MONTANTE DA INDENIZAÇÃO - VALOR ESTIMATIVO - INCIDÊNCIA DO ART. 20 DO CPC - PLEITO PELA MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - INACOLHIMENTO - INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA **Não**

caracteriza julgamento extra petita a imposição, pela autoridade judiciária, da penalidade de multa por infração às normas da legislação consumerista, especificamente pela cogência de seus mandamentos, cujas violações podem ser apuradas, declaradas e punidas de ofício, precipuamente, em virtude do interesse público manifesto no inarredável propósito do Estado de promover a plena defesa dos interesses do consumidor, porquanto imperativo constitucional relevante. Relativamente à prova do abalo moral, a jurisprudência dessa Corte é assente no sentido de que o dano moral oriundo de inscrição nos serviços de proteção ao crédito é presumido, máxime se houver comprovação de reflexos no campo patrimonial. Remansoso entendimento desta e. Câmara de que o valor pleiteado a título de indenização pelo dano moral é meramente estimativo, e o deferimento aquém desta importância não induz à sucumbência do postulante. Desse modo, uma vez reconhecida a pretensão indenizatória, torna-se o autor da actio inteiramente vitorioso, devendo o vencido, consoante dispõe o art. 20 do CPC, arcar com as custas processuais e honorários advocatícios. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC. Nº 2003.018286-1. Des. Rel. José Volpato de Souza. Data da decisão: 18/06/2004). *Grifo Nosso.*

Da íntegra:

Soa claro, pois, que a sanção de natureza civil é admitida expressamente no artigo 56 do CDC, permitindo ao magistrado, conforme o caso, aplicá-la a fim de concretizar a efetiva prevenção de danos morais individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI, do CDC). Certamente, ao distinguir a sanção civil punitiva da meramente reparatória passa-se a estimular a composição extrajudicial e prevenir-se conflitos posto que as instituições financeiras não terão interesse em se sujeitar às altas indenizações e o autor também sentir-se-á confortado com uma reparação média, ante a certeza de que terá a seu favor, nada mais além daquilo que o dano possa ter repercutido em sua psique. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC. Nº 2003.018286-1. Des. Rel. José Volpato de Souza. Data da decisão: 18/06/2004).

Outra decisão que confirma o instituto da sanção civil, que aqui relacionamos é a ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com repetição de indébito movida por Alevi Indústria de Móveis e Decorações Ltda. EPP contra Brasil Telecom S/A, alegando, em síntese, a cobrança indevida por um serviço que não contratou. O juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos e, condenou a ré ao pagamento de R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais), pertinente ao ressarcimento em dobro da quantia paga indevidamente pela autora. Impôs ainda à ré, de ofício, sanção civil, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fulcro nos arts. 56 e 57 do CDC, em favor do Fundo Municipal de Defesa do Consumidor. Irresignada, a ré apelou, objetivando, a exclusão da multa imposta, por se tratar de julgamento *extra petita*. O recurso não foi provido e a sanção civil foi mantida. Segue ementa da decisão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR - EMPRESA DE TELEFONIA - COBRANÇA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO PELO USUÁRIO NA FATURA DE CONSUMO.

PRELIMINAR - DECISÃO EXTRA PETITA - APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL, DE OFÍCIO, PELO TOGADO SINGULAR - POSSIBILIDADE - ADEQUAÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E À ORDEM ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 5º, XXXII E ART. 170 DA CRFB - **SANÇÃO CIVIL PREVISTA NO ART. 56 DO CDC - CARÁTER INIBITÓRIO DA CONDUTA ABUSIVA - VALORES QUE DEVEM SER REVERTIDOS AO FUNDO MUNICIPAL OU ESTADUAL, NOS TERMOS DO ART. 57 DO MESMO CÓDEX - PREFACIAL REJEITADA.**

É cabível a imputação, de ofício, de **SANÇÃO** de natureza CIVIL, prevista no art. 56 do CDC, com o intuito de concretizar a efetiva repressão de que trata o art. 6º, VI, do CDC, bem como em atenção à proteção constitucional conferida ao mercado de consumo no art. 5º, XXXII e art. 170 da CRFB, com o fim de coibir condutas abusivas, como a cobrança de valores indevidos do consumidor, buscando-se, neste contexto, evitar a reincidência de tais práticas, bem como estimular os fornecedores à adoção de nova postura em suas relações comerciais.

MÉRITO - REPETIÇÃO EM DOBRO DE VALOR COBRADO INDEVIDAMENTE - EXEGESE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ERRO JUSTIFICÁVEL - HIPÓTESE NÃO COMPROVADA PELO FORNECEDOR - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

"A cobrança indevida de serviços não solicitados pelo consumidor, gera o dever de restituição em dobro das quantias cobradas indevidamente." (AC n. 2009.050385-7, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 16.09.2009). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2010.020330-8. Des. Relator: José Volpato de Souza. Data da decisão: 22/07/2010). *Grifo Nosso.*

Da íntegra:

Registre-se que a cobrança indevida de serviços que não foram utilizados, tem se tornado prática corriqueira adotada pela empresa Brasil Telecom S/A. Tal procedimento tem gerado situações semelhantes que são expostas ao Poder Judiciário, abarrotando e dificultando a apreciação e solução de conflitos, eis que a atitude da ré acaba por prejudicar a prestação jurisdicional aos demais casos.

Assim, evidencia-se a necessidade de imposição de multa civil prevista na Lei 8.078/90, ante o comportamento da ré, não bastando tão-somente a resolução do presente processo.

Não caracteriza julgamento 'extra petita' a imposição, pela autoridade judiciária, da penalidade de multa por infração às normas da legislação consumerista, especificamente pela cogência de seus mandamentos, cujas violações podem ser apuradas, declaradas e punidas de ofício, precipuamente, em virtude do interesse público manifesto no inarredável propósito do Estado de promover a plena defesa dos interesses do consumidor, porquanto imperativo constitucional relevante. (TJSC, AC nº 03.018286-1, de Criciúma, Des. Volpato de Souza, j.18/6/2004). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2010.020330-8. Des. Relator: José Volpato de Souza. Data da decisão: 22/07/2010).

Podemos constatar, nas últimas decisões aqui apresentadas, o intuito claro do julgador em, além de compensar a vítima, cuidar para que a indenização

puna o infrator de forma que se evitem reiterações do ilícito, mantendo assim a condenação da sanção civil.

Como forma de enriquecer o presente trabalho, vamos elencar aqui decisões do Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pelo valor das indenizações por danos morais. Para não comprometer o entendimento desse estudo, selecionamos acórdãos com o mesmo teor das decisões acima elencadas, inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito por empresas de telefonia. Apesar das decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina datarem dos últimos seis anos, as decisões que passamos a expor são mais recentes, dos últimos três anos.

Frisamos o entendimento do REsp nº 443.095 que informa que o controle do valor das indenizações por danos morais é de competência do Superior Tribunal de Justiça. Vimos nessa decisão, a redução do *quantum* para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), patamar, que a nosso ver se distancia da função punitiva do instituto.

De fato é problemática a quantificação do dano moral, como reafirmado por vezes nesse estudo. Observamos na análise aqui realizada o cuidado dos Tribunais em se arbitrar o *quantum* dentro de padrões de proporcionalidade e razoabilidade, evitando que o valor indenizatório se transforme em medida abusiva. Como mencionado nas decisões, o *quantum* indenizatório não pode se mostrar exagerado ou irrisório. Verificamos assim, uma tendência nas jurisprudências para se cortar excessos, coibindo a prática de indenizações vultosas. Relembrando sempre a subjetividade do instituto, devendo ser respeitado as peculiaridades do caso concreto.

4.5 Da aceitação da sanção civil

Assim, constatamos na análise jurisprudencial, o caráter extremamente subjetivo nas indenizações por dano moral e que se estende a aplicação ou não da sanção civil. O magistrado tem se utilizado com maior freqüência do instituto da sanção civil, que segundo entendimento se aplica como forma de se equilibrar o valor das indenizações, uma questão tão controversa, em que na maioria das ações se há a dificuldade em se equalizar seus preceitos fundamentais de compensação-punição. Assim, deve sempre observar-se os princípios da equidade e do bom senso para que o resultado dessa indenização não seja tão expressiva que enriqueça o

lesado e nem irrisória que estimule o lesante. Devendo ao magistrado a difícil tarefa de liquidação de sentença de forma justa, decidindo sempre com fundamentação e proporcionalidade.

Como informa Heloísa Carpena Vieira de Mello na obra *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*: “Parece-me bastante claro que o direito do consumidor está intimamente ligado ao desenvolvimento das relações econômicas, em constante e veloz mutação, especialmente neste século.” (2010, p. 403)

O artigo *Direito ao Respeito*, do juiz Marco Antônio Ibrahim, publicado na revista *Consultor Jurídico* de 20/05/2001, faz as seguintes considerações sobre as indenizações por danos morais:

Infelizmente, a revelha cantilena do enriquecimento sem causa tem justificado de parte de alguns Tribunais brasileiros, tendência em fixar tais indenizações em patamares irrisórios, verificando-se, em certos casos, até uma certa uniformidade, como pode revelar a mais singela das amostragens. **Com isso, resta fragilizado o aspecto punitivo das indenizações e seu correlato caráter educativo e desestimulante da prática de novos ilícitos.**

Pois esta exegese conservadora do Princípio da Razoabilidade das indenizações por danos morais é um prêmio aos maus prestadores de serviços, públicos e privados. Não se trata, bem de ver, de privilegiar o exagero, o arbítrio absoluto, nem se prega a ruína financeira dos condenados. **O que se reclama é uma correção do desvio de perspectiva dos que, à guisa de impedir o enriquecimento sem causa do lesado, sem perceber, admitem o enriquecimento ilícito do causador do dano.** E, aqui, a situação mais óbvia (e atual) é aquela que envolve certas concessionárias de serviços públicos que cobram tarifas escorchantes e prestam serviços de precário funcionamento.

A questão é atuarial. **Por que investir em qualidade e obrigar-se aos custos de fornecimento de bons serviços se eventuais indenizações não chegam a incomodar?** A indenização de cinco ou dez passageiros lesionados em um acidente de ônibus tem custo muito menor do que o de um veículo novo e um motorista treinado e bem pago...

A verdade é que a timidez do juiz ao arbitrar essas indenizações em alguns poucos salários mínimos, resulta em mal muito maior que o fantasma do enriquecimento sem causa do lesado, pois recrudescer o sentimento de impunidade e investe contra a força transformadora do Direito. A efetividade do processo judicial implica, fundamentalmente na utilidade e adequação de seus resultados.

A palavra ordem que consta do dístico da Bandeira Nacional, não registra apenas o repúdio à anarquia para que se alcance o progresso, mas, invoca, sobretudo, o exercício da autoridade. E este é um papel que o Judiciário deve retomar com a maior presteza. Não há como tergiversar. (2001). *Grifo Nosso*.

Assim, o instituto da sanção civil pode atuar como um equilíbrio em poder do magistrado para que se evite que com a justificativa de não se estimular uma “indústria do dano moral”, se crie uma indústria mais preocupante, alimentada por indenizações irrisórias, a “indústria do ato ilícito”.

Salientamos, contudo, que para a adequada liquidação do dano não apenas o caráter punitivo do *quantum* indenizatório deve ser considerado. Porém não é correto também que o ganho da vítima seja estimulante, de forma que venha a se explorar esse instituto como se fosse uma premiação.

Paulo Schonblum, em sua obra *Dano Moral: questões controvertidas*, trata da chamada “industrialização do dano moral”, distinguindo-a em dois aspectos: qualitativo e quantitativo. No aspecto qualitativo ele discorre sobre o alto número de demandas, concluindo, que isso é reflexo da qualidade de serviços prestados, sendo que a maioria das ações provem dos contumazes contraventores; No aspecto quantitativo, o autor discorre dos valores nas indenizações por danos morais. Schonblum diferencia o caráter adotado, predominante compensatório, no Brasil, com o caráter extremamente punitivo adotado no sistema norte-americano. Caracterizando que a indenização no Brasil não tem funcionado para inibir a reiteração de condutas ilícitas, e algumas vezes nem compensando adequadamente a vítima. Nesse caso é que compreendemos o entendimento, ainda recente na doutrina, da aplicação da sanção civil.

Assim conclui o autor:

Após análises das duas formas de reparação, conclui-se que melhor seria uma solução intermediária entre a tímida utilizada no Brasil e a exagerada advinda dos Estados Unidos, onde as indenizações não sejam nem tão grandes que se convertam em fonte de enriquecimento e nem tão modestas que se tornem inexpressivas. (2003, p. 145).

Com o intuito de equalizar essa matemática, é que alguns julgados já tem se posicionado pela sanção civil, condenando a ré ao pagamento de um valor não tão expressivo a título de danos morais e outro valor a título de multa para um fundo de defesa do consumidor.

As decisões que concedem o instituto da sanção civil ainda são recentes em nosso ordenamento, mas talvez possam vir a ser a saída mais eficaz nessas ações. Para confirmar esse entendimento, nos utilizamos aqui das palavras de Nehemias Domingo de Melo, em seu artigo “Por uma nova teoria da reparação por danos morais”:

Em face deste trinômio e tendo em vista o caráter da efetividade da condenação por danos morais, defendemos que, na fixação do *quantum*, o juiz além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-

compensatório, poderia adicionar outro componente, qual seja, **um *plus* que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos como condenação aos infratores por danos morais**. Neste particular aspecto, para evitar-se o chamado enriquecimento sem causa, esse *plus* advindo da condenação não seria destinado à vítima, mas sim, a um fundo judiciário que, por exemplo, poderia utilizar os recursos para campanhas educativas. (2002). *Grifo nosso*.

O autor em seu artigo defende pelo trinômio na aferição do *quantum* indenizatório, ou seja, não apenas a equação compensação-punição, mas a aplicação de uma multa como resposta da sociedade ao “comportamento lesivo” do infrator, como citado pelo autor.

Assim, encerramos o estudo com as palavras de Clayton Reis, cujos ensinamentos contribuíram no decorrer deste trabalho:

As idéias novas sempre encontraram resistência no espírito humano. Elas necessitam de um período de fermentação para que possam atingir o ponto ideal de maturação. O tempo reina absoluto sobre a razão, de forma que, no passar dos dias, séculos e milênios, o homem compareça perante o altar da sua consciência para, agindo com sabedoria, reprogramar seus caminhos adotando novas posturas, existências em abandono às idéias ultrapassadas, cujos conteúdos são frutos de reflexão e conquista de novo saber nos diversos ramos do conhecimento. (REIS, 1998, p. 172).

Com isso, destacamos aqui, que a ciência jurídica é puro reflexo da natureza humana, e que como o espírito humano, precisa de um tempo de “fermentação para a maturação” das novas idéias, que possam cada vez mais contribuir para a busca da justiça, a que tanto se preza o direito. (REIS, 1998, p. 172).

5 CONCLUSÃO

Apesar da existência da reparação do dano moral desde registros no Código de Hamurabi, passado a relatos de seu reconhecimento no direito romano e de sua aceitação controversa no Brasil desde o Código de 1916, ainda não esgotamos os questionamentos sobre esse importante instituto.

Podemos observar no decorrer do trabalho, o caráter controverso da aplicação do dano moral. Sua aceitação foi tema polêmico entre doutrina e jurisprudência por muito tempo em nosso ordenamento. Apesar de seus antigos registros, o dano moral foi reconhecido tardiamente em nosso ordenamento, sendo reconhecido formalmente na Constituição Federal de 1988, entrando no rol dos direitos fundamentais.

Essa aceitação um tanto tardia em nosso ordenamento, ocasionou, como cita Cahali, “uma demanda reprimida”, que pode comprometer a índole dessa garantia constitucional. Pois, com o aumento do número de ações de indenização por dano moral, os Tribunais brasileiros se curvaram para a fixação de indenizações em patamares insignificantes, fragilizando o aspecto punitivo das indenizações e seu caráter educativo e desestimulante. Nessa seara que o instituto da sanção civil tem se fundamentado e tem ganhado força nas decisões de primeiro grau de boa parte dos magistrados. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como mostrou o estudo jurisprudencial, tem divergência sobre o tema, com decisões favoráveis a manutenção da aplicação da sanção, como também com decisões que a julgam inadmissíveis, por serem concedidas de ofício pelos juízes, considerando-as *extra petitta*.

Sabemos que por mais vontade que o magistrado tenha em se aferir o valor das indenizações mais próximas possível do ideal, do *quantum* indenizatório sempre vai se revestir de incertezas. Os critérios adotados por construção doutrinária buscam amenizar essa difícil tarefa de se mensurar o abalo moral, contudo eles auxiliam, mas não resolvem o problema por completo. Justo por esse fundamento é que a sanção civil tem auxiliado os magistrados nessa difícil missão.

Assim, nessa nova teoria, a sanção civil, as indenizações não só representariam a vítima na sua compensação e nem tão somente puniriam o agente infrator, elas iriam além, pois representariam também o corretivo da sociedade ao

autor do ato ilícito, punindo-o a altura para inibir novos atos. Embora o sentido de sua aplicação seja coerente e de fato honroso, visto que visa proteger a sociedade no geral e não beneficiar uma pessoa ou uma organização, a sanção civil é controversa. Os Tribunais tem se valido de critérios formais para negarem sua aplicação.

As decisões elencadas no presente trabalho confirmam o entendimento majoritário da jurisprudência pela não admissão da sanção civil. Justificam sua decisão por ser a aplicação da sanção civil ser concedida de ofício pelo magistrado. Poucos e corajosos desembargadores têm mantido a sua aplicação, indo além da questão formal do julgamento *extra petitta*, reconhecendo que a sanção civil pode ser o instrumento adequado para a correção das distorções nas indenizações por dano moral.

Talvez esse novo instituto, como estudado no presente trabalho, possa se aproximar de uma adequação e conceda a segurança jurídica que o dano moral merece, inibindo sua exposição a casos torpes e garantindo sua eficácia quando verdadeiramente solicitado, com soluções coerentes e eficientes nas suas demandas.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AUGUSTIN, Sérgio. **Dano moral e sua quantificação**. 3. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral**: o problema do *quantum debeatur* nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código Civil 1916**. 5. ed. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 2002.021295-0**. Dês. Relator José Volpato de Souza. Data da decisão: 12/11/2002. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2008.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 2002.014514-4**. Des. Carlos Prudêncio. Data da decisão: 19/11/2002. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 02 mar. 2008.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 2004.033309-7**. Rel. Dês. Carlos Prudêncio. Data da decisão: 29/11/2005. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 28 fev. 2008.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº2006.007816-6**. Des. Relator: Sonia Maria Schmitz. Data da decisão: 31/10/2006. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 19 mar. 2008.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC. Nº 2003.018286-1.** Des. Rel. José Volpato de Souza. Data da decisão: 18/06/2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 12 mai. 2008.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC. N.º 2006.041787-0.** Des. Rel. Fernando Carioni. Data da decisão: 27/02/2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 12 mai. 2008.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC. N.º 70008879652.** Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Data da decisão: 03/11/2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 12 mai. 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. RO nº 684.985 – RJ.** Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Data da decisão: 19/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 abr. 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. RO nº 749.566 – RO.** Rel. Min. Jorge Scartezzini. Data da decisão: 18/04/2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 abr. 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. RO nº 790.992 – RO.** Rel. Min. Nancy Andrighi. Data da decisão: 24/04/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 abr. 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 86.271-SP,** Relator Ministro Carlos A. Menezes. Data da decisão 09/12/97. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 abr. 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Projeto de Lei nº 7124/2002.** Autor Antonio Carlos Valadares. Data: 08/08/2002. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 06 mai. 2008.

CAMARA. **Projeto de Lei n.º 6960/2002.** Autor Ricardo Fiuza. Data: 12/06/2002. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 06 mai. 2008.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral - como chegar até ele.** 2. ed., Leme: JH Mizuno, 2005.

DE PAULO, Antonio. **Pequeno dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed., v. III, São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

IBRAHIM, Marco Antônio. **Direito ao respeito**. Consultor Jurídico. 20 maio 2001. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em 14/05/2008.

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

_____. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Revista do Direito do Consumidor**. Ano 20. Vol.78, abr-jun, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Por uma nova teoria da reparação por danos morais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 685, 21 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6749>>. Acesso em: 28.02. 2008.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. (org.) **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, V. I.

MONTEIRO FILHO. Rafael de Barros. **Dano moral: Evolução na jurisprudência**. BDJUR. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 14/05/2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. (org.) **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, V. I.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Dano moral**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Dano moral: questões controvertidas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria prática das ações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ANEXO A

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.041787-0 DE 27/02/2007

Tipo: Apelação Cível

Número: 2006.041787-0

Relator: Fernando Carioni

Data: 27/02/2007

Apelação Cível n. 2006.041787-0, de Santa Rosa do Sul.

Relator: Des. Fernando Carioni.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO CIVIL, NO IMPORTE DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), REVERTIDA EM PROL DO FUNDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MEDIDA JUDICIAL DESARRAZOADA - INSTALAÇÃO DE TERMINAL TELEFÔNICO EM CIDADE DIVERSA DO AGENTE - FORNECIMENTO DO NÚMERO DO CADASTRO DE PESSOA FÍSICA POR PESSOA DIVERSA DO TITULAR - CONTRATAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA CALL CENTER - NEGATIVAÇÃO DO NOME DO LESADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ABALO MORAL CONFIGURADO - PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - ADEQUAÇÃO DESNECESSÁRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

Inexistente na exordial pedido de condenação em sanção civil é vedado ao Magistrado extrapolar os limites da lide, porquanto estaria obrando em desconformidade com o disposto nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.

A operadora de telefonia que não toma a devida cautela quando do cadastramento das informações de seus clientes, deixando de certificar sobre a veracidade dos dados repassados, deve ser responsabilizada pelo abalo moral que venha a causar ao legítimo titular.

"[...] Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes [...]" (TJSC, AC n. 2004.006106-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Dionízio Jenczak, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 30-4-04).

A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não podendo ser exorbitante a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória dando azo à reincidência.

"Deve ser mantido o valor da indenização, quando o mesmo atende ao binômio da reparabilidade do dano e prevenção futura em relação ao seu causador" (TJMT, Rec-AC n. 16197/2006, Comodoro, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. em 12-4-2006).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.041787-0, da comarca de Santa Rosa do Sul, em que é apelante Brasil Telecom S.A., sendo apelado Jonas Raulino Bitencourt:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I -RELATÓRIO

Jonas Raulino Bitencourt ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais c/c Tutela Antecipada autuada sob o n. 189.04.000941-3 contra Brasil Telecom S.A., objetivando, em síntese, a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais em decorrência da indevida negativação do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Alegou que nunca contratou com a empresa ré, porém teve seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes como sendo devedor pela utilização dos serviços de telefonia fixa na cidade de Porto Alegre/RS, município diverso do que reside (Santa Rosa do Sul/SC).

Aduziu que na tentativa de fazer operação de compra no comércio teve seu crédito negado em vista dos cadastros negativos, o que ocasionou abalo moral passível de indenização.

Mencionou que mesmo após diversas tentativas de solucionar o equívoco, nenhuma providência foi tomada pela empresa de telefonia.

Requeru a concessão da tutela antecipada para exclusão do seu nome dos cadastros do SPC, bem como a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, além das custas processuais e honorários advocatícios a serem arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o montante da indenização.

Juntou documentos às fls. 8 a 17.

Devidamente citada, a Brasil Telecom S.A. apresentou contestação, sustentando, em síntese: que houve a instalação e utilização do serviço telefônico na cidade de Porto Alegre/RS, sendo, portanto, legal a negativação do titular do terminal em órgãos de proteção ao crédito pelas contas não pagas; que não há provas de que o autor não resida ou trabalhe nos locais onde foram instaladas as linhas telefônicas à época da utilização dos serviços; e que após o demandante entrar em contato com a empresa, foram estornadas todas as contas que estavam em aberto no sistema com relação a esse contrato.

Acostou documentos (fls. 39 a 44).

Houve réplica à contestação (fls. 49 a 51).

Em audiência, proposta conciliação, esta resultou inexitosa (fl. 57).

Sentenciando o feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial, a fim de condenar a empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), além de sanção civil de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser depositada em conta judicial para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor ou ao fundo estadual, com fulcro nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor. Em vista disso, condenou a empresa ao pagamento de honorários advocatícios em favor do autor, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (fls. 62 a 76).

Irresignada com o *decisum*, a requerida apelou sustentando, em sede de preliminar, a impossibilidade da aplicação da sanção civil, uma vez que a referida penalidade teria sido imposta em desacordo com os pedidos feitos na exordial. No mérito, mencionou em suma: que as negativas do nome no autor nos cadastros de inadimplentes ocorreram por débitos quanto serviços de telefonia prestados; que não houve ilegalidade ou abuso de direito por parte da empresa; que inexistem os requisitos autorizadores da responsabilidade civil; que deve haver a redução do quantum arbitrado a título de indenização; que não há fundamentação legal para aplicação da sanção civil no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); que se mantida a sanção civil merece ser reduzida, em atenção ao princípio da razoabilidade; e que deve ser prequestionada a matéria.

Em contra-razões pugnou o recorrido pela manutenção da decisão objurgada (fls. 131 a 134).

Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

II -VOTO

O conteúdo da postulação há de ser apreciado ante a presença dos pressupostos de admissibilidade recursal.

Dapreliminar de impossibilidade de aplicação da sanção civil

Inicialmente, no que se refere à aplicação da sanção civil no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser depositado em conta judicial para reversão ao Fundo Municipal ou Estadual de Defesa do Consumidor, não deve prevalecer, uma vez que inexistente na exordial pedido acerca da referida condenação, tendo, desse modo, o Magistrado extrapolado os limites da lide, em desconformidade com o disposto nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, os quais possuem a seguinte dicção:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer as questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Sobre o tema, já decidiu esta Corte de Justiça:

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - PROTESTO IRREGULAR - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INAUGURAL - RECURSO DA RÉ - AUSÊNCIA DE PEDIDO - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA - OFENSA - ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA AO PEDIDO - VALOR INDENIZATÓRIO - AUSÊNCIA DE CARÁTER PENAL - AMEAÇA OU LESÃO A DIREITO PERSONALÍSSIMO - REGULAMENTAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL - PRELIMINAR ACOLHIDA - ILÍCITO, PREJUÍZO E NEXO DE CAUSALIDADE - REQUISITOS PRESENTES - OBRIGAÇÃO CARACTERIZADA - PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DA RÉ - RECURSO DA AUTORA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - VERBA INALTERADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PERCENTUAL EM LIMITE MÁXIMO - IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.

Configura julgamento *extra petita* o magistrado deferir pedido que não foi requerido pela parte, infringindo-se o princípio da congruência processual. (AC n. 2004.025461-0, de Criciúma, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 21-9-2006).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS CONTROLADORES DO CRÉDITO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA. RAZOABILIDADE. CONDENAÇÃO EM SANÇÃO CIVIL. DECISÃO *EXTRA PETITA*. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC. REFORMA DA SENTENÇA.

[...]

É defeso ao Juiz proferir sentença que extrapole os limites da lide, definidos quando da formulação dos requerimentos pela parte autora, sob pena de violar o disposto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil (AC n. 2005.029681-9, de Sombrio, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 15-12-2005).

Assim, há adequar a decisão a fim de afastar a condenação na sanção civil de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) imposta em prol do Fundo Municipal ou Estadual de Defesa do Consumidor.

Do ato ilícito perpetrado pela Empresa Brasil Telecom S.A.

Alega a apelante que não pode ser responsabilizada pelo dano causado à apelada, uma vez existir documentos capazes de demonstrar que o terminal telefônico, objeto da presente lide, encontra-se registrado em nome do autor, sendo este o único responsável pelos débitos decorrentes da utilização dos serviços prestados.

Salienta que não houve nenhuma ilegalidade ou abuso de direito, por parte da empresa de telefonia, na negativação do nome do autor nos cadastros de

inadimplentes.

Tais articulação não estão a merecer guarida.

Por primeiro, cabe destacar que para caracterizar-se o ilícito civil, nos casos de responsabilidade objetiva, basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano, sendo irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente.

Ensina Nelson Nery Junior:

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da *responsabilidade civil subjetiva* (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar, é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa lato sensu (culpa - imprudência, negligência ou imperícia; ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar, é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas). Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes [...] (in Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 239, nota 5 ao art. 186 do CC/02).

Pode-se considerar que a reparação do dano deve ocorrer mesmo com a abstração da culpa, diante da aplicação da responsabilidade objetiva nos serviços telefônicos, ou seja, conforme Rui Stoco, "se não se exige a culpa, em qualquer de seus graus, impõe-se a existência de liame causal, ou do nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do depositário (banco) e o resultado danoso. Impõe-se, também, que se identifique 'defeito' ou má prestação nos serviços" (*in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 345).

Assim, sendo o apelado considerado consumidor, não como beneficiário ou utilizador dos serviços mas sim equiparado àquele que é vítima do evento, conforme conceituado no art. 17 do Código Consumerista, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva, pois prejudicado pela imperfeição dos serviços prestados pelo fornecedor (empresa de telefonia), o que imputa a este o dever de reparar os danos (art. 14, *caput*, do CDC).

O dano efetivo está consubstanciado pela inscrição indevida do nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito, em razão de sua suposta inadimplência contratual, fato este que se tem por inverídico, pois, independentemente dos procedimentos adotados pela empresa de telefonia, não há nenhum vínculo obrigacional entre as partes em litígio, porquanto as ligações cobradas foram originadas de terminais telefônicos instalados em localidade distinta de onde reside o apelado, fato pelo qual não é negado pela apelante.

Disso deriva, por outro lado, a injúria moral passível de indenização, caracterizando, também, o nexo de causalidade entre o dano presumivelmente causado e a conduta do agente.

Outrossim, ressalta-se que não cabe à empresa de telefonia imputar a terceiro a culpa pela contratação dos serviços ou tentar-se eximir de sua responsabilidade objetiva. Isso porque, sendo incontestável a aplicação do Código do Consumidor para o caso vertente, impondo-se a inversão do ônus da prova, a teor do art. 6º, inciso VIII, da referida norma, e estando presentes os seus pressupostos, competia à apelante demonstrar a anuência expressa da recorrido na contratação dos serviços de telefonia, o que definitivamente não ocorreu.

Nesse sentido:

TELEFONIA. DANO MORAL. DOCUMENTOS FURTADOS. INSCRIÇÃO NO BANCO DE DADOS (SPC E SERASA). DESNECESSIDADE DE PROVA DO DANO. Contratação fraudulenta de linha telefônica. Falha no sistema de contratar. Incumbia à parte ré o ônus de provar a efetiva contratação do serviço [...] Prescindibilidade da prova de prejuízo concreto, sendo suficiente a comprovação da existência do ato ilícito, causador da violação do patrimônio moral da autora. Valor da indenização em consonância com os parâmetros adotados pela Turma. Recurso desprovido. Unânime (TJRS, AC n. 71000803973, rel. Des. João Pedro Cavalli Junior, j. em 15-2-06).

Ora, cediço que as concessionárias telefônicas permitem a contratação de serviços de forma impessoal (via telefone, *call center* por exemplo), o que possibilita a ocorrência de fraudes nas informações dos dados cadastrais dos consumidores, fato pelo qual não se pode afastar a sua responsabilização pelos eventuais danos causados, em face do risco da atividade.

Repete-se, efetivamente não manteve o apelado relação contratual com a operadora, haja vista que a contratação do serviço foi oriunda de fraude por terceiro de má-fé, o que não exime a concessionária de telefonia, dada a responsabilidade objetiva de arcar com o dano moral da inscrição indevida do nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito, excetuadas as hipóteses excludentes do art. 14, § 3º, incisos I e II, do CDC que, diga-se, não foram comprovadas.

Colhem-se precedentes desta Corte:

[...] - Comprovado o registro no SPC daquela que nunca foi cliente da empresa telefônica responsável pela inscrição indevida, responde esta pelo dano moral experimentado pela lesada, mormente pela negligência ao celebrar contrato sem a exigência de dados cadastrais completos e por não comprovar culpa de terceiros, caracterizadora da excludente de responsabilidade, a teor do art. 14, § 3º, II, do CDC [...] (AC n. 2005.007599-2, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 6-12-05).

[...] É inadmissível que empresa de grande porte, concessionária de um serviço público, disponibilize serviço inseguro, assumindo o risco de que terceiros de má-fé ou até incapazes possam adquirir bens em nome de outrem, merecendo ser

condenada à compensação daqueles cuja moral seja indevidamente afetada (AC n. 2005.024260-3, da Capital/Fórum Distrital do Estreito, rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 30-9-05).

[...] Inafastável o dever de indenizar da empresa de telefonia, pela inscrição indevida do nome da apelada em órgão de proteção ao crédito, sendo irrelevante a alegação de fato de terceiro, pois objetiva sua responsabilidade, tornando despicienda a demonstração da culpa [...] (AC n. 2004.001718-9, de Brusque, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 16-9-05).

Tem-se da Corte gaúcha:

[...] A Cia. Telefônica demandada é responsável pelos serviços oferecidos ao consumidor, devendo responder pelos danos morais impingidos ao autor, em decorrência de indevido cadastro em órgão de restrição de crédito Serasa. O fato de a primeira ter sido enganada por terceiro de má-fé, que teria usado dados do requerente para habilitar uma linha telefônica, não a exime da responsabilidade. Incidência dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 14 do CDC [...] (AC n 70012024923, rel. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 6-10-05).

E, quanto à subsistência do dano, segundo Rui Stoco:

A causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido.

Desse modo a responsabilização do ofensor origina do só fato da violação do *neminem laedere*.

Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo" (*in* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência, 4a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 722).

Assim, uma vez caracterizado fato ofensivo à honra ou à imagem da pessoa, bem como sentimento íntimo de pesar no lesado, surge o dever de indenizar.

Acerca da matéria, preleciona, ainda, Carlos Alberto Bittar:

Na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio e, sua situação jurídica, moral, econômica, emocional ou outras, suportou ela conseqüências negativas advindas do ato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente (*in* Reparação Civil por Danos Morais, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 129 e 130).

Diante dos fatos, conclui-se não haver dúvidas sobre o abalo moral sofrido pelo apelado, razão pela qual deve ser mantida a condenação pelo dano causado.

Do *quantum* indenizatório

Pugna a requerida, ora apelante, pela redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, em atenção ao princípio da razoabilidade.

Os danos morais devem ser fixados ao arbítrio do juiz que, analisando caso a caso, estipula um valor razoável, mas não irrelevante ao causador do dano dando azo à reincidência do ato, ou exorbitante de modo a aumentar consideravelmente o patrimônio do lesado. Deve, pois, ser "proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o lesado como uma compensação pelo prejuízo sofrido" (DINIZ, Maria Helena - *in* Código Civil Anotado, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 650).

A respeito, Carlos Alberto Bittar acentua:

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (*in* *Reparação Civil por Danos Morais*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 220).

Não divergindo, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.

[...]

Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a "inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade", traduzindo-se em "montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo" (*in* *Novo código civil comentado*, coordenador Ricardo Fiuza, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 841 e 842).

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso (REsp n. 205.268, de São Paulo, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28-6-99).

O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para o abalo creditício sofrido pela pessoa lesada, sem importar a ela enriquecimento sem causa ou estímulo ao prejuízo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva (AC n. 2001.010072-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 14-10-2004).

A indenização por danos morais deve ser fixada de modo a dar uma compensação ao lesado pela dor por ele sofrida, porém não pode ser de maneira tal que lhe pareça conveniente ou vantajoso o abalo suportado (AC n. 2001.013185-4, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 11-8-2005).

O montante da indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste (TJSC - AC n. 2003.024087-0, de Concórdia, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 9-12-2005).

Na espécie, inconteste que o autor teve seu nome inscrito indevidamente nos cadastros de inadimplentes do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) por débito que sequer deu causa, razão pela qual, em atenção ao caráter compensatório e punitivo da condenação, diretrizes alhures mencionadas para a fixação da indenização por dano moral, tem-se necessária a manutenção do *quantum* indenizatório fixado na sentença de primeiro grau.

Por outro lado, cabe, ainda, destacar que o valor da indenização em nenhum momento é tarifado ou fica condicionado a algum critério exclusivo.

Isso porque os critérios para valorar a indenização, segundo Antonio Jeová Santos, "[...] visando a afastar o máximo possível a estimação arbitrária no momento em que a indenização é mensurada resumem-se a afastar a indenização simbólica; não servir a indenização como enriquecimento injusto; não aceitar a tarifação; deixar de lado a indenização que toma como base uma porcentagem do dano patrimonial; não deixar a fixação ao mero prudente arbítrio; diferenciar o montante segundo a gravidade do dano; atentar às peculiaridades do caso: da vítima e do ofensor; harmonização das reparações em casos semelhantes; considerar os prazeres compensatórios; e as somas a serem pagas devem observar o contexto econômico

do País e o geral *standard* da vida" (in Dano Moral Indenizável, 4a ed., ampl. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 203 e 204).

Assim, reputa-se razoável e condizente o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, esses fixados pelo Magistrado *a quo*, uma vez que atende às diretrizes alhures mencionadas.

Acrescenta-se, por derradeiro, que sobre a quantia indenizatória deverá incidir correção monetária pelo INPC, a contar da data do arbitramento da indenização, que, *in casu*, deu-se com o julgado de primeiro grau, e juros de mora de 1% (um por cento) ao ano, conforme o art. 406 do Código Civil c/c o art. 161, § 1o, do Código Tributário Nacional, desde o evento danoso, por se tratar de responsabilidade extracontratual, consoante a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Da impossibilidade de prequestionamento da matéria

Por fim, não merece agasalho o prequestionamento requerido pela apelante. É que o recurso de apelação cível não se presta para prequestionar dispositivos de lei federal mas para combater a decisão de primeiro grau.

O julgador não está obrigado a responder um a um os pontos levantados pelas partes nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados; deve decidir a lide conforme o seu convencimento, aplicando ao caso a norma legal que entender devida.

Ademais, conforme declaração do Ministro Sálvio de Figueiredo, no julgamento do Recurso Especial n. 20.474-8/SP, publicado no DJU, de 1º-4-95: "[...] Em outras palavras, não é necessário que do acórdão local conste expressa referência ao artigo de lei cuja violação se pretenda argüir na via excepcional, bastando tenha havido apreciação da matéria por tal preceito disciplinada".

No mesmo sentido, extrai-se da jurisprudência desta Corte:

[...] Não tendo a parte recorrente especificado com precisão os aspectos decisórios que implicariam em violação das normas legais invocadas, não há que se cogitar de possibilidade de prequestionamento, mormente quando a matéria impugnada foi abordada na sentença atacada e reexaminada na instância recursal (AC n. 2000.007988-0, de Palmitos, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 6-11-2000).

A pretensão ao prequestionamento de tópicos da sentença prolatada torna-se de total inocuidade, quando, além de não haver o recorrente especificado de modo preciso os aspectos do decisum que teriam afrontado os dispositivos legais dados como violados, mormente quando o conteúdo do ataque recursal foi reexaminado de modo suficiente pela instância *ad quem* (AC n. 1999.021926-7, de Coronel Freitas, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 5-4-2001).

Desse modo, descabido é o pedido da recorrente para prequestionar os artigos invocados, uma vez que a matéria foi suficientemente abordada pelo Juízo de primeiro grau e reexaminada por este Órgão Colegiado.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da empresa de telefonia tão-somente para acolher a proemial suscitada a fim de expungir a condenação em sanção civil imposta na sentença no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em prol do Fundo Municipal ou Estadual de Defesa do Consumidor. De ofício, determina-se que sobre o *quantum* indenizatório sejam acrescidos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso, e correção monetária pelo INPC desde a data do arbitramento.

Mantêm-se os ônus sucumbenciais fixados pelo Magistrado *a quo*.

III -DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se parcial provimento ao recurso da empresa de telefonia tão-somente para acolher a proemial suscitada a fim de expungir a condenação em sanção civil imposta na sentença no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em prol do Fundo Municipal ou Estadual de Defesa do Consumidor.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2007.

Fernando Carioni

PRESIDENTE E RELATOR

ANEXO B
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.029021-5 DE 17/06/2011

Tipo: Apelação Cível

Número: 2010.029021-5

Relator: Pedro Manoel Abreu

Data: 17/06/2011

Apelação Cível n. 2010.029021-5, de São Bento do Sul

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação de indenização por danos morais. Telefonia. Bloqueio de linha telefônica. Débito gerado por equívoco da concessionária. Dano moral caracterizado. Indenização devida. Majoração do valor indenizatório. Impossibilidade. Recurso desprovido para autora. Redução do quantum. Possibilidade. Adequação do termo inicial dos juros moratórios. Honorários advocatícios. Manutenção. Extinção da condenação em sanção civil. Recurso da ré parcialmente provido.

A indenização por danos morais é fixada por equidade pelo magistrado, atendendo a dois objetivos: atenuação do dano causado ao lesado e reprimenda ao lesante pelo ilícito cometido. Importa observar o grau de culpabilidade e a condição econômica da parte a quem se vai impor a sanção, bem como o dano infligido à parte em favor de quem é imposta a indenização.

A condenação da ré ao pagamento da sanção civil com base nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor implica julgamento "ultra petita", pois não foi pleiteada na exordial nem é cabível em litígio individual. Nenhum Juiz pode prestar tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais", não podendo abranger coisa diversa do que foi pedido (arts. 2º, 128, 459 e 460, do Código de Processo Civil); como por não se tratar de demanda voltada à defesa de direitos transindividuais (art. 13 da Lei n. 7.347/85 e art. 90 do CDC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.029021-5, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que são apte/apdo São Bento do Sul Tabelionato de Notas e outro, e apdo/apte Tim Celular S/A:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por decisão unânime, negar provimento ao recurso do autor e dar provimento parcial ao recurso da ré. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Tim Celular S/A contra sentença proferida em sede da "ação de indenização por danos morais", ajuizada por São Bento do Sul Tabelionato de Notas e Cizete Vieira Diener, em razão do bloqueio dos serviços prestados, devido a um equívoco cometido pela concessionária.

O decisum objurgado julgou procedentes os pedidos, condenando a ré ao pagamento da quantia de R\$40.000,00 em virtude dos danos morais sofridos, sendo R\$20.000,00 para a autora Cizete e R\$20.000,00 ao autor São Bento do Sul Tabelionato de Notas, acrescidos de juros moratórios e correção monetária e impôs, de ofício, sanção civil no valor de R\$50.000,00, que deveriam ser depositados em cota-única para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor ou ao fundo estadual. Condenou, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignada com a decisão, a autora apelou, pugnando pela majoração do valor indenizatório.

Irresignada, a ré também apelou, solicitando a extinção da condenação em sanção civil ante a ausência de previsão legal e julgamento extra petita; a redução do quantum indenizatório e dos honorários advocatícios; e que os juros de mora sejam fixados a partir do trânsito em julgado da sentença.

Em contrarrazões, o autor, pugnou pelo desprovimento do recurso da ré e pela manutenção da sentença.

Em seguida, os autos vieram a este Tribunal.

VOTO

Nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento parcial ao recurso da ré.

Da legislação aplicável

O presente feito rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que a apelante, concessionária de serviços públicos, aplicam-se as referidas normas, conforme o seu art. 3º.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, a empresa, além de estar submetida à teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, encontra-se também no âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, é assegurado ao consumidor o direito de ter ressarcido o prejuízo sofrido, seja qual for a sua natureza. As prestadoras de serviço público sujeitam-se expressamente a esta obrigação, como se extrai do art. 22:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Assim, em caso de danos causados ao consumidor, este possui o direito de ser indenizado pelos prejuízos sofridos, desde que devidamente demonstrados.

2. Da responsabilidade da empresa

Consoante historia o conjunto probatório, os autores contrataram o Plano Nosso Modo SC e Pacote 600 minutos compartilhado, para uso de 05 linhas, cujo pagamento seria realizado por débito automático em conta corrente. Ocorre que a fatura com vencimento em 15/09/2008 não foi encaminhada a débito e portanto não foi quitada do período devido, embora houvesse suficiência de fundos.

A empresa ré, responsável dessa forma pela inadimplência, bloqueou as linhas telefônicas no dia 05/10/2008, sendo restabelecidas apenas no dia 07/10/2008, mesmo após o pagamento efetivo da dívida. Gerando, assim, danos à requerente, à sua empresa e a seus bens.

Em contestação, a ré afirma que não houve qualquer prejuízo devidamente comprovado. O autor, por sua vez, asseverou a responsabilidade da empresa concessionária e os infortúnios originados do bloqueio das linhas telefônicas.

A ré deveria ter notificado a parte autora da existência do débito em aberto e da possibilidade de bloqueio de seus serviços. O bloqueio indevidamente efetuado ocasionou constrangimento com os clientes e prejuízos comerciais à autora, que por ser pessoa jurídica os serviços prestados pela empresa concessionária são indispensáveis para sua manutenção.

Diante desses fatos, é imperioso reconhecer o dano sofrido pelo consumidor.

Sabe-se que o dano moral é a lesão aos elementos individualizadores da pessoa como ser social, pensante e reagente, tais como a honra, a reputação e o prestígio. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar professa:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (Reparação civil por danos morais, Revista dos Tribunais, 1994, p.41).

No presente feito, faz-se evidente a configuração do dano moral, cumprindo o insurgente compor os infortúnios a que deu azo, como se depreende dos julgados:

Ação de indenização por danos morais. Telefonia. Interrupção dos serviços telefônicos diante da ausência de pagamento. Telefones agrupados. Fatura não enviada à consumidora. Danos Morais reconhecidos em primeiro grau. Pedido de

majoração do quantum indenizatório. Impossibilidade. Juros moratórios e correção monetária. Adequação do termo inicial. Honorários advocatícios. Manutenção da sentença. Recurso desprovido.

A indenização por danos morais é fixada por equidade pelo magistrado, atendendo a dois objetivos: atenuação do dano causado ao lesado e reprimenda ao lesante pelo ilícito cometido. Importa observar o grau de culpabilidade e a condição econômica da parte a quem vai se impor a sanção, bem como o dano infligido à parte em favor de quem é imposta a indenização. (TJSC, Ap. Cív. 2008.071460-8, de Rio do Sul. Relatoria do signatário, j. 16/11/2009).

E ainda:

Civil. Ação cominatória e indenizatória. Bloqueio de linha telefônica. Dano moral.

A responsabilidade civil da empresa de telefonia perante o usuário que adquire linha de telefone como destinatário final enquadra-se, por certo, no microsistema consumerista.

A companhia telefônica deve responder objetivamente pelos danos morais decorrentes do bloqueio indevido de linha telefônica associado aos obstáculos impostos ao consumidor por ocasião das tentativas de desbloqueio, exceto se comprovar a inexistência do nexo de causalidade ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido. (TJSC. Ap. Cív. 2010.043228-4, de Itajaí. Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 09/11/2010).

3. Do valor indenizatório

Acerca do quantum indenizatório frisa-se que a indenização por danos morais é fixada por equidade pelo magistrado, atendendo a dois objetivos: atenuação do dano causado ao lesado e reprimenda ao lesante pelo ilícito cometido. Importa observar o grau de culpabilidade e a condição econômica da parte a quem se vai impor a sanção, bem como o dano infligido à parte em favor de quem é imposta a indenização.

A estipulação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se um *pretium doloris*. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para estipulação das cifras devidas. Antônio Jeová dos Santos explica:

Apesar de imperfeita, essa maneira de indenizar o dano extrapatrimonial, porque as consequências do dano (menoscabo espiritual, vergonha, humilhação, perturbação anímica, perda de equilíbrio emocional), não desaparecerão por mais dinheiro que a vítima receba, em nome de uma pureza conceitual, não é possível emprestar ao

vocábulo indenização uma acepção puramente econômica, em que somente deve ser medida em casos de lesões patrimoniais (Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 156).

Nessa circunstância, observando os critérios alhures delineados para o arbitramento de danos morais, é razoável que a condenação da empresa de telefonia à verba reparatória seja reduzida para o valor de R\$30.000,00.

É valor que serve de paliativo para o desgosto e constrangimento sofridos pelos autores e, ao mesmo tempo, desencoraja a empresa de telefonia a reiterar atos como o presente.

4. Dos honorários advocatícios

Quanto à fixação de honorários advocatícios, o apelo não merece provimento, mantendo-se o percentual arbitrado em 15% sobre o valor da condenação.

Em relação ao tema preceitua o art. 20 do Código de Processo Civil:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo profissional;
- b) o lugar da prestação de serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço;

§4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Nesse contexto, a remuneração do causídico deve ser condizente com a natureza e importância da demanda, atendendo as peculiaridades do caso concreto e os preceitos insculpidos no Código de Processo Civil, motivos pelos quais é mantida em 15% sobre o valor da causa.

5. Dos juros e da correção monetária

Sobre os juros moratórios, este Órgão Fracionário, revendo seu posicionamento, passou a compartilhar a orientação emanada da Segunda Câmara de Direito Público,

segundo a qual o enunciado da Súmula n. 54 não se aplica a casos como o presente. Nesse sentido aponta o precedente:

Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar a existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula n. 54, do Superior Tribunal de Justiça (TJSC, Ap. Cív. 2009.018696-7, de Capinzal, Rel. Des. Newton Janke, j. 8.9.2009).

O critério utilizado considera o que determina o art. 407 do Código Civil, segundo o qual "Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros de mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes".

Do voto supra citado extrai-se a menção ao voto do eminente Desembargador Mazoni Ferreira, que se transcreve:

Ao tratar dos juros, o Código Civil estabelece:

Art. 407. Ainda que não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros de mora que se contarão assim às dívidas de valor, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial ou arbitramento.

Por sua vez, o art. 394 dispõe que:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Para as obrigações que originalmente não eram em dinheiro, mas que nele se transformam, só é possível a contagem de juros quando fixado o valor, por sentença ou acordo (Direito Civil:teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2003. P. 157).

Outrossim, impede salientar a purgação da mora prevista pelo art. 401 do Código Civil.

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

Destarte, em se tratando de danos morais, ainda que o devedor quisesse purgar a mora, e desta forma evitar os efeitos que lhe são inerentes, isso não lhe seria possível ante a indeterminação da prestação.

O já citado Silvio Venosa ensina que, historicamente 'a idéia que deu idéia aos juros moratórios é a de uma pena imposta ao devedor pelo atraso de uma obrigação que até a sentença não tinha valor certo e, portanto, não era exigível, haja vista que a exigibilidade é um requisito objetivo da mora do devedor.

Nesse sentido, destaca-se o precedente do STJ:

Direito do Consumidor. Instalação de linha telefônica em área rural. Inadimplemento contratual da prestadora de serviços telefônicos. Dano moral. Valor da indenização. Termo inicial dos juros e da correção monetária. [...] III - Se o prejuízo que o recorrente alega decorrer justamente da demora na prestação do serviço telefônico, que tardou anos para ser implementado, é possível estabelecer como termo inicial dos juros da indenização a data da publicação do julgamento, pois o valor arbitrado nesses casos já leva em conta o transcorrer do tempo (STJ - Resp. N. 618940/MA, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. Em 24-5-2005).

De igual modo, já se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão de relatoria do eminente Desembargador Elpídio Donizetti, o qual me permito transcrever, em parte:

Ocorre que, em se tratando de dano moral, não se afigura razoável computar juros de mora antes que haja provimento jurisdicional fixando o quantum indenizatório. É que, ainda não havendo especificação, pelo órgão jurisdicional, da quantia que o agente causador do dano deve pagar a fim de compensar o constrangimento indevidamente imposto à vítima, não há como exigir que o devedor efetue o pagamento de quantia indeterminada.

Por tal razão, adoto o entendimento segundo o qual, no caso de dano moral, não há como se falar de mora em momento anterior à fixação do quantum indenizatório por decisão judicial, haja vista que somente após a publicação desta é que o devedor toma ciência do valor da indenização a ser pago em razão do dano provocado (TJMG - Ap. Cív. N. 1.0024.06.029577-1/001, de Belo Horizonte, rel. Des. Elpídio Donizetti, j. Em 24-4-2007) (AC n. 2008.030272-7, de Jaraguá do Sul, j. 3/10/2008).

Ademais, apontam-se como razões para a adoção do critério do art. 407: a fixação dos juros a partir do evento danoso premiaria o autor que demorou para ajuizar a ação; o réu seria punido por eventual morosidade e retardamento no julgamento da causa, e o juiz ou Tribunal, ao arbitrar o valor, já levar em consideração o tempo transcorrido.

Em verdade, se o ofensor somente toma conhecimento do valor da indenização na data da prolação da sentença, ou acórdão, não há que se falar em mora em momento anterior. "Se é certo que praticou o ato ilícito, também é certo que a reparação imediata e voluntária estava inviabilizada, uma vez que a obrigação não estava revestida de certeza e liquidez" (Ap. Cív. 2010.040628-9, de Lages, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 3/8/2010).

Assim, os juros moratórios devem ser calculados a partir do arbitramento definitivo do dano, assim como a correção monetária, que deve ter como base o índice INPC/IBGE.

Quanto a esse ponto, portanto, reforma-se a decisão, embora com fundamento diverso.

6. Da Sanção Civil

A ré insurge-se alegando a nulidade da sentença, em face do julgamento extra petita, que comportou a condenação ao cumprimento de sanção civil, na forma de multa a ser revertida para o Fundo de Defesa do Consumidor.

Conforme a decisão recorrida, o magistrado, após elaborada fundamentação, condenou Tim Celular S/A ao pagamento da multa civil (arts. 56 e 57, do CDC) no valor de R\$ 50.000,00 em favor do Fundo de Defesa do Consumidor.

Conforme o art. 128 do Código de Processo Civil, "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte". A seu turno, o art. 460, do mesmo Estatuto, estabelece que "é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

No caso em tela, o pedido dos autores fundamenta-se na indenização por danos morais advindos do bloqueio de suas linhas telefônicas. Assim, o Juiz, além de condenar a concessionária de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00 no total, em favor dos autores, impôs de ofício a sanção civil, com amparo no art. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, no valor de R\$ 50.000,00.

Nesse contexto, argumentou o magistrado ser cabível a sanção pecuniária, ainda que ausente o pedido específico, em virtude da aplicação analógica dos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, que autorizam a autoridade administrativa a impor sanções pecuniárias com o fim de coibir as práticas abusivas.

Da legislação em comento transcreve-se:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

[...]

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n. 7.347, de

24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Tais preceitos estão localizados no capítulo do Código que trata das sanções administrativas, devendo ser aplicadas mediante procedimento próprio. Ressalta-se que é possível ao Juiz aplicar, mediante pedido da parte, sanção pecuniária nas ações coletivas - visando à proteção de interesses transindividuais ou individuais homogêneos. Outra não é a dicção do art. 13 da Lei n. 7.347/85 - Ação civil pública. Porém a presente ação é individual, e sequer houve o pedido de imposição de multa.

Dessa forma, entende-se inaplicável a sanção civil ao caso em tela. Em casos semelhantes, decidiu este Tribunal:

Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Concessionária de serviço de telefonia de longa distância. Ato de terceiro. Excludente de responsabilidade não configurada. Legitimidade. Dano moral caracterizado. Elevação do valor da indenização. Aplicação, ex officio, de multa civil (arts. 56 e 57, CDC). Atribuição da autoridade administrativa.

1. "Responde a empresa de telefonia de longa distância pela inscrição indevida

nos cadastros de restrição ao crédito, não havendo falar-se em legitimidade passiva ad causam da concessionária de telefonia local, nem sequer de litisconsórcio passivo necessário, sob alegação de que a indevida anotação ocorreu em razão desta última não haver repassado o cadastro atualizado do novo usuário da linha"(AC n. 2006.035005-1, rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva).

2. A indevida inscrição do nome do consumidor, seja pessoa física ou jurídica, em cadastro negativo de crédito provoca dano moral in re ipsa, vale dizer, independentemente da produção de outras provas, a lesão extrapatrimonial é presumida.

3. O valor da indenização por dano moral decorrente da indevida inserção do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, gerido por entidade de proteção ao crédito, além de sopesar a extensão da lesão, deve ser adequado à função de advertir e desencorajar o ofensor a reiterar sua conduta.

4. A aplicação da multa de que cogita o art. 56, inc. I, e o art. 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor, é de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, sendo, pois, descabido fixá-la, de ofício, em ação judicial (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.040512-5, de Santa Rosa do Sul, Rel: Des. Newton Janke, j. 14.4.2009).

E ainda,

[...] Administrativo. Serviço concedido. Telefonia. Indenização de danos morais contra companhia telefônica. Imposição "ex officio" de sanção civil (cdc, art. 56) na sentença. Impossibilidade na opinião do relator/julgamento "ultra petita". Arts. 128, 459 e 460 do CPC. Redução da condenação aos limites do pedido inicial. Entendimento, não acolhido pela maioria dos membros da câmara que votaram pela manutenção. Inscrição indevida do nome do autor em órgão de proteção ao crédito. Dívida que não pertence ao consumidor. Utilização de serviço telefônico por terceiro. Obrigação de indenizar. Responsabilidade objetiva. "quantum" indenizatório. Valor que se mostra desproporcional e ínfimo. Majoração.

A sentença deve ficar restrita aos limites do que foi pleiteado na exordial, sob pena de ofender o disposto nos artigos 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil.

Considera-se "ultra petita" a sentença que condena o réu ao pagamento de multa a título de sanção civil por infração ao Código de Defesa do Consumidor sem que tenha havido pedido inicial na ação em que o autor busca a satisfação de direito individual, devendo-se excluir o excesso. Entendimento não sufragado pelos demais julgadores.

O valor da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.006464-4, de Turvo, Rel: Des. Jaime Ramos, j. 11.8.2009).

Do referido voto extrai-se: "Portanto, embora na espécie a imposição de multa se encontre prevista na legislação consumerista, de ordem pública, o MM. Juiz "a quo" não poderia impor de ofício a referida sanção consubstanciada nos arts. 56 e 57 do CDC, tanto por caracterizar decisão "ultra petita", uma vez que nenhum Juiz pode prestar tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais", não podendo abranger coisa diversa do que foi pedido (arts. 2º, 128, 459 e 460, do Código de Processo Civil); como por não se tratar de demanda voltada à defesa de direitos transindividuais (art. 13 da Lei n. 7.347/85 e art. 90 do CDC); como, ainda, por não ter sido oportunizados à demandada o contraditório e a ampla defesa acerca da matéria, no devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988)".

Seguindo tal entendimento, constata-se que houve, na espécie, julgamento "ultra petita", posto que a sanção aplicada não foi pleiteada na exordial e por não ser ela cabível em litígio individual. Da mesma forma, não foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa á ré quanto a este ponto.

Contudo, a anulação da sentença não é a medida mais adequada, cabendo somente o seu ajuste ao processo, com a exclusão da parte excedente.

Sobre o tema, é oportuna a lição de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, retirada do precedente já citado:

A sentença 'extra petita' é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo (ex.: a sentença 'de natureza diversa da pedida' ou que condena em 'objeto diverso' do que fora demandado). O tribunal deve anulá-la (RSTJ 79/100, RT 502/169, JTA 37/44, 48/67, Bol. ASSP 1.027/156, RP 6/326, em. 185).

Não ocorre o mesmo com a sentença 'ultra petita', i.e., que decide além do pedido (ex.: a que condena o réu 'em quantidade superior' à pleiteada pelo autor ou condena ao pagamento de multa não pedida; v, RSTJ 148/373). Ao invés de ser anulada pelo Tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido (STJ-3ª T., Resp 29.25-7-SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 1º.12.92, deram provimento em parte, v.u., DJU 8.2.93, p. 1.031; STJ-RT 673/181, 849/220 (6ª. T., AI 262.329-AgRg-Edcl), RT 750/307, RTJ 89/533, 112/373, RJTJESP 49/129, JTJ 239/47, RP 4/406, em. 193).(Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39 ed.. São Paulo:Saraiva, 2007, p. 545-546).

Assim sendo, a condenação da ré ao pagamento da sanção civil com base nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor implica julgamento "ultra petita" e, por isso, deve-se adequar os termos da sentença aos limites fixados na exordial, afastando-se a citada pena imposta.

Pelo exposto, acolhe-se parcialmente a preliminar de nulidade da sentença por julgamento "ultra petita", para afastar somente a sanção civil aplicada nos termos da legislação consumerista.

DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento parcial ao recurso da ré.

O julgamento, realizado no dia 31 de maio de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Desembargador Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 07 de junho de 2011.

Pedro Manoel Abreu

Relator

ANEXO C
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.011874-1 DE 15/06/2011

Tipo: Apelação Cível

Número: 2011.011874-1

Relator: Jaime Ramos

Data: 15/06/2011

Apelação Cível n. 2011.011874-1, de São Bento do Sul.

Relator: Des. Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO CONCEDIDO - TELEFONIA - INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS CONTRA COMPANHIA TELEFÔNICA - IMPOSIÇÃO "EX OFFICIO" DE SANÇÃO CIVIL (CDC, ART. 56) NA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO "*ULTRA PETITA*" (CPC, ARTS. 128, 459 E 460 DO CPC) - EXCLUSÃO DO EXCESSO PARA ADEQUAR O JULGADO AOS LIMITES DO PEDIDO INICIAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - HABILITAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SOLICITADO PELO CONSUMIDOR - DÉBITO QUESTIONADO PELO USUÁRIO PERANTE A RÉ - QUANTIA EXCEDENTE INDEVIDA - REGISTRO IRREGULAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO - VALOR QUE SE MOSTRA DESPROPORCIONAL - REDUÇÃO.

A sentença deve ficar restrita aos limites do que foi pleiteado na exordial, sob pena de ofender o disposto nos artigos 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil. Considera-se "*ultra petita*" a sentença que condena a ré ao pagamento de multa a título de sanção civil por infração ao Código de Defesa do Consumidor sem que tenha havido pedido inicial na ação em que a parte autora busca a satisfação de direito individual, devendo-se excluir o excesso.

O "*quantum*" da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para a lesada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.011874-1, da Comarca de São Bento do Sul, em que é apelante 14 Brasil Telecom Celular S/A, e apelado Luiz Alberto Sieves:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na Comarca de São Bento do Sul, Luiz Alberto Sieves ajuizou "ação consignação em pagamento c/c indenização por danos morais" contra a Brasil Telecom Celular S/A, sustentando que é cliente do réu e mantém dois contratos de telefonia fixa; que em relação ao contrato de nr. 7171104309 referente ao meses de dezembro de 2008, janeiro, fevereiro e março de 2009 foram cobrados valores acima do contratado; que somados os quatro meses o valor do débito corresponde a R\$ 61,16 enquanto foi cobrado pelo réu o valor de R\$ 86,83; que foi solicitada a emissão da 2ª via da fatura com o valor correto, porém a nova fatura foi encaminhada com o valor incorreto; que não fez o pagamento pois estava aguardando a correção da fatura pelo réu; que teve seu nome inscrito no SERASA; que em relação ao segundo contrato de nr. 715114210 foram encaminhadas três faturas telefônicas referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009 nos valores de R\$ 46,47, R\$ 45,27 e R\$ 42,34 respectivamente; que as informações foram prestadas pelo serviço de 'call center' disponibilizado pelo réu no dia 16/07/2009 através do protocolo de atendimento nr. 2009771590785; que através de escritório de cobrança foram exigidos valores distintos referentes às três faturas anteriormente recebidas, com a cobrança de R\$ 140,84, R\$ 133,75 e R\$ 130,82; que por essas quantias o réu inscreveu o nome do autor no SERASA; que os valores cobrados são inerentes aos serviços não contratados ou cobrados em dissonância com o contratado; que teve seu nome incluído no SERASA por débitos inexistentes.

Postulou, inicialmente, a antecipação de tutela para excluir o seu nome dos órgãos de proteção ao crédito e, ao final, requereu a procedência da ação para: a) que o réu seja designado a receber os valores de R\$ 61,16 e R\$ 134,08 como devidos referentes aos débitos dos contratos; b) seja excluído definitivamente o nome do autor do rol de inadimplentes; c) determinar a exibição da gravação telefônica de protocolo 2009771590785; e d) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais e demais verbas sucumbenciais.

Foi deferido o pedido de tutela antecipada.

Citada, a Brasil Telecom contestou alegando que o autor solicitou previamente a instalação dos planos e serviços cobrados nas faturas; que a retirada dos serviços ocorreu somente em 31/03/2009 por solicitação do demandante; que quando o demandante reclamava junto ao 'call center' imediatamente era aberta sindicância; que na análise das sindicâncias verificou-se que as reclamações do autor eram improcedentes; que os valores cobrados são devidos, porque foram contratados; que o autor teve seus dados inscritos nos órgãos de proteção ao crédito porque não efetuou o pagamento dos valores devidamente cobrados; que não restou configurado fato capaz de ensejar em indenização por danos morais; que no caso de procedência do pedido, o "*quantum*" indenizatório deve ser fixado de forma moderada e proporcional.

Houve réplica.

Em seguida, o MM. Juiz proferiu a seguinte sentença:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Luiz Alberto Sieves em face de Brasil Telecom Celular S/A, partes qualificadas inicialmente, e RESOLVO O MÉRITO, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Destarte:

"a) Determino a expedição de alvará dos valores consignados em juízo, em favor da ré e, via de consequência, dou por quitadas as faturas relativas as meses de dezembro de 2008, janeiro, fevereiro e março de 2009 do contrato nº 7171104309 (linha 3626-6799), bem como aquelas expedidas nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009, do contrato nº 715114210 (linha nº 3626-2831).

"b) CONDENO a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pelo autor, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), incidindo atualização monetária a contar do 16º dia da publicação desta sentença;

"c) Condeno a ré, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que são fixados em 15% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil;

"d) IMPONHO DE OFÍCIO, e com amparo nos arts. 56 e 57 da Lei nº 8.078/90, à ré, sanção civil (punição) no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser depositada em conta-única para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor e, em não existindo este na Comarca, ao fundo estadual (art. 57 da Lei nº 8.078/90, analogicamente) - valor este que será corrigido monetariamente desde a data desta sentença pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina e acrescido dos juros legais a partir do trânsito em julgado desta decisão".

Inconformada, a Brasil Telecom apelou alegando que o "*quantum*" indenizatório da condenação por indenização por danos morais é excessivo e desproporcional e, por isso, requereu a redução. Aduziu que na sentença houve julgamento "extra petita" em relação à multa civil aplicada de ofício e que a aplicação da sanção civil somente pode ser imposta por autoridade administrativa.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

VOTO

Há que se dar provimento parcial ao recurso.

1. Do julgamento "ultra petita"

Observe-se, inicialmente, a nulidade parcial da sentença ante o julgamento "ultra petita", pelo fato de o MM. Juiz ter imposto à ré a sanção civil prevista no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, o que não foi pleiteado na exordial, circunstância que viola aos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil.

O MM. Juiz, após longa e bem estudada fundamentação, condenou a Brasil Telecom ao pagamento da multa civil (arts. 56 e 57, do CDC) no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor do fundo municipal de defesa do

consumidor ou, na inexistência deste, em benefício ao fundo estadual, ao determinar na parte dispositiva de sua decisão: "IMPONHO DE OFÍCIO, e com amparo nos arts. 56 e 57 da Lei nº 8.078/90, à ré, sanção civil (punição) no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser depositada em conta-única para reversão ao fundo municipal de defesa do consumidor e, em não existindo este na Comarca, ao fundo estadual (art. 57 da Lei nº 8.078/90, analogicamente) - valor este que será corrigido monetariamente desde a data desta sentença pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina e acrescido dos juros legais a partir do trânsito em julgado desta decisão." (fl. 125).

Dispõe o art. 128, do Código de Processo Civil, que "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte". Por sua vez, o art. 460, do mesmo Estatuto, estabelece que "é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, tecendo comentários ao art. 460, registram:

"O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso (...); a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 668/669).

Segundo MOACYR AMARAL SANTOS "para ser precisa, deve a sentença conter-se nos limites do pedido. 'O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte' (art. 128). 'É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado' (art. 460). Precisa, e como tal, limitada à decisão do pedido do autor. Afastando-se dessa norma, decidindo ultra ou extra petita, estará contaminada de vício, que afeta a sua eficácia. Não poderá a sentença ir além do pedido (ultra petita), salvo o que nele virtualmente se contém, tais os frutos e as acessões do principal, nem fora do pedido (extra petita), isto é, decidir sobre coisa não pedida. Em ambos os casos, verificado o vício, será ineficaz e nula, ocorrendo, porém, que no primeiro caso a nulidade poderá deixar de ser declarada quando a sentença possa ser reduzida na instância superior, 'sempre que a coisa ou o valor sobre que recair a redução estiver expressamente mencionado na sentença' (Gabriel de Rezende Filho). Mas, limitada que está a sentença a pronunciar-se sobre o pedido do autor, por outro lado, deverá ser completa. E completa será, decidindo do pedido sem omissões e sobre todos os pedidos, se vários se cumlarem. Igualmente ineficaz e nula é a sentença citra petita. Outrossim será incompleta e nula se deixar de decidir questões prejudiciais: o pronunciamento quanto a estas é obrigatório e antecederá ao da matéria de mérito" (Comentários ao código de processo civil. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 4, p. 438).

ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, por sua vez, adverte que "a lide, portanto, é limitada pelo pedido. O juiz não pode ir além (sentença 'ultra petita'), nem ficar aquém (sentença 'citra petita'), nem conhecer de pedido ou fundamento que o autor não fez (sentença 'extra petita')". (Manual de Direito Processual Civil. 5. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175).

Na hipótese, o pedido do demandante é de indenização por dano moral em razão de ilícito civil de caráter não-patrimonial, pleiteando, em síntese, a procedência da ação de consignação em pagamento e da condenação da ré ao pagamento do "*quantum*" indenizatório. O MM. Juiz "*a quo*", além de condenar a concessionária de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor do autor, impôs de ofício a sanção civil, com amparo no art. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida para fundo municipal de defesa do consumidor ou outro.

Admitiu o douto Magistrado que a sanção civil não foi pedida na inicial, mas argumentou que o Judiciário pode arbitrá-la com base na aplicação analógica dos termos dos arts. 56 e 57, do Código de Defesa do Consumidor, que amparam a possibilidade de a autoridade administrativa impor sanções pecuniárias, visando a coibir práticas abusivas do fornecedores. Dispõem os citados artigos:

"Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

"I - multa;

"[...]

"Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

"Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

"Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo."

Vale destacar que os citados artigos estão no Capítulo VII do CDC (Das sanções administrativas), ou seja, as sanções ali previstas são de competência da autoridade administrativa, que as aplicará mediante procedimento próprio. Nas ações coletivas, em que se busca a proteção de interesses transindividuais ou individuais homogêneos, é admitido ao Juiz aplicar, mediante pedido específico da parte, sanção pecuniária, cujo valor reverterá ao fundo de defesa do consumidor, conforme

o disposto no art. 13 da Lei Federal n. 7.347/85. Todavia, na hipótese, não se trata de ação coletiva e nem sequer houve pedido inicial no sentido de impor à Brasil Telecom multa civil.

Além do mais, não é possível aplicar a citada sanção civil em processo que versa sobre litígio estritamente individual, ou seja, que não objetiva reconhecer direito ou determinar medida em defesa de interesse da coletividade, ainda mais "ex officio". Como bem consignou o eminente Ministro Castro Meira no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado Segurança de n. 21.518, a "multa consagrada no art. 56 do CDC não objetiva à reparação do dano sofrido pelo consumidor (objeto de demanda judicial própria), mas sim à punição por prática vedada pela norma de proteção e defesa do consumidor, a fim de coibir a sua reiteração, o que caracteriza típico exercício do poder de polícia administrativa. Ausência de violação ao princípio do 'ne bis in idem'. Precedente da Turma: RMS 21.114/BA, DJ de 29.06.06." (STJ, RMS n. 21.518/RN, Rel. Min. Castro Meira, j. em 10.10.2006).

Convém ressaltar que não se desconhece a possibilidade de o MM. Juiz fixar na sentença medidas visando à efetividade do processo, como a fixação de astreintes (arts. 461, § 4º e 475-J, do CPC) ou de outras medidas assecuratórias da efetividade da prestação jurisdicional final. São medidas processuais. Não é dessa natureza, contudo, a multa imposta na sentença, que tem cunho eminentemente administrativo, de direito material, e não assecuratório do cumprimento de decisão judicial.

Portanto, embora na espécie a imposição de multa se encontre prevista na legislação consumerista, de ordem pública, o MM. Juiz "a quo" não pode impor de ofício a referida sanção consubstanciada nos arts. 56 e 57 do CDC, tanto por caracterizar decisão "ultra petita", uma vez que nenhum Juiz pode prestar tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais, não podendo abranger coisa diversa do que foi pedido (arts. 2º, 128, 459 e 460, do Código de Processo Civil); como por não se tratar de demanda voltada à defesa de direitos transindividuais (art. 13 da Lei n. 7.347/85 e art. 90 do CDC); como, ainda, por não ter sido oportunizados à demandada o contraditório e a ampla defesa acerca da matéria, no devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988).

Decidiu esta Corte de Justiça, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2006.000764-8, de Santa Rosa do Sul, relatada pelo eminente Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, julgada em 04.09.2008, cujo acórdão restou assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA ACOLHENDO O PEDIDO E FIXANDO SANÇÃO CIVIL EM FAVOR DO FUNDO MUNICIPAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

"INSURGÊNCIA DA ACIONADA - 1) NULIDADE PARCIAL DO DECISUM POR JULGAMENTO EXTRA PETITA - PRELIMINAR ACOLHIDA - APLICAÇÃO, EX OFFICIO, DE SANÇÃO PECUNIÁRIA EM DESFAVOR DA FORNECEDORA, A SER RECOLHIDA EM PROL DE FUNDO MUNICIPAL, COMO MEDIDA PEDAGÓGICA,

VOLTADA A IMPEDIR A REITERAÇÃO DE PRÁTICAS ABUSIVAS - PROVIDÊNCIA DESCABIDA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 56 E 57 DO CDC PARA DAR RESPALDO À CONDENAÇÃO - DISPOSITIVOS QUE PREVÊEM SANÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, FIXANDO A COMPETÊNCIA PARA SUA APLICAÇÃO, NÃO A ESTENDENDO AO PODER JUDICIÁRIO EM SEDE DE AÇÕES INDIVIDUAIS - AO MAGISTRADO DESCABE, SOB O PRETEXTO DE PREENCHER VÁCUO NORMATIVO, COMINAR SANÇÃO ESTABELECIDADA PARA HIPÓTESES E PROCEDIMENTOS DIVERSOS DAQUELES EXAMINADOS NO CASO CONCRETO - CARÁTER APENATÓRIO DA MEDIDA, AFASTANDO SUA INCIDÊNCIA PARA CASOS NÃO REGRADOS EXPRESSAMENTE EM LEI - NECESSIDADE DE PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, POSTULADO QUE ANTECEDE E JUSTIFICA A EXISTÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - DISTINÇÃO ENTRE LACUNA LEGISLATIVA E SILÊNCIO DO LEGISLADOR A SER OBSERVADA COM CAUTELA PELO JULGADOR, DE MODO A NÃO INCIDIR EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º DA CF), INGRESSANDO EM CAMPO DE ATUAÇÃO RESERVADO UNICAMENTE AO PODER LEGISLATIVO - 2) APONTAMENTO A PROTESTO DE VALOR REFERENTE À PARCELA DE CONTRATO DE MÚTUO QUITADA EM DATA ANTEREDENTE À DO VENCIMENTO - OBRIGAÇÃO DA CREDORA EM VERIFICAR O ADIMPLEMENTO PREVIAMENTE AO PATROCÍNIO DO ATO NOTARIAL - CONDUITA NEGLIGENTE - DANO MORAL CARACTERIZADO INDEPENDENTEMENTE DE PROVA DO EFETIVO PREJUÍZO - DEVER DE INDENIZAR - 3) VERBA REPARATÓRIA - MANUTENÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA ORIGEM, PORQUANTO ADEQUADO ÀS PECULIARIDADES DO CASO, AO CARÁTER PEDAGÓGICO-PUNITIVO DA MEDIDA, BEM COMO À REPERCUSSÃO DA LESÃO E ÀS CONDIÇÕES DAS PARTES - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSC, AC n. 2006.000764-8, de Santa Rosa do Sul, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 04.09.2008).

Dos fundamentos do judicioso voto extrai-se o seguinte:

"1- Do julgamento extra petita

"O magistrado de primeiro grau, além de condenar a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 em favor do autor da demanda, impôs, ainda, sanção pecuniária no importe de R\$ 50.000,00 a ser recolhida ao fundo municipal de defesa do consumidor.

"Para tanto, visando superar a ausência de pedido na inicial da ação e a inexistência de previsão normativa específica, valeu-se do argumento de que se mostra cabida a cominação ante aplicação analógica dos arts. 56 e 57 do CDC, os quais, em linhas gerais, contemplam a possibilidade de a autoridade administrativa responsável fixar sanções pecuniárias, visando coibir práticas abusivas dos fornecedores.

"Cumpre consignar que em casos semelhantes, a tese que viabiliza a fixação de sanção pecuniária em prol de fundo de defesa do consumidor restou acolhida pela egrégia Terceira Câmara de Direito Civil deste Tribunal, em acórdãos assim ementados:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO E MULTA - PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA AFASTADA - AUSÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA - EXEGESE DOS ARTIGOS 56 E 57 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CARÁTER PUNITIVO DA CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE - PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR - DANO MORAL CARACTERIZADO - REGRA DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL - MONTANTE DA INDENIZAÇÃO QUESTIONADO - VALOR ESTIMATIVO - ARBITRAMENTO - INCUMBÊNCIA DO MAGISTRADO - ATENÇÃO AO ARTIGO 944 DO CODEX CIVIL - PLEITO PELA MAJORAÇÃO E MINORAÇÃO DO QUANTUM - INACOLHIMENTO - PRESQUETIONAMENTO DE ARTIGOS PREJUDICADO - RECURSOS DESPROVIDOS

"Não caracteriza julgamento extra petita a imposição, pela autoridade judiciária, da penalidade de multa por infração às normas da legislação consumerista, especificamente pela cogência de seus mandamentos, cujas violações podem ser apuradas, declaradas e punidas de ofício, precipuamente, em virtude do interesse público manifesto no inarredável propósito do Estado de promover a plena defesa dos interesses do consumidor, porquanto imperativo constitucional relevante' (Apelação Cível n. 03.018286-1, de Criciúma, de minha lavra).

"É consabido, que em sede de dano moral, o valor a ser fixado tem por escopo desestimular a prática de reiterados desrespeitos, porquanto a idoneidade moral de um ser humano é traço incapaz de ser mensurado economicamente, buscando-se acalantar o ultrajado na sua intimidade pelo vexame vivido, por meio de importância apta a propiciar um contentamento próximo ao dano experimentado.

"Incumbe ao Magistrado sopesar as circunstâncias do embate apresentado, analisando o dano e as condições econômico-financeiras das partes, a fim de arbitrar um montante próximo ao ideal e almejado por estas, visto que inexistente um 'tabela' numerus clausus elencando cada dano com o seu respectivo valor compensatório.' (Apelação Cível n. 2004.020301-2, de Criciúma)

"Ainda: Apelação Cível n. 2003.018286-1, de Criciúma, julgada em 18.06.2004.

"Todavia, com a maior vênica possível aos que defendem esse entendimento, tem-se que ele não encontra respaldo no direito brasileiro em vigor.

"Com efeito, sem embargo do louvável esforço do magistrado em tentar estabelecer um novo método para coibir práticas abusivas, que, diga-se de passagem, são rotineiras e recorrentes no mercado de consumo, é forçoso reconhecer, contudo, que o direito brasileiro em voga não evoluiu a tal ponto de munir o magistrado para, em ação individual, adotar medidas sancionatórias contra o fornecedor, voltadas a atuar pedagogicamente e, com isso, impedir a reiteração de condutas prejudiciais a todo o mercado de consumo.

"No caso, como já dito, a sanção fixada pelo magistrado parte de aplicação analógica das sanções estabelecidas nos arts. 56 e 57 do CDC, cujo teor se transcreve para melhor delimitação do tema em debate:

"[...]

"Os referidos artigos estão situados no Capítulo VII do CDC intitulado 'Das sanções administrativas', ou seja, as penas ali previstas estão endereçadas à autoridade administrativa competente (Procon, por exemplo), que as poderá aplicar mediante procedimento administrativo próprio.

"Acerca da natureza e caráter da multa prevista nos artigos acima citados, leciona o doutrinador Bruno Miragem:

"Função da multa administrativa: A natureza da multa administrativa é de caráter punitivo, na medida em que representa penalidade própria para infração às normas de proteção do consumidor. Entretanto, tendo em vista sua destinação específica, a fundos de defesa do consumidor nos Estados e municípios e de direitos difusos em nível federal, esta também assume certo caráter reparatório - quando possível a reversão dos danos causados - ou reparatório - quando, embora não vinculada diretamente à reparação do dano causado, é destinada, através de um fundo próprio, ao financiamento de projetos relacionados mediatamente com os bens jurídicos aos quais visa proteger. (MIRAGEM, Bruno. MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 875)

"Também, em sede de ações coletivas, nas quais se busca a proteção de interesses transindividuais ou individuais homogêneos, é admitido ao juiz de direito aplicar, mediante pedido específico na inicial, sanção pecuniária a reverter em prol de fundos de defesa do consumidor, como bem se percebe da leitura do art. 13 da Lei n. 7.347/85, verbis:

"Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

"Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária."

"Assim, em exame das normas atualmente em vigor, pode-se concluir que é dada a aplicação de sanção pecuniária em desfavor do fornecedor apenas em dois casos: a) por autoridade administrativa, nas hipóteses previstas nos arts. 56 e 57 do CDC; b) por autoridade judicial, em sede de ação civil pública, voltada à defesa de interesses transindividuais (art. 13 da Lei n. 7.347/85 c.c art. 90 do CDC), desde que haja pedido na inicial, ou quando, procedida a condenação do fornecedor, em ação concernente a direitos individuais homogêneos, não houver habilitação de interessados no prazo de um ano (art. 100, parágrafo único, do CDC).

"Afora isso, não há qualquer autorização legal para que o juiz de direito venha a impor sanção pecuniária ao fornecedor, no desempenho da função jurisdicional, em sede de ação individual proposta por consumidor.

"Tanto assim, que o togado de primeiro grau, para justificar a adoção da medida, salientou estar realizando uma aplicação analógica das sanções estabelecidas nos arts. 56 e 57 do CDC para o caso dos autos.

"No entanto, a analogia, como forma de integração do direito, só pode ser utilizada nos casos em que se verificar omissão na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, verbis:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

"E assim o é por uma razão muito simples: a de que nosso Estado se organiza a partir do princípio da tripartição dos poderes, decorrendo daí que ao legislativo incumbe estabelecer as normas a serem seguidas, e ao judiciário resolver os conflitos de interesses mediante as leis pre-concebidas, só havendo espaço para 'criação judicial' na ausência de regramento específico pelo poder legislativo.

"Vale dizer, a analogia deve ser empregada diante de vácuo legislativo, isso é, diante de situação fática não imaginada pelo legislador, a qual não se subsume perfeitamente a quaisquer das normas então vigentes no ordenamento jurídico.

"Isso pode surgir por diversas razões, tais como evolução social ou descuido do legislador. Exemplo bastante claro de lacuna legislativa, verifica-se com o amplo avanço tecnológico e as complexas relações jurídicas que surgem mediante tais inovações, como contratos realizados e crimes cometidos mediante a internet, aos quais, por inexistir regramento específico, são aplicadas, sempre mediante esforço interpretativo, as normas de direito civil/penal equivalentes.

"De qualquer modo, o que importa ter presente é que a analogia, por se tratar de método de integração do direito, que dá poderes ao juiz de criar uma solução para casos não imaginados pelo legislador, deve sempre ser utilizada com muita cautela, cabendo ao magistrado ter muito cuidado ao se deparar com o ordenamento jurídico, para distinguir os casos em que há mesmo vácuo legislativo, ou se, na realidade, aquela falta de previsão normativa se trata de omissão proposital do legislador.

"Com efeito, salvo melhor juízo, não parece que o fato de inexistir lei que autorize a aplicação de sanção pecuniária ao fornecedor em sede de ação individual se trate de uma lacuna na lei.

"A conclusão, em verdade, só pode ser no sentido contrário: a de que não há autorização normativa para que o magistrado venha a aplica-la.

"Não se cuida aí de lacuna, mas de silêncio eloqüente da norma.

"Seria inusitado que o legislador, a cada tema que regrasse, viesse a dispor: 'A este caso não se aplicam as sanções administrativas previstas nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor'.

"Muito mais lógico, e adequado à boa técnica legislativa, que as previsões legais acerca de sanções, por homenagem ao princípio da tipicidade, só venham estabelecidas nos casos e diante dos fatos previamente estabelecidos para tanto.

"De fato, embora de aplicabilidade muito mais voltada ao direito penal, não se pode esquecer que, em nosso ordenamento, vige o princípio da reserva legal, o qual só permite a aplicação de sanções, sejam elas pecuniárias ou civis, mediante prévia disposição de lei, e pela autoridade competente.

"Isso advém, não só da garantia prevista no art. 5º, XXXIX, da CF, como, antes de tudo, do próprio estado democrático de direito, o qual existe primordialmente para conferir segurança jurídica aos seus cidadãos, baseado sempre na lei (art. 5º, caput, da CF), e na tripartição dos poderes estatais (art. 3º, da CF), impedindo invasões patrimoniais arbitrárias e desprovidas de antecedente norma aprovada pelo parlamento a autorizando.

"Assim, não se pode conceber a aplicação de pesada pena pecuniária à míngua de prévia estipulação legal, por mais justa que possa parecer a reprimenda ao fornecedor que, abusiva e reprovavelmente, viola os direitos do consumidor, até porque, embora subtraindo tal poder do juiz de direito, o CDC não deixa tais condutas impunes, pois, como visto, confere competência a autoridades administrativas de impor as sanções necessárias, e até mesmo ao Ministério Público em ajuizar ação civil pública buscando sua incidência.

"Não é o caso aqui de se defender uma posição conservadora, de apreensão do jurista à literalidade da lei.

"Pelo contrário, é evidente que o magistrado deve gozar de autonomia em sua tarefa de resolver da forma mais lúdica e justa os casos concretos que lhe são submetidos, sob pena até de engessar a justiça, proporcionando a prolação de decisões injustas e distanciadas da realidade social.

"Contemplando esse raciocínio, o STJ já deixou assentado que é dever do juiz proferir o julgamento mais próximo à realidade e da justiça social, devendo, contudo, assim proceder apenas dentro do campo legal:

"[...]. Se o Juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra a lei, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da justiça e do bem comum (in RSTJ 26/378).

"O artigo 126 do CPC é claro ao enunciar que 'o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito'.

"Entretanto, insiste-se que a atividade de criação de soluções para o caso concreto deve estar sempre pautada e balizada pela lei e pelos princípios que a orientam, sob pena de se permitir judiciário dispor diferentemente daquilo que claramente quis o legislador ao promulgar a norma, em clara violação ao princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da Constituição Federal.

"Foi o que ocorreu no caso concreto, pois, conforme já ressaltado no decorrer deste voto, não há falar em lacuna ou omissão da lei, mas sim em ausência de previsão legal inerente à imposição de sanção civil em sede de ação individual.

"[...]

"A multa prevista no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor trata-se de uma sanção administrativa que, como tal, deve ser imposta "pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição". Não sendo para tais fins o juiz de Direito "autoridade administrativa", mas autoridade judicial, não lhe cabe aplicar a sanção, muito menos ainda de ofício. Ademais, diante do disposto no artigo 57 do CDC, os recursos decorrentes de tais multas devem ser revertidos ao "fundo de que trata a lei 7.347, de 24 de junho de 1985", que em nada se confunde com o bolso do consumidor lesado. (Recurso Inominado n. 2006.300862-9, de Anchieta - DJE n. 323, de 01/11/2007. Relator: Juiz Edir Josias Silveira Beck) (grifou-se)

"Ademais, não bastassem as violações apontadas ao direito material, convém ressaltar que, no plano processual, a providência adotada na sentença malferre os princípios da demanda e da congruência, porque o autor não formulou tal pedido condenatório na inicial, gerando julgamento extra petita.

"É consabido que 'o autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença citra ou infra petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido.' (Nelson Nery Júnior, Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª ed., SP, pág. 907).

"Logo, merece provimento o recurso no ponto para declarar nula a decisão hostilizada no tocante à condenação da ré no pagamento da quantia de R\$ 50.000,00, a título de sanção, em favor de fundo de defesa do consumidor, ante o julgamento extra petita.". (TJSC, AC n. 2006.000764-8, de Santa Rosa do Sul, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 04.09.2008).

Essa orientação vem seguida por outros julgados desta Corte de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELEFONIA DE LONGA DISTÂNCIA. ATO DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. ELEVAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO, EX OFFICIO, DE MULTA CIVIL (ARTS. 56 E 57, CDC). ATRIBUIÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

"[...] 4. A aplicação da multa de que cogita o art. 56, inc. I, e o art. 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor, é de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, sendo, pois, descabido fixá-la, de ofício, em ação judicial." (TJSC, AC

n. 2008.040512-5, de Santa Rosa do Sul, Rel. Des. Newton Janke, j. em 14.04.2009).

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO AUTOR NO SPC. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA INSCRIÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO E IMPOSIÇÃO, EX OFFICIO, DE SANÇÃO CIVIL, FULCRADA NOS ARTIGOS 56 E 57 DO CDC. JULGAMENTO ULTRA PETITA. DECOTAÇÃO DO EXCESSO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO DESCABIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSC, AC n. 2004.022662-4, de Sombrio, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 19.02.2009).

"PROCESSUAL CIVIL - INTERESSE INDIVIDUAL - IMPOSIÇÃO EX OFFICIO DE SANÇÃO CIVIL QUE BENEFICIA A COLETIVIDADE - TUTELA INIBITÓRIA - ANALOGIA - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO EXTRA PETITA - ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA AOS LIMITES DO PEDIDO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

"1 Em processo versando sobre litígio estritamente individual, mostra-se inviável a aplicação analógica da tutela inibitória, que possui natureza essencialmente processual e guarda relação direta com o estatuído no art. 461 do Código de Processo Civil, para conferir 'punição' em prol de interesse material da coletividade.

"2 Em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado no aproveitamento dos atos processuais quando deles não resultar prejuízo às partes, deve ser rejeitado o pedido de declaração de nulidade da sentença, por julgamento extra petita, bastando a sua adequação aos limites do pedido." (TJSC, AC n. 2008.040276-5, de Santa Rosa do Sul, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 25.08.2008).

"Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais. Responsabilidade civil. Linha telefônica vendida para terceiro. Solicitação de transferência de titular. Recebimento de contas telefônicas de prefixo diverso, não pertencente ao autor. Débito inexistente. Inclusão indevida do seu nome na Serasa. Pedidos julgados procedentes. Imposição à ré, de ofício, de sanção administrativa civil, com base nos artigos 56 e 57 do CDC. Inadmissibilidade da sua aplicação pelo Judiciário. Precedente. Condenação pelo dano moral decretada. Critérios de fixação do quantum reparatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Majoração da soma. Apelo principal provido, em parte. Recurso adesivo acolhido. Prequestionamento. Desnecessidade do julgador apreciar todos os dispositivos legais apontados pela insurgente. Orientação jurisprudencial neste sentido consolidada." (TJSC, AC n. 2004.036116-8, de Sombrio, Rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 18.04.2008).

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA CUMULADA COM DANOS MORAIS - CONTRATO DE TELEFONIA MÓVEL - PERMANÊNCIA DE BLOQUEIO DA LINHA TELEFÔNICA APÓS QUITAÇÃO DO DÉBITO - ATO ILÍCITO PRATICADO - ABALO MORAL CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR - IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO CIVIL REVERTIDA AO FUNDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MEDIDA DESARRAZOADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"Comete ato ilícito passível de indenização a empresa de telefonia que não desbloqueia a linha telefônica depois de devidamente quitada.

"Inexistente na exordial pedido de condenação em sanção civil é vedado ao Magistrado extrapolar os limites da lide, porquanto estaria obrando em desconformidade com o disposto nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil." (TJSC, AC n. 2008.008193-2, de Turvo, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 15.04.2008).

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO CIVIL, NO IMPORTE DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), REVERTIDA EM PROL DO FUNDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MEDIDA JUDICIAL DESARRAZOADA - INSTALAÇÃO DE TERMINAL TELEFÔNICO EM CIDADE DIVERSA DO AGENTE - FORNECIMENTO DO NÚMERO DO CADASTRO DE PESSOA FÍSICA POR PESSOA DIVERSA DO TITULAR - CONTRATAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA CALL CENTER - NEGATIVAÇÃO DO NOME DO LESADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ABALO MORAL CONFIGURADO - PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - ADEQUAÇÃO DESNECESSÁRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"Inexistente na exordial pedido de condenação em sanção civil é vedado ao Magistrado extrapolar os limites da lide, porquanto estaria obrando em desconformidade com o disposto nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil." (TJSC, AC n. 2006.041787-0, de Santa Rosa do Sul, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 27.02.2007).

Portanto, na espécie houve julgamento "ultra petita", uma vez que a sanção civil aplicada na sentença, com base nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, não foi pleiteada pela parte autora na inicial, bem como a sua imposição não era cabível na demanda em que se discute apenas litígio estritamente individual, além do que não foram oportunizados à demandada o contraditório e a ampla defesa acerca da matéria específica.

THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, tecendo comentários ao art. 460, ensinam:

"A sentença 'extra petita' é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo (ex.: a sentença 'de natureza diversa da pedida' ou que condena em 'objeto diverso' do que fora demandado). O tribunal deve anulá-la (RSTJ 79/100, RT 502/169, JTA 37/44, 48/67, Bol. ASSP 1.027/156, RP 6/326, em. 185).

"Não ocorre o mesmo com a sentença 'ultra petita', i.e., que decide além do pedido (ex.: a que condena o réu 'em quantidade superior' à pleiteada pelo autor ou condena ao pagamento de multa não pedida; v, RSTJ 148/373). Ao invés de ser anulada pelo Tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido (STJ-3ª T., Resp 29.25-7-SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 1º.12.92, deram provimento em parte, v.u., DJU 8.2.93, p. 1.031; STJ-RT 673/181, 849/220 (6ª. T., AI 262.329-AgRg-Edcl), RT 750/307, RTJ 89/533, 112/373, RJTJESP 49/129, JTJ 239/47, RP 4/406, em. 193)."

(Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 545-546).

Não cabe, porém, anular a sentença e sim ajustá-la à realidade processual, com a exclusão da parte excedente da decisão de mérito, daí porque se mantêm inalterados os demais termos do julgado, com a modulação adiante esclarecida.

O fato de o MM. Juiz "*a quo*" ter condenado a concessionária ao pagamento da sanção civil com base nos arts. 56 e 57 do CDC, implica julgamento "*ultra petita*" e, por isso, deve-se adequar os termos da sentença aos limites fixados na exordial, afastando-se a citada pena pecuniária imposta à ré.

Pelo exposto, faz-se adequação da parte dispositiva da sentença ao pedido exordial, com a exclusão da parte que aplicou a sanção civil nos termos dos art. 56 e 57 do CDC, em razão da nulidade da decisão de mérito por julgamento "*ultra petita*".

Em consequência, é despiciendo analisar a alegação da apelante quanto à ausência de competência do MM. Juiz para aplicar a citada sanção civil na hipótese, que, segundo a ré somente poderia ser imposta por autoridade administrativa.

Do mérito

2. Da responsabilidade civil

Convém analisar a responsabilidade civil da empresa concessionária de serviço público de telefonia.

Dispõe o § 6º do art. 37 da Constituição Federal: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa".

O art. 15, do Código Civil de 1916, já dispunha: "As pessoas jurídicas de direito público [e, por extensão, também as concessionárias prestadoras de serviços públicos] são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano" [se estes agirem com dolo ou culpa].

Mais abrangente, o art. 43, do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02), que já estava em vigor à época dos fatos discutidos nestes autos, pois vigente desde 12.01.2003, assim dispõe: "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

A responsabilidade civil do Poder Público e dos prestadores de serviços públicos é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, diz Hely Lopes Meirelles, que alinha entre as excludentes dessa responsabilidade da administração a culpa

exclusiva da vítima ou a atenuação dela no caso de culpa concorrente desta (Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 626/631).

Efetivamente, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, adotou a teoria do risco administrativo, no sentido de que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração; esta, por sua vez, só poderá se eximir total ou parcialmente da responsabilidade se demonstrar a culpa exclusiva da vítima no evento danoso, caso fortuito ou força maior.

Sobre a responsabilidade objetiva do Estado e das concessionárias de serviço público, SÍLVIO RODRIGUES assim leciona:

"Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

"A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele" (Direito civil, v. IV, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10).

No mesmo sentido HELY LOPES MEIRELLES:

"A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

"Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais" (Direito administrativo brasileiro, 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 626).

Vê-se que a doutrina se assenta na equação evento danoso, dano e a autoria, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante de elementos tradicionais como a culpa e o dolo.

Nesse sentido já se posicionou o excelso Supremo Tribunal Federal, como se vê pelo seguinte julgado:

"A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento

doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público" (STF, RE n. 109615/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Melo, DJU 02.08.1996).

Doutra parte, a relação jurídica entre a fornecedora de serviços telefônicos/internet e o consumidor é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que determina a responsabilidade do prestador de serviços independentemente da existência de culpa, isto é, considera objetiva a responsabilidade dele, desde que configurados o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre este e aquele, para que nasça a obrigação de indenizar (art. 14).

O art. 22, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos." Consoante o parágrafo único, "nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código".

Portanto, a concessionária somente se exime do dever de indenizar se demonstrar no feito alguma excludente, como culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou caso fortuito ou força maior (art. 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor).

3. Do evento danoso

A Brasil Telecom alega que agiu licitamente ao promover a inserção do nome do autor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito por falta de pagamento das faturas questionadas, daí porque não deve ser condenada ao pagamento da verba indenizatória, uma vez que agiu no exercício regular de um direito.

O apelado, por sua vez, alega que não há contestação por parte do apelante acerca da decisão judicial que reconheceu como quitados os débitos, e, por isso, teria o recorrente admitido que os valores cobrados eram indevidos. Informa ainda que a irresignação recursal limitou-se ao valor da indenização por danos morais.

Diante disso, verifica-se que a controvérsia fática limita-se a saber se o autor solicitou a contratação dos serviços cobrados em sua fatura telefônica bem como se foi devida ou não a inscrição do seu nome no rol de pessoas inadimplentes em razão da ausência de pagamento de débitos.

Na hipótese, o apelado demonstrou que seu nome foi inserido nos cadastros de pessoas inadimplentes por solicitação da Brasil Telecom (fls. 14/15) diante da ausência de pagamento de débitos nos valores de R\$ 405,41 e R\$ 347,32. Valores esses apresentados com base nos contratos telefônicos nrs. 7151104210 e 7151104309 firmados com a ré.

O recorrido informa a inexistência de contratação dos serviços, que ocasionaram as cobranças indevidas promovidas pela empresa telefônica nas faturas objeto de discussão da presente demanda. Alega que, quanto ao contrato nr. 7171104309, a apelante efetuou cobranças nas faturas de dezembro de 2008, janeiro, fevereiro e março de 2009, de valores inerentes aos serviços chamados de "pluri amigos" e "chamada em espera". Informou que jamais contratou estes serviços e que apresentou reclamação para a concessionária diante da emissão de faturas com valores errôneos por parte dela.

Por sua vez, referente ao contrato de nr. 715114210 expõe que contratou o serviço de "franquia de 800 minutos" no valor de aproximadamente R\$ 38,00, porém, o valor cobrado na fatura correspondia a R\$ 62,11 e, diante da cobrança indevida, efetuou contato com a ré para que verificasse o fato e arrumasse o equívoco cometido. Situação esta que gerou o protocolo de atendimento nr. 2009771590785.

A demandada, todavia, combate as argumentações do autor.

Da análise dos autos, verifica-se que a apelante não apresentou qualquer documento que demonstrasse a exigibilidade do débito impugnado, uma vez que apenas colacionou informações extraídas de seu sistema interno, que aparentemente demonstram que teriam sido contratados entre as partes os serviços ora apresentados nas faturas discutidas nos autos, porém, a concessionária não trouxe ao feito cópia do contrato firmado entre as partes.

Desse modo, tem-se que a Brasil Telecom apenas apresentou argumentações no sentido de que a fatura impugnada correspondia aos serviços contratados e utilizados pelo demandante, contudo, não colacionou qualquer documento hábil ou prova cabal que corroborasse as suas afirmações de que o autor efetivamente contratou os serviços cobrados em suas faturas, conforme determinam os arts. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, e 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A apelante possui todos os instrumentos para comprovar a fidedignidade ou não do pleito deduzido pelo autor, mas apesar de possuir todo esse arsenal probatório, pouco fez para desvendar a reclamação de seu consumidor, preferindo acreditar na premissa do seu sistema infalível. Aliás, determinada pelo Juízo a degravação e juntada aos autos das informações correspondentes às gravações das conversas dos atendentes do "call center" da concessionária com o consumidor, nada foi trazido aos autos. Portanto, a concessionária nada comprovou, do que alegara, de modo que não se desincumbiu do ônus da prova.

E, diante da dificuldade da parte autora para produzir a prova de que não efetuou a contratação dos serviços e, que a cobrança dos valores presentes nas faturas apresentadas nos autos é indevida, é aceitável a verossimilhança de suas alegações, haja vista que não é possível exigir dela o cumprimento do ônus processual previsto no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil.

Até porque o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que é direito do consumidor "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.".

Assim, tudo converge para aceitar a verossimilhança dos fatos alegados pelo consumidor, no sentido de que efetivamente não solicitou os serviços cobrados em sua fatura telefônica referente ao contrato nr. 7171104309 bem como não contratou o serviço de "franquia de 800 minutos" no valor de R\$ 62,11 e sim apenas no valor de R\$ 38,00, como alega.

Ademais, o fato também torna-se perfeitamente verossímil frente ao procedimento adotado pelas empresas de telefonia para o atendimento aos seus clientes, uma vez que as concessionárias centralizam o acesso de seus usuários via telefone, assumindo todos os riscos advindos desse modo imperfeito de atendimento.

Aliás, quando do atendimento do cliente pela via telefônica, a concessionária previamente informa aos usuários que o contato telefônico é monitorado e gravado por ela, portanto, cabia a ela comprovar, com a reclamada de gravação dos dados dessas conversas, que os serviços impugnados pelo demandante foram efetivamente contratados (art. 333, inc. II, do CPC). Como se disse, apesar de intimada, a demandada não apresentou a de gravação de protocolo nr. 2009771590785. Questão primordial para que fosse verificada a veracidade de suas alegações.

Destarte, houvesse a concessionária comprovado que o autor realizou a contratação dos serviços ora discutidos por certo inibiria o reconhecimento da verossimilhança das alegações do demandante.

Necessário salientar novamente que, não tendo juntado instrumento do contrato firmado entre as partes, tampouco a de gravação do protocolo de atendimento, não é possível admitir a cobrança dos serviços alegados pela concessionária.

Além do mais, observa-se que a presente lide também corresponde à ação de consignação em pagamento. Conforme exposto anteriormente, o demandante entende como devidos os valores de R\$ 61,16 referente às faturas de dezembro de 2008, janeiro, fevereiro e março de 2009 do contrato de nr. 7171104309 e R\$ 134,08 inerente às faturas dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009 do contrato nr. 715114210. Observa-se, ainda, que estes valores foram devidamente depositados em juízo (fl. 53).

Ademais, a sentença reconheceu como quitadas as faturas objetos de discussão no processo. Colhe-se trecho do julgado:

"Diante disso, por aplicação do art. 359, do CPC, reputo verdadeiros os fatos alegados pelo autor, que por meio dos referidos documentos pretendia provar, ou seja, considero não ter havido a contratação dos serviços conforme indicado.

"Assim, como a ré deixou de receber o valor consignado em juízo e porque refutadas as testes por ela levantadas na peça contestatória, a procedência do pedido de consignação em pagamento é medida que se impõe.

"[...]

"a) Determino a expedição de alvará dos valores consignados em juízo em favor da ré e, via de consequência, dou por quitadas as faturas relativas as meses de dezembro de 2008, janeiro, fevereiro e março de 2009 do contrato nº 7171104309 (linha nº 3626-6799), bem como aquelas expedidas nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009, do contrato nº 715114210 (linha nº 3626-2831)" (fls. 115 e 124).

Assim, com respectiva decisão, e analisando as razões recursais do apelante, observa-se que a discussão quanto aos valores das faturas não foram impugnados especificamente. O recorrente limitou-se a informar que não cometeu irregularidade ao inscrever o apelado nos órgãos de proteção ao crédito e que não é devida qualquer indenização ao recorrido. Além do mais, a alegação foi apresentada no tópico em que o recorrente discute diretamente o "*quantum*" a título de indenização por danos morais.

Portanto, o recorrente reconhece como devidos e quitados os valores pagos em Juízo, pelo recorrido, referente aos débitos vinculados às faturas discutidas na presente ação.

Assim, diante de todo o contexto apresentado, pode-se constatar que o apelado teve seu nome indevidamente inscrito no cadastro de inadimplentes, haja vista que a dívida que acarretou a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito corresponde à faturas emitidas com valores indevidos, que ele não tinha obrigação de pagar.

Além do mais, como se viu, a relação jurídica entre a fornecedora de serviços telefônicos e o consumidor é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.080/90), que determina a responsabilidade do prestador de serviços independentemente da existência de culpa, isto é, considera objetiva a responsabilidade dele, bastando estarem configurados o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre este e aquele, para que nasça a obrigação de indenizar (art. 14).

É verdade que, segundo o art. 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, "o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: ... a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Destarte, outra solução não pode haver senão pelo amparo ao pleito inicial, por não ter a ré arcado com o ônus probatório que lhe competia, assim, correta a sentença quanto à responsabilidade civil atribuída à requerida, devendo a empresa ré ser responsabilizada pelo evento danoso e pelo pagamento da verba indenizatória por danos morais. Não houve, de parte do consumidor, nenhum ato culposos.

O art. 43 e seus parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), os fornecedores de bens e serviços têm direito de, obedecidas as formalidades legais, cadastrar o nome de qualquer consumidor que se haja tornado inadimplente. Trata-se do exercício regular de um direito que, por esse motivo, não constitui ato ilícito. E, não havendo ato ilícito, não caberia indenização de qualquer espécie de dano (arts. 186, 188, inciso I, e 927, do Código Civil de 2002).

Todavia, o cadastro indevido do nome do consumidor em banco de dados restritivos de crédito, como é o registro no SPC e no Serasa, é ato ilícito, porque de exercício regular de direito não se trata. Nem de abuso de direito se cogita, porque nenhum direito possui o fornecedor de bens e serviços de cadastrar nome de consumidor sem que ele realmente seja inadimplente ou tenha agido com mora em relação às suas obrigações.

Impossível aplicar, portanto, qualquer das causas de exclusão de responsabilidade civil, especialmente o disposto nos arts. 393, parágrafo único, do Código Civil de 2002; e 12, § 3º, e 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a simples inscrição indevida do nome de consumidor em cadastro de proteção/restrição ao crédito é suficiente para configurar o dano moral, independentemente da existência de prova dos danos experimentados, conforme segue:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO REGULAR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - MANUTENÇÃO DO REGISTRO APÓS O PAGAMENTO DO DÉBITO - RESPONSABILIDADE DA CREDORA - DANO MORAL PRESUMIDO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - VALOR MINORADO.

"O dano moral já se caracteriza mediante a simples constatação da inscrição indevida, prescindindo-se de prévia comprovação do prejuízo, uma vez presumível diante do contexto atual." (TJSC, AC n. 2005.029525-7, da Capital, Relatora Desª. Salete Silva Sommariva, julgado em 29/08/2006).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - DUPLICIDADE DE CPF - FALTA DE DILIGÊNCIA DE EMPRESA QUE APONTA O NOME DE TERCEIRA PESSOA HOMÔNIMA À DEVEDORA - CULPA CARACTERIZADA - DANOS MORAIS PRESUMIDOS - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

"1. Comete ilícito civil indenizável quem indevidamente promove a inserção de qualquer dado pessoal ou empresarial (nome, CPF, RG, CNPJ) em bancos de dados de proteção ao crédito, tais como Serasa, SPC e Cadin, a ponto de causar prejuízos na órbita extrapatrimonial, os quais, nesta hipótese, prescindem de prova porquanto presumidos." (TJSC, AC n. 2004.029247-8, de Araranguá, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, julgado em 29.08.2006).

Ademais, a prova do dano não se faz necessária, já que para se obter a indenização pelo abalo de crédito puro, não se exige a comprovação de reflexos patrimoniais. O dano moral está inserido no agravo sofrido pelo autor em decorrência do abalo de crédito e se prova por si.

Portanto, correta a sentença pela qual a concessionária/apelante foi condenada ao pagamento de indenização dos danos morais causados ao consumidor/apelado, uma vez que é evidente a culpa da empresa telefônica pelo abalo de crédito sofrido

pelo autor, em razão da inscrição indevida de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

4. Do dano moral e do "*quantum*" indenizatório

Insurgiu-se a Brasil Telecom quanto ao valor da indenização do dano moral estipulado pelo MM. Juiz "a quo", pretendendo a redução, sob alegação, inclusive, de que o "*quantum*" indenizatório propicia o enriquecimento ilícito do autor, o que é vedado pelos arts. 884 a 886, do Código Civil de 2002.

Destaca-se que a indenização do dano moral não tem caráter de reposição, porque a moral não pode ser ressarcida, mas tem exclusivamente o objetivo de tentar compensar a dor sofrida pelo lesado em razão de atitudes equivocadas, errôneas ou dolosas de terceiros, para que estes venham a tomar as cautelas necessárias a fim de evitar que novos fatos, como o dos presentes autos, venham a acontecer.

Sabe-se que valor nenhum é capaz de ressarcir ou mesmo compensar os transtornos ocorridos. No entanto, como não existem outros critérios para compensar a dor sofrida, atualmente se vem decidindo no sentido de que a indenização pecuniária é a melhor solução para se tentar amenizar as amarguras sofridas pela ofensa ou pelo abalo moral.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES, citando SÉRGIO CAVALIERI, ensina que "só se deve reputar como dano moral 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. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações, não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 550).

Nesse sentido são os precedentes do Supremo Tribunal Federal, reproduzidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Não indenizar o dano moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. A indenização, por menor e mais insuficiente que seja, é a única sanção para os casos em que se perdem ou se têm lesados a honra a liberdade, a amizade, a afeição, e outros bens morais mais valiosos de que os econômicos" (STF - RE n. 97.097, Min. Oscar Correa; STJ 108/287-295).

Reza o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, nos seus incisos V e X:

"V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

"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".

O Código Civil de 1916 não continha dispositivo expresso a autorizar a indenização do dano moral. Até o advento da atual Constituição se entendia que o dano moral só seria indenizável se produzisse reflexos patrimoniais ao lesado. O art. 159, de tal Estatuto, no entanto, determinava que quem por ação ou omissão, imprudência, negligência ou imperícia viesse a causar dano (de qualquer espécie) a outrem, ficava obrigado a repará-lo. O atual Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), em vigor desde 12.01.2003, corrigiu a omissão do anterior, ao prever expressamente a obrigação de indenizar qualquer espécie de dano causado a alguém, ainda que somente moral:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Além do mais, a inscrição/manutenção indevida do nome de pessoas nos cadastros dos órgãos de proteção/restrição ao crédito gera a obrigação de indenizar os danos morais daí decorrentes, independentemente de prova concreta de que tal fato tenha ou não causado um abalo moral à pessoa, uma vez que são facilmente presumíveis os constrangimentos e os transtornos sofridos por aquele que teve seu nome indevidamente inscrito em tais cadastros, mormente quando a pessoa tem seu crédito negado no comércio.

Desse modo, a prova do prejuízo não se faz necessária, pois para a obtenção da indenização pelo abalo de crédito puro, não se exige a comprovação dos reflexos patrimoniais. O dano moral está inserido no agravo sofrido pela pessoa em decorrência do abalo de crédito e se prova por si.

Não há, contudo, parâmetros legais para a fixação do valor da indenização dos danos morais. O art. 944, do Código Civil de 2002, no entanto, diz que "a indenização mede-se pela extensão do dano", podendo o juiz arbitrar, equitativamente, a indenização que contiver "excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano" (parágrafo único). Mas como não tem base financeira ou econômica própria e objetiva, o "quantum" da reparação dos danos morais é aleatório. Cabe ao Magistrado arbitrar o valor que entender justo, adequado, razoável e proporcional, contudo, o "quantum" indenizatório não pode propiciar o enriquecimento ilícito da parte lesada, o que é vedado pelos arts. 884 a 886, do Código Civil de 2002. No arbitramento do valor da indenização de dano moral o Juiz levará em conta analogias, costumes e princípios gerais do direito (art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-lei n. 4.657, de 04.09.1942) e atenderá aos fins sociais a que se dirige a lei, assim como às exigências do bem comum (art. 5º, da LICC).

Acerca do valor da indenização, Carlos Alberto Bittar explica que:

"[...] diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil

(CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-as, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado, a reparação devida no caso concreto" ("in" *Reparação civil por danos morais*. RT, 1993, p. 205-6).

Adiante destaca que:

"[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Op. cit. p. 220).

Pertinentes também são as lições de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"O arbitramento da indenização do dano moral é ato exclusivo e indelegável do Juiz.

"Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação do quantum com que se reparará a dor moral". (Dano Moral, 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 41).

A jurisprudência deste Tribunal acompanha:

"INDENIZAÇÃO FIXAÇÃO DO QUANTUM. APRECIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ARBITRAMENTO EM VALOR QUE EXPRESSA A FINALIDADE A QUE SE DESTINA. DESPROVIMENTO DO RECURSO PRINCIPAL.

"Incumbe ao juiz o arbitramento do valor da indenização, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressivo ao ponto de não atender aos fins a que se propõe" (TJSC, AC n. 00.013683-2, de Lages, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 05.12.2000).

E esses critérios, examinados e sopesados, servem como base para orientar o valor adequado para o arbitramento da indenização por dano moral. Ainda que o abalo moral seja presumível, no caso, porque o autor se viu constrangido perante terceiros, ante o fato de ter seu nome incluído no cadastro de pessoas inadimplentes do órgão de proteção/restrrição ao crédito, por débitos indevidamente cobrados pela ré, observa-se que o "quantum" arbitrado em primeiro grau mostra-se inadequado em relação às circunstâncias do presente caso e incompatível com os valores que vêm sendo arbitrados por esta Corte de Justiça, ao menos pelas Câmaras de Direito Público, em valores que giram entre R\$ 2.000,00 a R\$ 10.000,00. Outros julgados apontam R\$ 5.000,00 e até R\$ 15.000,00, quando o prejudicado for pessoa jurídica. Ressalta-se que a própria empresa Brasil Telecom tem feito transações médias de R\$ 10.000,00 a R\$ 12.000,00.

Assim é que, de acordo com as circunstâncias do caso em apreço, mesmo levando-se em consideração de que foi oportunizada à Brasil Telecom a solução do equívoco na via administrativa, haja vista que o autor contactou a ré e explicou o ocorrido, todavia, o sistema da concessionária nada fez para corrigir o ato ilícito, tem-se que o valor da indenização arbitrado pelo Juízo, na quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), é excessivo e desproporcional. Desse modo, afigura-se adequado, razoável (provido de cautela, prudência, moderação e bom senso) e proporcional (meio termo entre os vícios de excesso e de falta) minorar a verba indenizatória para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que é quantia compatível para reparar o constrangimento e o aborrecimento causados ao autor em decorrência da inscrição do seu nome nos órgãos de proteção e restrição ao crédito, por débitos erroneamente emitidos pela concessionária, sem oportunizar-lhe enriquecimento indevido, o que é vedado pelos arts. 884 a 886, do Código Civil de 2002, a par de admoestar adequadamente a concessionária pela prática do ato ilícito e propiciar a redenção dela para que não mais pratique atos dessa natureza, seja com o próprio demandante ou com terceiros.

É verdade que esta Câmara vinha fixando o "quantum" indenizatório do dano moral em caso de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, por parte de concessionárias de serviços públicos, com débitos não tão expressivos imputados aos consumidores, em cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Observou-se, no entanto, que apesar da responsabilização das concessionárias, pela indenização de danos morais, certamente em razão dos valores módicos que vinham sendo arbitrados, elas continuam praticando os mesmos erros e os mesmos atos ilícitos.

Cabe recrudescer na fixação de valor mais significativo para que tais empresas se sintam, em razão das várias condenações por motivos idênticos, motivadas a mudar seu comportamento perante seus clientes, principalmente quanto à emissão de faturas com valores indevidos e ao atendimento/apuração das reclamações efetuadas por seus consumidores, para se assegurarem de que os débitos registrados em suas faturas são legítimos e correspondem aos serviços telefônicos contratados e utilizados pelos seus usuários, antes das concessionárias procederem à inclusão de seus nomes no rol de inadimplentes.

Assim não o fazendo, sujeitam-se as companhias telefônicas às consequências dos erros e das práticas ilícitas que têm protagonizado, com evidente prejuízo às pessoas, consumidoras dos serviços ou não, passíveis de indenização. O "quantum" da indenização, contudo, não pode ser tão elevado que signifique enriquecimento sem causa à demandante vedado pelos arts. 884 a 886, do Código Civil de 2002. Daí a redução do valor fixado em 1º Grau.

Dessa forma, dá-se provimento parcial ao recurso da Brasil Telecom, para minorar o valor do dano moral para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que se considera razoável, proporcional e adequada para estancar a dor moral sofrida pelo autor, levando-se em conta inclusive o poderio econômico da demandada e sua reiteração na prática de ilícitos idênticos, bem como ante as circunstâncias do caso em apreço.

Cabe esclarecer que a verba indenizatória por dano moral deverá acrescida ser da correção monetária na forma determinada pelo MM. Juiz, encargo esse que não foi

impugnado pela apelante. "Tantum devolutum quantum appellatum" (art. 515, "caput", do Código de Processo Civil). Ademais, observa-se a inexistência de fixação de juros na condenação imposta pelo juízo singular. Assim, diante da falta de recurso do autor, não há para ser apreciado no particular.

Como se apanha de toda a fundamentação deste acórdão, as decisões tomadas nos autos não maltratam, de forma alguma, qualquer norma constitucional ou infraconstitucional, como, por exemplo, os arts. 5º, inc. II, XXXVI, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, 186, 187, 188, 422, 884, 927, 944 e 945 do Código Civil, 333, inc. I e II, 348, 475-J, 20, § 3º, 513 e 541 do Código de Processo Civil, 2º, 3º, § 2º, 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor; salvo no que tange ao valor da verba indenizatória por dano moral, já reduzido conforme a fundamentação supra.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso da Brasil Telecom, para: a) excluir a condenação de ofício ao pagamento da multa civil de R\$ 50.000,00, ante o caráter "ultra petita" da decisão nessa parte; b) reduzir o valor da indenização do dano moral para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara deu provimento parcial ao recurso.

Conforme disposto no Ato Regimental n. 80/2007-TJ, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07.08.2007, registra-se que do julgamento realizado em 02.06.2011, participaram, com votos, além do Relator, os Exmos. Srs. Desembargadores Cláudio Barreto Dutra (Presidente) e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 02 de junho de 2011.

Jaime Ramos

Relator

ANEXO D
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.041917-6 DE 03/09/2010

Tipo: Apelação Cível

Número: 2010.041917-6

Relator: Luiz César Medeiros

Data: 03/09/2010

Apelação Cível n. 2010.041917-6, de Sombrio

Relator: Des. Luiz César Medeiros

PROCESSUAL CIVIL - INTERESSE INDIVIDUAL - IMPOSIÇÃO *EX OFFICIO* DE SANÇÃO CIVIL QUE BENEFICIA A COLETIVIDADE - TUTELA INIBITÓRIA - ANALOGIA - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA AOS LIMITES DO PEDIDO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

1 Em processo versando sobre litígio estritamente individual, mostra-se inviável a aplicação analógica da tutela inibitória, que possui natureza essencialmente processual e guarda relação direta com o estatuído no art. 461 do Código de Processo Civil, para conferir "punição" em prol de interesse material da coletividade.

2 Em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado no aproveitamento dos atos processuais quando deles não resultar prejuízo às partes, deve ser rejeitado o pedido de declaração de nulidade da sentença, por julgamento *extra petita*, bastando a sua adequação aos limites do pedido.

CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL -AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMPRESA DE TELEFONIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO PÚBLICO RESTRITIVO DE CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO

1 A responsabilidade civil das prestadoras de serviço público é de natureza objetiva. Ao inscrever de forma indevida o nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito, aquela responderá pelos danos morais e materiais a ele impostos, exceto se comprovar a inexistência do nexó de causalidade ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

2 Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o *quantum* indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.041917-6, da Comarca de Sombrio (1ª Vara), em que é apelante/recorrida adesiva Tim Celular S/A e apelada/recorrente adesiva Cristina Albino Pinho:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, para acolher a preliminar de julgamento *extra petita*, adequando a sentença aos limites fixados na inicial, e reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 20.000,00. Negar provimento ao recurso adesivo. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cristina Albino Pinho ajuizou ação indenizatória contra Tim Celular S/A, aduzindo que: (a) adquiriu plano de telefonia móvel na modalidade pós-pago, denominado "Tim Família"; (b) passado algum tempo, solicitou a migração para o plano pré-pago; (c) continuou a receber faturas de cobrança relativas ao plano anterior; (d) acionou a companhia telefônica e foi orientada a ignorar tais contas, pois não havia registro de pendência no sistema da operadora; (e) transcorrido mais algum tempo, foi informada que o seu nome havia sido lançado em cadastro restritivo de crédito por débito referente ao plano pós-pago outrora contratado; (f) constatou que a dívida se referia a período posterior ao cancelamento do plano; (g) em virtude da negativação, não conseguiu efetuar compra a prazo no comércio; (h) faz jus à declaração de inexistência do débito apontado e ao recebimento de indenização por danos morais.

Em julgamento antecipado, o Meritíssimo Juiz acolheu a pretensão inicial. Retira-se da parte dispositiva da sentença:

"Ante o exposto JULGO PROCEDENTES (CPC, art. 269, inciso I) os pedidos formulado por Cristina Albino Pinho contra a Tim Celular S/A para: a) declarar inexistentes quaisquer débitos relacionados aos números de telefone (48) 9629-4402 e (48) 9960-0075 desde janeiro de 2009, bem como declarar inexistente qualquer relação jurídica entre as partes referente ao serviço de telefonia na modalidade "pós-paga" para os terminais (48) 9629-4402 e (48) 9960-0075 desde janeiro de 2009; b) condenar a parte ré ao pagamento de R\$ 20.400,00 a título de reparação por danos morais acrescido de juros de mora (12% a.a) e correção monetária (INPC) incidentes a partir desta sentença até a data do efetivo pagamento; c) condenar a parte ré ao pagamento em favor do Fundo do Consumidor Municipal do valor de R\$ 30.000,00 de multa a título de sanção civil acrescida de juros de mora (12% a.a) e correção monetária (INPC) incidentes a partir desta sentença até a data do efetivo pagamento; d) antecipo parcialmente os efeitos da tutela para determinar a exclusão e a não inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito referente a dívida em discussão nestes autos, sob pena de multa diária no valor de R\$ 510,00, que incidirá caso não haja o cumprimento da decisão no prazo de 48 horas a contar da intimação desta sentença; e) condenar a parte ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de sucumbência em 10% sobre o valor da condenação (CPC, art. 20, §§ 3º e 4º)

"Providencia imediata: cumpra-se o item 'd' desta sentença imediatamente.

"Providências com o trânsito em julgado: 1. procedimento gecof; 2. archive-se com baixa.

"Publique-se. Registre-se. Intimem-se" (fls. 113/117).

A ré apelou. Em preliminar, afirmou a nulidade da sentença na parte que a condenou ao pagamento de multa a título de sanção civil, haja vista a inexistência de pedido da autora. No mérito, aduziu que a competência para a imposição da aludida multa pertence ao Município de Sombrio e, ainda, que o *quantum* indenizatório e os honorários advocatícios devem ser reduzidos.

A autora ofertou recurso adesivo, pugnando pela majoração da verba indenizatória.

Ofertadas as contrarrazões, ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça.

VOTO

1 Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de nulidade da decisão por julgamento *extra petita*.

A recorrente alega que a sua condenação ao pagamento de multa no valor de R\$ 30.000,00, a ser revertido para o Fundo Municipal de Defesa do Consumidor, teria extrapolado os limites da lide, uma vez que inexistiu pedido neste sentido por parte da recorrida.

De fato, o Julgador *a quo* aplicou a sanção de ofício, invocando os arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, que assim preceituam:

"Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

"I - multa;

"[...]

"Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos."

Não obstante tratar-se a lei consumerista de norma de ordem pública e interesse social, não poderia o Togado impor a indigitada sanção, da forma como o fez. A iniciativa, a despeito de louvável, não condiz com a melhor lógica jurídica. A aplicação analógica da tutela inibitória, na forma preconizada por Luiz Guilherme Marinoni (*in Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003), não se mostra viável ou razoável na espécie, pois ela possui natureza essencialmente processual e guarda relação direta com o estatuído no art.

461 do Código de Processo Civil, enquanto a "punição" a que se referiu o Juiz é de índole material.

Noutros termos, o Magistrado não poderia, em processo versando sobre litígio estritamente individual, reconhecer direito ou determinar medida em defesa de interesse da coletividade, quanto mais *ex officio*.

Como se disse, a tutela inibitória tem natureza processual. Assim, não haveria impeditivo a que o Juiz, de ofício, determinasse medidas visando a finalidade útil do processo, como v.g., a fixação de astreintes ou de outras medidas assecuratórias da efetividade da prestação jurisdicional final.

Por melhor que tenha sido a intenção do Douto Sentenciante, os princípios da ação e da inércia da jurisdição impedem que o Julgador reconheça direitos - coletivos ou individuais - se não for provocado. Em reforço, apenas o interesse público inerente aos escopos do processo é que autoriza medidas independentemente de pedido das partes.

Acolho, portanto, a prefacial.

Todavia, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado no aproveitamento dos atos processuais quando deles não resulte prejuízo às partes, rejeito o pedido de declaração de nulidade da sentença.

A respeito da possibilidade de correção da sentença *extra petita*, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença citra ou infra petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao Tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 779).

Dessa feita, acolho a preliminar de julgamento *extra petita* para adequar a sentença aos limites fixados na petição inicial, afastando a sanção civil imposta à ré.

Ultrapassada a prefacial, passo à análise do mérito.

2 O feito versa sobre pedidos de declaração de inexistência de débito e indenização por danos morais formulados por Cristina Albino Pinho em face de Tim Celular S/A, haja vista a inscrição do seu nome em cadastro restritivo de crédito.

Compulsando os autos, verifica-se que a demandante adquiriu plano de telefonia móvel pós-pago junto à demandada e, não obstante o pedido de migração para pré-pago, as contas do plano pós-pago continuaram sendo lançadas em seu nome, o

que motivou o apontamento negativo, haja vista o inadimplemento das faturas. A negativação impossibilitou a realização de compra a prazo no comércio.

3 *Ab initio*, importa dizer que o caso em tela deve ser regido pelas normas de proteção ao consumidor. A autora adquiriu os serviços de telefonia prestados pela ré na qualidade de destinatário final, logo, equipara-se à figura do consumidor, inscrita no art. 2º da Lei n. 8.078/90. A ré, por seu turno, prestadora de serviço público que é, enquadra-se no conceito legal de fornecedor, a teor do disposto no art. 3º do diploma consumerista.

Sobre a matéria, Rui Stoco leciona:

"Portanto, a companhia energética de geração ou distribuição, embora possa se constituir em sociedade de natureza privada, será sempre uma concessionária de serviço público, prestando-o por delegação do Estado.

"Nessa condição, é alcançada pela disposição, muito mais garantidora, do art. 37, § 6º, a CF, ao dispor que 'as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa'.

"Desse modo, as empresas ficam enquadradas na teoria do risco administrativo, sendo, assim, objetiva a sua responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

"Evidentemente, não se descarta a incidência obrigatória do Código de Defesa do Consumidor, naquilo que favoreça e proteja a vítima, considerando que o fornecimento de energia elétrica para consumo enquadra-se nos conceitos ali estabelecidos, devendo a energia elétrica ser considerada como produto, posto que é um bem consumível ou fungível" (Tratado de responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 980 - grifou-se).

Bem se sabe que o microssistema consumerista brasileiro apresenta-se como uma das mais avançadas legislações existentes no mundo, não olvidando a necessidade de prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor, mas, pelo contrário, inserindo-a como um de seus direitos básicos. Nesse sentido é o teor do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

"[...]

"VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

Ao tratar do tema, João Batista de Almeida leciona:

"Todo o aparato legal visa a prevenir a ocorrência de danos ao consumidor, quer estipulando obrigações ao fornecedor, quer responsabilizando-o por danos e defeitos, quer restringindo a autonomia da vontade nos contratos, quer

criminalizando condutas, mas tal não impede que tais danos venham a ocorrer. Por isso, é assegurado como direito do consumidor o ressarcimento do prejuízo sofrido, seja patrimonial, moral, individual, coletivo ou difuso, pois, do contrário, não haverá efetividade na tutela (CDC, art. 6º, VI). Ao direito à indenização está diretamente ligado o direito de acesso à Justiça e à Administração, vias nas quais poderá ser pleiteado e obtido o respectivo ressarcimento (inc. VII)" (Manual de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45-46).

No tocante à reparação de danos, releva saber que para as relações de direito privado o Código Civil adota como regra geral a responsabilidade subjetiva, baseada na perquirição da culpa, enquanto para as relações consumeristas o legislador optou pela responsabilidade objetiva, ou seja, retirou a necessidade de comprovação de culpa, ante a manifesta vulnerabilidade do consumidor.

Outra não é a determinação constante dos arts. 12 e 14 do diploma de proteção ao consumidor:

"Art. 12. 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 por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

"Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

O doutrinador antes mencionado, João Batista de Almeida, registra em sua obra que *"consagrada a responsabilidade objetiva do fornecedor, não se perquire a existência de culpa; sua ocorrência é irrelevante e sua verificação desnecessária, pois não há interferência da responsabilização"* (op. cit., p. 61).

Assim, o fornecedor responderá pelos danos causados ao consumidor ainda que não tenha operado com culpa - negligência, imprudência ou imperícia -, bastando que o hipossuficiente comprove o dano e o nexo de causalidade.

Impende registrar que a responsabilidade objetiva do prestador do serviço público nasce da própria disposição da Constituição Federal, que em seu art. 37, § 6º, preconiza que *"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

O procedimento específico para a inscrição do nome devedor nos órgãos de proteção ao crédito vem regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 43, nos seguintes termos:

"Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

"§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

"§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

"§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

"§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

"§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores".

É, pois, de todo evidente a nítida intenção do legislador em coibir abusos na utilização dos cadastros de proteção ao crédito pelos fornecedores.

Sobre o tema, Rizzato Nunes pondera:

"Como se pode ver, o art. 43 regula os bancos de dados e cadastros de todo e qualquer fornecedor público ou privado e que contenham dados do consumidor, relativos à sua pessoa ou às suas ações enquanto consumidor.

"Assim, muito embora a ênfase e a discussão em torno das regras instituídas no art. 43 recaiam nos chamados cadastros de inadimplentes dos serviços de proteção ao crédito, a norma incide em sistemas de informação mais amplos.

"Todo e qualquer banco de dados de arquivo de informações a respeito dos consumidores - pessoas físicas ou jurídicas - está submetido às normas do CDC.

"[...]".

"Ora, 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 retrotranscritos é que permite que se aceite a negativação, uma vez que o nome do devedor só pode dar ingresso no cadastro negativo se tiver clareza da existência do valor da dívida, bem como da data de seu vencimento.

"Além disso, anote-se que, a partir de 11 de março de 1991, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a negativação somente é válida se o consumidor tiver sido avisado previamente e por escrito, por expressa disposição do § 2º do art. 43. Tal aviso prévio, enquanto obrigação do credor não era exigido antes da Lei n. 8.078/90.

"[...].

"Em momento algum está colocado que a negativação é fruto de mero capricho do credor. Ao contrário, ela só é possível se for seguido estritamente esse rigor legal.

"E mais.

"O sistema da Lei n. 8.078, respeitando as diretrizes impostas pela Constituição Federal, determina que a negativação se faça de maneira criteriosa e estritamente dentro dos limites legais" (Curso de direito do consumidor. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 552-554 - grifou-se).

Dessarte, somente se autoriza a inscrição do nome do consumidor nos registros restritivos de crédito se cumpridos os requisitos exigidos para tanto. Se o procedimento não se realizar de modo diligente, dentro dos limites legalmente estabelecidos, e causar danos ao consumidor, o fornecedor ficará obrigado a indenizá-los.

Pois bem.

4 Na hipótese, como visto, a autora adquiriu um plano de telefonia celular na modalidade pós-pago que, posteriormente, foi alterado para pré-pago. Não obstante a migração, a companhia telefônica continuou a registrar débitos no plano pós-pago em nome da consumidora e, ante o seu inadimplemento, inscreveu-a em cadastro restritivo de crédito. A usuária havia acionado a empresa, que a orientou a ignorar as faturas e avisos de cobrança que recebia. Em virtude da negativação, não conseguiu realizar a compra do enxoval do bebê que estava esperando.

A despeito das alegações em sentido contrário, a fornecedora não conseguiu desconstituir a tese da consumidora, ônus que lhe incumbia, por força da inversão do onus probandi autorizada pela lei consumerista.

Com efeito, presentes os elementos identificadores da relação de consumo, de modo a avocar as regras provenientes do Código de Defesa do Consumidor, não há óbice a que o Julgador proceda à inversão do ônus da prova, na forma do inc. VIII do art. 6º.

Nesse passo, considerando que a Tim Celular S/A não logrou êxito em comprovar a vigência do plano pós-pago, tampouco a utilização da linha nessa modalidade e o inadimplemento, não há como acolher a sua insurgência.

A bem da verdade, em seu apelo, a companhia telefônica nem sequer defendeu a legalidade da inscrição negativa com veemência, valendo-se apenas de argumentos para a redução do *quantum* indenizatório arbitrado pelo Togado singular.

Em suma, extrai-se do contexto probatório que o apontamento no rol de inadimplentes foi feito de forma irregular. A falta de provas da regularidade da inscrição favorece a hipossuficiente.

Forçoso concluir, pois, que restaram configurados os pressupostos necessários à responsabilização da companhia telefônica, quais sejam, a conduta ofensiva, o abalo moral e o nexos de causalidade entre ambas.

5 No tocante aos danos morais, vale lembrar que estão incutidos na esfera subjetiva da pessoa, cujo acontecimento tido como violador atinge o plano de seus valores em sociedade, repercutindo em aspectos referentes tanto à reputação perante os demais membros sociais ou mesmo no tocante à mera dor íntima.

A esse respeito, leciona Carlos Alberto Bittar, em sua obra "Reparação civil por danos morais":

"[...] na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio e, sua situação jurídica, moral, econômica, emocional ou outras, suportou ela conseqüências negativas advindas do ato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente" (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 129/130).

No caso, como visto, a autora teve o seu nome inscrito no rol de maus pagadores, o que, segundo sustentou, lhe trouxe sofrimento psíquico de elevada monta, pois foi acusada indevidamente de ter assumido uma dívida e deixado de honrá-la a tempo e modo. Além disso, a negatização inviabilizou a realização de compra a prazo no comércio, ou seja, lhe causou também grande constrangimento público.

É evidente, pois, que os acontecimentos foram injustos e trouxeram perturbações de todas as ordens à demandante, afetando tanto a sua vida íntima como a convivência no seu meio social. Ou seja, não restam dúvidas de que foi vítima de dano moral, ao contrário do que sustenta a recorrente.

6 Configurada a responsabilidade da companhia telefônica e a obrigação de indenizar os danos morais sofridos pela consumidora, deve ser quantificada a verba para este fim.

Ainda que não seja possível fixar com exatidão a quantia que corresponda ao ressarcimento do abalo moral, a reparação deverá consistir numa justa compensação pelos danos sofridos. O *quantum* indenizatório deverá ser

estabelecido de tal forma que desestimule a prática de ilícitos, recomendando-se ainda ao juiz que observe os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se descurando da apreciação de todos os elementos que concorreram para a causa da lesão, bem como das conseqüências advindas do dano.

Por isso, entende-se que, acompanhando a função compensatória, o montante da indenização possui também um sentido punitivo, que contém uma concepção de função preventiva e resulta na idéia de ressarcimento-prevenção. Isso faz com que os bens jurídicos ligados à personalidade da pessoa e tutelados pelo Estado não constituam simples valores abstratos dissociados da realidade hodierna.

Nessa alheta é a lição de Carlos Alberto Bittar:

"A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 205/206).

A respeito do tema Humberto Theodoro Júnior enfatiza:

"[...] resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários", acrescenta que "o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão" (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. Revista dos Tribunais. v. 662, p. 7-17, dez. 1990).

Contudo, não se pode fazer com que o caráter punitivo da condenação se sobreponha à natureza reparatória da indenização por danos morais. Noutras palavras, o efeito repressivo da indenização, com natureza claramente sancionatória, não pode sobrelevar o fim maior dos danos morais que, na sua essência, têm natureza nitidamente compensatória.

Tenho sustentado que esta via - a da ação que envolve litígio estritamente individual - não se mostra aconselhável para reprimir genericamente as condutas atentatórias ao direito do consumidor. Se de um lado pode ser alcançado aquele fim, de outro, tem-se outro efeito pernicioso, que é o enriquecimento sem causa, além do incentivo à demanda, pois o abalo moral passa a ser vantajoso em vez de prejudicial à honra e à dignidade das pessoas.

O caminho ideal para atingir o desiderato de repressão são as multas administrativas e os valores aplicados em ações coletivas. Nesses casos, deve o administrador ou o julgador impor valores que realmente se compatibilizem com a

capacidade econômica das concessionárias de serviço público e que as façam recalcularem os riscos de continuarem desiduosas na inibição de práticas que afrontem os direitos de seus usuários.

Em suma, em casos como o presente, deve-se partir da premissa de que o *quantum* indenizatório não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento pelas lesões sofridas, nem tão pequeno ao ponto de se tornar insignificante.

No caso em comento, entendo que o dano causado à autora não atingiu a dimensão propalada pelo Togado singular, razão pela qual a importância fixada em sentença deve ser reduzida.

A falha da operadora e o descaso para com a consumidora, de fato, extrapolaram o limite do tolerável. Contudo, não há notícias nos autos de consequências gravosas à honra e à imagem da requerente, a não ser aquela relativa à inviabilização de compra a crédito no comércio.

Ora, a despeito do constringimento público decorrente da verificação do apontamento negativo, não existiram outros episódios de ofensa moral.

Nesse contexto, diante do quadro fático delineado nos autos, consideradas as peculiaridades do caso e os parâmetros usualmente praticados por este Órgão Fracionário para situações similares, o montante da verba indenizatória deve ser reduzido para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

7 Em relação aos honorários advocatícios, igualmente, o apelo não pode ser acolhido.

Conforme previsão contida no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, o Julgador, ao fixar a verba honorária, deve atentar para os requisitos constantes do § 3º, letras "a", "b" e "c", do mesmo artigo - grau e zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

No caso em apreço, considerando a simplicidade da lide e o intervalo reduzido de tempo de tramitação, o Togado singular fixou a remuneração do causídico em 10% do valor da condenação, montante este que deve ser mantido.

8 Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para acolher a preliminar de julgamento *extra petita*, adequando a sentença aos limites fixados na inicial, e reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 20.000,00. Nego provimento ao recurso adesivo. Confirmando os demais termos da sentença.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso, para acolher a preliminar de julgamento *extra petita*, adequando a sentença aos limites fixados na inicial, e reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 20.000,00. Negaram provimento ao recurso adesivo.

O julgamento, realizado no dia 24 de agosto de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargadora Sônia Maria Schmitz e Desembargador Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 25 de agosto de 2010.

Luiz César Medeiros

Relator

ANEXO E
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.018286-1 DE 18/06/2004

Tipo: Apelação Cível

Número: 2003.018286-1

Relator: José Volpato de Souza

Data: 18/06/2004

Apelação cível n. 03.018286-1, de Criciúma.

Relator: Des. José Volpato de Souza.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NULIDADE DA SENTENÇA - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - IMPOSIÇÃO DE MULTA - EXEGESE DOS ARTIGOS 56 E 57 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CARÁTER PUNITIVO DA CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE -PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR - PRELIMINAR AFASTADA - REGISTRO ADVINDO DE DÍVIDA INEXISTENTE - ILEGALIDADE DA INSCRIÇÃO- RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR - DANO MORAL INDENIZÁVEL - COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS DE ORDEM MATERIAL - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INOCORRÊNCIA - MONTANTE DA INDENIZAÇÃO - VALOR ESTIMATIVO - INCIDÊNCIA DO ART. 20 DO CPC - PLEITO PELA MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - INACOLHIMENTO - INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA

Não caracteriza julgamento *extra petita* a imposição, pela autoridade judiciária, da penalidade de multa por infração às normas da legislação consumerista, especificamente pela cogência de seus mandamentos, cujas violações podem ser apuradas, declaradas e punidas de ofício, precipuamente, em virtude do interesse público manifesto no inarredável propósito do Estado de promover a plena defesa dos interesses do consumidor, porquanto imperativo constitucional relevante.

Relativamente à prova do abalo moral, a jurisprudência dessa Corte é assente no sentido de que o dano moral oriundo de inscrição nos serviços de proteção ao crédito é presumido, máxime se houver comprovação de reflexos no campo patrimonial.

Remansoso entendimento desta e. Câmara de que o valor pleiteado a título de indenização pelo dano moral é meramente estimativo, e o deferimento aquém desta importância não induz à sucumbência do postulante. Desse modo, uma vez

reconhecida a pretensão indenizatória, torna-se o autor da *actio* inteiramente vitorioso, devendo o vencido, consoante dispõe o art. 20 do CPC, arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 03.018286-1, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que é apelante Credicard S/A. - Administradora de Cartões de Crédito e apelado Valdomiro João Francisco:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

1. RELATÓRIO:

Valdomiro João Francisco ajuizou ação de indenização por dano moral em face de Credicard S/A. alegando, em apertada síntese, que: é conceituado engenheiro da CELESC e atua no ramo da piscicultura; em razão da conduta da ré, teve seu nome indevidamente inscrito na SERASA; em 8/6/98, por pedido telefônico, solicitou à empresa Direct Shopping a compra de um televisor para ser entregue em 7 dias úteis; a mercadoria não foi entregue sob o fundamento da empresa de que havia problemas com o seu cartão; passado algum tempo, cancelou a compra e, para sua surpresa, a Direct Shopping mandou entregar o aparelho, tendo sido este recusado; por cautela, rescindiu o contrato com a ré, notificando-a de que não procedesse o lançamento do débito, uma vez que havia cancelado o pedido; tal solicitação não foi atendida, tendo a ré inclusive promovido a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito; a inexistência da dívida foi confirmada em sentença declaratória julgada procedente. Ao final, requereu a procedência do pedido, com vistas a condenar a empresa ré a arcar com a indenização pelo abalo moral sofrido, além das cominações de estilo (fls. 2/10).

Citada, a requerida ofertou contestação sustentando, em suma, que: não é responsável pelo ocorrido, eis que somente intermediou a venda do produto; agiu legitimamente, uma vez que verificou a falta de pagamento da fatura; não efetivou a baixa do registro porque a Direct Shopping só reconheceu a inexistência do débito por ocasião da ação declaratória de inexigibilidade do título; não houve nexo causal entre a sua conduta e o evento danoso; o valor pleiteado a título de indenização é exorbitante. Por fim, pugnou pela improcedência da pretensão formulada, com a inversão dos ônus da sucumbência (fls. 28/37).

Houve impugnação à contestação (fls. 75/82).

O Magistrado monocrático, ao julgar a lide, pronunciou-se pela procedência do pedido deduzido na inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização ao autor, no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), além de sanção civil na importância de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) a ser revertida em favor do fundo de defesa do consumidor, além das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação reparatória do abalo moral (fls. 113/122).

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, interpôs a requerida recurso de apelação aduzindo, preliminarmente, que: a sentença foi *extra petita*, eis que não houve pedido de cominação de multa administrativa; em razão disso, padece de nulidade. No mérito, reiterou os argumentos expendidos na peça contestatória. Por derradeiro, pugnou pelo provimento do recurso, com vistas a anular a sentença ou julgar improcedente o pedido e, alternativamente, excluir a multa administrativa, reduzir o *quantum* indenizatório e decretar a sucumbência recíproca (fls. 140/154).

Não houve contra-razões (fls. 162/v).

II. VOTO:

Na decisão objeto do presente recurso, o Magistrado monocrática pronunciou-se pela procedência do pedido formulado pelo autor nos autos da ação de indenização por danos morais por ele ajuizada em face de Credicard S/A. - Administradora de Cartões de Crédito, condenando esta última ao pagamento do montante de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em virtude da inscrição do nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito, além da imposição de penalidade pecuniária de natureza administrativa, no importe de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Preambularmente, proceder-se-á o exame das preliminares aventadas pela apelante, qual seja a de nulidade da decisão por julgamento *extra petita*, em virtude da imposição de multa administrativa à recorrente.

Sob esse aspecto, sustenta a apelante que o Julgador exacerbou as suas prerrogativas, ao aplicar multa que não foi requerida, ou seja, emitiu provimento além dos limites da lide.

Com efeito, a punição imposta pelo Juiz singular teve como supedâneo a legislação consumerista, mais precisamente os arts. 56 e ss. da Lei 8.078/90, que prevê diversas penalidades para infrações as normas de defesa do consumidor.

Relativamente às sanções administrativas, entre elas, a pena de multa, assevera o art. 56 que "*as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas*"(grifou-se).

O exame perfunctório das disposições do CDC revela, com indelével acerto, que a imposição de penalidade pecuniária, "*seja para operar preventivamente (caráter inibitório) seja repressivamente (caráter reparatório) é instrumento comum no direito nacional e está implicitamente admitida no artigo 56 do Código do Consumidor ao tratar das sanções administrativas*" (palavras do douto Decisor, Dr. Marlon Jesus Soares de Souza, fl. 117).

E mais adiante, assevera o Magistrado, *in verbis*:

"*Observe-se típica cláusula geral que prevê que a infração de normas de consumo, conforme o caso, sujeita o agente à sanção, e logo depois, estabelece que esta punição administrativa não prejudica outras de natureza civil.*

Soa claro, pois, que a sanção de natureza civil é admitida expressamente no artigo 56 do CDC, permitindo ao magistrado, conforme o caso, aplicá-la a fim de concretizar a efetiva prevenção de danos morais individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI, do CDC).

Certamente, ao distinguir a sanção civil punitiva da meramente reparatória passa-se a estimular a composição extrajudicial e prevenir-se conflitos posto que as instituições financeiras não terão interesse em se sujeitar às altas indenizações e o autor também sentir-se-á confortado com uma reparação média, ante a certeza de que terá a seu favor, nada mais além daquilo que o dano possa ter repercutido em sua psique.

A multa civil, por sua vez, tal como a administrativa, deve ser revertida a um Fundo Municipal ou Estadual de defesa do consumidor, conforme previsto no artigo 57 do CDC.

A resposta estatal do ilícito não é meramente reparatória (indenizatória), pois, na formação do juízo quantitativo da reparação o magistrado considera o caráter punitivo (puramente sancionatório) para dimensionar o valor adequado.

Inegável, assim, que no bojo da indenização imaginada e fixada pelo magistrado há um valor (parte dele) que não pertence ao lesado, porque, destina-se a operar como mera sanção ao lesante.

Por isso, se o critério para alcançar o valor da reparação passa pela punição do infrator e pela compensação do ofendido, nada mais justo do que na parte dispositiva da sentença também separar indenização e punição, evitando, assim, enriquecimento indevido (não ilícito).

Destaco, ainda, que é desnecessário ajuizar ação coletiva para imposição da sanção, porquanto, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou, à título coletivo (artigo 81 do CDC).

(..)

Por fim, é invidável, que os registros de proteção de crédito tem natureza pública (art. 43, § 4º CDC), e assim, as relações implexas a sua existência permitem atuação judicial independente de pedido expresso da parte.

Não fosse isso, as questões de consumo, colocadas sob a égide de um Direito Social, comportam exame de ofício, e, então, não há julgamento extra petita ao determinar que a reversão de parte da indenização destine-se ao fundo próprio.

Tudo é questão de política judicial" (fls. 117/119) (grifos também no original).

Na hipótese em apreço, o Magistrado impôs a penalidade da multa, em atenção à cogência das normas da legislação consumerista, cujas infrações podem ser apuradas, declaradas e punidas de ofício, precipuamente em virtude do interessa

público manifesto no inarredável propósito do Estado de promover a plena defesa dos interesses do consumidor, porquanto imperativo constitucional relevante.

Diante de tais ponderações, não se afigura possível acolher a tese de julgamento *extrapetita*, não acarretando, portanto, a anulação da sentença, mantendo-se sua higidez quanto aos seus fundamentos.

Desse modo, inacolhe-se o pedido de exclusão da multa formulado pelo recorrente.

Ultrapassada a vertente preliminar, incumbe-nos ainda o exame do mérito da contenda, cuja irresignação se reporta à inexistência do dano moral, à exorbitância do valor fixado à título de indenização e à ocorrência de sucumbência recíproca.

Nesse particular, alterca a insurgente, em síntese, que: não é responsável pelo ocorrido, eis que somente intermediou a venda do produto; agiu legitimamente, uma vez que verificou a falta de pagamento da fatura; não efetivou a baixa do registro porque a Direct Shopping só reconheceu a inexistência do débito por ocasião da ação declaratória de inexigibilidade do título; não houve nexo causal entre a sua conduta e o evento danoso.

O cerne da presente *quaestio* reside, *a priori*, na perquirição da legalidade da inscrição havida, de modo a ensejar a indenização pelo abalo moral.

A esse respeito, colhe-se das elucidativas colocações do Magistrado sentenciante, Dr. Marlon Jesus Soares de Souza, *in verbis*:

"O registro junto ao SERASA está devidamente comprovado em documento emitido pelo órgão (fls. 14) bem como o nexo causal plenamente demonstrado à luz da informação de que a CREDICARD constitui-se na instituição credora (fls. 14).

A inexistência do débito que gerou o registro não só decorre da ausência de impugnação específica, como, da sentença proferida na ação declaratória de inexigibilidade (fls. 23).

Com efeito, a tese apresentada pela CREDICARD de que agiu legitimamente ante a verificação da ausência de pagamento da fatura não pode ser prestigiada posto que foi comunicada previamente em 11 de setembro de 1998 para que não realizasse o lançamento (fls. 12) tomando ciência da inexistência da dívida.

Notadamente, se cônica, a CREDICARD optou por solicitar o registro - diga-se na tentativa de obter a satisfação do pretense crédito - agiu por sua conta e risco, uma vez que, plenamente cientificada do fato revelado pelo autor, este, aliás, incontroverso nos autos (334, II, do CPC).

Destarte, restando comprovado que a dívida é inexistente e que a CREDICARD, desde cedo, teve ciência da situação, torna-se irrefutável a sua responsabilização pelo registro indevido, em face da clara imprudência do ato, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva frente à evidente demonstração de culpa subjetiva" (fls. 114/115).u

In casu, a recorrente, em que pese haver argüido a legitimidade de sua conduta, não logrou êxito em demonstrar, via documentos, a aludida exigibilidade da dívida em face do consumidor. A assertiva de que promoveu a inscrição por desconhecer o cancelamento da compra, de igual modo, não subsiste, uma vez que resta comprovado nos autos as inúmeras tentativas do apelado no sentido de regularizar a situação e obstar o registro indevido, o que foi ignorado pela administradora, tornando-se, desse modo, responsável pelos danos sofridos pelo recorrido, advindos de sua falta de cautela.

Nessa linha, não se pode olvidar que a legislação protetiva do consumidor figura entre as matérias de ordem pública, podendo ser aplicada *ex officio*, em qualquer grau de jurisdição, desde que tenha havido o reconhecimento de uma típica relação de consumo, tal como a questão posta nestes autos.

A inobservância das disposições do CDC, especialmente no que toca à inserção dos nomes de consumidores em cadastros de proteção ao crédito, em atenção à cogência do mandamento, enseja a responsabilidade objetiva do fornecedor, *in casu*, a apelante, pelos danos decorrentes de sua indevida conduta, substanciada no registro do nome do apelado na SERASA, tendo por fundamento dívida inexistente.

Relativamente à prova do abalo moral, a jurisprudência dessa Corte é assente no sentido de que o dano moral oriundo de inscrição nos serviços de proteção ao crédito é presumido, e para ser indenizado prescinde de comprovação de reflexos no campo patrimonial.

Vejamos:

"A inscrição e manutenção indevida nos órgãos de proteção ao crédito, é fato gerador de constrangimentos e transtornos na vida do inscrito, que tem seu crédito negado, sendo impedido de realizar atos comerciais, ou seja, provoca dano moral passível de ressarcimento, independente de comprovação de reflexos patrimoniais" (AC nº 02.001794-9, da Capital, Rel. Des. Mazoni Ferreira)(sem grifo no original).

Registre-se, por oportuno, que na hipótese vertente, o apelado demonstrou ainda o reflexo patrimonial havido em razão da negativação promovida pela apelante, posto que teve negado o financiamento para os seus negócios ligados a piscicultura.

Desse modo, resta indiscutível a ocorrência do dano moral, em face da indevida inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, uma vez que procedida com base em dívida inexistente, fato reconhecido, inclusive, por sentença declaratória transitada em julgado.

No que concerne ao pleito pela decretação de sucumbência recíproca, é certo que merece subsistir, especificamente pelo remansoso entendimento desta e. Câmara de que o valor pleiteado a título de indenização pelo dano moral é meramente estimativo, e o deferimento aquém desta importância não induz à sucumbência do postulante.

Desse modo, uma vez reconhecida a pretensão indenizatória, torna-se o autor da *actio* inteiramente vitorioso, devendo o vencido, consoante dispõe o art. 20 do CPC, arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Por derradeiro, remanesce o exame do pleito recursal referente à minoração da indenização arbitrada em favor do apelado. No que tange ao *quantum* indenizatório, é consabido que o valor a ser arbitrado deve representar para o lesado uma satisfação capaz de neutralizar, ou ao menos anestesiar em parte, os efeitos dos transtornos causados, mas não deve equivar a um enriquecimento sem causa. A estimação da indenização é de ser feita moderada e prudentemente, em livre apreciação equitativa do juiz. Sob esse aspecto, é inegável o aborrecimento causado ao recorrido, o que não pode ser equiparado, todavia, ao sofrimento pela perda de um ente querido ou por uma lesão irreversível.

A propósito, vale registrar o posicionamento desta Corte de Justiça no que diz respeito à fixação do valor do dano moral:

"Incumbe ao juiz o arbitramento do valor da indenização, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressivo ao ponto de não atender aos fins a que se propõe" (AC nº 99.011909-2, Des. Sérgio Paladino).

Da análise dos elementos trazidos aos autos, considera-se prudente e criteriosa a manutenção do valor fixado pela sentença monocrática. A meu sentir, tal montante atende perfeitamente aos desígnios da tutela discutida, não servindo ao enriquecimento sem causa de quem recebe, tampouco irrisório a quem paga.

No que pertine à correção monetária e aos juros de mora a serem aplicados sobre o valor estipulado, penso que devam incidir a partir da sentença.

Nesse prisma:

"A correção monetária da indenização do dano moral inicia a partir da data do respectivo arbitramento; a retroação à data do ajuizamento da demanda implicaria corrigir o que já está atualizado" (STJ, Min. Ari Pargendler) (sem grifo no original).

"O termo inicial da correção monetária do valor do dano moral é a data em que for fixado" (REsp nº 376.900/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02/05/02) (sem grifo no original).

Destarte, o recurso merece ser conhecido e desprovido.

III. DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Wilson Augusto do Nascimento e Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 18 de junho de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento

PRESIDENTE COM VOTO

José Volpato de Souza

RELATOR

ANEXO F

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.020330-8 DE 22/07/2010

Tipo: Apelação Cível

Número: 2010.020330-8

Relator: José Volpato de Souza

Data: 22/07/2010

Apelação Cível n. 2010.020330-8, de São Bento do Sul

Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR - EMPRESA DE TELEFONIA - COBRANÇA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO PELO USUÁRIO NA FATURA DE CONSUMO.

PRELIMINAR - DECISÃO *EXTRA PETITA* - APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL, DE OFÍCIO, PELO TOGADO SINGULAR - POSSIBILIDADE - ADEQUAÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E À ORDEM ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 5º, XXXII E ART. 170 DA CRFB - SANÇÃO CIVIL PREVISTA NO ART. 56 DO CDC - CARÁTER INIBITÓRIO DA CONDUTA ABUSIVA - VALORES QUE DEVEM SER REVERTIDOS AO FUNDO MUNICIPAL OU ESTADUAL, NOS TERMOS DO ART. 57 DO MESMO CÓDEX - PREFACIAL REJEITADA.

É cabível a imputação, de ofício, de sanção de natureza civil, prevista no art. 56 do CDC, com o intuito de concretizar a efetiva repressão de que trata o art. 6º, VI, do CDC, bem como em atenção à proteção constitucional conferida ao mercado de consumo no art. 5º, XXXII e art. 170 da CRFB, com o fim de coibir condutas abusivas, como a cobrança de valores indevidos do consumidor, buscando-se, neste contexto, evitar a reincidência de tais práticas, bem como estimular os fornecedores à adoção de nova postura em suas relações comerciais.

MÉRITO - REPETIÇÃO EM DOBRO DE VALOR COBRADO INDEVIDAMENTE - EXEGESE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC - RESPONSABILIDADE

OBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ERRO JUSTIFICÁVEL - HIPÓTESE NÃO COMPROVADA PELO FORNECEDOR - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

"A cobrança indevida de serviços não solicitados pelo consumidor, gera o dever de restituição em dobro das quantias cobradas indevidamente." (AC n. 2009.050385-7, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 16.09.2009)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.020330-8, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante Brasil Telecom S/A, e apelada Alevi Indústria de Móveis e Decorações Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. E, por maioria de votos, manter a aplicação de ofício da multa civil. Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Jaime Ramos, que votou no sentido de afastá-la. Custas de lei.

RELATÓRIO

Alevi Indústria de Móveis e Decorações Ltda. EPP interpôs ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com repetição de indébito contra Brasil Telecom S/A, alegando, em síntese, que: é titular da linha telefônica n. 47-36343144; vem sendo cobrada desde dezembro de 2008 por um serviço que não contratou, no valor de R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais) mensais; tentou resolver o problema pela via administrativa, mas a ré não lhe deu resposta; por se tratar de pessoa jurídica, vem efetuando o pagamento das faturas, porque necessita manter a linha telefônica. Requereu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão imediata da cobrança e, ao final, a procedência da ação para condenar a ré à devolução em dobro dos valores pagos (fls. 02/12). Documentos às fls. 13/30.

Concedida a liminar, consoante decisório de fls. 31/35, fixando-se multa diária no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais) para o caso de descumprimento.

Audiência conciliatória infrutífera (fl. 43).

Citada, a ré apresentou contestação às fls. 44/52, aduzindo, preliminarmente, a ausência de interesse processual, porque o requerimento administrativo da autora foi atendido e os valores estornados. No mérito, asseverou que a inserção da cobrança decorreu de relação firmada entre a autora e a empresa Lista Telefônica Multiguias e que, mediante convênio, realiza a cobrança dos valores por ela informados, por meio da fatura telefônica. Por fim, pugnou pela extinção do processo sem julgamento de mérito ou pela total improcedência do requerimento exordial. Trouxe documentos (fls. 53/60).

Réplica às fls. 61/68.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos e, após declarar inexigível a cobrança do valor de R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais), referente ao serviço Multiguias, condenou a ré ao pagamento de R\$ 390,00

(trezentos e noventa reais), pertinente ao ressarcimento em dobro da quantia paga indevidamente pela autora, acrescida de juros legais a partir da citação e de correção monetária a contar do efetivo desembolso, sem prejuízo das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação. Ato contínuo, impôs à ré, de ofício, sanção civil, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fulcro nos arts. 56 e 57 do CDC, em favor do Fundo Municipal de Defesa do Consumidor e, em não existindo este na Comarca, ao respectivo Fundo Estadual (fls. 88/101).

Irresignada, a ré apelou, objetivando, em suma, a exclusão da multa imposta, por se tratar de julgamento *extra petita* e, quanto ao mérito, repisou os argumentos anteriores (fls. 106/124).

Com as contrarrazões (fls. 130/136), os autos ascenderam a esta egrégia Corte.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Brasil Telecom S/A em face da sentença que julgou procedente o pedido de repetição de indébito formulado por Alevi Indústria de Móveis e Decorações Ltda. e, de ofício, aplicou multa civil, arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por entender que o ato lesivo atingiu a coletividade e exige inibição.

Para tanto, em suas razões recursais, asseverou, preliminarmente, que o julgamento extrapolou os limites da lide, porque não houve pedido de aplicação de multa e, quanto ao mérito, alegou que a devolução em dobro só se aplica se for comprovada a má-fé do fornecedor, o que não ocorreu no presente caso, porquanto foi induzida em erro pela empresa de publicidade.

Da análise dos autos, verifica-se que razão não lhe assiste.

Da prefacial de julgamento *extra petita*

Preambularmente, sustenta a apelante que o Julgador exacerbou as suas prerrogativas ao aplicar multa civil não requerida pela parte autora, o que afrontou os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, razões pelas quais requereu a declaração da nulidade desta parte do decisum.

Com efeito, colhe-se do julgado referido, a parte ora impugnada (fls. 95/100):

Da imposição de multa civil por violação à legislação consumerista

Registre-se que a cobrança indevida de serviços que não foram utilizados, tem se tornado prática corriqueira adotada pela empresa Brasil Telecom S/A. Tal procedimento tem gerado situações semelhantes que são expostas ao Poder Judiciário, abarrotando e dificultando a apreciação e solução de conflitos, eis que a atitude da ré acaba por prejudicar a prestação jurisdicional aos demais casos.

Assim, evidencia-se a necessidade de imposição de multa civil prevista na Lei 8.078/90, ante o comportamento da ré, não bastando tão-somente a resolução do presente processo.

Com efeito, a legislação consumerista, mais precisamente, os artigos 56 e seguintes da Lei 8.078/90, prevê diversas penalidades para infrações às normas de defesa do consumidor.

Aliás, a respeito do tema, colhe-se da jurisprudência:

Não caracteriza julgamento 'extra petita' a imposição, pela autoridade judiciária, da penalidade de multa por infração às normas da legislação consumerista, especificamente pela cogência de seus mandamentos, cujas violações podem ser apuradas, declaradas e punidas de ofício, precipuamente, em virtude do interesse público manifesto no inarredável propósito do Estado de promover a plena defesa dos interesses do consumidor, porquanto imperativo constitucional relevante. (TJSC, AC nº 03.018286-1, de Criciúma, Des. Volpato de Souza, j.18/6/2004).

Segundo Miguel Reale "se o sistema legal pode ter casos omissos, o ordenamento jurídico não pode deixar de conter soluções para todas as questões que surgirem na vida de relação. É o princípio da plenitude da ordem jurídica positiva, mais um dos postulados da razão prática jurídica, a que vamos logo mais nos referir. Donde se conclui que o ordenamento jurídico que é o sistema das normas em sua plena atualização, não pode ter lacunas e deve ser considerado, em seu todo, vigente e eficaz" (In Lições Preliminares de Direito, Saraiva, 2002. P. 192).

Saliente-se que ao se distinguir a sanção civil punitiva da meramente reparatória passa-se a estimular a composição extrajudicial e prevenir-se conflitos, uma vez que as instituições financeiras e as grandes empresas certamente não terão interesse em se sujeitar a altas indenizações.

Não se olvide que o magistrado deve conceder ao lesado a reparação específica que entenda mais justa, como forma de compensação, ainda que não haja previsão legal explícita, bastando que implicitamente o sistema admita a forma de reparação.

Ocorre que há previsão implícita no sistema (artigo 56 e 57 do CDC) para a imposição da multa civil no caso em concreto.

Ora, o artigo 56 admite expressamente a aplicação de sanção civil, contudo, dentro dos limites previstos no artigo 57 do mesmo diploma legal (limites mínimos e máximos), possibilitando a aplicação da sanção com reversão ao fundo, pois a cominação está implicitamente admitida no sistema jurídico.

Registre-se que a presente demanda trata tão-somente de interesse individual. Ocorre que o ato cometido pela ré atinge não só o lesado individualmente, mas toda a coletividade de consumidores, exigindo-se que a inibição, neste caso, opere-se em favor de toda a sociedade.

Luiz Guilherme Marinoni, ao escrever sobre a multa e a indenização pelo dano nas tutelas inibitórias, ensina:

"Importa perceber que a astreinte tem por fim forçar o réu a adimplir, enquanto que o ressarcimento diz respeito ao dano. É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado. O que se quer dizer quando se afirma que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, é que a multa será devida independentemente de ser porventura devida a indenização pelo dano" (In, Tutela Inibitória, RT 2001, p. 173).

Assim, levando-se em consideração a capacidade financeira da ré, entendo que a indenização deva ser fixada à parte lesada individualmente, mas parte também para um fundo específico voltado à estruturação de órgão de defesa de consumo, esta, com clara natureza de sanção civil.

Eduardo Talamini explica que *"A sanção punitiva não opera só na esfera criminal - ainda que geralmente se reserve o termo pena à consequência da conduta legalmente tipificada como crime. Enquadram-se, igualmente, na categoria, por exemplo, as punições administrativas, as penas fiscais, diversas sanções no direito de família e das sucessões etc. No processo civil, tem caráter retributivo as multas previstas nos arts 14 pá. Ún., e 601. Portanto, também há sanção civil"* (In Tutela Relativa aos deveres de fazer e não fazer, RT, 2003, p.180).

A multa civil, seja para operar preventivamente (caráter inibitório) ou repressivamente (caráter sancionatório), é instrumento comum no direito nacional e está implícita e explicitamente admitida no artigo 56 do Código do Consumidor ao tratar das sanções administrativas.

Segundo o dispositivo antes mencionado:

As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

Assim, observa-se típica cláusula geral que prevê que a infração de normas de consumo, conforme o caso, sujeita o agente à sanção, e logo depois, estabelece que esta punição administrativa não prejudica outras de natureza civil. Destarte, viável a cumulatividade.

Carlos Alberto Bittar, examinando a teoria da responsabilidade civil e os novos instrumentos de defesa do consumidor, discorre sobre as sanções civis cabíveis nas ações indenizatórias:

"As sanções aplicáveis por fatos danosos participam de natureza diferente, conforme o ônus imposto ao lesante: de um lado, existem as patrimoniais, consistentes em despojamentos de caráter econômico, e, de outro, as não patrimoniais, caracterizadas pela exigência de certo comportamento, ou, pela prestação de fato, que atinge apenas a pessoa do agente. (e não o respectivo patrimônio).

Comumente, vem recair no acervo patrimonial do lesante a resposta da ordem jurídica: impõe o juiz o pagamento de certa soma em dinheiro, como meio de reparar

o dano causado. Sofre, assim, diminuição patrimonial, como resposta da ordem jurídica pelo fato danoso a ele atribuível.

Mas com a evolução operada na matéria, vêm sendo admitidas sanções de ordem pessoal, como a de imposição de prestação de serviços ao lesado, ou à comunidade, em substituição à fixação de indenização em pecúnia. Fica, pois, o lesante obrigado a realizar, sob controle estatal, determinados serviços, exaurindo-se os efeitos do ato lesivo, em sua consecução. Restringem-se assim, certos direitos seus, por um período determinado, forçando o agente a atuar, por exemplo, na assistência moral ao lesado, na realização de obras comunitárias e em outras atividades de interesse social.

Conjugam-se, assim, no instrumental jurídico posto à disposição da Justiça, medidas várias de satisfação ao lesado, de castigo, ou de recuperação do lesante; e de advertência à sociedade como um todo, para uma inequívoca demonstração de que certas ações não são desejadas, merecendo, pois, repulsa do direito.

Compete ao juiz, no caso concreto, e à vista das circunstâncias fáticas, determinar as medidas próprias para cada situação, atento sempre aos objetivos do lesado na ação correspondente"(In Bittar, Carlos Alberto, Responsabilidade Civil por danos a consumidores, Saraiva, 1992, p. 10 e 11).

A aplicação de multa com função inibidora (destacada do dano) em ação de dano moral tem precedente em julgado Carioca colacionado por Marinoni para justificar a diferença entre tutela ressarcitória e preventiva, e que, "mutatis mutandis", serve à sustentação da tese de possibilidade de aplicação de sanção civil. Registre-se:

"O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao analisar um caso em que parentes de uma pessoa física falecida pediam indenização e a cessação da veiculação de um filme cinematográfico que atentaria contra o direito à imagem e à honra, determinou que os réus se abstivessem definitivamente de exibir o filme e condenou-os ao pagamento de ressarcimento de danos morais; o Tribunal, para inibir novas veiculações do filme, impôs multa" (In tutela Inibitória, RT 2001, p.40)

Transcrevo o julgado:

"Direito da personalidade - violação - ofensa ao direito à imagem e à honra - reprodução romanceada em filme cinematográfico da vida de pessoa de notoriedade já falecida - Falta de autorização - Direitos que, embora transmissíveis e intransferíveis podem ser defendidos pelos parentes próximos do titular, como direito novo - Responsabilidade solidária do autor do roteiro, do produtor e dos coprodutores pelos danos advindos dos atos ilícitos conforme o artigo 16 da lei 5988/73 - Proibição definitiva de exibição do filme, com cominação de multa pela transgressão - Indenização por danos morais a ser apurado em liquidação por arbitramento, e não tomando por base o valor da multa, com função inibidora, e não de ressarcimento" (TJRJ Ap. 39193, Rel. Des. Wellington Moreira Pimentel, RT 619/175/180).

Destarte, uma vez viabilizada a incidência de multa, passa-se a discorrer sobre a sua destinação.

A multa civil, pode ser revertida ao Estado (artigo 14 parágrafo único do CPC), ao credor, (artigo 601 do CPC) ou, tal como a sanção administrativa, deve ser revertida a um Fundo Municipal ou Estadual de defesa do consumidor (artigo 57 do CDC).

Assim, no caso em exame, evidente a relação de consumo, devendo a multa ser aplicada em favor de Fundo Municipal tratado na Lei nº 7.347/85, e inexistente este, em favor de Fundo Estadual equivalente.

Vale registrar o dispositivo no artigo 57 CDC:

"A pena de multa graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a lei 7347 de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União ou para os Fundos Estaduais ou Municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Redação dada pela lei 8656 de 21 de maio de 1993".

Destaco, ainda, que é desnecessário ajuizar ação coletiva para imposição da sanção, porquanto a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercido em juízo individualmente ou, a título coletivo (artigo 81 CDC).

A norma não restringe a defesa dos interesses dos consumidores à ação coletiva, posto que admite a proteção em ação individual (artigo 81 CDC) acautelando-se, contudo, quanto à produção da coisa julgada naquelas (artigo 103 CDC).

Aos juízes cabe a interpretação das normas buscando adequá-las à vida cotidiana e aos anseios da sociedade e, por isso, o Código Civil, no que tange às indenizações, remete o juiz a critério de equidade (artigos 940 e 953 - CC 2002).

Finalmente, a respeito da verba indenizatória, colhe-se da jurisprudência :

"A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso." (REsp n. 171.084, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 05.10.98 . Apud, Apelação Cível n. 2001.018891-0, de Lages. Relator: eminente Des. Trindade dos Santos).

Dessarte, como forma de coibir o aproveitamento pela ré da situação de todos aqueles que ainda não litigaram - dado que são potencialmente litigantes todos seus clientes, arbitro em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) o valor da sanção civil que aplico *ex officio* à ré, pela prática abusiva reconhecida nestes autos. Tal valor há de ser revertido a fundo do consumidor municipal ou, não havendo na Comarca, ao fundo estadual. (grifos do original)

Depois de acurado exame do excerto, conclui-se que a decisão não merece qualquer modificação, tampouco se reveste de qualquer nulidade, porque a aplicação da multa teve como supedâneo a legislação consumerista, mais precisamente os arts. 56 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a imposição de penalidades, dentre as quais a multa pecuniária, nos casos de infração aos seus ditames, o que ocorreu na hipótese em comento, conforme se demonstrará mais adiante.

Mas o tema, devido a sua importância, merece maiores digressões.

A Constituição da República Federativa do Brasil imputou ao Estado, em sentido amplo, no art. 5º, XXXII, o dever de promover a defesa do consumidor.

Com vistas a implementar esta prerrogativa, a própria Carta, em seu art. 170, no que diz respeito aos princípios gerais da ordem econômica, estabeleceu como um de seus fins, a garantia de uma existência digna a todos e, para tanto, assegurou, mais uma vez, a defesa do mercado de consumo.

Sobre o tema, levando-se em consideração que, desde 1930, o Brasil é considerado um Estado Social, de caráter intervencionista, João Batista de Almeida, com propriedade, explica:

Mas, a par dos vários dispositivos insertos na Constituição e contempladores da intervenção do Estado na área econômica, significativo, por certo, é aquele que eleva a defesa do consumidor a nível de princípio da ordem econômica (art. 170, V). Na lição de Eros Grau trata-se de "princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado". Tal princípio equivale a dizer que o Estado intervirá na área econômica para garantir a defesa do consumidor, havida pelo constituinte como um direito constitucional fundamental (art. 5º, XXXII). Na necessidade de intervir no domínio econômico para assegurar a defesa do consumidor reside a justificativa da tutela, pois sem tal intervenção, poderá resultar ineficaz a proteção de que se cuida. (*In*: A proteção jurídica do consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30). (grifei)

Neste diapasão, a proteção do mercado de consumo, inerente à atividade econômica, deve ser buscada constantemente por todas as esferas do Estado, dentre as quais, o Poder Judiciário, que se defronta com milhões de demandas denunciando práticas abusivas de empresas, mesmo passados quase vinte anos da implantação do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o enfrentamento de questões da mesma estirpe, trago à baila o estudo pormenorizado efetuado pelo ilustre doutrinador Lênio Luiz Streck:

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido da Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre "jurisdição constitucional" e "jurisdição ordinária", entre

"constitucionalidade" e "legalidade", como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica. Essa separação metafísica denuncia, em certa medida, o modelo frágil de jurisdição constitucional que praticamos no Brasil, *o que inexoravelmente redundava em um conceito frágil acerca da Constituição*, fenômeno que não é difícil de constatar a partir de uma análise acerca do grau de (in)efetividade do texto constitucional em vigor.

Com efeito, passados quinze anos desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam *ineficazes*. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o próprio artigo 1º da Constituição, que prevê *a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República* brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Daí a necessária pergunta: qual é o papel (e a responsabilidade) do jurista nesse complexo jugo de forças, no interior do qual Konder Comparato denuncia a "morte espiritual da Constituição"? Quais as condições de acesso à justiça do cidadão, visando ao cumprimento (judicial) dos direitos previstos na Constituição?

É por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma "Constituição social, dirigente e compromissária", alinhando-se com as Constituições européias do pós-guerra. O problema é que, como alerta Guerra Filho, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos*.

Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária - conforme o conceito da doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição -, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade - até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática - deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.). Desse modo, levando em conta a relevante circunstância de que o Direito adquire foros de maioria nessa quadra da história, de pronto deve ficar claro que não se pode confundir Direito positivo com positivismo, dogmática jurídica com dogmatismo, e, tampouco, se pode cair no erro de opor a crítica (ou "o" discurso crítico) à dogmática jurídica. Por isto, não tenho dúvidas em concordar com Luís Alberto Warat quando afirma que a dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. Dito de outro modo, o Direito não pode continuar a ser entendido apenas como uma (mera) racionalidade instrumental. (*In*: *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14/15). (grifos do original)

É com fulcro neste pensamento, com o qual corroboro, que entendo que os magistrados, atualmente, não podem mais fechar os olhos para a urgente mudança que a sociedade reclama, cansada do pouco caso dos fornecedores, aqui compreendidos na sua mais ampla definição (art. 3º do CDC), que vêm desrespeitando incessantemente as normas consumeristas e, via de consequência, atentando contra os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, este julgador, em atenção à função pública que lhe foi delegada, sente-se na obrigação de desestimular condutas abusivas e atentatórias ao primado constitucional já mencionado.

No presente caso, a afronta aos direitos do consumidor é evidente, porque a ré, ora apelante, sem qualquer aviso (pasmem!!), cobrou por um serviço de terceira empresa (anúncio publicitário) sem antes verificar com o seu próprio cliente a procedência das informações recebidas do real fornecedor.

Em sua defesa, a concessionária do serviço público de telefonia, ou seja, legítima representante dos interesses do Estado, argumentou que incorreu em *erro justificável*, porque a cobrança dos valores foi realizada com base nos dados entregues pela empresa que teria, segundo as suas próprias convicções, prestado o tal serviço à apelada. Por fim, acrescentou que agiu com boa-fé, porque depois de a apelada ter reclamado, estornou a totalidade do que, até então, já havia sido pago, sem considerar, é claro, os quase cinco meses que decorreram desde a ciência da irregularidade.

Contudo, o interessante é que, como acontece na quase na totalidade das ações que envolvem relações de consumo e, digo isto, com base na experiência de mais de trinta anos de magistratura, perpetradas em face de empresas de alto porte, como é o caso da apelante, não foi juntada sequer uma folha de papel para comprovar o que afirmou, como, por exemplo, o contrato com o terceiro ou, até mesmo, o repasse dos dados da apelada para a inclusão na fatura de consumo de telefonia.

Dessa forma, a cobrança sequer deveria ter sido efetuada e, tal prática, costumeira no Brasil, precisa e deve ser combatida com veemência por todas as esferas da sociedade e, primordialmente, pelos entes públicos, porque as suas consequências refletem na coletividade.

Ao Poder Judiciário, nesta via de entendimento, compete efetivar a tutela jurisdicional que lhe foi entregue, deixando-se de lado o formalismo exacerbado, conforme excelente observação realizada por Humberto Theodoro Júnior, ao comentar as reformas que vem sofrendo o processo civil:

As reformas que vem passando o direito processual civil, entre nós, refletem uma tomada de posição universal cujo propósito é abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas, "para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera". Hoje, o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado "processo de resultados". Tem-se a plena consciência de que o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos, "deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir

concretamente dos efeitos dessa proteção". (*In*: Curso de Direito Processual Civil - volume I. 50 ed. Rio de Janeiro: 2009, p. 15).

Nesta perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), promulgado em 11 de setembro de 1990, consagrou como um dos seus princípios, consoante art. 4º, VI, a "*coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo*".

E, comentando o dispositivo, Rizzato Nunes ensina:

O inciso II do art. 4º autoriza a intervenção direta do Estado para proteger efetivamente o consumidor, não só visando assegurar-lhe acesso aos produtos e serviços essenciais como para garantir qualidade e adequação dos produtos e serviços (segurança, durabilidade, desempenho).

Tal garantia está em consonância com os demais princípios legais e constitucionais antes retratados da garantia de dignidade da pessoa humana e isonomia, bem como volta no inciso VI deste nosso art. 4º, pelo qual se verifica a estreita consonância com os maiores princípios constitucionais, especialmente os da dignidade da pessoa humana, isonomia e princípios gerais da atividade econômica. (*In*: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128).

Desta maneira, a conduta ilícita praticada pela apelante, considerando que interferiu no mercado econômico e infringiu as normas estatuídas no Código de Defesa do Consumidor e, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser combatida.

Nesta medida, é cabível a imputação, de ofício, de sanção de natureza civil, consoante previsão no art. 56 do CDC, com o intuito de concretizar a efetiva repressão de que trata o art. 6º, VI, do CDC, bem como em atenção à proteção constitucional conferida ao consumidor e ao mercado de consumo no art. 5º, XXXII e art. 170 da CRFB, respectivamente, com o fim de coibir condutas abusivas, como a cobrança de valores indevidos do consumidor, buscando-se, neste contexto, evitar a reincidência de tais práticas, bem como estimular os fornecedores à adoção de nova postura em suas relações comerciais.

Adequada ao caso, portanto, a aplicação de multa pecuniária, fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), porquanto se coaduna à vantagem auferida e a condição econômica da apelante e, ainda, restou acertada a sua reversão ao Fundo Municipal ou Estadual de Defesa do Consumidor, a exemplo da sanção administrativa (art. 57 do CDC).

Diante de tais ponderações, entendo que as infrações ao Código Consumerista podem e devem ser punidas *ex officio*, precipuamente em virtude do interesse público manifesto no inarredável propósito de o Estado promover a plena defesa dos interesses do consumidor, resultado do imperativo constitucional cogente.

Desse modo, rejeito a prefacial.

Do mérito

Em suma, a apelante busca este órgão julgador para reverter a condenação à repetição em dobro do indébito, sob o argumento de que agiu com boa-fé, o que afasta a incidência do disposto no parágrafo único do art. 42 do CDC, que determina que "*o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.*"

Contudo, mais uma vez, as suas razões não merecem acolhimento.

Ab initio, incontroversa é a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica das partes.

O art. 2º e 3º do referido diploma conceituam consumidor e fornecedor, vejamos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Depreende-se, portanto, que a apelada perfaz a condição de consumidora (pessoa jurídica destinatária final do serviço de telefonia) e a apelante a condição de fornecedora (pessoa jurídica que desenvolve a atividade de prestação de serviço).

Nesse sentido, colhe-se da lavra de Cláudia Lima Marques:

O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como instrumento da produção. (*In: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74 - Aspectos Materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71/72).

Superado este entendimento, importa ressaltar a correta inversão do ônus da prova promovida pelo Togado singular (fls. 91/92), mormente a empresa de telefonia alegou que a cobrança se deu, exclusivamente, após a comunicação de terceira empresa, motivo pela qual lhe competia fornecer prova do seu direito. Ocorre, entretanto, que nada foi acostado aos autos.

Nesta via, como nos casos de cobrança indevida não se justifica a investigação acerca da culpa ou dolo do fornecedor, porque resultante de uma ação e não de omissão, consoante disposto no art. 37, § 6º, da CRFB, é patente a possibilidade de incidência da regra fixada no art. 42, parágrafo único, do CDC.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovemento do apelo, mantendo-se incólume a decisão vergastada, porque não padece de qualquer irregularidade.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Quarta Câmara de Direito Público, em decisão unânime, conheceu e negou provimento ao recurso. E, por maioria de votos, manteve a aplicação de ofício da multa civil. Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Jaime Ramos, que votou no sentido de afastá-la.

Conforme disposto no Ato Regimental n. 80/2007-TJ, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 07.08.2007, registra-se que participaram, com voto, do julgamento realizado no dia 15 de julho de 2010, além do Presidente/Relator, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jaime Ramos e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 16 de julho de 2010.

José Volpato de Souza

PRESIDENTE/Relator