

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI/RN
CURSO DE DIREITO**

ANDRESSA SOLON BORGES

**CABIMENTO DO DANO MORAL PRESUMIDO EM RAZÃO DA MÁ
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA**

347.53

Natal
2013

BIBLIOTECA UNI-RN

347.53 B732c - RB: 37633 (M002175)

Título: Cabimento do dano moral presumido ...

Autoria: Borges, Andressa Solon

2013, ex. 1

ANDRESSA SOLON BORGES

**CABIMENTO DO DANO MORAL PRESUMIDO EM RAZÃO DA MÁ
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção do título de Bacharel em
Direito do Centro Universitário de Ensino
do Rio Grande do Norte - UNI/RN.

Orientador: Prof^ª Ms. Juliana Rocha.

Natal
2013

ANDRESSA SOLON BORGES

**CABIMENTO DO DANO MORAL PRESUMIDO EM RAZÃO DA MÁ
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA**

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de
Bacharel em Direito do Centro Universitário de Ensino do Rio Grande do Norte
- UNI/RN

Monografia aprovada em 09/12/2013

Andressa Solon Borges

Prof^a. Ms. Juliana Rocha
Orientador(a)

Prof. Ms. José Albenes
Examinador(a) Titular

Prof. Matusalém Dantas
Examinador(a) Titular

Dedico a Deus, pois ele sabe
o quanto era um sonho esta
graduação em direito e dedico
também ao meu filho Caio,
fonte de minha inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe porque nunca mediu esforços para me proporcionar o melhor, principalmente em termos de estudos, bem como a minhas irmãs pelo apoio constante.

Aos colegas do 10º Juizado Especial Cível da Comarca de Natal, com quem convivi durante o tempo suficiente para estreitar laços de forte amizade, companheirismo e trabalho e de onde pude colher os dados para o presente trabalho.

Pelos colegas do Juizado Especial Criminal da Zona Norte de Natal, pessoas do meu convívio atual com quem discuto e aprimoro minhas ideias e pontos de vista a cada dia, especialmente ao juiz titular, Dr. João Eduardo por ter disponibilizando materiais de consulta, sugestões e artigos para a confecção desta monografia.

A minha orientadora, professora Juliana Rocha pela tranquilidade com a qual conduziu a orientação, bem como pela disciplina de orientação de trabalho de curso ministrada.

A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.
(Rui Barbosa)

RESUMO

Com o grande avanço tecnológico que atualmente se verifica no âmbito das telecomunicações a cada dia se faz necessária atualização constante, além de investimentos no âmbito da qualidade e infraestrutura dos serviços prestados. Porém o que se verifica é que a busca pela tecnologia não acompanha os investimentos feitos pelas empresas de telefonia, o que geram as inúmeras reclamações nos órgãos de defesa do consumidor, que quando por vias administrativas não solucionam o problema culmina na esfera do Poder Judiciário, gerando mais tempo para ver adquirida sua pretensão legal. Em razão da verificação desse abuso utilizado pelas empresas de telefonia como estratégia para cansar e enfraquecer o consumidor, mesmo face às legislações de proteção existentes e até a própria Constituição Federal de 1988 é possível a aplicação da presunção do dano moral, haja vista a existência do nexo causal para a concessão do pagamento do dano, tal como se verifica para outros casos, cuja jurisprudência já se consolidou no STF quanto ao seu cabimento.

Palavras-chave: Telefonia. Dano. Serviços. Prestação.

RÉSUMÉ

Avec la technologie avancée qu'on voit actuellement au milieu des télécommunications, à chaque jour il faut faire des investissements pour améliorer la qualité et les structures des services offerts. Cependant on voit que la recherche par la technologie moderne ne suit pas les investissements des entreprises téléphoniques, ce qui génère les réclamations aux organismes de protection aux consommateurs, que quand ils n'ont pas des bons résultats à résoudre le problème administrativement, la réclamation se termine au Pouvoir Judiciaire. Et là il faut plus de temps pour que les consommateurs puissent avoir son droit satisfait. À cause des abus commises par les entreprises de téléphonie qui ont le but de fatiguer et enfrachisser le consommateur, malgré les lois de protection qui existent et même avec La Constitution de 1988 c'est possible l'application de la théorie du préjudice morale à cause Du rapport causal qui autorise le paiement du préjudice indemnisable, tel comme il y a pour des autres situations dont la jurisprudence du STF a rendu solide en ce qui concerne à la concession et son paiement.

Mots-clé: Téléphonie. Préjudice. Services. Prestation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	BREVE HISTÓRIA DA EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL E NO MUNDO.....	12
3	DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO, NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOCTRINA.....	14
3.1	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O FIM DA CELEUMA QUANTO AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO.....	17
4	DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL	20
5	DANO MORAL: DEFINIÇÕES E AFERIÇÕES.....	22
6	O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, O CÓDIGO CIVIL E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	25
7	SOBRE AS UNIDADES DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA CAPITAL DE NATAL E SEUS PROCESSOS	28
7.1	DOS DADOS COLHIDOS	29
7.2	DOS DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS E DOS NÃO INDENIZÁVEIS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO QUE SE REFERE ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA	
31		
8	DA CRIAÇÃO DA ANATEL E SUA ATUAÇÃO FRENTE AOS MAUS SERVIÇOS PRESTADOS AOS USUÁRIOS	34
8.1	DA CONSEQUÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO INEFICAZ E O DANO MORAL COLETIVO	35
9	OS CONTRATOS E A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA.....	38
10	DA PRESUNÇÃO DO DANO	40
11	A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO	42
12	DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO.....	43

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Atualmente no panorama social vivido no Brasil vê-se que a população a cada ano se utiliza mais dos produtos tecnológicos, principalmente dos telefones móveis. Segundo a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) o Brasil fechou o mês de abril deste ano com quase 253 milhões de linhas ativas na telefonia móvel, o que significa quase quatro chips para cada três pessoas.

Com o crescimento acelerado do uso dessas linhas móveis, de aparelhos entre outros que demandam um bom funcionamento de linhas de transmissão de sinais digitais para comportar o desenfreado crescimento de usuários, pois este número cresce a cada dia, recente pesquisa divulgada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) informou que o uso de celulares em regiões como o Norte e o Nordeste do país foi registrado por mais da metade da população dessas regiões.

Esse fenômeno indica a paulatina substituição da telefonia fixa pela móvel. Ainda de acordo com a pesquisa, somente 3,5% dos domicílios pesquisados as pessoas afirmaram fazer uso exclusivo de telefone fixo.

Outro mercado em franca expansão é o crescimento da conexão de internet. Atualmente é possível acessar a rede de vários locais e a proporção de usuários cresce diariamente em todas as regiões do país, passando à metade da população usuária em três das regiões brasileiras: Sudeste, Centro-Oeste e Sul.

Esse mercado cresce a cada dia e são necessárias mudanças também crescentes no sentido de acompanhar o grande número de usuários desses serviços. Percebe-se também uma grande preocupação das autoridades em zelar pela boa qualidade deles haja vista a possível crise que pode afetar as redes de transmissão de sinais em razão de colapso na estrutura que não comporta a demanda atual e também em razão de as empresas de telefonia não realizar os necessários investimentos na estrutura, prova disso foi o que levou a ANATEL

(Agência Nacional de Telecomunicações) a suspender as vendas de três operadoras diante do número de reclamações e do alto índice de queda nas ligações em razão do alto número de linhas móveis existentes no país, que segundo a ANATEL o Brasil atingiu em agosto desse ano 257,9 milhões de linhas celulares.

O Procon do estado de São Paulo divulgou em 2011 um cadastro de reclamações fundamentadas em que as empresas de telefonia celular, na área de serviços essenciais, estão entre os serviços mais reclamados, estando as empresas de telefonia no topo da lista.

De acordo com o documento o avanço tecnológico, a disseminação do uso de telefonia fizeram com que o celular se tornasse um computador portátil, por isso as empresas de telefonia oferecem cada vez mais planos com novos serviços a fim de possibilitar o uso de toda a tecnologia possível e disponível.

Em razão dessa oferta excessiva de planos e condições o consumidor é induzido a contratar serviços e planos equivocados que geram cobranças excessivas; pacotes inclusos sem prévia autorização, além da má prestação dos serviços quanto ao acesso à internet, sem contar no péssimo atendimento dos *call centers* dessas empresas de telefonia em não solucionar o problema do cliente, o que já é sabido por todos os usuários que já tiveram um aborrecimento causado em razão de má prestação de serviços e teve que recorrer aos teleatendimentos na tentativa de solucioná-lo.

Devido ao grande número de reclamações em 2008 foi editada uma portaria pelo Ministro da Justiça em que se estabelecia o tempo máximo de um minuto para o contato direto de um consumidor com um atendente. Tal portaria vale para determinados setores como aviação, transportes terrestres, energia elétrica e, claro, empresas de telefonia.

Porém o que se vê é que embora haja um esforço das autoridades em diminuir o mau funcionamento, coibir práticas abusivas e garantir a preservação dos direitos dos consumidores, ainda assim, essas práticas fazem vítimas todos os

dias e o pior de tudo é que quando não se obtém a satisfação do problema por via administrativa, tem-se que buscar o Poder Judiciário.

Os consumidores recorrem à Justiça para ter um direito satisfeito em razão de um fato. Esses fatos acima mencionados, referentes, em suma à má qualidade de serviços prestados obriga, como já dito anteriormente, a busca do Poder Judiciário face ao descaso com o qual é tratado o consumidor frente as empresas de telefonia. Muitas vezes entram pra pedir a restituição de um valor cobrado indevidamente, juntamente com danos morais pelos transtornos e aborrecimentos causados.

Mas o que se vê nos tribunais é que o jurisdicionado espera muito para ver satisfeito seu direito, entretanto satisfeito pela metade em razão de muitos juízes considerar que a responsabilização civil exige a existência do dano, que deve ser certo (possível, real e aferível). Assim, não é passível de indenização transtorno ou mero aborrecimento em razão de espera para ser atendido em *call center*; ou em razão de um plano indevido contratado, a depender do caso.

O presente trabalho busca comprovar que esse dano deve ser indenizável porque em razão do grande número de queixas e reclamações esses fatos já ultrapassaram a barreira do que se denomina como mero aborrecimento ou transtorno da vida cotidiana, pois a população brasileira sofre com isso todos os dias, as empresas de telefonia sabem da dificuldade enfrentada para efetuar melhorias que atendam às necessidades dos usuários, no entanto o que se vê é um total descaso e uma prática reiterada de atos ilícitos cometidos contra o consumidor.

2 BREVE HISTÓRIA DA EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL E NO MUNDO

Já na antiguidade o homem se defendia através do instituto da autotutela quando era vítima de agressões por parte de outros homens. Agia movido pelo ato da vingança, já que não havia responsável para disciplinar e coibir tais atitudes injustas por parte da sociedade.

Quando o Estado passou a penalizar aqueles que agiam de forma agressiva, foi com o objetivo de garantir o bem – estar coletivo e a paz comum. Daí surgiram as primeiras legislações escritas que determinavam punições àqueles que nelas incorressem, tais como o Código de Hamurabi, o Código de Manu, o Código de Ur – Nammu, a Lei das XII Tábuas entre outras, voltadas para o ressarcimento de danos causados.

Algumas vezes o próprio ofendido era quem determinava o *quantum* a ser percebido em razão da agressão sofrida, que seria discricionariamente concedido ou não ao ofendido pelo juiz.

No direito romano, para Nehemias Domingos de Melo, era necessária a reparação do dano, pouco importando a gravidade do fato:

¹Alguns autores chegam mesmo a afirmar que no sistema romano a reparação do dano se impunha, não importando a que título havia se dado a lesão, ou seja, demonstrada a ocorrência do fato delituoso, impunha-se a obrigatoriedade de reparação.

Ainda na visão do autor acima citado, deu-se na evolução do direito romano a evolução do sentimento de vingança para que esta ultrapassasse a barreira do sentimento e adentrasse no dever de indenizar o lesionado em razão do dano

¹ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.5, 2011.

sofrido. Quando da realização do acordo entre agressor e ofendido, este automaticamente abria mão do direito de vingar-se.

Assim, diz-se que foi superada a fase da violência para consumir a reparação de um dano e criaram-se mecanismos outros com o objetivo de reparar os prejuízos patrimoniais acarretados na esfera civil e criminal na época.

Carlos Roberto Gonçalves chama a atenção em sua obra para a questão da culpa, que até então não era sequer cogitada quando do período da composição entre as partes. Lembra, ainda, que quando da vigência de leis como o Código de Ur-Nammu, o Código de Manu e a Lei das XII Tábuas havia a estipulação de valores para determinados danos causados, ou seja, já havia uma espécie de valoração para certos atos ilícitos:

²(...) É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho.

Quando se distinguiu delitos públicos e delitos privados, sendo os primeiros definidos como os mais graves, considerados perturbadores da ordem pública, convencionou-se que a pena econômica imposta seria destinada aos cofres públicos; enquanto os delitos de ordem privada o dinheiro pago pelo transgressor deveria ser destinado à vítima.

Com isso o Estado assumiu de vez a função de punir e reparar, eis que surge a responsabilidade civil, aliada à responsabilidade penal.

A *Lex Aquilia* surgiu como o princípio gerador da reparação do dano no sentido de gerar indenização àquele que foi vítima de um dano causado a outrem por uma inobservância em um dever comum de cuidado. Na definição de Gonçalves,

³(...) a *Lex Aquilia* no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia* (...)

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, p.25, 2011.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, p.25, 2011.

3 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO, NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA

Antigamente, com a edição do Código Criminal de 1830, a reparação de danos estava associada à uma condenação criminal. A dissociação entre reparação de dano civil e penalidade na esfera criminal somente se dissociou quando da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro do Princípio da Independência da Jurisdição Civil e Criminal.

Assim, a jurisdição civil (Código Civil de 1916) passou a exigir, como caracterização da possibilidade da reparação do dano, que houvesse a prova da culpa ou dolo.

Com o crescimento da civilização advindo em razão da industrialização surgiram situações novas no panorama nacional que também ensejaram a reflexão acerca do cabimento da reparação moral. Daí o surgimento de várias teorias com um objetivo de garantir uma proteção maior aos cidadãos da época.

Nehemias Domingos de Melo apresenta alguns trechos em sua obra de previsões contidas no Código Civil de 1916 acerca do cabimento do dano moral quando houvesse caracterizada a violação de um direito. Tal violação abrangeria lesões patrimoniais e morais sofridas. Um exemplo estaria insculpido nos artigos seguintes do diploma antigo, sendo estes de dano indenizatório especificamente moral:

⁴Art. 1548 - A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:

I – Se virgem e menor, for deflorada

...

Art. 1549 – Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.

A edição do Decreto-lei nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 marcou o reconhecimento do dano moral no direito brasileiro. Em seu artigo 21 vislumbra a possibilidade de indenização por dano moral causado em razão de lesão ou deformidade causada:

Art. 21 – No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho

⁴ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.15, 2011.

ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962 já admitia a indenização por danos morais, conforme seus artigos 81 e 82, já revogados pelo Decreto-lei nº 236, de 28.02.1967, mas que assim dispunham:

Art. 81. Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por êste solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

§ 1º A ação seguirá o rito do processo ordinário estabelecido no Código do Processo Civil.

§ 2º Sob pena de decadência a ação deve ser proposta dentro de 30 (trinta) dias, a contar da data da transmissão caluniosa, difamatória ou injuriosa.

§ 3º Para exercer o direito à reparação é indispensável que no prazo de 5 (cinco) dias para as concessionárias ou permissionárias até 1kw e de 10 (dez) dias para as demais, o ofendido as notifique, via judicial ou extrajudicial, para que não desfaçam a gravação nem destruam o texto, referidos no art. 86 desta lei.

§ 4º A concessionária ou permissionária só poderá destruir a gravação ou o texto objeto da notificação referida neste artigo, após o pronunciamento conclusivo do Judiciário sobre a respectiva demanda para a reparação do dano moral.

Art. 82. Em se tratando de calúnia, é admitida, como excludente da obrigação de indenizar, a exceção da verdade, que deverá ser oferecida no prazo para a contestação.

A Lei de Imprensa, Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, estabeleceu em seu artigo 12 uma responsabilidade de reparar prejuízos em razão de possíveis danos causados quando verificado abuso no exercício da liberdade do pensamento:

Art. 12. Aquêles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Nehemias Domingos enumera outras leis que também disciplinavam a problemática do dano moral anteriores à Constituição Federal:

Diversas outras leis versaram sobre o assunto anteriormente à Constituição Federal de 1988 e, à guisa de referência histórica, podemos mencionar a antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945); o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965) e a Lei dos Direitos Autorais (Lei

nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973). Até mesmo a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, continha previsão nesse sentido, pois, ao preceituar, em seu art. 483, que “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização [...] (e) praticar o empregador ou seus pressupostos, contra ele ou pessoa de sua família, ato lesivo da honra e boa-fama”, estava claramente se referindo à indenização por dano moral⁵.

A jurisprudência brasileira passou por vários estágios para reconhecer a existência do dano moral, antes da Constituição Federal. Num primeiro momento a reparação do dano moral era concedida se estivesse intimamente ligada a uma reparação de cunho material, ou seja, caso o dano estivesse presente apenas no íntimo do indivíduo este não era passível de indenização. Nas palavras de Nehemias Domingos, “seria imoral indenizar a dor”.

Posteriormente, com o surgimento de fatos ensejadores de reparação no âmbito da moral do indivíduo, estes foram ganhando mais notoriedade nos tribunais e foram se multiplicando de forma a modificar os acórdãos proferidos em sede de tribunais para se indenizar o dano puramente moral. Embora a evolução tenha ocorrido de forma lenta e paulatina, aos poucos os ministros foram mudando o entendimento sob o argumento de que a restrição a essa reparação contraria a lógica jurídica.

Na doutrina surgiram teses ou correntes a favor e contra o pagamento dos danos morais. Havia a doutrina negativista que apontavam justificativas, tais como a incerteza da violação e a impossibilidade de se mensurar o valor pecuniário de um prejuízo moral causado.

Havia, ainda teorias como a eclética, que preconizavam para a garantia do pagamento da indenização quando houvesse prejuízo de ordem material ou ainda se o dano se originasse de um delito na esfera criminal ou quando a lei especificasse.

A teoria positivista reconheceu a possibilidade da indenização quando fosse possível se fazer uma aferição dos danos causados. A essa teoria foi adepto Clóvis Beviláqua, que certamente recepcionou a reparação dos danos morais no seu anteprojeto para o Código Civil Brasileiro de 1916, garantindo ilimitada a possibilidade de reparar um dano sofrido, seja ele material ou moral. Essa é a chamada aceitação da tese ampla da reparabilidade dos danos imateriais, chamada por Nehemias Domingos.

Graças às contribuições de doutrinadores renomados e simpatizantes da teoria positivista do dano moral houve mudança significativa nas decisões dos tribunais no sentido de se conceder a indenização, pois pouco a pouco os casos concretos chegados ensejaram uma

⁵ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.15, 2011.

análise mais acurada do Poder Judiciário que paulatinamente passou a considerar o dano sofrido, mediante a sua comprovação, pura e simplesmente fato determinante para o cabimento do dano, sem qualquer exigência de que este esteja vinculado ao dano material ou a uma possível reparação de cunho pecuniário.

Muita celeuma havia em torno desse tema. Fabrício Zamprogna Matiello destaca observação muito importante acerca de como alguns doutrinadores pensavam acerca do pagamento desse tipo de dano: “ (...) é imoral pretender ressarcimento pecuniário em função de perturbações que se não verifiquem apenas no plano material”

Atualmente doutrina, jurisprudência e leis caminham juntas para possibilitar que o dano causado na esfera íntima do indivíduo seja passível de um quantum, que muitas vezes pode não ser o valor justo, nem talvez pague o prejuízo moral causado, ou tampouco seja possível se calcular o seu valor, mas essa foi uma das formas encontradas para se minorar um prejuízo dessa ordem.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O FIM DA CELEUMA QUANTO AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos V e X:

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

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁶.

Pôs fim em definitivo na discussão do cabimento ou não do pagamento do dano, pois a Constituição foi recepcionada tomando por base “fundamentos éticos da vida humana e o Direito”, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento basilar, bem como no constitucionalismo contemporâneo.

Para Uadi Lammêgo Bulos,

⁶ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos V e X.

(...) significa dizer que os princípios, expressos ou implícitos, passaram a inscrever-se nas constituições, embora já estivessem presentes no repositório universal do saber jurídico dos povos, de maneira explícita ou oculta⁷.

Tudo isso de forma a garantir a prevalência dos direitos fundamentais, daí a preocupação evidenciada quanto à reparação de danos causados na esfera íntima do indivíduo.

A criação desses dispositivos constitucionais finalmente pôs fim à querela entre os doutrinadores das teorias que discutiam acerca do cabimento ou não do dano moral.

Na visão de Fabrício Zamprogna Matiello:

(...) o advento da Constituição da República chamou a si o encargo de disciplinar e organizar a matéria, questão que anteriormente tinha de ser solucionada com a utilização do regramento contido no Código Civil e legislação esparsa, que, ao par de raro, apresenta interpretação complexa⁸.

A Constituição Federal protege a pessoa em sua essência porque para ela o homem, o ser humano é a razão e o fundamento de sua existência, ou seja, o homem está no topo. Para Nehemias Domingos de Melo, em razão de:

(...) a dignidade humana ser um valor máximo, supremo, moral ético e espiritual intangível, dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cumeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: o Homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito⁹.

Ainda de acordo com o mesmo autor:

Em decorrência dos preceitos constitucionais chega-se à conclusão de que não há limitações ao dever de indenizar por danos morais, visto que a reparação deve ser ampla e integral. Dessa forma, alguns dispositivos infraconstitucionais que tarifavam o *quantum* indenizatório, a exemplo da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), forma derogados, naquilo que limitavam o *quantum* para reparação¹⁰.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, p.539.

⁸ MATIEELLO, Fabrício Zamprogna. Dano Moral, Dano Material e Reparação, p. 58.

⁹ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.23, 2011.

¹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.22, 2011.

Assim, pode-se concluir que com o advento da Constituição Federal de 1988 deu-se um amadurecimento, tanto legislativo quanto doutrinário nessa questão, já que a Carta Magna serviu como norteadora para a criação de leis esparsas, tais como as que conferem garantias aos direitos da personalidade (Lei 9.434/97); a que regula e disciplina sobre o transplante de órgãos; que confere proteção aos direitos autorais (Lei 9.610/98); que confere proteção ao sigilo de dados (Lei 9.609/98), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Código Civil Brasileiro etc.

4 DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Como anteriormente descrito reparação e pena eram indissociáveis para o direito romano, assim como a responsabilidade penal e civil, pois para o recebimento de qualquer espécie de indenização na esfera civil era necessária a comprovação de efetivo dano causado na esfera penal.

Com a evolução conseguiu-se facilmente se dissociar a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Carlos Roberto Gonçalves diferencia bem uma da outra quando afirma:

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. No cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem.¹¹

Gonçalves afirma ainda que na esfera cível a responsabilidade é patrimonial, ou seja, o causador do dano responderá civilmente até o limite do seu patrimônio, não havendo pena restritiva de sua liberdade por dívidas (salvo a de alimentos). Caso não haja bens para reparar o dano causado, ficará com o prejuízo aquele que o sofreu.

A responsabilidade civil no direito brasileiro se fundamenta na culpa do agente, embora não seja necessária a observância do requisito *culpa* para a configuração do dever de indenizar, bastando apenas a prática do ato que viole direito e cause prejuízo a outrem.

Logo, a responsabilidade de indenizar, seja materialmente ou moralmente recairá sobre aquele que viole direito e cause prejuízo a outrem em razão de ato ou conduta (voluntária ou não). E ainda, importante ressaltar que não se pode falar em responsabilidade civil sem a verificação da ocorrência do dano.

Consideração importante acerca do dano moral versa sobre o que a doutrina chama de dano moral puro e reflexo, aquele que decorre da própria ofensa à vítima. Nesse caso não é importante a prova do dano, pois ele por si só já estaria presente no fato gerador.

É o que ocorre com a inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes, por exemplo, o fato ilícito já pressupõe, o dano. Senão, vejamos:

¹¹ Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 186.

Existe uma natural lógica para assim proceder, porquanto, se o dano moral existe a partir da lesão a um daqueles direitos íntimos da pessoa humana, tal qual a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, somente para citar alguns, não há nenhuma lógica exigir-se a prova da repercussão do íntimo do ofendido em face de tais violações. Há que se concentrar com a presunção de que, em razão de máxima de experiências, qualquer indivíduo de mediana sensibilidade se sentiria ofendido e agredido em seus valores anímicos. Seria até grotesco exigir-se a prova das lágrimas vertidas ou a realização de prova pericial psicológica para comprovar o sofrimento íntimo da vítima decorrente da violação de seus bens personalíssimos¹².

Importante ressaltar que se faz necessário comprovar o nexo causal e o fato ilícito, sendo esta a prova mínima possível para que se possa imputar a responsabilidade, bem como o ônus da prova, regramento permitido no âmbito do direito consumerista em razão da hipossuficiência do consumidor, como no caso das empresas de telefonia.

¹² MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.298, 2011.

5 DANO MORAL: DEFINIÇÕES E AFERIÇÕES

A indenização de cunho moral foi uma das formas encontradas para reprimir atos atentatórios à dignidade da pessoa humana em razão de sofrimento, humilhações. Fabrício Zamproga Matiello bem define o que vem a ser o dano moral:

O ponto inicial da matéria concerne à definição do que seja dano moral, de maneira mais esmiuçada do que a anteriormente feita. Ao reverso do vislumbrado nos danos materiais, que atingem o patrimônio físico do lesado, causando prejuízos concretos de ordem econômica, os danos morais são aqueles verificáveis na órbita específica da valoração da vítima, interna ou externamente, em razão do aspecto da moralidade¹³.

Os danos morais, também incursões ilegítimas de outrem na esfera jurídica do lesado, podem atingi-lo em termos subjetivos (internos) ou objetivos (externos), ou em ambos. Destarte, quando o resultado lesivo se consubstancia em depreciação íntima da vítima, angústia, constrangimento, sentimento de humilhação, tem-se danos morais subjetivamente considerados, eis que atingem a auto-estima do ofendido, circunstância conducente, não raro, a repercussões somáticas. Não se diga, por isso, que estas são imprescindíveis à aferição do dano moral; apenas podem servir como fator agravante na fixação da reparação devida.

Na definição dada pelo Supremo Tribunal Federal, em notícia veiculada no site oficial do órgão o dano moral é aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa, mensurado de acordo com a dimensão dos fatos.

O dano moral ocorre quando um bem de ordem moral é violado, maculando o ofendido psiquicamente em sua honra, intimidade. A indenização decorrente do dano trata-se de uma forma de compensação em favor da vítima pelo prejuízo sofrido, cabendo à vítima fazer o pedido do valor que julgar necessário e ao magistrado em utilizar o bom senso no sentido de proferir sentença e estipular o valor correspondente ao dano sofrido de acordo com as provas acostadas e colhidas.

Muitas vezes é necessária a oitiva da própria vítima para que seja possibilitada a percepção do dano sofrido/causado, pois trata-se de uma violação de cunho subjetivo que penetra o íntimo do indivíduo e muitas vezes não é possível se estipular um valor exato para tal, embora já se tenha na jurisprudência brasileira situações em que o próprio fato já pressupõe

¹³ MATIEELLO, Fabrício Zamproga. Dano Moral, Dano Material e Reparação, p. 41.

a existência do dano, um exemplo disso é a inscrição indevida do nome em um dos cadastros de proteção ao crédito em que a própria inscrição já pressupõe os resultados danosos. É o chamado dano presumido.

Pode ocorrer de se mesclar danos morais e danos patrimoniais, por exemplo, em uma mesma situação, os chamados por alguns doutrinadores de danos mistos, pois eles “ (...) assumem nuances de danos materiais; como também afrontam o aspecto valorativo, levam consigo forte carga de lesividade moral.” Porém os danos se classificam basicamente em materiais ou morais, podendo vir acompanhados um do outro ou não, a depender do fato lesivo.

Importante observação faz Fabrício Zamprogna acerca dessa questão de delimitação do dano moral:

Quando se trata de dano moral, deve-se ter sempre presente que a sua apreciação independe da conjugação com outras espécies de ilícitos; todavia, nada obsta que uma mesma conduta possa vir a ser analisada sob vários ângulos do direito. Assim, uma ofensa em público a alguém teoricamente tem como efeito a possibilidade da instauração de processo criminal (crime contra a honra). Afora isso, nada impede que se proponha concomitantemente, ou não, a ação reparatória na área cível¹⁴.

Diante desses conceitos e da definição de dano moral, tratando-se ele de uma agressão injusta àqueles bens imateriais, eis que surge a pergunta acerca da aferição em valores do quanto vale o dano moral sofrido.

Para Nehemias Domingos a tarefa de fixar o quantum indenizatório é uma tarefa tormentosa, tanto para a vítima que pede, como para o réu que contesta e, principalmente, para o juiz que concede, em razão de não haver critérios definidores da fixação desse número, em razão de se tratar de um tema da esfera subjetiva de cada indivíduo, até mesmo porque duas pessoas que passam pelo mesmo fato podem não ser vítimas do mesmo dano, na mesma intensidade e a dor causada certamente não será na mesma magnitude, excluídos os danos morais presumidos.

Doutrinadores entendem ser necessária a análise do grau de culpa de quem praticou o ato lesivo para se aferir o valor do dano, bem como o sofrimento da vítima, suas condições sociais, efeitos da ofensa, tudo isso à luz dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, sem estipular valores fixos.

¹⁴ MATIEELLO, Fabrício Zamprogna. Dano Moral, Dano Material e Reparação, p.43 .

Embora alguns defendam que deve haver uma tariffação do dano a fim de se estabelecer um limite de acordo com a classificação do dano: leve, médio e grave, sendo para cada um deles estipulado um percentual.

Modernamente o dano moral tem a dupla finalidade de indenizar em espécie o ofendido em razão de agressão moral que lhe cause dor, além de punir o seu causador. A punição objetiva a inibição de novos episódios, cumprindo-se a finalidade desse tipo de reparação. Zamprogna em seu posicionamento acerca da matéria faz uma observação relevante:

(...) sempre indispensável referendar que o desiderato da indenização em dinheiro não é o pagamento da dor, da desvalorização em si, mas levar ao lesado a oportunidade de recomposição psíquica, emocional e, eventualmente, física (repercussão do dano moral), atributos atacados ilegitimamente. (...) foi justamente em razão dessa peculiaridade essencial da questão, onde a indenização é direcionada não no sentido de aquilatar economicamente a dor, mas sim para criar meios de sufocar os seus efeitos, que os autores em geral procuram a todo instante uma denominação perfeita para esse complexo reparatório¹⁵.

¹⁵ MATIEELLO, Fabrício Zamprogna. Dano Moral, Dano Material e Reparação, p. 49.

6 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, O CÓDIGO CIVIL E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), seus incisos e parágrafos dispõem, *in verbis*:

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. (Vetado).

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Quando da edição deste o legislador procurou resguardar a proteção do consumidor por eventuais danos e prejuízos causados em razão da má prestação de serviço e outros, salvo se o fornecedor de serviços comprovar uma das excludentes previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor, conforme os artigos 12, § 3º e 14, § 3º, que são: a não colocação do produto ou serviço no mercado; ou que mesmo tendo colocado o produto no mercado, o defeito inexiste e, por fim, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Desses artigos pode-se depreender que aquele que sofreu um dano por defeito na realização de determinada atividade tenha assegurado o seu direito à uma indenização. No mesmo patamar se encontra aquele que comercializa o serviço ou produto. De forma solidária também responderá por possíveis danos causados, podendo o consumidor ajuizar ação contra qualquer um deles ou contra todos.

No Código Civil de 2002, artigo 186 concebe de forma clara a existência do dano moral puro, enquadrando o ato como ilícito, conseqüentemente ensejador do pagamento do dano,

estando calçada na ideia de culpa ou dolo, caracterizando a responsabilidade civil por danos morais, ensejando a reparação.

Além desse artigo, no mesmo diploma encontramos o artigo 389 que preconiza a responsabilidade por perdas e danos em caso de contratos não cumpridos. Nesse artigo é possível depreender a possibilidade da reparação dos danos, tanto os puramente morais como os materiais.

No artigo 942 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 942 - Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Nesse caso, a reparação está claramente associada ao patrimônio do ofensor, bem como de seus colaboradores, mas ainda assim se encontra presente o dever de reparar.

Assim, nosso ordenamento jurídico dispôs no sentido de garantir proteção constitucional nas relações consumeristas, de forma a não permitir abusos ou atos lesivos e ilícitos nas condutas de fabricantes de produtos ou fornecedores. Dessa forma encontra-se embasamento legal para presumir o dano causado pelas empresas de telefonia face os consumidores, haja vista o nexo de causalidade e efeito entre o fato e a lesão (ato ilícito, dano, o nexo e a culpa).

Em 2008 foi editado o Decreto Federal nº 6.523/2008, a chamada Lei do SAC que trata de normas relativas ao atendimento ao consumidor na tentativa de frear a quantidade de reclamações de clientes insatisfeitos diante dos serviços de péssima qualidade prestados pelas empresas.

Nas palavras do Promotor Plínio Lacerda Martins, em artigo escrito sobre o tema relacionado ao direito consumerista o referido autor preleciona:

Assim, resta estampada a conclusão de que as concessionárias, operadoras do serviço de telefonia móvel ou fixo, como fornecedoras do serviço público, são obrigadas a prestar um serviço de excelência ao consumidor, vale dizer, possuem um dever jurídico imposto pela lei do consumidor; *mutatis mutandis*, o consumidor possui o direito subjetivo de obter a qualidade do serviço de telefonia, como um serviço essencial no mercado de consumo, devendo ser prestado de forma adequada, eficiente, que busque atender às necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, sob pena de infringir a norma de ordem pública e ser responsabilizado pelo dano causado ao consumidor¹⁶.

¹⁶ MARTINS, Plínio. A proteção do consumidor nos contratos de telefonia móvel e fixa e sua interpretação jurisprudencial. De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n.13.jul/dez.p.314, 2009.> Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>.> Acesso em 30/10/2013.

Diante do exposto o que se nota é a existência de uma gama de legislação com o objetivo de proteger os interesses do consumidor, seja na aquisição de produtos; seja na contratação de serviços, porém num flagrante desrespeito a essas normas é possível notar o descumprimento delas por parte das fornecedoras do serviço e ainda por parte do Poder Público em não fiscalizar de forma eficiente a qualidade dos serviços à disposição no mercado, dado que atualmente, de acordo com dados fornecidos pela ANATEL, o Brasil conta com mais de 125 milhões de assinantes da chamada telefonia móvel.

Merece consideração ainda a definição trazida pelo promotor quanto ao termo *telecomunicação* e que o referido termo tem relação direta com o serviço de telefonia. De acordo com ele:

¹⁷O serviço de telefonia está relacionado a definição do que seja *telecomunicação*. A Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 60 § 1º define a *telecomunicação* como sendo a “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” concluindo como conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações.

¹⁷ MARTINS, Plínio. A proteção do consumidor nos contratos de telefonia móvel e fixa e sua interpretação jurisprudencial. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n.13.jul/dez. p. 313, 2009. >Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>. >Acesso em 30/10/2013.

7 SOBRE AS UNIDADES DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA CAPITAL DE NATAL E SEUS PROCESSOS

A Lei 9.099/95 que instituiu a criação dos Juizados Especiais com o objetivo de dar maior celeridade às causas em razão de seu rito sumaríssimo compreende ações de diversos tipos, dentre elas as referentes aos serviços de telefonia dos mais gerais que se possa imaginar.

Essas reclamações vão desde a cobrança indevida de contas, serviços não contratados, bloqueio de linhas telefônicas, inscrição indevida em razão de não pagamento, plano distinto do pactuado etc. Normalmente estão na esfera do direito civil, que engloba o direito do consumidor e em razão de ser, normalmente um dos problemas acima tratados.

Na capital de Natal/RN existem 15 Juizados Especiais Cíveis distribuídos regionalmente de acordo com a Lei 165 de 28 de abril de 1999 (Lei de Organização Judiciária do Rio Grande do Norte) que dispõe, dentre outros assuntos acerca da competência de cada vara, bem como para o processamento dos feitos distribuídos diariamente, conforme as regras impostas no artigo 34 da Lei acima citada.

Os processos nos Juizados Especiais Cíveis da capital são eletrônicos, conforme a Lei que regulamentou a sua utilização (Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006), a qual autorizou o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais.

Essa importante ferramenta possibilitou ao jurisdicionado a facilidade do ajuizamento do processo em qualquer dos setores de ajuizamento disponíveis pela capital, que são um total de quinze, ou seja, o total de Juizados Especiais Cíveis existentes apenas na Comarca de Natal, distribuídos por região.

Embora o ato do ajuizamento da ação se dê em qualquer das quinze unidades de juizados existentes o processo será distribuído para processamento e conhecimento do magistrado conforme as regras instituídas pela Lei Complementar nº 294 de 5 de maio de 2005.

O objetivo dessa distribuição é tornar igualitário o número de processos para cada juiz, ressalvada a sua área de atuação e abrangência.

O processo eletrônico foi instalado na capital em outubro de 2009 e os dados da pesquisa se referem ao período atual, mais precisamente aos processos ativos que tramitam atualmente. Importante mencionar que os números se referem a processos ativos, ajuizados desde 2009 até o corrente mês.

Para a colheita dos dados a fim de se precisar a quantidade de processos que tramitam atualmente contra as empresas de telefonia tomou-se por base uma das unidades de juizado especial cível, especificamente o 10º Juizado Especial Cível Central da Comarca de Natal.

O objetivo dessa colheita de dados é apenas para se ter uma noção da quantidade de processos existentes e se esse número é de fato considerável. É possível que haja uma ou outra unidade de juizado que detenha um número maior de processos, porém os números dessas ações são pouco variáveis e o objetivo é apenas se mensurar a quantidade de feitos em linhas gerais, pois é sabido que a problemática do mau funcionamento dos sistemas oferecidos pelas empresas de telefonia existe e é latente, daí a necessidade da discussão sobre o cabimento do dano moral presumido para esses casos.

7.1 DOS DADOS COLHIDOS

No dia 30.11.2012 foi efetuada uma consulta no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, mais precisamente ao link do PROJUDI – Processo Judicial Digital, nos processos que tramitam no 10º Juizado Especial Cível Central contra as empresas de telefonia fixa e móvel que tem empresas funcionando na capital de Natal e que fornecem serviços de telefonia e internet a seus clientes: Oi, Tim, Telemar, Claro, Vivo e Via Embratel.

Foi constatado que havia um total de 1.386 processos ativos, ou seja, que se encontram em fase de conhecimento ou de execução. Desse número 64 processos se referiam a ações referentes a essas empresas acima citadas, o que corresponderia a um total de 4, 7% do total de processos que tramitam atualmente, sem contar com o número de feitos já arquivados pela vara, dado este que não foi possível fazer uma contabilização mais apurada em razão de se tratar de um dado mais preciso e que não teria tanta relevância para a discussão aqui apresentada.

Sabendo-se que a distribuição dos feitos é feita de acordo com a competência do domicílio do autor ou do réu e que, conforme já dito anteriormente esse número tende a ser próximo nas demais varas é possível que haja alguma oscilação de valores, porém não de forma considerável, cada unidade de juizado possui mais ou menos a mesma quantidade de processos referente a essas ações de empresas de telefonia.

Nos juizados especiais as causas não tem um valor alto em suas condenações, normalmente os juízes concedem à parte peticionante o que foi pedido em sua inicial no que se

refere à desconstituição de débito indevido, retirada do nome de cadastro de inadimplentes, restituição em dobro de valor pago etc.

Quando qualquer um dos pedidos acima elencados está cumulado com pedido de danos morais o exame é feito de forma detalhada, cabendo ao magistrado analisar o caso e partir para a esfera subjetiva de analisar a ocorrência ou não do dano sofrido de acordo com as provas acostadas ou com o depoimento das partes ou testemunhas.

É claro que o consumidor somente procura o Poder Judiciário quando não vê satisfeito um direito que é seu ou quando se sente violado. Nem sempre tem conhecimento da lei ou mesmo dos direitos que ela lhe assegura, mas ao se sentir lesado, prejudicado diante da recusa da empresa em solucionar um problema ao qual não deu causa, se vê impossibilitado para tal.

Outro dado relevante é o tempo que dura a tramitação de um processo em sede de Juizados Especiais. Mais especificamente na comarca de Natal a duração dele é, em média um ano, contando com a fase executória, caso haja.

Ultimamente tem-se observado, ainda, que nas audiências conciliatórias para a tentativa de um acordo entre as partes há empresas que pedem um prazo de quarenta e cinco dias úteis para o cumprimento do acordo judicial firmado, obrigando o consumidor lesado a esperar ainda mais para ter a sua tutela jurisdicional satisfeita, sem contar que mesmo após a concessão desse prazo é possível o não cumprimento por parte dela, o que ensejaria o processo de execução compreendido pelo momento da penhora, seus prazos processuais para embargos e o julgamento deles, caso haja.

O que se verifica com isso é um caminho tormentoso para a parte prejudicada, que embora tenha seu direito satisfeito ele chega de forma tardia, não lhe sendo eficaz no sentido de garantir uma prestação rápida e efetiva.

O ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux chamou atenção para a questão dos Juizados Especiais no tocante ao julgamento das demandas neles processadas. Para o ministro tempo e resposta jurisdicional são fatores que caminham de forma inversa, pois infelizmente no Judiciário Brasileiro as demandas não são julgadas em um tempo hábil a satisfazer o interesse e a necessidade das partes.

Daí surgiu a ideia da implantação dos Juizados Especiais numa tentativa de evitar demora, bem como grandes solenidades e ritos processuais desnecessários com a finalidade de prestar jurisdição de uma forma diferenciada; mais célere, segura e num prazo breve.

Ocorre que com a enxurrada de ações de natureza tão técnica envolvendo o problema discutido ao longo deste trabalho surge a questão: será que os Juizados Especiais estão cumprindo a sua função de prestar jurisdição rápida, célere e eficaz para tais casos?

Nesse panorama atual não deveriam essas ações, dada a sua quantidade anual crescente, merecer um olhar especial por parte do Poder Público, bem como dos órgãos fiscalizadores e até mesmo do próprio Poder Judiciário, tendo em vista que essa situação atual tende a aumentar gradativamente em razão da aquisição maciça de serviços prestados pelas operadoras?

(...) nesse ciclo de motivações da instituição dos Juizados, sobrelevaram os conflitos que, pela densidade econômica e jurídica, revelaram-se inadequados à subsunção aos esquemas tradicionais. Trata-se das pequenas injustiças de profundas repercussões sociais. Conforme é sabido, a sociedade moderna, em decorrência das grandes concentrações demográficas que tornam o convívio entre os indivíduos mais frio e agressivo, e da profusão da informação como consequência direta do enorme avanço tecnológico verificado neste século, possibilitando o seu acesso às camadas menos privilegiadas da população, trouxe consigo uma variedade de conflitos até então desconhecidos pelo Poder Judiciário. Conflitos entre consumidores e empresas produtoras, entre vizinhos em um edifício de apartamentos, do trânsito, enfim pequenas controvérsias que, por suas peculiaridades, o atual sistema de administração da Justiça não conseguiu absorver. O alto custo de funcionamento da Justiça, a elevada remuneração devida dos advogados e o longo tempo de espera por uma solução judicial fizeram com que esses conflitos, que demandam uma justiça mais célere e menos formal, não chegassem ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, não fossem solucionados; uma vez que, nessa sociedade, pelas características descritas, não havia mais lugar para a sua composição voluntária. Sem prejuízo, surge uma parcela significativa da população, incapaz de suportar os ônus pela própria natureza do processo e de conflitos que, dado o elevado vulto que tais encargos assumam, mostram-se economicamente desinteressantes para as partes em litígio, que ficam à margem da intervenção estatal. Esses indivíduos, que o prof. Mauro Cappelletti chamou de carentes, ficam então desprovidos de qualquer tutela jurisdicional¹⁸.

7.2 DOS DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS E DOS NÃO INDENIZÁVEIS EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO QUE SE REFERE ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA

As ações em sede de juizados que envolvem as empresas de telefonia celular são classificadas como as de obrigação de fazer, obrigação de não fazer, normalmente cumuladas com pedido de danos morais.

¹⁸ FUX, Luiz. A Ideologia dos Juizados Especiais. Revista de processo, vol. 22, n.86, p.210, abr./jun.1997.
<Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>> Acesso em 30/10/2013.

As queixas frequentes em audiências conciliatórias registram ainda um número frequente de clientes que tentaram solucionar o problema via *call center* da empresa, mas não obtiveram sucesso.

Não é necessário se fazer uma pesquisa de opinião para se saber quantas pessoas tentaram resolver o problema via operadora do serviço, pois o objetivo do prejudicado é a restituição do serviço contratado, o estorno do valor indevido pago/cobrado, a restituição da linha telefônica, além de venda casada, inclusão indevida do nome nos cadastros de proteção ao crédito, não obter uma resposta eficiente quando efetua uma reclamação ou consulta, ausência de cópia de contrato, induzimento para que o consumidor adquira produtos ou planos que não são de seu interesse, publicidade enganosa, entre outras. Na verdade o que enseja o pedido do dano moral são as tentativas frustradas de solucionar a querela sem sucesso, sem contar com o total despreparo e descaso com que são tratadas as pessoas que buscam os serviços.

Não sendo atendidos os consumidores buscam o Poder Judiciário para a busca da solução.

Os magistrados não questionam o pagamento do dano, desde que este seja devidamente comprovado nos autos.

Tomando como exemplo os autos nº 001.2011.024.634-3 ajuizado em 20.05.2012 em que o demandante pleiteia em juízo o restabelecimento da linha e uma indenização por danos morais em razão de haver comprado um chip de determinada operadora que certo dia constatou ter acesso bloqueado e em razão disso solicitou os pedidos acima mencionados.

Em audiência conciliatória não foi possível o acordo, sendo os autos remetidos a julgamento antecipado da lide, cuja sentença foi publicada em 30.08.2011, tendo a magistrada condenado a empresa a restabelecer a linha do autor, bem como lhe concedeu uma indenização no valor de R\$ 500,00 (quinhentos Reais).

Sem contar que não houve o pagamento do valor arbitrado no prazo, somente cumprida a obrigação de fazer, o que gerou penhora *on line*, com a consequente abertura de prazo para os embargos de execução, estes julgados em 11.06.2012, estando os autos desde 28.11.2012 conclusos para a apreciação desses embargos à execução interpostos pela empresa executada num processo ajuizado em agosto de 2011.

Nesse diapasão não é possível afirmar que a prestação jurisdicional chegará a tempo para o autor da ação. Será que o valor de quinhentos Reais julgado justo pelo magistrado seria algo realmente significativo para a empresa a ponto de coibir a agir assim com outros clientes?

Não é justo dizer que uma indenização por danos morais nesse valor cause qualquer abalo ou mesmo repare o dano causado, pois atualmente o que mais se vê são práticas abusivas contra o consumidor nessa esfera.

Para tais empresas, quanto mais se puder retardar um processo, mais lucrativo e vantajoso será para elas, pois pode até inibir as pessoas a entrarem judicialmente por valores ínfimos em razão do tempo da demanda e também porque sabem que pouco terão além da obrigação de fazer ou não fazer pretendida.

Iguais a esses se somam os demais casos de ações em sede de juizados contra as empresas de telefonia. Até o presente momento se as ações se avolumam nas varas e as empresas continuam utilizando as mesmas estruturas sem qualquer investimento significa que está sendo compensador a forma como as indenizações estão sendo concedidas.

Há casos em que o valor concedido em sede de sentença é menor do que o valor do pagamento das custas para recorrer, mas ainda assim as empresas recorrem ou embargam não importa o valor, ou seja, até na esfera judicial o consumidor é prejudicado.

É por causa disso que se torna arrazoada a concessão do pagamento de danos morais presumidos nessas causas, dada a morosidade judicial e o descaso com o qual são tratados perante os funcionários das empresas.

8 DA CRIAÇÃO DA ANATEL E SUA ATUAÇÃO FRENTE AOS MAUS SERVIÇOS PRESTADOS AOS USUÁRIOS

A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - é uma autarquia especial criada pela Lei 9.472 de 16 de julho de 1997, administrativamente independente, financeiramente autônoma e sem subordinação hierárquica a nenhum órgão do governo.

Sua função, além de ser órgão regulador, conforme disciplina o artigo 8º da lei acima mencionada, é promover o desenvolvimento das telecomunicações do país de modo a dotá-lo de uma eficiente e moderna infraestrutura capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos em todo o território nacional.

Entre as competências da ANATEL elencadas no artigo 19 da Lei 9.472/97, inciso XVIII está a de reprimir infrações dos direitos dos usuários. No artigo 110, inciso II está descrito que em caso de inadequação ou insuficiência dos serviços prestados, não resolvida em prazo hábil poderá ser decretada a intervenção na concessionária.

Tomando-se por base essas normas é possível constatar a importância da autarquia privada com poderes totalmente desvinculados do Estado para evitar o favorecimento de qualquer pessoa ou mesmo o órgão envolvido.

A ideia da criação da agência reguladora é boa, porém ainda não está madura a ponto de se garantir uma efetividade em razão dos fatos apresentados diariamente pela própria mídia.

O problema da má prestação de serviços é um mal que se arrasta desde muito tempo e que se agrava a cada dia com o crescimento urbano e rural, até, mas em razão disso as redes de transmissão de dados não estão correspondendo aos anseios da população. As empresas de telefonia são alvos frequentes de reclamações no judiciário.

Desde a implantação da agência reguladora o problema se arrasta até os dias atuais, chegando ao nível mais baixo da suportabilidade, o que fez com que a ANATEL anunciasse em julho do ano de 2012 um pacote de sanções e exigências. Uma das medidas mais contundentes foi a suspensão nas vendas, que ensejaria o pagamento de uma indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil Reais) por dia, tendo sido bastante criticada, sendo tal medida classificada como “extrema” e “anticompetitiva” por parte dos empresários.

O fato é que juntas somavam até outubro de 2002 o valor de R\$ 35.500.475,00, de acordo com o PROCON/RN. De acordo com uma notícia veiculada no sítio do PROCON/RN foram registradas 653 reclamações de 1º de janeiro a 27 de outubro, podendo esse número ser maior em razão da falta de cadastro no sistema das pessoas que buscam orientação do órgão.

Todo esse resultado deu-se em razão da má qualidade dos serviços prestados em todo país, graças ao maior acesso aos bens de consumo que não foi acompanhado por parte das empresas, somado à falta de rigor em fiscalização e punições por parte da ANATEL.

Diante dessa informação é notável o prejuízo causado à população usuária, bem como que a autarquia não realiza de forma efetiva a fiscalização devida no sentido de impor metas e punir com mais rigor. A sensação é a de que as constantes multas aplicadas ao longo dos anos não significam perda considerável para os cofres das operadoras.

8.1 DA CONSEQUÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO INEFICAZ E O DANO MORAL COLETIVO

Inegável é a importância da criação da agência reguladora criada, conforme mencionado anteriormente. Entretanto cada vez mais é crescente o número de ações no Poder Judiciário para a resolução dos mais variados tipos de demandas envolvendo as empresas de telefonia.

Situações que demandam um conhecimento teórico e técnico do magistrado e de seus auxiliares para dirimir a lide processual que vão desde a confirmação de um serviço contratado indevidamente até a aquisição de um produto que nunca entrou em funcionamento ou mesmo que o consumidor adquiriu um serviço X que não funciona em sua localidade.

Casos que fogem da competência dos juizados especiais, por exemplo por demandar uma perícia técnica ou algo de maior complexidade até mesmo para magistrados das varas comuns.

A consequência disso é o assolamento com ações individuais em todas as esferas do judiciário brasileiro; de casos semelhantes em sua maioria para os quais interessante seria a coletivização do conflito, haja vista que a pretensão individual tem por fundamento um comportamento administrativo de interesse geral, referente à prestação de serviço.

Diante desse contexto deveria haver uma comunicação dos magistrados aos órgãos do Ministério Público quanto à existência de aspectos coletivos verificados em demandas individuais. Para essa verificação, devem ser incorporadas aos autos as informações técnicas e fáticas disponíveis no âmbito da Administração Pública.

É possível a atuação conjunta e recomendável entre os órgãos de execução do Ministério Público e as esferas federal e estadual, objetivando medidas uniformes, principalmente no

sentido de evitar falhas que venham a ensejar demandas individuais, já que a agência reguladora responsável não atua de forma satisfatória no tocante à fiscalização dos serviços prestados.

Interesses coletivos se diferenciam de interesses individuais em razão de os primeiros estarem diretamente ligados aos interesses sociais, comuns a um conjunto de pessoas vítimas do mesmo tipo de dano.

Cabe desde logo destacar que antes da Constituição de 1988, não se cogitava do dano moral coletivo. Foi somente após a nossa atual Carta Magna que essa questão restou superada, até porque ao fixar a dignidade humana como um dos princípios fundamentais pelo qual se rege o Estado Brasileiro (CF, art. 1º, III), a nossa Constituição “colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, fazendo dele a primeira e decisiva realidade, transformando seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos”, de tal sorte a afirmar que “temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade, a qual deu ao dano moral uma nova feição diante do fato de ser ela a essência de todos os direitos personalíssimos.”¹⁹

O ordenamento jurídico por meio da Ação Civil Pública ampara o direito coletivo, além da própria legislação consumerista em seu artigo 81, § único do CDC.

Interesses coletivos é termo sinônimo de interesses sociais, incorporados à gestão estatal.

²⁰Verifica-se a ocorrência do dano na ordem coletiva quando há a indivisibilidade do objeto, a existência de sujeitos determináveis e vínculo jurídico ligando os integrantes do grupo entre si ou com a parte contrária. Os direitos coletivos são aqueles que dizem respeito ao homem socialmente vinculado, membro de grupos autônomos e juridicamente definidos.

O direito coletivo não é novidade no ordenamento jurídico, pois já era conhecido dos romanos que dispunham de ações específicas para sua proteção. Embora tenha passado algum tempo esquecido, ressurgiu com a nomenclatura de direitos metaindividuais.

Independentemente da nomenclatura depreende-se a importância de se versar um olhar mais apurado sobre o cometimento dessas práticas abusivas de forma rápida e eficiente como resposta à sociedade, haja vista os meios existentes no ordenamento para garantir a proteção devida. Nesse sentido merece respaldo as palavras conclusivas da mesma autora em seu artigo:

¹⁹ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.29, 2011.

²⁰ ANDRADE, Daniela Patrícia Santos. O Dano Moral e a Tutela Jurisdicional Coletiva. Revista da ESMESE, n.11 p. 146, 2008. <Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>. > Acesso em 30/10/2013.

²¹Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos estão transformando todo o direito processual, agora vinculado à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objetivo, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. Por intermédio dos processos coletivos, a sociedade poderá afirmar e exigir, de maneira articulada e eficaz, o respeito e a proteção aos seus direitos e cidadania.

Uma boa definição de dano moral coletivo é a sugerida a seguir por João Carlos Teixeira:

Injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade (maior ou menor), e assim tutelados juridicamente, cuja ofensa atinja a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo de toda a sociedade, causando-lhe sentimento de repúdio, desagrado, insatisfação, vergonha, angústia ou outro sentimento psicofísico²².

Para Carlos Alberto Bittar Filho “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos.”²³

²¹ ANDRADE, Daniela Patrícia Santos. O Dano Moral e a Tutela Jurisdicional Coletiva. Revista da ESMESE, n.11 p. 149, 2008. < Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>. > Acesso em 30/10/2013.

²² Dano Moral Coletivo na relação de emprego, Temas polêmicos de direito e processo do trabalho, p. 117 (apud: Nehemias Domingos de Melo – Dano Moral – Problemática. Do Cabimento à Fixação do Quantum, p. 30, 2011).

²³ Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor, v.12, p.55 (apud: Nehemias Domingos de Melo – Dano Moral – Problemática. Do Cabimento à Fixação do Quantum, p.30, 2011).

9 OS CONTRATOS E A TUTELA JURISDICCIONAL COLETIVA

Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos no panorama social da vida dos cidadãos brasileiros com bem mais frequência do que como se via antigamente, diante de tantas transformações sociais, de tantos pactos efetuados e dada a gama de possibilidades garantidas pelo Código Civil a sociedade se transformou no sentido de afirmar e exigir respeito e proteção aos seus direitos, dada a diversidade das relações contratuais vigentes.

Não se podendo esquecer da função social dos contratos. Sobre o tema, importantes considerações traz o artigo a seguir da juíza de direito do estado de Sergipe, Marta Suzana Lopes Vasconcelos:

Desde os mais remotos tempos em que o homem se dispôs a celebrar acordo de vontades, vige o princípio do “pacta sunt servanda”, vale dizer que o contrato faz lei entre as partes. Tal princípio visa garantir um mínimo de segurança entre os contratantes, pois, ao disporem livremente de sua vontade e, conseqüentemente, de seu patrimônio, as partes estabelecem obrigações que devem ser cumpridas sob pena de total subversão e negação do instituto do contrato.

(...) o acordo de vontades continua sendo o elemento subjetivo essencial do contrato, pois esse negócio jurídico só se origina da declaração de vontade. A liberdade individual e a iniciativa pessoal continuam sendo a razão de ser dos contratos²⁴.

Tomando por base a função social do contrato e seu papel social, juntamente com a obrigatoriedade do contrato é possível que diante do cometimento diário de abusos por parte das empresas de telefonia ocorre o descumprimento de cláusulas contratuais previamente acordadas entre o usuário consumidor e a empresa, sendo o descumprimento por parte desta última no momento da prestação inadequada de serviços.

A consequência disso é a geração de desconfiança do consumidor e medo em contratar diante de tais atos, ocasionando a insegurança jurídica, dada a ausência da boa-fé por parte das empresas face ao consumidor hipossuficiente na relação contratual.

Eis que essa relação/negociação privada, disposta no artigo 422 do Código Civil Brasileiro está ameaçando a existência dos contratos, bem como a livre vontade de contratar de uma das partes, no caso, o consumidor prejudicado. Isso faz com que os

²⁴ VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. Direitos Fundamentais do Consumidor, p. 157, 2011. Disponível em > <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/15.pdf>< Acesso em 01/11/2013.

legisladores enxerguem o direito civil privado sob uma nova ótica, de forma a protegê-lo sob o prisma constitucional.

A partir do viés constitucional, o direito das obrigações passa a contemplar noções de justiça social, pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, verifica-se que a atual visão constitucional do direito civil baseada na função social do contrato, em contraposição da visão clássica do contrato baseada na livre manifestação da vontade, na qual o Estado funcionava apenas como garantidor das regras livremente estipuladas nos contratos pelas partes. O Estado assume um papel de intervencionista da vida econômica e o fez estimulado pela necessidade de proteção social e garantia da estabilidade e equilíbrio da ordem econômica com a proteção da parte mais fraca no negócio jurídico. O Estado passa a orientar as relações contratuais em favor do bem maior, que é a tutela dos interesses coletivos, dos interesses sociais, em busca da justiça social e do referido equilíbrio entre as partes²⁵.

Fala-se hodiernamente na chamada interpretação do direito civil através de normas constitucionais, tanto para garantir equilíbrio na relação contratual como para assegurar a interpretação das legislações vigentes no ordenamento jurídico sob a égide da Constituição Federal.

Essa garantia é positiva nos sentido de propiciar harmonia entre as normas do ordenamento jurídico de forma a evitar distorções entre as normas e, lógico, o direito consumerista deve estar de acordo com as normas constitucionais. Porém, há a possibilidade de o direito constitucional preocupar-se com normas de direito privado com o objetivo de evitar o que alguns autores chamam de morte do contrato decorrente dos fenômenos de transformação social e econômico vigentes.

A legislação constitucional ampara e protege as relações privadas, sob pena de ameaça da existência dos contratos bilaterais por causa do abuso cometido no caso do qual trata o presente trabalho. “A chamada constitucionalização do direito civil agregou novos fundamentos e contornos, modificando a noção de autonomia da vontade no âmbito dos contratos²⁶”.

²⁵ VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. Direitos Fundamentais do Consumidor, p. 161,162, 2011. Disponível em < <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/15.pdf> > Acesso em 01/11/2013.

²⁶ VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. Direitos Fundamentais do Consumidor, p. 166, 2011. Disponível em > <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/15.pdf>> Acesso em 01/11/2013.

10 DA PRESUNÇÃO DO DANO

Para Carlos Roberto Gonçalves a comprovação do dano moral é dispensável em razão de ser algo subjetivo e por isso sua existência presume-se absoluta, daí porque são dispensáveis, em certos casos.

Os casos de inscrição indevida em banco de dados de cadastro de inadimplentes, muitas vezes por falta de organização ou displicência das empresas comerciais inscrevem irregularmente clientes que não deveriam ser protestados. Tal fato a doutrina chama de abuso de direito, pois é legalmente concedido a elas o direito de inscrever, bem como de cobrar seus devedores, porém quando ocorre a inscrição irregular opera-se o ato ilícito praticado, ensejando, consequentemente a sua reparação.

Nessa esfera caracteriza-se a inscrição indevida como um ato vexatório, humilhante e abalo da vítima que teve arranhada e manchada a sua reputação, mesmo se ela tiver descoberto a inscrição por acaso, sem necessariamente ter sofrido qualquer constrangimento em estabelecimento comercial.

Nesse caso a indenização pelo dano moral é bem explicada. Na visão de Nehemias Domingos, elas provém em razão das reiteradas práticas ilícitas das empresas contumazes. Eis que a indenização surge para minimizar os efeitos desses atos ilícitos.

Para o autor, é preciso se inculcar na sociedade o respeito pelo consumidor em geral nas relações de consumo, que anteriormente o consumidor era quem assumia o risco em uma relação de consumo, podendo ficar com o prejuízo pela aquisição de um produto defeituoso e as empresas pouco ou nada faziam para substituir o defeito ou o vício e indenizar o cliente.

Ainda assim desde o advento da Lei 8.078/90 é comum encontrar tais fatos que na atualidade não devem ser tolerados. Nessa esfera deverá agir o Poder Judiciário para, “com prudência e severidade”, fixar uma quantia que puna justamente iniba a prática reiterada desses atos ilícitos.

Dado que para a consumação do dano moral presumido são necessários a prova do fato e o dano causado, esse mesmo entendimento que se tem para a concessão do dano moral presumido no caso de inscrição indevida é o que se deve ter para os maus serviços prestados pelas empresas de telefonia no Brasil, pelos mesmos motivos já explicitados acima, pois as situações são análogas e para piorar ainda mais o órgão fiscalizador, desde o tempo de sua fundação, não tomou qualquer medida enérgica para frear os abusos cometidos.

A doutrina criou a *Teoria da Qualidade* e de acordo com ela o fornecedor quando coloca um produto/serviço no mercado de consumo, está obrigado por lei a um dever de qualidade e de segurança, de tal sorte que se os produtos ou serviços, que por um defeito, vier a causar danos, fará surgir a obrigação de indenizar.

Nesse sentido os fatos dão a devida dimensão da necessidade de se conceber o dano presumido, sem a necessária análise do mérito subjetivo de sua ocorrência ou não, haja vista que na atualidade parece que o risco do negócio para as empresas de telefonia se encontra na mão do consumidor, pois no ato da contratação de um serviço, se o consumidor não pode dele usufruir adequadamente se verifica flagrante injustiça ao seu direito.

A legislação brasileira, conforme já dito anteriormente, o próprio Código Civil Brasileiro em seu artigo 186, obriga a reparação do dano quando da violação do direito de outrem; a Lei 8.078/90, pelos fatos e fundamentos já apresentados anteriormente tem fundamentos de sobra para garantir a presunção dos danos nos casos de que trata o presente trabalho.

11 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO

Em recente artigo publicado pelo professor Pablo Stolze sobre a responsabilidade civil pela perda do tempo o ilustre doutrinador aborda a forma agressiva como as exigências da contemporaneidade obrigam as pessoas a se tornarem reféns das exigências de terceiros.

Para o professor, o tempo tem um profundo significado e um imenso valor que não devem ser olvidados pelos operadores atuais do direito no sentido do valor de um relevante bem, passível de proteção jurídica.

Nesse sentido, “O desperdício injusto e ilegítimo do tempo na seara consumerista tem sido denominado de *Desvio Produtivo do Consumidor*”²⁷. Um exemplo de tal desvio é quando se telefona insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado.

Uma situação como essa é perfeitamente aplicável à situação dos serviços telefônicos prestados, caracterizando o intolerável abuso de que é vítima o consumidor, sendo de certa forma obrigado a esperar uma prestação jurisdicional ou mesmo ficar à mercê das empresas que de acordo com a própria conveniência submetem o consumidor ao desperdício intolerável do seu tempo livre.

Assim, este desperdício injusto e intolerável é a justificativa da eventual reparação do dano material e moral sofrido, situação essa que se repete todos os dias em nossa sociedade.

É interessante a doutrina e a jurisprudência abrir os olhos no tocante a um aspecto tão importante na vida diária, muitas vezes imperceptível aos olhos e ao sentimento do julgador do século, não devendo ele deixar a banalização das atitudes e práticas abusivas permear o cotidiano a ponto de ser consideradas normais daqui a algum tempo até mesmo por parte dos consumidores, que cansados de não ser atendidos e em razão do lapso temporal dispensado na resolução do litígio, não farão valer seus direitos.

²⁷ STOLZE, Pablo. Responsabilidade Civil pela perda do tempo. Jus Navigandi, Teresina, ano189/revista/edicoes/2013), n.3540(/revista/edicoes2013/3/11).> Disponível em : <<http://jus.com.br/revista/texto/23925>>. Acesso em 16/07/2013.

12 DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Os critérios norteadores para a fixação do *quantum* indenizatório para o pagamento das indenizações por danos morais nesses casos seguem o estipulado na Constituição Federal de 1988, Código Civil e demais leis ordinárias. O bom senso, o livre arbítrio do juiz e a razoabilidade na fixação do valor são regras para não se conceder valores exorbitantes ou ínfimos que não atinjam a finalidade pretendida, que é a compensação.

É possível verificar que em instâncias inferiores os valores variam de forma considerável, mas no STF os números tendem a ser uniformizados em razão das situações em cujos temas são semelhantes, embora a Constituição não tenha estabelecido qualquer limite para a tarifação do dano.

Porém, em razão das discrepâncias verificadas nas diversas instâncias do Poder Judiciário há alguns projetos de leis tramitando no Congresso Nacional que trata especificamente da tarifação dos danos morais a fim de se evitar as discrepâncias verificadas atualmente.

De acordo com o posicionamento de Nehemias Domingos:

(...) tarifar se mostra inconveniente num primeiro momento até por quebrar o princípio da equidade, na medida em que limitará os poderes do juiz para aplicação da justiça ao caso concreto. Além disso, como se pode atribuir a cada um o que efetivamente seja de seu direito, se esse mesmo direito estará previamente tarifado? Como considerar as peculiaridades de cada caso, de tal sorte a que se possa sentenciar com uma perfeita dosimetria do valor indenizatório, se o julgador estiver limitado por pautas? Ademais, como harmonizar o preconizado na Constituição, que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, com um sistema de tarifas?²⁸

É possível perceber que a tarifação do dano estaria indo de encontro ao que preconiza a Constituição Federal, bem como as demais leis e que não seria arrazoado se estabelecer um critério fixo, pois se trata de uma análise subjetiva do dano para a possibilidade da reparação de forma ampla e integral.

Entretanto o livre arbítrio do juiz não poderá fixar valores nem além nem aquém da finalidade indenizatória do dano moral, pois assim não estaria compensando a vítima nem

²⁸ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum, p.102, 2011.

punindo seu ofensor, sem contar que há diferentes casos; uns com mais, outros com menos intensidade danosa que ensejam o exame subjetivo do magistrado na esfera íntima daquele que pleiteia.

O valor importa, sim, mas no caso das empresas de telefonia importante também é a certeza da punição nos casos em que houver a comprovação do fato, dada a presunção do dano.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apurado ao longo deste trabalho é possível concluir que há um distanciamento enorme entre o papel da ANATEL, sua função e o que ela realmente tem feito de forma efetiva para proteger os usuários dos serviços oferecidos pelas empresas de telefonia. Desde o momento de sua criação o que se tem visto são tentativas frustradas e ineficientes de conter as práticas ilícitas e abusivas, no entanto sem qualquer melhoria significativa.

A consequência disso é a crescente demanda de ações no Poder Judiciário com o objetivo da reparação dos prejuízos de ordem econômica e moral. As demandas judiciais ainda sujeitam os consumidores à demora em razão da morosidade judicial pela qual o Brasil passa atualmente, mesmo quando consideramos o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais.

A satisfação do direito acaba vindo tardiamente e não atende ao momento em que houve o pleito para sua satisfação. Essa situação causa uma sensação de ambos os lados: do lado do consumidor a sensação de que existe um direito a ser alcançado, porém será necessário percorrer longo caminho e ainda assim não significa dizer que será totalmente atendido; do lado das empresas fica a sensação de que esse panorama é vantajoso para elas e serve de inibição para que pequenos ilícitos ocorridos desencorajem o consumidor a buscar vias judiciais em razão do tempo da demanda.

Das pesquisas realizadas depreende-se a necessidade de clamar constantemente ao Poder Público no sentido de garantir o cumprimento das leis, bem como instaurar órgãos coletivos para jurisdicionar acerca dos direitos coletivos dos consumidores, principalmente no aspecto analisado neste trabalho, que é a má prestação dos serviços de telecomunicação pelas empresas de telefonia.

Surge a ideia da criação de órgãos coletivos para atender a essas demandas tão frequentes chegadas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e que de alguma maneira respondem por um número considerável, fazendo concluir que com a mudança social nas relações contratuais e o direito coletivo em destaque faz-se necessário pensar sobre a criação de Juizados Especiais Coletivos a fim de abarcar esse tipo de ação judicial, pois os rumos tomados pelo avanço tecnológico, associado à necessidade urgente por uma tecnologia de ponta fizeram com que as empresas objetivando apenas lucros se olvidassem de efetuar investimentos nos sistemas e serviços oferecidos como forma de garantir a devida prestação adequada contratada.

O que se vê é a falta do mínimo de condições e as sucessivas falhas cujo principal prejudicado é o consumidor. Nem mesmo as constantes penalidades pecuniárias aplicadas são suficientes para eliminar ou sequer minorar os problemas verificados.

A lei, conforme visto, ampara de forma ampla e irrestrita o usuário dos serviços, mas na prática a situação não é tão justa quanto parece, pois o problema da má prestação de serviços existe, é frequente e, no entanto o usuário é que suporta o ônus dessa crise.

Nesse diapasão entende-se que o Poder Público não tem gerência sobre o problema, pois nem a autarquia por ele criada, com o poder fiscalizatório que lhe foi conferido é capaz de controlar e punir os atos ilícitos cometidos diariamente.

As soluções para o fim do problema são claras e também uma tentativa de ver decrescer o número de reclamações registradas nos Procons estaduais, nos tribunais. Desde medidas drásticas que possam impedir a venda dos serviços até a concessão de indenizações que de fato abalem a estrutura econômica das empresas com o objetivo de inibir novas ocorrências, pois essa é, também, uma das funções da indenização por danos morais.

A presunção do dano, sob o mesmo fundamento da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes se amolda perfeitamente ao panorama crítico vivido atualmente entre os usuários e as empresas de telefonia no Brasil.

É perigoso se pensar que atualmente as pessoas são tão dependentes dessa tecnologia, que a cada dia traz mais aparatos e que faz com que todos se tornem dependentes dela, sem, no entanto ter uma opção de escolha porque todas estão no mesmo patamar de prestação de serviços. Talvez não se tenha a real dimensão do caos que poderá se gerar futuramente se nada for feito pelas autoridades para ao menos minimizar significativamente o problema enfrentado.

Nesse sentido o direito constitucional através da máquina estatal interfere no direito privado na tentativa de equilibrar os polos da relação contratual entre as operadoras e o consumidor, este o hipossuficiente da relação. Ora, o panorama visto é algo decorrente das mudanças sociais sofridas ao longo do tempo e das quais a lei não pode se afastar, devendo a elas adequar-se para atender os interesses dos cidadãos que a cada dia firmam contratos dos mais variados tipos não vedados em lei.

Desses mais variados tipos originou-se os contratos coletivos e deles o direito coletivo, aquele que tutela o interesse social comum a um conjunto de pessoas, sendo esses direitos coletivos paulatinamente incorporados à gestão estatal a fim de garantir o cumprimento deles.

A lei confere o poder de indenizar; a doutrina dá inúmeros fundamentos para a concessão do dano e os tribunais aplicam em conformidade com cada caso. Do mesmo modo que se evoluiu para se chegar ao entendimento da presunção do dano em razão de inscrição

indevida, pode-se estender tal entendimento para o cabimento do dano quando verificada a má prestação de serviços pelas empresas de telefonia, pelos fatos e fundamentos elencados ao longo da pesquisa, tendo como prova as inúmeras penalidades aplicadas pelos Procons do Brasil e pela própria ANATEL.

Ainda assim é flagrante o abuso e o desrespeito ao direito coletivo do consumidor, ao contrato pactuado numa visão unilateralmente lucrativa das empresas em não primar pelo efetivo oferecimento de serviços prestados, sobrepondo seus interesses a um dever jurídico imposto pela lei.

Além da presunção do dano devidamente comprovada com fatos cotidianos une-se a isso a questão pertinente e atual discutida pela doutrina para indenizar esse tipo de dano sofrido, que é a responsabilização civil pela perda de tempo, caracterizando o intolerável abuso de que é vítima o consumidor quando negligenciado pelas empresas de telefonia no ato da reclamação de um serviço mal prestado.

É possível que haja diversas formas para se inibir a conduta ilícita praticada, mas a forma pecuniária hoje talvez seja uma das que mais refletem a possibilidade efetiva de uma inibição. Mas é preciso que sejam justas e atendam ao fim pretendido, sem que seja necessário submeter o lesado à incerteza da prestação, tampouco à longa espera existente no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Julia. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre as relações de consumo bancárias. São Paulo: 2009, disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322009000100009>>.

BRASIL. Constituição 1988.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1995.

_____. Lei nº 8.078, de 9 de novembro de 1990

DE MELO, Nehemias Domingos. Dano Moral Problemática Do Cabimento à Fixação do Quantum. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Dano Moral, Dano Material e Reparação. 6ª ed. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2006.

NUNES, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

Disponível em: <<http://www.universojuridico.com.br/doutrina>> Acesso em 15 de out. 2012

Disponível em: <<http://www.tecnologia.terra.com.br/noticias>> Acesso em 15 de out. 2012.

Disponível em: <<http://www.proconsp.gov.br/reclamacoes.asp>> Acesso em 15 de out. 2012.

Disponível em: <<http://www.proconrn.gov.br/noticia>> Acesso em 03 de dez. 2012.

Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/portalAcesso>> em 03 de dez. 2012.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/3185202>> Acesso em 03 de dez. 2012.