

**OS PEQUENOS DANOS, AS PEQUENAS INDENIZAÇÕES E OS GRANDES IMPÉRIOS - AS FACETAS DO DANO EFICIENTE: UM OLHAR SOBRE A APLICAÇÃO DA RESTITUIÇÃO EM DOBRO PREVISTA NO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

**SMALL DAMAGES, SMALL SEVERANCE AND GREAT EMPIRES - FACETS OF DAMAGE AS EFFICIENT: A LOOK ON THE IMPLEMENTATION OF RESTITUTION IN DOUBLE UNDER ARTICLE 42, SECTION ONE, OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION**

**CAMILA BRAGA CORRÊA**

**RESUMO**

Este trabalho objetiva o estudo do dano eficiente visto sob todas as suas vertentes. Para tanto, inicia-se o trabalho com um estudo da ocorrência dos pequenos danos, passa pela análise das pequenas indenizações e os contrastam com seus efeitos sentidos na forma dos grandes impérios. Toda essa análise é feita sob o instituto da restituição em dobro, prevista no artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, desde a sua origem até a sua atual aplicação junto a jurisprudência, tendo na doutrina o assentamento da necessidade da revisão jurisprudencial. Procura-se verificar o impacto social e econômico gerado pelas condenações fundadas na tese da indenização mínima, na análise do risco do processo e na análise econômica do direito, por configurarem como preciosos guias de interpretação para a integração da ciência jurídica. Nesse contexto, demonstrar-se-á que para a construção de uma sociedade democrática e um Judiciário mais justo e acessível, é imprescindível o seu perfeito funcionamento dentro de um novo modo de pensar o direito e de torna-lo mais presente na efetivação dos seus propósitos. Por fim, evidencia-se a possibilidade de afastar os efeitos daninhos gerados pelo próprio poder judiciário, restabelecendo com isso os propósitos e os fins do risco do negócio para o fornecedor, o direito do consumidor fundado na responsabilidade objetiva do fornecedor, a constitucionalização dos direitos e a efetividade dos caráter pedagógico e punitivos que as condenações devem se prestar.

**Palavras-chave:** Teoria da Indenização Mínima. *Punitive Damages*. Análise Econômica do Direito. Repetição de Indébito. Dano Eficiente.

**ABSTRACT** This work aims to study the efficient damage seen in all its aspects. Therefore, the work begins with a study of the occurrence of minor damage, goes through analysis of small claims and the contrast with its effects felt in the form of great empires. All this analysis is done under the institute's double refund, provided for in article 42, second paragraph of the Code of Consumer Protection, from its origins to its current application with the jurisprudence, and doctrine in the settlement of the need for judicial review. It seeks to ascertain the social and economic impact generated by the convictions based on the theory of minimal compensation, the risk analysis process and economic analysis of law, by configure as valuable guides to interpreting the integration of legal science. In this context, it will show that for the construction of a democratic society and a more fair and accessible judiciary is indispensable flawless performance in a new way of thinking about the law and make it more effective in its present purposes. Finally, highlights the possibility to remove the harmful effects generated by the judiciary, thereby restoring the aims and purposes of the business risk to the supplier, consumer law based on strict liability of the supplier, the constitutionalization of rights and effectiveness of pedagogical convictions and punitive damages should be paid

**Keywords:** Theory of Minimum Compensation. Punitive Damages. Economic Analysis of Law. Repeat Misuse. Damage Efficient.

## **INTRODUÇÃO**

O intuito deste trabalho gira em torno da teoria do dano eficiente, mas, principalmente dos efeitos que de ordem prática vem se solidificando de forma prejudicial em nossa sociedade. Assim, a proposta deste estudo foi desenvolvida tratando da transformação da sociedade de consumo e da necessidade do ordenamento jurídico pátrio vir a dispor sobre o direito do consumidor para fazer frente às mazelas cometidas pelos fornecedores. Cuidou-se, também, da transformação da ciência jurídica que desembocou na implementação dos Juizados Especiais Cíveis, bem como do perceptível inchaço desta seara que tem sido corriqueiramente frequentada pelos mesmos fornecedores em decorrência de pequenos danos por eles causados aos seus consumidores.

Adiante, abordada as pequenas indenizações, sob o foco das reiteradas condenações, proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, contra os mesmos fornecedores acerca do mesmo defeito ou vício de seu serviço ou produto, verificando-se, portanto, a efetividade do caráter pedagógico e punitivo que se pretende empregar às indenizações. Assim, diante da prática

ilegal do fornecedor em cobrar do consumidor valor que ele não deva, a análise acima se voltou para o instituto da repetição de indébito, partindo do seu conceito, verificando o comportamento dos consumidores perante a ocorrência deste tipo de dano, passando pela aplicação equivocada do instituto, chegando ao clamor de parte da doutrina pela aplicação de teoria alienígena do nosso ordenamento jurídico, como forma de correção dos efeitos que as condenações devem surtir nos fornecedores, até identificarmos um caminho a ser trilhado para se afastar do nosso ordenamento jurídico a tese da indenização mínima.

Posteriormente, passa-se à análise dos efeitos provocados pelos pequenos danos e pelas pequenas indenizações conhecemos os grandes impérios, a mágica como eles se constroem, o fundamento para a sua manutenção. Deste modo, ao entendermos a mecânica dos grandes impérios que se edifica mediante a análise do risco do processo, evidencia-se a análise econômica do processo como a erva daninha que facilmente poderá cuidar de lhes causar grande estrago ou até mesmo conduzir tal prática ao seu fim. Assim, ao unirmos os pequenos danos, as pequenas indenizações e os grandes impérios, sob a abordagem da restituição em dobro, tem-se que a defesa do direito do consumidor se confunde com o direito de toda a sociedade e que a evolução do pensamento que combaterá a ocorrência do dano eficiente se voltará à favor de todos os cidadãos brasileiros, já que efetivará direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, além de fazer evoluir a própria ciência jurídica.

## **OS PEQUENOS DANOS**

Há muito já se encontra superado o tipo de economia na qual a iniciativa individual do consumidor ditava as leis do mercado; em que se existia um menor distanciamento entre os agentes econômicos; um maior conhecimento do processo de produção e especificidades dos produtos e serviços comercializados e a relação entre consumidor e fornecedor era medida pela confiança, lealdade e temor relativo a condutas eticamente reprováveis. Isto porque, desde longo tempo, o consumidor não é mais tratado como peça fundamental da relação de consumo, de modo que os fornecedores não buscam ou se preocupam em conquistar e fidelizar o seu cliente, mas tão somente em técnicas para que o consumismo não seja freado. Sobre a ânsia em produzir é oportuno trazer a tona o que diz Jonh Kenneth Galbraith citado por Josué Rios (1988, p. 11) leciona:

O indivíduo serve o sistema industrial, não para abastecê-lo com a poupança e o capital dela resultante; ele o serve pelo consumo de seus produtos. Em nenhum outro assunto, religioso, político ou moral, está a comunidade tão elaborada, perita e dispendiosamente instruída. – Especificamente, de modo paralelo à produção de bens, são feitos esforços enérgicos e não menos importantes para garantir o seu uso.

Estes esforços enfatizam a saúde, a beleza, a aceitação social, o sucesso sexual – a felicidade em resumo – que resultarão da posse e do uso de um determinado produto. Esta comunicação, combinada diariamente com o esforço em prol de inumeráveis outros produtos, torna-se, como conjunto, um argumento ininterrupto das vantagens de consumo. Por sua vez, inevitavelmente, este fato afeta os valores sociais. O padrão de vida de uma família torna-se o indicador de suas realizações, ajudando a garantir que a produção e, *pari passu*, o consumo de bens, seja a primeira medida de realização social.

Dessa forma, a sociedade de consumo passa a se fundar em valores diversos àqueles que entendiam pela prioridade de produtos indispensáveis à vida e à saúde. Passa a ter preferência por produtos que entendem necessários para a manutenção de um padrão que corresponda com o seu estilo de vida. Este comportamento ao ser estudado por Henry Lefebvre é bastante elucidativo, como se verifica na citação feita por Josué Rios (1988, p. 18):

Na ideologia do consumo e no consumo “real” (entre aspas), o consumo de signos desempenha um papel cada vez maior. Este consumo não suprime o consumo de espetáculos “puros”, sem atividade, sem participação, sem obra nem produto. Acrescenta-se e se sobrepõe a este como uma sobredeterminação. É assim que a publicidade para os bens de consumo se torna no principal bem de consumo; ela tende a incorporar a arte, a literatura, a poesia e a suplantá-las ao utilizá-las como retóricas. Torna-se assim a própria ideologia desta sociedade, cada “objeto”, cada “bem” se desdobra numa realidade e numa imagem, fazendo esta parte essencial do consumo. Consume-se tanto signos quanto objetos: signos de felicidade, da satisfação, do poder, da riqueza, da ciência, da técnica, etc. A produção desses signos se integra na produção global e desempenha um papel integrador fundamental em relação às outras atividades sociais produtivas ou organizadoras. O signo é comprado e vendido; a linguagem torna-se valor de troca. Sob a aparência de signos e de significações em geral, são as significações desta sociedade que são entregues ao consumo.

Deste modo, a base desta sociedade de consumo se constrói tendo como objetivo o binômio produzir-vender de tal forma que pouco importa o que seja produzido. A sociedade de consumo é a todo o momento bombardeado por campanhas publicitárias que criam, a cada instante, uma nova necessidade, elevando, assim, o nível de satisfação das necessidades dos consumidores e de criação destas necessidades. Assim, os fornecedores para atraírem cada vez mais consumidores acabam por incutir a necessidade de um consumo desenfreado, buscando correspondência com seus desejos mais recônditos; pelo sentimento de amor; de segurança; de poder; de esperança; de ansiedade; de riqueza fácil, dentre outros, não os deixando descansar nunca, o que para Zygmunt Bauman (1999, p.91-2) é visto da seguinte maneira:

Para os consumidores da sociedade de consumo, estar em movimento – procurar, buscar, não encontrar ou, mais precisamente, não encontrar ainda – não é sinônimo de mal-estar, mas promessa de bem-aventurança, talvez a própria bem-aventurança. [...]

Para aumentar sua capacidade de consumo, os consumidores não devem nunca ter descanso. Precisam ser mantidos acordados e em alerta sempre, continuamente expostos a novas tentações, num estado de excitação incessante – e também, com efeito, em estado de perpétua suspeita e pronta insatisfação. As iscas que os levam a desviar a atenção precisam confirmar a suspeita prometendo uma saída para a insatisfação: “Você acha que já viu tudo? Você ainda não viu nada!”

A publicidade já cuidou de desvendar os mistérios da alma humana e com base no comportamento humano acabou por adequar a cada público o produto que a ele se destina por meio de pontes de empatias entre as marcas e produtos. Neste sentido, os fornecedores ao imporem aos consumidores a necessidade do consumo pela sedução, adestramento e manipulação, acabam por criar um padrão de pensamento e comportamento fundado na dominação, haja vista que a publicidade nunca se dirige ao homem isolado e atinge cada qual em função dos outros por conta dos caprichos e do prestígio social. Por conta disto, Jean Baudrillard citado por Josué Rios (1998, p.13) ao observar estes fatos asseverou que:

Na ordem moderna, deixou de haver espelho onde o homem se defronte com a própria imagem para o melhor ou para o pior; existe apenas a vitrina – lugar geométrico do consumo em que o indivíduo não se reflete a si mesmo, mas se absorve na contemplação dos objetos/signos, multiplicados na ordem dos significantes do estatuto social, etc. O homem já não se reflete a si mesmo nela, mas deixa-a nela absorver e abolir. O sujeito do consumo é a ordem dos sinais. Nessa sociedade, acabou-se a transcendência, a finalidade, o objetivo: a característica de tal sociedade é a ausência de reflexão e de perspectiva sobre si própria.

Zygmunt Bauman (2007, p.75-76) ao avaliar o comportamento dos consumidores que colocam a sua satisfação naquilo que conseguem adquirir e a forma como os fornecedores trabalham para que este comportamento seja cada vez mais difundido pondera que:

“Consumir”, portanto, significa investir na afiliação social de si próprio, o que, numa sociedade de consumidores, traduz-se em “vendabilidade”: obter qualidades para as quais já existe uma demanda de mercado, ou reciclar as que já se possui, transformando-as em mercadorias para as quais a demanda pode continuar sendo criada. A maioria das mercadorias oferecidas no mercado de consumo deve sua atração e seu poder de recrutar consumidores ávidos a seu valor de *investimento*, seja ele genuíno ou suposto, anunciado de forma explícita ou indireta. Sua promessa de aumentar a atratividade e, por consequência, o preço de mercado de seus compradores está escrita, em letras grandes ou pequenas, ou ao menos nas entrelinhas, nos folhetos de todos os produtos – inclusive aqueles que, de maneira ostensiva, são adquiridos principalmente, ou mesmo exclusivamente, pelo puro prazer do consumir. O consumo é um investimento em tudo que serve para o “valor social” e a auto-estima do indivíduo.

O objetivo crucial, talvez decisivo, do consumo na sociedade de consumidores (mesmo que raras vezes declarado com tantas palavras e ainda com menos frequência debatido em público) não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: *eleva a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis*.

Vê-se assim que o bem mais valioso que está à disposição do mercado é o consumidor, pois somente aquele consumidor ávido em consumir é capaz de fazer cumprir, à risca, objetivos muitíssimo bem traçados e planejados pelos fornecedores e assim fazer o mercado funcionar nos moldes por eles desejados. Neste quadro a que a sociedade de consumo se encontra inserida, o consumidor passa a ser visto como mero número para que o fornecedor venha a obter o lucro desejado pelo serviço ou produto por ele colocado no mercado; ou seja, o consumidor já não é mais visto como o único, mas como mais uma peça.

A mudança deste pensamento e comportamento dos fornecedores é assaz prejudicial ao comércio. Rizzato Nunes (2012) ao enfrentar a questão aqui observada pontua que:

Assim, se o consumidor não é considerado como uma pessoa real, mas como um mero número que tem certo valor econômico, não há mesmo necessidade de respeitá-lo e nem de enxergá-lo. A hipótese de perda de um cliente não é vista como uma descontinuidade dos negócios nem como um rompimento indesejado: basta que a situação esteja prevista dentro do quadro estatístico que cuida da inadimplência e das rupturas. Se estiver dentro do previsto, não haverá preocupação. São números. O consumidor é um número.

Claro, também, está que dentro desta mesma sociedade de consumo estão inseridos aqueles consumidores que se rebelam com o sistema e trocam de operadoras de telefone, de televisão; que deixam de frequentar determinados restaurantes, bares, boates; de adquirir produtos em certas lojas ou se valerem de serviços de determinadas clínicas, academias por serem mal atendidos. O intrigante é que dentro dessa sociedade construída e que se expande na forma de franquias e de similitude de serviço ou produto defeituoso, a mudança do consumidor para outra marca ou prestador de serviço não significa que ele estará livre dos mesmos aborrecimentos e prejuízos causados pelo fornecedor anterior. Não há mais respeito ao consumidor seja ele de que tipo for “*prime*”, “*class*”, “*golden*”, “*estilo*”, “*premiun*” etc. Todos estão inseridos dentro de uma mesma realidade e podem a qualquer momento vir a ser desrespeitado, até mesmo inexistindo prestação de serviços ou aquisição de produtos.

A produção em larga escala voltada para o consumo em massa não significou que o desenvolvimento de tecnologias para a produção destes produtos fosse voltada para uma maior durabilidade. Ao contrário, a produção em série acabou por fazer surgir produtos mais frágeis, com o propósito de serem substituídos com maior rapidez, mesmo que ainda estivessem em perfeito funcionamento. Produzir cada vez mais significa, também, que a possibilidade de serem cometidos erros em larga escala torna-se muitíssimo maior, uma vez que todos os equipamentos estão voltados para a produção de vários produtos e não apenas um. Isso porque, basta que apenas um código seja lançado no sistema para que todos os consumidores usuários deste sistema passem a ser cobrados por serviços que não foram por eles solicitados ou tenham os seus nomes inscritos nos órgãos de proteção ao crédito; basta que uma engrenagem seja programada para apertar em menos vezes do que o necessário determinados parafusos e botões para que vários consumidores sejam alvos de produtos instáveis, ou ainda, que um empregado mal treinado forneça informações equivocadas a respeito do uso de um produto para que uma gama de consumidores sofra lesões físicas e mais, que um produto ao invés de ser acondicionado a temperatura devida venha a ficar numa temperatura muito inferior para que o consumidor venha a sofrer danos a sua saúde.

Inegável, então, que o aumento dos ricos das falhas de produção destes produtos aumentou os riscos à saúde; à segurança; à integridade; à dignidade dos consumidores que se encontram num contingente indeterminado e incomensurável se tornem alvo das mais variadas lesões, tudo isso por força da engrenagem com que os fornecedores se portam e colocam seus produtos do mercado. Tal fato já foi observado por Rizzatto Nunes (2012):

Com o surgimento das junções de empresas, fusões, aquisições, etc. criou-se oligopólios e enormes grupos que atuam em conjunto dominando todo ou quase todo o mercado de sua área de atuação. Além disso, com a administração dessas gigantescas corporações cada vez mais "financeira" que produtiva, a preocupação com a qualidade se esvaiu. O capitalismo mudou: o consumidor se tornou apenas um número (ou um nome num painel, num banco de dados ou algo semelhante) que pode gerar um certa receita monetária, mas cujos direitos, interesses e necessidades não têm mais importância.

Os consumidores são tratados como marionetes, que hipnotizados, devem obedecer ao comando do *marketing* e da publicidade. É feito de tudo para que eles acreditem nas fantasias veiculadas. Anúncios publicitários mentem, gerentes de bancos mentem, recepcionistas de empresas de planos de saúde mentem, atendentes em aeroportos mentem, etc. (uma longa lista). É verdade que as mentiras, às vezes, fazem parte do sistema engendrado pelos chefes e patrões, mas nem por isso deixam de ser mentiras e muita conversa pra boi dormir.

Tal observação fica ainda mais evidente quando ocorrido o dano os consumidores não conseguem junto aos fornecedores a solução para seus impasses, haja vista a precariedade dos serviços de atendimento aos consumidores e a pouca efetividade com que as agências reguladoras exercem o seu papel e sua finalidade. O mesmo fenômeno é sentido junto ao PROCON, ante a ausência de punição exemplar aplicada aos fornecedores, donde se verifica que o modelo utilizado pelos PROCON já não mais reflete a melhor forma de solução dos impasses estabelecidos entre consumidores e fornecedores, sendo que já encontram severas críticas para que o modelo utilizado venha a ser substituído por outro mais eficaz e que promoveria a maior defesa do consumidor. Tal crítica é feita por Ricardo Goretti Santos e Igor Rodrigues Britto (2012), nos seguintes termos:

Correto seria que os PROCONS passassem a promover sessões de negociação assistida, nas quais seus agentes, de forma explícita ou não velada por uma imparcialidade simbólica, passassem a atuar, com transparência, na representação extrajudicial de consumidores interessados na resolução autocompositiva de seus conflitos. Sem prejuízo da continuidade do desenvolvimento de uma importante política de resolução consensual de conflitos, com esta mudança significativa do ponto de vista técnico, tais órgãos melhor desempenhariam sua função de instância facilitadora do acesso à justiça pelos consumidores.

Como consequência natural de uma mudança no modelo de operacionalização da representação direta de consumidores em situação de conflito, os agentes dos PROCONS seriam demandados no emprego de técnicas de negociação, que não se confundem com as usualmente empregadas por conciliadores imparciais. Em outras palavras, se a imparcialidade não deve lhe servir como atributo ou exigência, despropositada se revela a capacitação dos mesmos para o emprego de técnicas de conciliação. Correto, seria dotá-los de competências, habilidades, estratégias e técnicas revertidas em benefício do consumidor que pelo mesmo deve ser representado, com a mais absoluta parcialidade.

Via de consequência, ante a ausência de meios efetivamente capazes de solucionar os impasses dos consumidores tem-se por evidente que os consumidores viessem a se socorrer da via judicial, principalmente, dentro da esfera dos Juizados Especiais Cíveis. Logo, inevitável se mostra o inchaço desta seara. Diante deste quadro de aumento da busca de consumidores pelos órgãos judiciais, a criação dos Juizados Especiais Cíveis sob os princípios da oralidade; da simplicidade; da informalidade; da economia processual; da celeridade e sob a regra da limitação dos recursos, acabou por solidificar o questionamento acerca dos motivos que levam as mesmas empresas a serem demandadas sobre os mesmos fatos e, mesmo sendo condenadas, continuam a fornecer, como mesmo vício ou defeito seus produtos e serviços.

Contextualizado sob o enfoque dos pequenos danos causados aos consumidores que se voltam ao poder judiciário dentro da esfera dos Juizados Especiais Cíveis, encontramos os grandes fornecedores sendo demandados pelos mesmos danos causados a inúmeros consumidores, sendo que estas ações já não tramitam com a celeridade a que a Lei 9.099/95 lhes pretendia empregar, em decorrência do perceptível aumento do ajuizamento de demandas nesta esfera e da insistência dos fornecedores em continuar a colocar no mercado os mesmos produtos defeituosos ou a prestar os mesmos serviços defeituosos.

Impende ressaltar que a produção em larga escala como geradora de danos a um sem número de consumidores fica evidente que a forma como o direito do consumidor vem sendo tratado pelos serviços de atendimento, nos PROCONS e nos Juizados Especiais Cíveis, entendidas como veículos de pacificação de conflitos individuais acaba por não dar a amplidão com que estas demandas precisam ser analisadas, haja vista que a padronização dos produtos acaba por gerar danos e prejuízos que por essência se tornam coletivos e não individuais. Vicente de Paula Maciel Junior (1996, p.50) ao tratar do assunto assevera que:

Os direitos dos consumidores podem ser agrupados dentro da perspectiva individual de um consumidor, o que não elimina a possibilidade de a relação de consumo ter abrangido uma séria indeterminada de pessoas além dele. Nisto reside o caráter tipicamente difuso dos interesses dos consumidores. Todas as pessoas são potencialmente consumidas e um determinado fato pode afetar diretamente um consumidor, e de maneira difusa, uma série imprecisa de outros interessados.

Cumprido, ainda, ressaltar a similitude da liderança das mesmas empresas mais demandadas na esfera dos PROCONS e na esfera judicial, de modo a corroborar pela ineficiência dos mecanismos de pacificação dos interesses dos consumidores.

## **AS PEQUENAS INDENIZAÇÕES**

A forma como as sentenças são proferidas em sede de Juizados Especiais Cíveis e o valor da condenação envolvida nos casos que tratam de relação consumeirista acabou por dar

azo ao fenômeno de se ter os mesmos fornecedores sendo demandados pelos mesmos vícios e defeitos dos seus produtos e serviços, que diante da mesma condenação passaram a preferir o litígio ao investimento em equipamentos e qualificação profissional. Tal fato se mostra ainda mais evidente quando se está em pauta casos que versem sobre cobrança indevida e que tem por inequívoca a aplicação do instituto da repetição de indébito, prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Do fenômeno acima descrito emergiu, na doutrina, a defesa da necessidade da revisão da posição jurisprudencial que tem aplicado de forma equivocada e errônea sobre a restituição em dobro, sendo que da lavra dos autores anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2006, p. 593-4) tem-se que:

Nestes primeiros 14 anos de CDC, a norma do parágrafo único do art. 42 tem alcançado pouca efetividade, talvez por ter sido pouco compreendida, mesmo sendo a única norma referente à cobrança indevida, em todas as suas formas. Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar que o fornecedor se “descuidasse” e cobrasse a mais dos consumidores por “engano”, que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas sabidamente abusivas e nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu “poder” na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento “sem causa” do consumidor. Quase que somente em caso de má-fé subjetiva do fornecedor, há devolução em dobro, quando o CDC, ao contrário, menciona a expressão “engano justificável” como única exceção. Mister rever esta posição jurisprudencial.

A doutrina, também, é implacável quanto à legitimidade e legalidade do enriquecimento a que o consumidor seria levado por força da restituição em dobro, quando analisa a postura do fornecedor que faz emergir ao consumidor direito sob tal enfoque. Senão vejamos (MARQUES, 2006, p. 593-4):

A “causa” do enriquecimento do consumidor neste caso é o contrato e o abuso do fornecedor; em outras palavras, o enriquecimento é legítimo e legitimado justamente pelo parágrafo único do art. 42 CDC, visando socialmente atingir uma maior boa-fé, lealdade, cooperação e cuidado na cobrança de dívidas. Somente assim o efeito pedagógico previsto no CDC acontecerá e a prática mudará no País, pois não pode valer a pena cobrar indevidamente do mais fraco, do vulnerável, baseando-se em cláusula que “eu mesmo redijo e imponho ao cliente”. Cobrar indevidamente e impunemente de milhões de consumidores e nunca ser condenado à devolução em dobro é que seria fonte de enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito oriundo do abuso do direito de cobrar.”

A aplicação equivocada da restituição em dobro se funda no subjetivismo, seja pela ausência do que se deva entender por engano justificável nas decisões judiciais, mas, também, da ausência de previsão para tal conceito junto a doutrina. Leonel Vinicius Jaeger Betti Junior (2012) ao tratar da forma como engano justificável é visto pela doutrina demonstra que tal conceito além de indefinido é divergente, nos seguintes termos:

[...] Para HERMAN BENJAMIM, o engano é justificável quando não decorre de dolo ou de culpa (ou seja: se manifesta independentemente das cautelas adotadas pelo fornecedor). ANDRADE DA SILVEIRA afirma que tal figura seria aquela não decorrente de dolo ou culpa, citando como exemplo os erros decorrentes de equívocos de cálculo (pois “ninguém está a salvo de ler números defeituosamente”). Já ARRUDA ALVIM não define o que seria engano justificável mas, como exemplo de tal modalidade, cita aquele advindo de falha no sistema de compensação bancária. Com o devido respeito, estas posições (que ligam o conceito de engano justificável à situação subjetiva do fornecedor – dolo ou culpa) – não se sustentam.

Com efeito, não se pode dizer que esta ou aquela postura represente o engano justificável, para assim defini-lo, pois, utilizando dos mesmos exemplos citados acima poderão existir casos em que equívocos de cálculo ou a falha no sistema de compensação decorram de atitudes baseadas no dolo e por vezes estas mesmas atitudes decorram da culpa.

Por engano justificável, deve-se entender pelo procedimento que permita que o consumidor pague duas vezes a mesma conta, de forma que o fato não pode ser pelo fornecedor, mas para permanecer neste critério a devolução da quantia paga a maior deverá ser restituída na primeira oportunidade e sem necessidade de intervenção ou solicitação neste sentido. Somente visto desta forma é que a figura do engano justificável manterá um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio, qual seja o da boa-fé, uma vez que ao proceder de forma contrária à postura acima, o fornecedor tornará inquestionável a ocorrência da má-fé fundada no ganho fácil e indevido que conduz os fornecedores ao enriquecimento ilícito. Somente dentro desta visão é que se estará a alocar, no seu devido lugar, a inteira responsabilidade do fornecedor diante do risco do seu negócio, aliada ao domínio de suas técnicas e à transparência. Todas estas questões devem estar imbricadas quando se tratar de cobrança, de modo que esta seja a contraprestação do serviço prestado ou negócio adquirido e feita em parâmetros legais e de fácil constatação pelo consumidor. Leonel Vinícius Jaeger Betti Junior (2012) ao tratar do assunto pondera que:

A cobrança, como o fornecimento de produtos e serviços, está compreendida nas atividades rotineiras do fornecedor, em relação às quais se exige domínio e perícia em nível profissional, a ponto de que o desenvolvimento normal do negócio não cause danos aos consumidores. A responsabilidade pela reparação destes está compreendida no risco do negócio (sendo internalizada nos custos de produção/desenvolvimento). Como peremptoriamente afirma LIMA MARQUES, “cobrança é risco profissional do fornecedor, que deve realizá-la de forma adequada, clara e correta.”

Até mesmo porque, como a cobrança é medida decorrente da aquisição de um produto ou de um serviço prestado, não há que se falar em hipótese de cabimento de reflexões acerca do motivo que tenha levado o fornecedor a cobrar quantia indevida ao consumidor. Corroborando este entendimento Claudia Lima Marques (1999, p. 635):

[...] o fornecedor deve, como profissional, dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado por computador, troca de nome nas correspondências etc. [...]. Em matéria contratual, a noção de “ausência

de culpa” fica deslocada, pois o que há é dever, obrigação de cumprir o que se vinculou.

Visto desta forma, o fornecedor que não consiga atrair a quantidade de consumidores necessários para alcançar o seu objetivo utilizando de mecanismos publicitários, por ser o detentor dos mecanismos de cobrança poderá se valer de formas ilegais para chegar ao seu propósito, mesmo que para isso seja necessário causar pequenos danos a inúmeros consumidores cobrando de cada um deles pequenas quantias que eles não deviam, pois não haverá condenação em sede de Juizado Especial Cível que tenha valor significativo e que seja capaz de coibir tal prática. É por conta de fatos como os acima mencionados, que nunca serão trazidos para o mundo jurídico dentro de processos que envolvem direito do consumidor e que talvez nunca venham a ser revelados no mundo dos fatos, guardado como se segredo fosse, mediante encampamento de estratégias e técnicas mercadológicas, que o Código de Defesa do Consumidor prevê punição ao fornecedor que o desrespeite e deve sua aplicação ser feita sem análise de critérios subjetivos que sejam forjados pelos fornecedores, principalmente, aqueles que estão sob a batuta do alegado engano justificável.

Neste contexto, salutar pontuar que o comportamento do consumidor é avaliado pelo fornecedor não só quando da elaboração das campanhas publicitárias, mas também quando de uma bem elaborada cobrança indevida. Isso porque, ao avaliar o comportamento de toda a sociedade brasileira, ao contrário do que se tem propagado acerca do inchaço dos Juizados Especiais Cíveis decorrerem da condução de todo e qualquer problema ser conduzidos à esfera judicial, vê-se que o cidadão brasileiro não tem o costume de vir a demandar por pequenos valores, por acreditar que o processo lhe acarretaria mais aborrecimentos do que soluções. Contextualizada a sociedade brasileira dentro deste foco, os fornecedores não tardaram em visualizar e a agir na prática de pequenos danos, já que somente alguns consumidores chegariam ao ponto de identificar o erro da cobrança a maior, outro número menor que este chegaria a entrar em contato requerendo a devolução desta quantia na esfera administrativa, um menor número de consumidores ainda viriam a demandar requerendo a devolução destes valores. Dizendo de outra forma, o número de restituição a ser feita será bastante reduzido e praticamente inexpressivo diante do lucro alcançado pelo fornecedor.

De fato, haverá casos em que o fornecedor irá obter lucro de 100% sobre uma cobrança ilegal por ele realizada, sendo que este ato antes mesmo de ser praticado foi estudado, estruturado, administrado, tendo sido calculados todos os riscos da sua operação, chegando ao ponto, quiçá, de incluir nesta quantia indevidamente cobrada do consumidor, até mesmo, os eventuais prejuízos decorrentes das possíveis ações judiciais a serem ajuizadas pelos consumidores vítimas destas cobranças indevidas. Sendo vantajoso o dano causado ao

consumidor pelo fornecedor na esfera administrativa, era de se esperar que este descabido propósito fosse acertado na esfera judicial, mediante a aplicação de sanções que já se encontram prevista no ordenamento jurídico pátrio, todavia, esta conclusão nem sempre se faz prosperar. Tanto isso é verdade que a aplicação da repetição em débito, prevista no artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor necessita ser revisada na esfera jurisprudencial, como já restou defendido acima.

Ao não entendermos a correta dimensão a que está inserida a restituição em dobro, acabará o procedimento judicial a servir de trampolim para que os fornecedores obtenham cada vez mais vantagem sobre os consumidores. Pior ainda, acabará o processo por servir de meio para que o fornecedor venha a tornar legal um lucro obtido de forma ilícita.

O fornecedor que não venha a ser punido efetivamente nos moldes previstos pela lei acabará por achar vantajoso agir de forma contrária ao ordenamento jurídico e, assim, acabará por dar azo para que cada vez mais demandas sejam ajuizadas. Ao lado disto, estará o poder judiciário que ao deixar de prestar efetivamente os ditames legais e a impor ao fornecedor sanção de caráter pedagógico e punitivo, deixará de propiciar as correções e distorções cometidas pelos fornecedores, além de colaborarem para que os fornecedores mesmo demandados em juízo não venham a serem exemplarmente punidos, incentivando a continuação do serviço prestado de forma defeituosa.

Há que se ver, ainda, que a indenização prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a incidência da condenação a título de danos morais. Portanto, não há que se falar em aplicação de dupla sanção ao fornecedor que veio a ser condenado ao pagamento da restituição em dobro e ainda em dano moral, menos ainda, em enriquecimento indevido, pois o consumidor veio a ser lesado tanto em sua esfera material quanto moral, merecendo assim ser indenizado sob o título dos danos por ele sofridos. Para maior entendimento do que se deve entender por dano moral, insta trazer a tona o que Maria Celina Bodin de Moraes (2003) leciona sobre o dano que ofende a dignidade da pessoa humana:

[...] afirmar que o dano moral é ‘dor, vexame, humilhação, ou constrangimento’ é semelhante a dar-lhe o epíteto de ‘mal evidente’. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de ‘danos injustos’, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis. [...] Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psico-física, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Ao tratar da análise da ocorrência do dano moral sob os enfoques acima tratados, a jurisprudência, até mesmo da lavra do Superior Tribunal de Justiça, perante a eloquência com que são defendidos, parece conseguir convergir, principalmente, no que se refere à fixação do quantum critérios dissociáveis e inconciliáveis. Tal observação já foi objeto de estudo de Adalmo Oliveira dos Santos Junior (2007, p. 9-48), nos seguintes termos:

A aplicação da indenização punitiva no Brasil ocorre atualmente de uma maneira tão cheia de regras desconexas que é rebarbativo. A jurisprudência teve a *cautela* de fazer uma massa amálgama composta de normas de institutos diversos que resulta numa construção teratológica. Entende que o juiz, na fixação do *quantum* indenizatório, observar-se-á o seguinte: deve fixar a indenização com o fito de compensar o dano suportado pela vítima, mas concomitantemente deve punir exemplarmente o ofensor de modo que o iniba de praticar condutas análogas, e ainda por cima, o valor do montante não pode fazer a vítima enriquecer. Uma elucubração cerebrina fantasmagórica, pois na mesma equação deve *conciliar o inconciliável*. Resulta que uma regra anula a outra, até que se chega ao nada.

Se a teoria é ruim, pior ainda é a aplicação em casos concretos. No caso em que autor da conduta tiver grande poder econômico e a vítima for pobre, a aplicação da regra é impossível, pois qualquer ínfimo valor que o juiz arbitrar a título de punição, estará arriscando de enriquecer a vítima. Aplicar-se-ia então a regra somente nos casos em que a vítima for abastada, pois nesse caso poderia ser dada uma indenização com caráter inibitório-pedagógico sem que enriquecesse a vítima. *Data vênia* aos elaboradores, mas tal sistemática é risível, pois em que lugar do mundo a elite é lesada corriqueiramente. A regra devia ter sido feita para atender às necessidades do povo, e que caso ainda não saibam, este em sua maioria é pobre.

Ao permanecer a jurisprudência a replicar entendimento e a aplicar, de forma equivocada e distorcida, a condenação em danos morais com critérios que não se conciliam e sob a alegação da teoria da indenização mínima, ao invés de priorizar pela solidificação e evolução do sistema e pela proteção da sociedade, estará o poder judiciário a fomentar o continuísmo dos defeitos na relação de consumo. Isso porque, a teoria do valor do desestímulo serve, tão somente, para reduzir a patamares mínimos o montante indenizatório tendo em vista a situação econômica da vítima, o que importa na defesa dos interesses da elite dominante deste país que cotidianamente lesiona seus consumidores.

Assim, no intuito de buscar a correção do entendimento jurisprudencial que tem proliferado a inviabilidade de cumulação do dano moral com a restituição em dobro, a doutrina se enveredou para o direito alienígena e trouxe da tradição anglo-saxã a teoria do *punitive damages*, também chamados de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consiste numa indenização em dinheiro dada em valor expressivo superior ao necessário a compensar o dano causado ao autor, com base numa dupla finalidade de punição e prevenção pela exemplariedade da punição. Difundida mundialmente, a ideia da indenização punitiva, após sofrer severas críticas em decorrência de sua aplicação feita de forma irrazoável e desproporcional ante o dano causado aos consumidores pelos fornecedores dos Estados Unidos da América é que a Suprema Corte entendeu por instruir as Cortes Estaduais

para afastar a possibilidade de o júri vir a contemplar os autores em indenizações milionárias, como vinha ocorrendo. As premissas, segundo Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler (2012), para tanto são as seguintes:

- I. o grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced na indifference too r a reckless disregard of the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;
- II. a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages;
- III. a diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Para a verificação da aplicação deste tipo de indenização na seara do direito pátrio, necessário analisar dentre outros fatores a consciência da alteridade, da distância, das diferenças culturais, ou seja, das singularidades de cada tradição jurídica, principalmente, porque o ordenamento jurídico pátrio sofreu fortíssima influência dos ideais de justiça comutativa de São Tomás de Aquino, na qual não se visualiza a possibilidade de transferência injustificada de riqueza de um sujeito a outro. Tal posicionamento é facilmente percebido no artigo 944 do Código Civil Brasileiro ao prever que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Do ponto de vista cultural, a indenização punitiva mostra-se avessa ao nosso ordenamento, em decorrência do fato de que tanto a sociedade quanto o Estado foram instituídos pela elite e não construídos pelos indivíduos, o que acabou por gerar uma relação de dependência da população com o Estado que deve gerir garantias básicas e propiciar melhorias nas condições de vida, saúde, bem-estar, educação, dentre outros, mas principalmente nas relações de resolução de seus conflitos. Reside aqui a maior dificuldade que o ordenamento jurídico pátrio encontra para aproximar o público do privado, ou seja, de poder vislumbrar na responsabilidade civil um veículo de correção das irregularidades socioeconômicas.

Ocorre que, como a aplicação do direito não pode encontrar óbice para que seja resguardado o interesse social, bem como o diálogo das fontes permite a aplicação analógica de institutos e princípios dentro de outras esferas jurídicas, não há que se falar em inaplicabilidade da indenização com caráter punitivo em nosso ordenamento jurídico sobre esta vertente, pois, a fragilidade deste argumento é facilmente solapada. André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p.234) coaduna com este posicionamento:

Os influxos de um ramo do Direito no outro são evidentes, demonstrando que a separação entre Direito Penal e Direito Civil é mais de ordem metodológica ou didática do que lógico-jurídica. Essa divisão ou ramificação do Direito não constitui, portanto, argumento válido contra a ideia de pena privada como forma de reação jurídica ou sanção para certos ilícitos civis de maior gravidade.

Até mesmo porque, a reparação civil não é instituto alienígena do direito penal, ao contrário, é plenamente aplicável, como sanção, em certos delitos de menor gravidade. Aos crimes de menor potencial ofensivo tutelado sob o regime dos Juizados Especiais Criminais a incidência da reparação civil ocorre em diversas oportunidades previstas tais como nos artigos 71; 74, parágrafo único e 89. Já o Código Penal prevê a reparação do dano mediante a reparação civil diante nos artigos 16; 65, III, “b”; 78, §2º, 81, II; 83, IV, 94, III e 312, §2º, sendo que a reparação punitiva assume várias características já que ora é vista como circunstância atenuante da pena; ora é tida como condição para o livramento condicional; ora como requisito para reabilitação; exigência para a concessão do *sursis* especial, sendo que a sua ausência constitui até mesmo causa de revogação obrigatória do *sursis*. Inegável, então, que os domínios do direito penal e do direito civil em nosso ordenamento não obstam e nem se prestam a tentar obstacularizar que seus institutos mais característicos não trafeguem livremente entre eles, menos ainda que a separação entre estes ramos se torne absoluta, de modo a inviabilizar sua comunicação e interferência, principalmente, quando se mostrar indispensável para regular conflitos de interesse.

Assim, mesmo que não se entenda pela aplicação dos *punitive damages* em nosso ordenamento jurídico sob o argumento da incoerência entre os sistemas jurídicos, da sociedade para quem este sistema se volta, da cultura desta sociedade, da prática do Estado de dizer o direito ou por qualquer outro motivo que se busque uma justificativa para tanto, vê-se que a ideia emanada por este instituto não precisa estar lançada sob teorias estrangeiras para serem aplicadas em nosso ordenamento. Vê-se, também, que as resistências políticas, ideológicas e filosóficas dos fornecedores não podem suplantam os interesses do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, para sob combalidos argumentos fazer com que o operador do direito se sinta limitado aos mecanismos previstos pela lei e assim não viesse a efetivar a proteção a dignidade humana e aos direitos da personalidade, o que é defendido por Antônio Cesar Rocha Antunes de Siqueira (1999, p.41) da seguinte forma:

No campo dos direitos da personalidade, constitucionalmente elevados à categoria de direitos e garantias individuais, a interpretação tradicional das normas de caráter infraconstitucional se mostra insuficiente para criar um sistema que, antes da função reparadora dos danos causados, institua meios que atuem de modo preventivo, de desestímulo a ataques à esfera jurídica de outrem. [...] necessária a compatibilização de novas técnicas para, em uma correta interpretação da vontade do legislador constitucional, atingirmos novo estágio de aplicação das normas infraconstitucionais, propiciando meios adequados à efetiva proteção dos direitos inerentes à personalidade.

Por certo é que uma indenização feita sob o fundamento da tese da indenização mínima é verdadeiro prêmio, em especial para empresas com poderio econômico na casa dos milhões, às vezes dos bilhões, motivo pelo esta tese é a preferida de todos quantos advogam para os maiores causadores de danos do país. Indenização mínima é o que todos os fornecedores querem ver neste país pelo simples fato de ser mais vantajoso ter uma ação contra ele ajuizada, que se estenderá por anos a fio com a possibilidade de uma condenação pequena, do que investir em qualificação de pessoal e modos seguros de administração. Tudo isso porque as condenações insignificantes implicam no mero provisionamento dos custos dos fornecedores diante do processo judicial, enquanto que aquelas que contrariam estes cálculos colaboram, de forma eficiente, para o aperfeiçoamento dos processos produtivos, na medida em que o custo suportado pelos fornecedores passa a ser maior do que o benefício auferido pelo consumidor que contra ele demandou. Henrique Avelino R. P. Lana e Daniel Moreira do Patrocínio (2012) lecionam:

Assim, conformamos nosso raciocínio no sentido de que a atuação dos magistrados, no âmbito dos Juizados Especiais, em especial no que se refere às lides consumeristas, é decisiva para que sejam superadas falhas de mercado, permitindo um resultado mais eficiente de nossa atividade econômica. Evidentemente, a insignificância das condenações impostas aos fabricantes ou prestadores de serviços, nas atividades de massa (direcionadas a um grande número de consumidores) implicará no simples provisionamento deste custo nos balanços das grandes corporações. A fração reduzida de consumidores que resolvem demandar judicialmente associado ao pequeno impacto econômico das condenações impostas nas sentenças judiciais não contribui para que haja, de fato, uma melhoria na qualidade dos serviços prestados ou dos bens produzidos. Afinal, o custo do aperfeiçoamento dos processos produtivos será maior do que aquele decorrente do pagamento das condenações determinadas pelos Juizados.

Note-se que, decisões judiciais que imponham aos agentes econômicos a melhoria de seus processos produtivos e, por consequência, o oferecimento de bens e serviços de melhor qualidade, resultam de uma mudança eficiente segundo o critério Kaldor-Hicks, na medida em que o benefício auferido por todos os consumidores será maior do que o custo, inicialmente suportado pelos fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços.

Neste contexto é que os fornecedores habituais demandados no judiciário insistem no discurso da indenização mínima, para minimizar os seus gastos com futuras indenizações, em função dos diversos problemas que vêm enfrentando por conta de erros que são por eles próprios causados e que conduzem a condenação por danos materiais e morais. Daí porque, a indenização mínima só interessa a quem pretende continuar a colocar no mercado produtos com defeitos ou a prestar serviços defeituosos, a investir no seu aperfeiçoamento empresarial, para que o discurso de respeito ao consumidor se transforme em práticas de igual teor.

Por óbvio, a correção desta tendência do poder judiciário a anuir à tese da indenização mínima está na condenação feita em valor substancial, pois somente a condenação feita em patamar elevado mostra-se como sólida barreira jurídica para obstar a

reincidência de lesões, para evitar que a sociedade se torne vítima incauta e desamparada dos fornecedores, especialmente daqueles que preferem insistir nos erros e nas condutas que expõem o consumidor a risco de ordem material e moral. André Gustavo Corrêa de Andrade citando Carlos Alberto Bittar (2009, p.245) observa que:

[...] em momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.

Nesta exata medida, vislumbrado o problema da condenação do fornecedor feita sob o auspício da tese da indenização mínima dentro do contexto da demanda judicial, impende analisar tal questão sob a ótica do dano difuso e coletivo, já que um incalculável número de consumidores poderá vir a ser vítima do mesmo dano e do mesmo fornecedor, uma vez que a correção do comportamento ilegal e censurável possui força suficiente para minar a confiança do consumidor no mercado. Visto desta forma, quando o poder judiciário estiver frente às questões trazidas pelos consumidores, diante, principalmente daqueles fornecedores que rotineiramente são demandados pelos mesmos defeitos, deverá agir de forma mais ferrenha, pois, somente assim estará a proteger a sociedade e os princípios e direitos constitucionais que a resguardam, evitando-se a concretização dos mecanismos que derrocam no dano eficiente. Por dano eficiente César Fiuza (2008, p.720) entende

Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o recall, por ser mais barato.

A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos. O problema é de difícil solução, exigindo do juiz um enorme exercício de bom senso e, às vezes, de coragem.

A análise dos impactos econômicos das decisões judiciais torna-se, então, fortíssimo argumento para se evitar que as condenações dos fornecedores comumente demandados não se fixem em patamares baixíssimos. Tal fato por si só fará, ainda, que o poder judiciário venha a guardar a Constituição Federal, tanto quanto a solidificar e promover os direitos fundamentais nela dispostos, como destaca Demócrito Reinaldo Filho (2012):

Se um dos objetivos da nossa república é a erradicação da pobreza, isso só se faz com desenvolvimento econômico, para suprir as necessidades coletivas de emprego, alimentação, saúde, saneamento e outros serviços públicos essenciais. Se o cumprimento das promessas constitucionais depende do desenvolvimento econômico, o Juiz tem o dever de examinar se sua decisão pode de qualquer forma afetá-lo. Por isso, o magistrado, no momento de decidir um caso, deve estar atento às múltiplas variáveis que o compõem, não podendo cingir a apenas um único interesse envolvido. Como adverte o Desembargador Rogério Gesta Leal, “é preciso haver uma sensibilização da magistratura brasileira para a complexidade das relações judiciais, marcadas hoje por variados fatores. Um tema que aparentemente é jurídico, no sentido de ser tratado e regulado por lei, tem implicações de natureza econômica, social e política. Essas dimensões extra-normativas precisam ser consideradas pelo julgador.

Acerca da externalidade dos efeitos que uma condenação baseada em critérios que fomentem as boas relações entre fornecedores e consumidores, com o desenvolvimento do respeito entre as partes envolvidas nesta relação e da ciência jurídica aplicável a estes casos, Henrique Avelino R. P. Lana e Daniel Moreira do Patrocínio citando Mankiw (2012) explica:

Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo.

Ocorrendo, assim, a prática reiterada do fornecedor, para lhe fazer frente deverá o poder judiciário ser cada vez mais ferrenho em suas condenações, sendo que este entendimento afastará por si só a ocorrência do “bilhete premiado” em que alguns consumidores serão melhores beneficiados do que outros mesmo sendo vítimas do mesmo evento, não havendo que se falar em decisões conflitantes ou contraditórias. Aberta essa possibilidade, o ativismo judicial estará sendo parte da solução e não do problema que ora estamos a analisar. Mas deverá ser o ativismo judicial visualizado somente até que haja o amadurecimento da doutrina e da jurisprudência que venha a solapar a teoria que tem se difundido e enraizado sob os pequenos danos, as pequenas indenizações e os grandes impérios para dentro deste contexto dar as facetas do dano eficiente. É bem verdade que com o ativismo judicial não se sustenta uma democracia, mas o seu uso controlado e eventual pode vir a se tornar um poderoso antibiótico. A cautela da frequência do seu uso é o segredo para evitar excessos e não correr o risco de se morrer do seu antídoto.

Nessa linha de raciocínio, não há razão de ser para que as decisões judiciais sejam proferidas encharcadas de subjetivismo, menos ainda há necessidade de tais decisões sejam fundamentadas sob as convicções pessoais dos juízes, pois frente a estas situações estará

sempre a ciência jurídica com sua coerência para prestar a efetividade que se espera de um estado democrático de direito. Ao cuidar da forma como devem agir os juízes ante suas convicções pessoais Lênio Streck (2012) pondera que:

O cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais. A moral ou a política não corrigem o Direito. Juiz nenhum pode pensar assim. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito.

Assim, o juiz que adota uma postura ativa e que não se esquivava do enfrentamento de termos jurídicos abertos e indefinidos, utilizando de argumentos contundentes sem lançar mão de critérios subjetivos para proferir suas decisões, ao ser feita de forma responsável e em respeito aos valores supremos da sociedade e da Constituição Federal faz da norma jurídica veículo transformador da realidade ao servir como peso para o reequilíbrio da harmonia e da busca da igualdade dentro da sociedade.

Deste modo, a decisão judicial que tenha como fundamento uma argumentação jurídica que integra os valores do estado democrático do direito para a concretude dos valores e direitos previstos na Constituição Federal, deve ser vista como garantidora de uma ordem política e jurídica equilibrada, o que certamente exige daquele que profere decisão neste sentido formação multidisciplinar, com sensibilidade na composição de conflitos e equilíbrio de interesses nas questões que influenciam a economia, pois tal critério surge como grande e valioso aliado para a segurança jurídica e deve ser levado em conta, principalmente, quando se está diante de insistentes posturas ilícitas adotadas pelos fornecedores que mesmo condenados em inúmeras ações escolhem pelo provisionamento do dano a investir na correção do dano. Sobre a análise econômica do direito Demócrito Reinaldo Filho (2012) destaca que:

[...] Uma avaliação legal completamente neutra, que desconsidere o fator econômico, é que significa um retrocesso. O que se quer é que o Juiz ou intérprete desperte para a extrema importância que as decisões judiciais representam para o desenvolvimento sócio-econômico do país. O que se pretende é que, para propiciar previsibilidade, estabilidade e integridade (em relação ao sistema normativo), o Juiz tenha também uma perspectiva de análise econômica do direito. Se fatores econômicos estão envolvidos desde a criação e elaboração das leis, porque não se leva-los também em consideração quando se trata de reduzir o texto legal à norma do caso concreto? Não se trata, portanto, “de substituir critérios de justiça por critérios econômicos mudam as estratégias à medida que a justiça se demonstra ineficiente e a economia injusta.”

Nessa exata medida, tem-se que como a restituição em dobro não veio a se concretizar como empecilho para que os fornecedores não viessem imputar aos consumidores obrigação de pagar por aquilo que não foi contratado ou adquirido, o seu caráter punitivo há

muito já se encontra massificado tão somente como mera previsão legal. A ausência do caráter punitivo deste instituto se perfaz quando o fornecedor ao avaliar o custo/benefício da sua conduta ilícita perante o eventual prejuízo decorrente dos processos que eventualmente serão ajuizados diante de uma cobrança indevida acresce ao provisionamento do custo do processo a pequena importância que foi por ele pulverizada em inúmeras, milhares, quiçá, milhões de contas emitidas aos seus consumidores.

Visto assim, a restituição em dobro, prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor terá se transformado em norma inócua prevista em nosso ordenamento jurídico, por lhe faltar a efetividade inibidora da conduta irregular, mas mais ainda, por não mais representar punição alguma ao fornecedor. Leonel Vinicius Jaeger Betti Junior (2012), ao cuidar do instituto em análise destaca:

Tendo-se noção de que a norma jurídica não guarda necessária e exata correspondência com o texto legal ou melhor, com o sentimento gramatical deste, resta superado o impasse. Explica-se: a norma, como magistralmente discorre AVILA, “não são os textos nem o conjunto delas, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos legais.” Assim, a constituição dos sentidos da norma não deve ser efetuada apenas com base em um único enunciado legislativo, sendo imprescindível a consideração sistemática de todas os outros textos e normas integrantes do ordenamento. Este processo, decorre do que ALFREDO BECKER denominou, com propriedade, de o “cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico”, esclarecendo, com base na doutrina de EZIO VANONI, que toda regra é válida apenas em relação necessária de influências recíprocas com um número ilimitado de outras normas, que a determinam mais expressamente, que a limitam, que a completam de modo mais ou menos imediato. Em relação ao específico dispositivo em análise, tanto a constituição do sentido do que deve ser considerado “cobrança indevida”, quanto ao alcance da penalidade/sanção, devem ser pautados pela análise das outras fontes legislativas pertinentes. No caso, os principais vetores do processo serão os princípios constitucionais que determinam a manutenção/proteção da funcionalidade do sistema (mercado), como colocado, “garantindo que todos os agentes possam exercer e desfrutar de sua liberdade sem sofrer restrições injustas em razão de abusos cometidos por outros agentes”, bem como aqueles que protegem a inviolabilidade da esfera privada e da dignidade das pessoas. Como princípios, estas normas não especificam o comportamento a ser adotado, apenas colocando a necessidade de se adotar, dentre os possíveis, aquele que mais colabore para que a consecução do estado de fato/finalidade à ser alcançada.

Pois bem, se a finalidade que se pretende empregar ao instituto da repetição do indébito é a de punição dos fornecedores, para que tal intuito venha a se efetivar necessário se faz afastar os pressupostos que funcionam como requisitos para a ocorrência do dano eficiente. Para tanto será necessário contrariar a análise que o fornecedor faz atinente ao risco do processo, proferindo condenações a título de danos morais em valores que sejam elevados, em completo desapego a teoria da indenização mínima. Somente com a correção da postura do poder judiciário baseada no óbice do enriquecimento sem causa do consumidor é que o fornecedor virá a sentir o peso de uma condenação.

Esta mudança visionária do poder judiciário sobre os efeitos da indenização mínima já tardou em ser realizada e, sendo assim, não há tempo a perder com a discussão sobre teorias estrangeiras que sejam compatíveis com o nosso ordenamento jurídico, até mesmo porque basta que se analise o direito violado sob o enfoque da sua constitucionalização para se chegar aos parâmetros necessários a justificar uma efetiva condenação do fornecedor em importe muitíssimo superior ao que era foi por ele provisionado.

## **GRANDES IMPÉRIOS**

Considerando-se que o dano ao consumidor nunca é feito de forma única sob uma só pessoa, mas sim a um sem número que agrupa a coletividade de consumidores é preciso repensar numa forma efetiva de se dizer e de se fazer efetivar o direito, principalmente, nas ações que se repetem diante dos mesmos fornecedores que causam os mesmos danos. É nessa esteira de raciocínio que os órgãos de defesa do consumidor e o Poder Judiciário não podem interpretar uma reclamação de um consumidor como um fato isolado, como tem feito. E, sendo assim, não podem dar tratamento a essa reclamação de forma a acreditar que satisfazendo o interesse individual do consumidor reclamante terá cumprido a sua finalidade, uma vez que para o efetivo cumprimento de suas funções de proteção do consumidor, tanto em sua esfera individual como de coletividade difusa é necessário tratar cada reclamação apresentada como uma demonstração de que toda a coletividade corre o risco de ser lesada pela mesma prática.

Visto desta forma, tem-se que se a ocorrência das grandes injustiças na esfera do direito do consumidor ocorre, na maioria das vezes, em valores pequenos, diante de um número elevado de consumidores que ao ajuizarem suas demandas são indenizados em valor insignificante que não cumprem o caráter punitivo e pedagógico que a condenação deveria representar para o fornecedor. Assim, para a solução efetiva destes impasses não basta disseminar doses homeopáticas de forma a solucionar individualmente cada caso ou a medicar cada paciente, pois, mostra-se imperiosa a necessidade de se tratar tais casos como uma grande epidemia e vacinar a todos. Tal entendimento decorre das lições de Piero Calamandrei (2000, p.348):

O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, mesmo as mais humildes. Ele sabe que não existem grandes causas e pequenas causas, porque a injustiça não é como aqueles venenos acerca dos quais certa medicina afirma que tomados, em grandes doses, matam, mas tomados em pequenas doses curam. A injustiça envenena, até mesmo, em doses homeopáticas.

Partindo deste entendimento, ao não agir de forma combativa às mazelas cometidas pelos fornecedores, o poder judiciário acabará por contribuir e incentivar que os fornecedores

continuam irritando os consumidores com cobranças vexatórias e contínuas, que interferem em seu tempo de lazer ou seu ambiente de trabalho a preferir investir em bons profissionais de cobrança e em cursos de aperfeiçoamento dos seus prepostos. A razão lógica para tanto é bastante simples e decorre, principalmente, de uma análise matemática-financeira-gerencial<sup>1</sup>, pois, investir em novos sistemas e/ou em formação de profissionais é mais caro que eventual boicote ou ouvir as reclamações dos consumidores sem nada fazer, já que tais atitudes raramente atingem a marca da empresa, raros são os casos em que reclamações efetivamente chegam ao conhecimento do poder judiciário, mais raro ainda chegam à mídia. Raríssimo, então, é a ocorrência de um dano ou prejuízo à empresa, ou seja, praticamente não há risco para a empresa.

Equiparando os custos despendidos em todo o trâmite processual com os investimentos a serem feitos pelos fornecedores parece ilógico que este seja menos vantajoso para o fornecedor, mas é isso o que de fato tem se percebido. Isso porque, ao estabelecermos um contraste entre o custo do processo e o provisionamento feito pelos fornecedores para pagar este custo, percebemos que a diluição do valor a ser despendido ao final do processo durante todo o período que este processo irá tramitar demonstra que o posicionamento reiterado ante as condenações proferidas em pequeno valor e até a demora da prestação jurisdicional já se tornaram importantes aliadas para os fornecedores.

Com efeito, se o fornecedor se encontra diante de uma pretensão que é por ele bastante conhecida em decorrência do elevado número de demandas no mesmo sentido e nestas demandas ele vem a ser condenado sempre diante do mesmo posicionamento doutrinário e jurisprudencial, conduzindo o processo por período de tempo que a ele já lhe parece razoável e chegando sempre ao mesmo patamar do valor da condenação, o primeiro passo por ele adotado é a feitura da análise do risco de êxito deste processo. Tal análise é feita sob os critérios provável, possível e remoto.

Passada a fase da análise do risco do êxito da demanda, procede-se a fase da análise do provisionamento do custo a que o fornecedor deverá se valer para o pagamento da manutenção do processo e de sua condenação. Neste momento, são avaliados os custos com diligências junto ao cartório onde o processo tramita, comparecimento a audiências, elaboração de peças, despesas com custas processuais e preparo recursal, para enfim chegar

---

<sup>1</sup> “O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses”. (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 29.)

ao valor da condenação e dos honorários de sucumbência. Aliada à análise dos custos do processo está a análise temporal em que este processo poderá tramitar, sendo que da junção destes fatores é possível chegar ao montante que deverá ser provisionado para pagamento desta demanda. Este valor, então, será aplicado em investimento que supere a inflação e com isso torne menos tormentoso o encargo do pagamento, já que o fornecedor não virá a efetivamente dispor de uma só vez do montante a que foi condenado, menos ainda virá a suportar todo o valor da condenação já que ao valor por ele provisionado foi acrescido o retorno do investimento feito quando da análise do risco do processo.

Só então, passado por toda essa análise é que o processo é encaminhado pelos fornecedores aos escritórios de advocacia que os representam, sendo que os advogados devem respeitar os limites estabelecidos para uma eventual proposta de acordo e no caso de a condenação não respeitar o tipo de risco em que este processo foi avaliado, deverá ser interposto o recurso cabível a cada nova decisão proferida nos autos.

Devem, ainda, os escritórios de advocacia se adequar à realidade que as demandas conhecidas por “de massa” acabaram de lhes impor, qual seja, o baixíssimo valor pago por cada um desses processos. A razão para isso decorre do fato de que não existe a necessidade de serem produzidas peças processuais com grandes enfrentamentos fáticos e jurisprudenciais, já que a mera reprodução de peças confeccionadas para casos análogos se prestam ao propósito de ser apresentada a defesa ou o recurso necessário.

Nessa linha de raciocínio temos que somente os grandes escritórios de advocacia conseguem se adequar a esta realidade de trabalho remunerado em baixíssimas quantias. Surge daí os grandes impérios! De um lado temos os fornecedores que ao não serem exemplarmente condenados mantem a postura da violação do consumidor sob a vantagem que este dano pode vir a lhe gerar. Do outro lado estão os grandes escritórios de advocacia que representam os grandes fornecedores que ao anuírem a contratos firmados em baixíssimo valor acabam por inviabilizar a concorrência dos serviços por eles prestados.

Por conta de tudo o que até aqui restou pontuado é que se mostra necessário dar um basta ao ciclo vicioso em que nos encontramos atualmente, qual seja, grandes empresas cometendo os mesmos erros ao prestar o mesmo serviço defeituoso ou a colocar no mercado o mesmo produto defeituoso, afetando, com isso muitos e inúmeros consumidores. Desses erros, nascendo centenas, milhares de pessoas nas mesmas situações ou em situações muito semelhantes, com computadores replicando os mesmos conteúdos e copiadoras e impressoras replicando os mesmos papéis, sendo que os entendimentos trazidos pelos advogados, juízes, promotores, delegados e todos os representantes das instâncias administrativas e judiciárias da

nação, em nada inovam ou ainda apontam pela convivência da continuidade da prestação de serviço ou disposição de produto defeituoso pelo fornecedor.

Fazendo frente à análise do risco feita pelos fornecedores diante do processo que poderá ou que veio a ser contra ele ajuizado, está o movimento da análise econômica do processo, que se encontra em expansão pelo mundo, adquirindo aceitação cada vez mais que juristas e economistas. A análise econômica do processo busca dentre outros fatores apreciar a elaboração, a formação, os impactos, as consequências econômicas de eventual descumprimento contratual, principalmente, daqueles contratos que regem as relações de consumo, para mediante métodos técnicos, jurídicos e econômicos obter a melhor prestação jurisdicional, promovendo a maximização da riqueza e interesses da sociedade diante do menor prejuízo possível. Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski citados por Henrique Avelino R. P. Lana e Daniel Moreira (2012) sintetizam:

Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.

Ressaltando os critérios da oportunidade e da utilidade, também, adotados pela análise econômica do direito Eduardo Goulart Pimenta (2006, p.29) pondera:

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. [...] Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses.

Nessa linha de raciocínio, vê-se que ao analisar questões outras que se apresentam fora do mundo jurídico, mas que se escancara no mundo dos fatos, necessário que a releitura a que a doutrina e a jurisprudência aplicável ao direito do consumidor passe pelo crivo dos fatos acima pontuados para assim chegar ao melhor entendimento dos motivos pelos quais a aplicação do direito do consumidor deve se voltar sempre para a sociedade e não para o indivíduo em si.

Amiúde, a análise da prestação jurisdicional entregue a sociedade vista sob o enfoque econômico do direito além de contribuir para uma nova forma de pensar e responder às necessidades da sociedade acaba por valorizar e enriquecer o discurso jurídico. Tudo isso acaba por fazer com que o direito venha efetivamente a cumprir o seu papel de protetor da sociedade e de colaborador para a evolução desta mesma sociedade. Bruno Salama citado por Henrique Avelino R. P. Lana e Daniel Moreira (2012) corrobora este entendimento, no seguinte trecho:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras,

custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de *New Haven* buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum.

Neste mesmo sentido, Eduardo Goulart Pimenta (2006, p.24-25) ao fazer análise da interpretação do direito, a partir de institutos próprios das ciências econômicas destaca a contribuição para a concretização de objetivos pretendidos pela nossa Constituição Federal, ao fazê-la funcionar como veículo para a erradicação da pobreza e assim tornar uma ciência evolutiva e eficiente, no seguinte sentido:

O direito, é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplica-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, [...] Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.

O consumidor ao ser inserido novamente no mercado como fator preponderante para o sucesso e o lucro do fornecedor, ao se fortalecer diante da importância de suas escolhas e do resultado alcançado perante a prestação jurisdicional que lhe foi entregue, acabará por fortalecer o comércio e a ciência jurídica. Henrique Avelino R. P. Lana e Daniel Moreira do Patrocínio (2012) explicam:

Pode-se perceber, destarte, que o aperfeiçoamento das relações de consumo depende de esforço e comprometimento não só dos fabricantes e prestadores de serviços, que devem primar pela melhoria da qualidade de seus processos produtivos, mas também do Judiciário que pode agir como indutor de condutas eficientes, menos nocivas aos consumidores, mas observando as regras de mercado. Por sua vez, os consumidores devem identificar fornecedores que de forma reiterada adotam condutas oportunistas, privilegiando por consequência a contratação com agentes econômicos que prezam a boa-fé nas relações contratuais, o que contribuirá para atitudes que privilegiem condutas destinadas a valorizar a preocupação da reputação empresarial.

Deste modo, se a pulverização dos danos é capaz de gerar uma vantagem exagerada ao fornecedor perante o consumidor tanto que venha a valer a pena ser demandado corriqueiramente, logo, a correção deste pensamento realizada diante da pulverização de condenações expressivas obrigará ao fornecedor a uma reanálise de sua postura. O efeito não será imediato, mas chegará um determinado momento em que o custo do processo se tornará excessivamente alto, em decorrência das inúmeras condenações feitas em valores expressivos,

que o fornecedor se virá obrigado a preferir fazer investimentos no seu negócio (seja em equipamentos, seja em treinamentos, seja na qualidade do seu produto, dentre outros), a correr o risco de perder mais do que poderia lucrar.

Quanto antes o poder judiciário vier a perceber que estão desempenhando papel de marionetes nas mãos dos fornecedores que são comumente demandados nos Juizados Especiais Cíveis e contra esta cenário vier a se rebelar, combatendo as mazelas e frustrando as expectativas destes fornecedores maior correspondência encontrará o cidadão seus direitos e maior confiança será devolvida ao poder judiciário por estes cidadãos. Para tanto deverá o poder judiciário adotar postura combativa para fazer com que os fornecedores venham a provar da lógica por eles aplicada na obtenção dos lucros. Significa dizer que o antídoto desta conduta perniciosa, reside na sua própria essência, bastando apenas que ela seja ministrada com rigorismo e com grande propulsão para se alcançar o resultado pretendido.

À luz deste raciocínio, tem-se por evidente que a ciência jurídica não se presta a mera aplicação da lei, eis que desempenha papel decisivo no aperfeiçoamento dos processos produtivos adotados pelos fornecedores que venham a maximizar o bem-estar social. Neste sentido, convém destacar a visão de Luiz Emygdio F. da Rosa Junior citado por Rubens Gomes de Souza (2003, p.82):

O direito não é um fim em si mesmo, mas um meio de organizar e de regulamentar as relações da vida humana em sociedade; nessas condições, se pretendermos o direito, em qualquer de seus ramos particulares, dentro de fórmulas rígidas e imutáveis, impedindo a elaboração de conceitos novos que se adaptem às novas exigências resultantes da evolução natural das coisas, cada vez mais o direito se distanciará da vida real e tornar-se-á cada vez menos apto a exercer a função reguladora que lhe é própria, impedindo assim, o progresso do direito como ciência.

Ademais, ao não agir de forma a evitar a postura reiterada dos fornecedores, seja sob o foco da prevenção seja sob o foco da punição, o poder judiciário acaba por retirar dele próprio a sua imperatividade ao lhe retirar a coercibilidade das suas normas, como aduz André Gustavo Corrêa de Andrade citando José de Oliveira Ascensão (2009, p.244-5):

A ordem jurídica não se cifra num catálogo de condutas que se apresentam à disposição dos destinatários, de tal modo que estes, pesando as suas consequências (confrontando a dor de ser punidos se roubarem com a dor de se privarem das coisas alheias, por exemplo), escolham indiferentemente o que mais vantajoso se lhes apresente. Implica antes uma pretensão de aplicação incondicional. Ao próprio fenômeno jurídico, dado objetivo de que partimos, pertence a característica de a prossecução dos fins visados pela regra não ser confiada ao alvedrio dos sujeitos, ao contrário do que sucede com a norma técnica. Só assim se pode compreender que uma típica sanção jurídica, a pena, tenha como seu sentido intrínseco e fundamento a reprovação pela violação cometida.

Deste modo, será necessário que o poder judiciário esteja sempre conectado com os resultados que emanam de suas decisões, para que diante do perfil dos fornecedores comumente demandados pelos mesmos danos, em sede dos Juizados Especiais Cíveis,

venham a alcançar a importância que represente, ao mesmo tempo, uma condenação expressiva ao fornecedor e que sirva, ao consumidor, como indenização pelos danos por ele suportados. Esta é a ideologia e o mecanismo que fará ruir os grandes impérios.<sup>2</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não cumpriu só o propósito de analisar as facetas do dano eficiente, mas o retirou de um quadro conceitual para inseri-lo dentro de abordagens filosóficas-econômicas-jurídicas que ao serem divididas nos pequenos dados, nas pequenas indenizações e nos grandes impérios acabaram por dar a exata noção do efeito causa-consequência a prestação jurisdicional ineficiente. Das ideias desenvolvidas, tem-se por evidente que a maioria dos danos causados pelos fornecedores aos consumidores é feito em valores que chegam a beirar a inexpressividade se visualizados individualmente, mas que se visualizados dentro do contexto dos inúmeros consumidores vitimados toma uma proporção imaginável. Compreende-se, ainda, que a justiça é bem essencial na vida das pessoas e, modernamente, deve ser feita em sentido mais amplo que indenizar conforme a extensão do dano sofrido, já que esta análise não pode se focar no consumidor isolado, como única vítima de um evento, pois a produção em massa não comporta este tipo de ocorrência.

---

<sup>2</sup> PERFIL das maiores demandas judiciais do TJRJ. Disponível em: <[www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc)> Acesso em: 17 jun. 2012. Relatório produzido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tendo como análise todos os processos que tramitaram na Justiça do Rio de Janeiro entre janeiro de 2002 a abril de 2004, aponta que um terço destas ações cuidavam de ações de reparação de danos. Algumas constatações do relatório chama a atenção, tais como: constatou-se que apenas 16 empresas figuram como réis em 320.589 ações de reparação propostas nos juizados especiais cíveis, o que representa 44,9% de todas as ações de indenização distribuídas. A Telemar figurou como a campeã dentre as mais demandadas com 156.877 ações, sendo que ao liderar o *ranking* das empresas mais demandadas a Telemar supera em mais de 60% a segunda colocada, Petrobrás. As seis empresas mais demandadas acumulam cerca de 80% das ações ajuizadas, dentre as dezesseis selecionadas, evidenciando que há forte concentração, mesmo nesse grupo, das mais demandadas perante os JECs. Das 32 empresas mais demandadas, as concessionárias de telefonia fixa e móvel representam 14,5%. Algumas dessas empresas apresentam enormes índices de sucumbência nas ações, sendo que a Fininvest sucumbiu em 96% das 260 ações em que figurou como ré e a Credicard sucumbiu em 100% das 344 ações em face dela ajuizadas. Analisando os processos em fase recursal, visualizou-se que 68% foram ao final condenadas a reparar os danos e desembolsaram para tanto um valor médio de R\$ 10.207,55. O tempo médio para o pagamento destas condenações foi de 923 dias. Em sede de considerações finais concluiu-se que “cada uma dessas 16 empresas, ao que tudo indica, preferiu aguardar os 923 dias de tramitação dos processos até a condenação final, na média, de R\$ 309.774.261,59, a realizar os investimentos necessários a prevenir os danos causados aos usuários; ou as empresas desconhecem essa situação, ou tal conduta é economicamente vantajosa em confronto aos investimentos corretivos; poder-se-ia, tendo em vista a taxa de juros, entender que a receita financeira decorrente da economia de não promover os investimentos necessários seria vantajosa, considerando o tempo de litígio custeado pelo Estado e a condenação final. Nessas circunstâncias, a questão de interesse comum do Judiciário e dos Jurisdicionados – estes, como autores ou réus dessas ações de responsabilização civil – é a de se saber qual seria o valor reparatório de danos a partir do qual as empresas fornecedoras de bens e serviços passariam a considerar necessário, do ponto de vista dos custos comparados, investir em medidas corretivas internas que fossem eficientes e eficazes para o fim de prevenir a ocorrência daqueles danos, de sorte a evitar demandas judiciais.”

A luz deste raciocínio, verifica-se que a suposta indústria do dano moral, merece ser severamente repudiada do nosso ordenamento jurídico, eis que o reconhecimento do dano moral decorre de um erro ou defeito causado pelo fornecedor e sem a ocorrência deste não há que se falar em efeito sem causa. Visto desta forma, o dano moral não merece permanecer ser visto às avessas, menos ainda ter sua efetividade reduzida sob o fundamento do enriquecimento indevido, pois se existiu o dano este merece ser exemplarmente corrigido. Entendimento diverso a este acabará por nos manter dentro de uma “indústria do dano moral pirata”, haja vista que o produto existirá, mas será em todas as suas análises prejudicial a sociedade.

Sob essa perspectiva, dos efeitos das decisões judiciais, é que se mostra urgente adotar medidas contra a pulverização dos danos e a captação de lucro fácil e ilegal, partindo do próprio poder judiciário, que ao entender a engrenagem com que os fornecedores fazem funcionar a produção do dano eficiente venha a encurralar o fornecedor, tal como se fosse uma estratégia de guerra, para fazê-lo provar do seu próprio veneno e com isso minar suas expectativas. Nosso ordenamento jurídico possui as ferramentas necessárias para fazer frente às mazelas cometidas pelos fornecedores e suas práticas contrárias a lei. Nosso ordenamento jurídico já dispõe de pessoas capacitadas para o entendimento de toda a estratégia de guerra. Nos falta somente coragem e disposição para a execução de um plano que precisa somente se voltar para os efeitos dos direitos e garantias fundamentais que se encontram previstos na Constituição Federal.

De tudo, conclui-se os sintomas da demora na prestação jurisdicional e do visível inchaço dos Juizados Especiais Cíveis são partes de um mecanismo estruturado pelos fornecedores e que tem o seu perfeito funcionamento garantido sob a tese da indenização mínima, de modo que há muito por fazer para evitar que este mal se alastre ainda. Todas essas considerações tem o propósito de estimular as autoridades e operadores do direito a buscarem novos rumos para a aplicação e efetividade da Justiça, fundados no respeito à dignidade da pessoa humana e voltados para o fomento a erradicação da pobreza e fortalecimento do mercado.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro.** 2ª ed (atual) (ampl), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BETTI JUNIOR, Leonel Vinicius Jaeger. **A cobrança indevida no direito do consumidor: estrutura da relação jurídica e efetividade aplicativa da norma**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32810-40644-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2012

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11<sup>a</sup>. ed. (rev.) (atual.) (ampl.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720.

LANA, Henrique Avelino R. P., PATROCÍNIO, Daniel Moreira. **Imperiosa reflexão mediante análise econômica do direito – law and economics: dano eficiente nas relações de consumo**. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2010/discentes/IMPERIOSA%20REFLEXAO%20MEDIANTE%20ANALISE%20ECONOMICA%20DO%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes/IMPERIOSA%20REFLEXAO%20MEDIANTE%20ANALISE%20ECONOMICA%20DO%20DIREITO.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2012

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/643/823>>. Acessado em: 22 mar. 2012

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 5<sup>a</sup> ed. (rev.) (atual.) (ampl.).

MARQUES, Claudia Lima. Benjamin, A. H. V. Miragem, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 2<sup>a</sup> ed. (rev.) (atual.) (ampl.).

MIRAGEM, BRUNO. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: Comentário à súmula 322 do STJ. **Revista direito do consumidor**: vol. 79, p.385-403, jul.-set./2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Rizzato. O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043->

O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado>. Acesso em: 03 mai. 2012.

NUNES, Rizzato. Overbooking, atrasos, mau atendido etc.: os péssimos serviços prestados pelas companhias aéreas e suas técnicas lucrativas. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI138628,101048-Overbooking+atrasos+mau+atendimento+etc+os+pessimos+servicos>> Acesso em: 26 mai. 2012

PERFIL das maiores demandas judiciais do TJRJ. Disponível em: <[www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc)> Acesso em: 17 jun. 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões**: uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/13707/a-preocupacao-do-juiz-com-os-impactos-economicos-das-decisoes>> Acesso em: 30 abr. 2012

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Ricardo Goretti. BRITO, Igor Rodrigues. O papel do Procon na defesa qualificada nos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. IV. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/o-papel-do-procon-na-defesa-qualificada-dos-interesses-dos-consumidores-o-acesso-a-justica-e-os-metodos-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-de-consumo>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. **A indenização punitiva em danos patrimoniais**: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. Coordenação Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 30, abril-junho, 2007, pág. 9-48.

SIQUEIRA, Antônio Cesar Rocha Antunes de. **A reparabilidade dos danos não-patrimoniais**: em busca de uma criteriolgia, Rio de Janeiro, 1999.

STRECK, Lenio. Ativismo judicial não é bom para a democracia. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 30 abr. 2012