

PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DO DANO MORAL: ENFOQUE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIAS*

Juliana Coelho dos Santos¹

Sumário: Introdução. I. A Constitucionalização do direito do consumidor. II. O direito do consumidor nas relações jurídicas de consumo bancárias. III. Responsabilidade civil e danos morais nas relações bancárias. IV. Estudo de casos e parâmetros. Apontamentos finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a previsibilidade nas condenações por danos morais e os parâmetros arbitrados para delimitar o *quantum* indenizatório no sistema brasileiro. Parte-se da premissa inegável de que os danos morais são indenizáveis, o que não significa que não existam dúvidas sobre quando é cabível ou quando é absurdo, o quanto deve ser o valor da indenização etc. A partir deste ponto, o trabalho se justifica pela necessidade da efetiva tutela à dignidade da pessoa humana, através da fixação de parâmetros mais claros e justos para a indenização de danos que são uma afronta aos direitos da personalidade.

No primeiro capítulo, trataremos da Constitucionalização do Direito do Consumidor explicando a ponderação por meio dos parâmetros. Faremos um breve apanhado histórico explicitando onde há a correlação entre a Constituição Federal e a sua aplicação no Código de Defesa do Consumidor.

No segundo capítulo, onde mergulharemos na correlação entre o Direito do Consumidor nas Relações Jurídicas de Consumo Bancárias, teremos a oportunidade de estudar o que são e quando se configuram as relações bancárias como relações de consumo, tendo em vista que existem relações bancárias meramente comerciais. A seguir, analisaremos as leis que tratam sobre as relações de consumo bancárias e suas referências no Código Civil de 2002. Com isso, poderemos propor a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor,

*Monografia de conclusão de curso, sob a orientação do Professor Siddharta Legale Ferreira. O texto foi adequado aos padrões da Revista pelo Conselho Editorial.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

cominado com outras referências legais nos casos: tempo de espera em fila de banco e fraude de terceiros.

O terceiro capítulo será dedicado aos danos morais, cujo conceito que se utilizará é extraído da doutrina consolidada. Analisaremos a vulnerabilidade do dano moral no Direito do Consumidor, pois há uma manifesta desigualdade de forças nesta específica relação jurídica². Haverá a fundamentação para a reparabilidade dos danos morais e as motivações para indenizar, além de sua caracterização. Também faremos breve alusão ao direito comparado (francês, italiano, português, alemão e outros países).

O quarto capítulo consolida um estudo de casos concretos extraídos do TJ-RJ e do STJ. Tal catálogo abrange as ementas, resumos e referências dos casos ocorridos entre 1988-2012 sobre duas situações especialmente relacionadas aos danos morais nas relações bancárias de consumo: (i) tempo de espera em fila de banco, presumimos a indenização punitiva e reparadora, quando tal espera ultrapassa os limites do mero aborrecimento da vida cotidiana, dos contratempos, irritação e descontentamento, ficando demonstrado que feriram algum direito da personalidade; e (ii) fraude de terceiros, que veremos através da exposição e análise crítica dos casos concretos, em que casos a Justiça tende a aceitá-los configurados e o porquê. Pretende-se, ao final, empregar a técnica de ponderação de interesses chamada “parâmetros” ou *standards* para propor caminhos para guiar a formulação de decisões mais racionais a respeito da determinação e quantificação das hipóteses em que são ou não cabíveis a indenização por danos morais.

Para finalizar o trabalho haverá uma conclusão a partir do estudo dos casos concretos a fim de analisar e propor novos parâmetros.

Capítulo 1. A Constitucionalização do Direito do Consumidor

Entre os séculos XIX e XX, em um passado não muito distante, a nossa Constituição não era repleta da primazia material e formal que hoje nos é tão familiar. O texto constitucional não ia além de um conjunto de declarações políticas, sem força normativa. Os direitos fundamentais individuais necessitavam de leis para produzirem efeitos. O controle de constitucionalidade, a despeito de sua matriz norte-americana existir desde o século XIX, ainda não era uma idéia difundida na maioria dos países com Constituições escritas, em razão

² Ver SANTANA (2009), p. 26: “A vulnerabilidade é o traço distintivo do dano moral no Direito do Consumidor, pois há uma manifesta desigualdade de forças nesta específica relação jurídica”.

de dogmas como a supremacia do parlamento e separação de poderes e, o princípio da supremacia da Constituição era ainda uma utopia. Com os passar do tempo o nosso modelo de constitucionalismo foi brindado por um novo conceito, o do Estado Social e Democrático de Direito.³

Neste sistema de organização política há a idéia de supremacia da Constituição. A partir daí os direitos fundamentais passaram a ter mais força e o fenômeno da constitucionalização do direito foi inserido, pouco a pouco, em nosso ordenamento jurídico. A constitucionalização se expressa de diversas formas, sendo elas elencadas a seguir: (i) constitucionalização inclusão, (ii) constitucionalização releitura, (iii) constitucionalização juridicização e (iv) constitucionalização simbólica⁴ Apreciaremos cada uma destas manifestações, a seguir.

1.1 Constitucionalização inclusão

A constitucionalização inclusão se dá através do acolhimento, pela Constituição, de institutos e regras antes relegadas ao campo infraconstitucional. Mais do que isso, nos mostra um novo modo de entender e interpretar os diversos ramos do Direito.⁵

A tutela do consumidor a nível constitucional foi posta na Constituição de 1934 (arts. 115 e 117)⁶ cuidada apenas de forma tímida e indireta, onde víamos brotar em nosso ordenamento a preocupação constituinte com o tema, a consciência da necessidade da proteção ao consumidor. Após tal empreitada, sem dúvida e medo de errar, a Constituição

³ BONAVIDES (1996), aponta que “[à] medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado Social”.

⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre as diferentes dimensões do fenômeno ver LEGALE FERREIRA, Siddharta. A Constitucionalização do direito tributário: a justiça fiscal numa visão liberal igualitária. **Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT**. Nº 8. Julho, 2012.

⁵ BARROSO (2005): “[e]ste fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

⁶ “Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País”; e “Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País. Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.”

Federal de 1988⁷, curvou-se aos anseios da sociedade e ao incansável trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 48 do ADCT previu que: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Ainda que o prazo não tenha sido cumprido, a Constituição cumpriu o seu papel e, através deste dispositivo, não apenas o CDC, mas também todos os princípios de proteção encontram-se constitucionalmente assegurados.

A fim de que se torne claro quem são considerados consumidores (quando tratamos do conceito de consumidor trataremos através da ótica tanto do consumidor quanto do consumidor por equiparação) pensamos que seja qualquer pessoa natural ou jurídica, que contrata para a sua utilização a aquisição de mercadoria ou a prestação de um serviço independente do modo de manifestação de vontade, isto é, sem forma especial, quando a Lei expressamente o exigir (SIDOU, 1977, p. 169). Quando tratamos do consumidor em geral, temos a colocação da autora Claudia Lima Marques (2002, p. 292) que nos diz: “basta ser vítima de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas de responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC”. E quem são essas vítimas? O art. 29, CDC traz: “Todas as vítimas, determináveis ou não, expostas às praticas nele previstas”. Sendo possível também pensar na figura do “consumidor por equiparação” que é na visão do Des. José Carlos Maldonado de Carvalho (2008, p. 34), presidente do Fórum Permanente de Direito do Consumidor da EMERJ: “O terceiro que não participa diretamente da relação de consumo, ou seja, todo aquele que se encontre na condição de consumidor equiparado, ou, segundo a indicação alienígena, *bystander*”. Temos como exemplo, os freqüentadores de um *Shopping Center*, ainda que não adquiram nada, são consumidores. O mesmo ocorre em relação aos bancos. Ainda que o indivíduo freqüente o banco apenas para pagar uma conta, mesmo não sendo correntista, é considerado consumidor.

⁷ As Constituições, portuguesa e espanhola inspiraram a Constituição brasileira de 1988 em geral, assim como a Resolução 39/248 aprovada pela Assembléia Geral da ONU nos mostra a origem dos direitos básicos do consumidor. Temos o conhecimento de que, em países como Portugal e Espanha, as Constituições possuem dispositivos em favor da proteção aos consumidores, exclusivamente. Na Carta Magna portuguesa de abril de 1976, vislumbramos tal afirmativa em seu art. 81: “proteger o consumidor mediante o apoio e a criação de cooperativas e associações de consumidores”. Já a Constituição espanhola de 1978 versa em seu art. 51: “(...) los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo (...)”. De outro lado, a Resolução 39/248 aprovada pela Assembléia Geral da ONU, na sessão plenária de 09 de Abril de 1985 possuía plenas disposições no que diz respeito à defesa do consumidor e nela já constava como diretriz a possibilidade de efetiva indenização: “*Measures enabling consumers to obtain redress*” (“medidas que permitem aos consumidores obter reparação”).

Ressaltamos que em seu art. 1º, III, a CF protege a dignidade da pessoa humana. Ora, através deste primeiro artigo relacionamos a Carta Magna com o Direito do Consumidor. Entretanto, invocar a dignidade da pessoa humana nas relações consumeristas deve ser feito com cautela e restrições. Quando é proposta a proteção do consumidor brasileiro, podemos diretamente estar tutelando a sua dignidade, mas por outro lado, podemos apenas estar defendendo os seus interesses, às suas reais expectativas no âmbito das relações de consumo. Observamos a nossa dignidade ser ferida quando vemos os direitos da personalidade sendo invadidos de forma inconsolável. Miguel Reale, em citação certifica que:

O **princípio da dignidade da pessoa humana** (grifo nosso) representa o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas constitucionais. O Estado e o Direito não são fins, mas apenas meios para a realização da dignidade do Homem, que é o valor-fonte do ordenamento.

A partir deste ponto inicial é fácil fazer correlações e suscitar os vínculos existentes entre a nossa Constituição e a Lei 8.078/90 de maneira a igualar os desiguais. Parafraseando Santana (2009, p. 39), temos que:

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, também o Direito do Consumidor, tem sede constitucional. Com efeito, o **art. 5º, XXXII, da CF/1988** (grifo nosso), inserido no título dos direitos e garantias fundamentais, portanto, cláusula pétrea, impõe ao Estado o dever de agir no sentido de proteger a parte mais fraca da relação de consumo, cuja regulamentação específica transfere para a lei ordinária. Nesse sentido, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) de caráter principiológico e vinculante de todas as relações jurídicas estabelecidas entre o fornecedor e o consumidor no mercado.

A Constituição Federal é o pilar que sustenta os princípios e as relações jurídicas que regem o Código de Defesa do Consumidor. O art. 5º, XXXII, CF é claro neste sentido: *“XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”*.

Para que não restem dúvidas acerca da importância da base constitucional na esfera da defesa dos interesses consumeristas, vemos no capítulo de Ordem Econômica, em seu art. 170, V, CF os motivos justificadores da intervenção do Estado na economia e a demonstração da defesa do consumidor como um princípio constitucional a fim de proteger a todos uma existência digna, conforme os ditamos da justiça social.

No que concerne ao sistema financeiro em linhas gerais, vemos a sua regulamentação constitucional através do disposto no Art. 192, que versa: *“O **sistema financeiro nacional** (grifo nosso), estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar”*. As leis complementares e outras em âmbito municipal e estadual serão explicitadas mais adiante.

Assim os direitos do consumidor possuam uma dupla dimensão, relacionada aos direitos fundamentais e à ordem econômica⁸.

1.2 Constitucionalização releitura

A Constitucionalização releitura consiste na devida releitura de toda a ordem infraconstitucional à luz da Constituição, em outras palavras: a releitura dos institutos previstos na legislação por meio dos princípios fundamentais e a irradiação dos efeitos das normas constitucionais. Todos os ramos do direito sofrem intensas mutações em seus mais elementares institutos e categorias jurídicas, os quais são remodelados pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador ordinário com vistas a torná-los adequados à Constituição, em especial ao princípio da dignidade humana.

Os princípios constitucionais, além de princípios jurídicos, são princípios que possuem força técnica e normativa no direito enquanto ciência e ordem jurídica. Eles guardam os preciosos valores fundamentais que são a base da força normativa da Constituição. A palavra princípio é plurissignificativa. Existem significações da palavra princípio fora do âmbito jurídico, o que nos mostra que sobre eles repousa a base da idéia de essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. A significação que encontramos no Dicionário, por exemplo, é: “Ato de principiar; momento em que uma coisa tem origem; começo ou início. Ponto de partida”. Os princípios são encontrados em todos os escalões do ordenamento jurídico, porém, os constitucionais são os mais importantes. Temos um pensamento de Rui Barbosa que nos transmite perfeitamente o conceito⁹.

⁸ Sobre a relação entre o direito do consumidor e a direito ao desenvolvimento Cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Direito do Consumidor e Direito ao Desenvolvimento: Desafios Contemporâneos**. Monografia premiada como uma das vencedoras do concurso de artigos jurídicos prêmio "Leonardo Roscoe Bessa" – vinculado ao II Simpósio de Direito do Consumidor. *Mimeo*, 2011. A p. 8: “É precisamente nesse ponto que começamos a identificar de forma mais clara a relação entre o direito ao desenvolvimento e direito do consumidor. É que ambos os direitos carregam em seu cerne a preocupação com as desigualdades e desequilíbrios causados nas relações jurídicas privadas pelo processo de crescimento econômico. Da mesma forma, ambas impõem uma idéia intervencionista, de modo à regular tais relações e restabelecer o equilíbrio entre as partes envolvidas”.

⁹ BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. V. 1, t. 1, 1871. p. 105. Trecho do primeiro artigo abolicionista "A Emancipação Progride". Não há original no Arquivo da FCRB x *apud*. AGUIAR, José de. **Escritos e discursos seletos**. 1ª Ed. RJ. 1960, p. 1081. “Os princípios são invioláveis e imortais. Invioláveis, porque têm como asilo a consciência, e enquanto eles se ajuntam, gota a gota, no espírito dos homens para transformar-se na vaga enorme das revoluções, não há lei que os reprima, nem inquisição que os alcance. Imortais, porque encerram em si, contra a ação corrosiva dos preconceitos humanos, o caráter, a substância e a energia de uma lei invariável, absoluta e universal”.

A Constituição encarna valores supremos e superiores havidos na sociedade. Notemos o princípio da proporcionalidade (que não está expressamente previsto na CF), por exemplo. Também conhecido como princípio da redução do excesso ou ponderação de interesses, quando aplicado no sentido amplo possui íntima relação com os outros: razoabilidade, legalidade (art. 5º, II, CF) e isonomia (igualdade substancial e formal; equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direito e sujeição de deveres). A proporcionalidade tem origem na evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana. Transmite-nos o equilíbrio, o ideal de relação harmônica, ponderação e são à base dos parâmetros, sem os quais vale tudo e nada tem valor.

Entretanto, nem sempre o princípio da proporcionalidade é invocado de maneira razoável. Um caso clássico que contrapõe a livre iniciativa à proteção do consumidor foi o caso envolvendo a lei estadual paranaense¹⁰ que impunha que o botijão de gás fosse pesado na frente do consumidor. A lei foi considerada inconstitucional à luz da máxima proporcionalidade. Neste caso concreto não encontramos a proteção das garantias fundamentais do consumidor e as razões democráticas e garantistas inclinadas ao consumidor vulnerável e muitas vezes hipossuficientes restaram prejudicadas, pois, diante de uma questão meramente econômica por partes dos comerciantes que vendem botijões de gás. De forma modesta, dizemos que o trato da máxima da proporcionalidade pecou pelo desprezo ao choque existente entre direitos constitucionais onde, de um lado está à atividade econômica do setor de botijões de gás e, de outro, a defesa dos consumidores.

Por outro lado, existem os princípios específicos no âmbito do Direito do Consumidor: boa-fé, informação e transparência, equidade e confiança, harmonização das relações de consumo, identificabilidade, inversão do ônus da prova, vulnerabilidade, vinculação contratual etc.

O ônus da prova pode ser atribuído: (i) ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (ii) ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Podendo ser distribuído de forma diferente, desde que: (iii) não recaia sobre direito indisponível da parte; (iv) não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A vulnerabilidade, por exemplo, é característica nata do consumidor. Quando lesado, parte-se do pressuposto que o mesmo já se encontra em desvantagem, por ser o elo fraco da

¹⁰ Lei Estadual de nº 10.248, de 10 de janeiro de 1993, Estado do Paraná.

corrente. Já o princípio da vinculação contratual nos é válido para demonstrar o porquê de indenizar os casos de fraude de terceiros. Neste princípio, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação estipulada contratualmente. Em casos onde há fraude e o nome do cliente (consumidor) é negativado não há previsão contratual para tal medida, ensejando indenização pertinente. Por esses e outros motivos contundentes, quando cuidamos de um caso de lesão ao direito do consumidor, temos de ter a ponderação dos casos concretos e aplicação dos princípios no âmbito do consumidor através do princípio da proporcionalidade.

O dano moral finca sua base com os pilares dos princípios constitucionais e do direito do consumidor, mas sabemos também que lidar com o dever de indenizar no âmbito extra patrimonial é lidar com uma parcela de abstração¹¹ a fim de encontrar o equilíbrio no quantum indenizatório. A quantificação do dano, por exemplo, passa pelo crivo da interpretação constitucional, sob um olhar da proporcionalidade, seja pela construção de parâmetros.¹²

1.3 Constitucionalização juridicização

A Constitucionalização juridicização indica um processo de juridicização da própria Constituição, em outras palavras, as suas normas passam a ser juridicizáveis, aplicadas diretamente como normas jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais e permite ao Código de Defesa do Consumidor, através de moderna técnica legislativa, disciplinar a política nacional das relações de consumo e as conferir reparabilidade através do dano moral, pois protege o elo mais fraco desta relação: o consumidor brasileiro. No que concerne à competência temos o art. 24, **caput** e VIII, CF que nos esclarece que: “*Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao*

¹¹ Ver “(...) as sociedades modernas precisam de mecanismos, cujo grau de abstração permita ao Judiciário lidar com os inúmeros interesses divergentes, que existem na sociedade para, dessa forma, ser capaz de incorporar e concretizar os valores, deveres e critérios de cuidado e responsabilidade”. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1954, p.58. x *apud*. FERREIRA LEGALE, (2010).

¹² FERREIRA LEGALE, Siddharta. (2010 “Os parâmetros correspondem a verdadeiras diretrizes ou pontos de apoio teórico-práticos para tomada de decisões judiciais, administrativas ou, mesmo, legislativas mais racionais. Em sentido estrito, os parâmetros representam uma técnica de ponderação para atingir fundamentações racionais e justas, que procura estabelecer “relações de precedência condicionada”, presunções ou preferências em favor de um dado direito ou interesse quando presentes certas condições (*preferred rights* ou *preferred interests*).”

consumidor (grifo nosso) (...)” Através de nossa Carta Magna vemos a competência do Poder Judiciário para julgar estes casos no art. 5º, XXXV, CF: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito* (grifo nosso)”.

Refletimos também onde a Constituição da República Federativa do Brasil entra a fim de garantir uma tutela efetiva aos direitos dos consumidores: em seu art. 127 c/c art. 129, II, CF. Através da Ação Civil Pública¹³, com o intuito de defender os interesses difusos e coletivos, que podem ser propostas pelo Ministério Público de cada Estado. O papel do MP encontra divergências no âmbito doutrinário: (i) para alguns o MP só pode defender interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF), sob essa interpretação ficaria excluída a defesa de interesses individuais homogêneos; (ii) para outros, a conjunção dos arts. 81 e 82 do CDC permitem irrestrita defesa pelo MP; (iii) outros ainda, com o art. 127, CF; art.6 da LOMPU¹⁴ e art. 25, IV, da LONMP¹⁵, só podem defender se os direitos forem indisponíveis; (iv) MP pode defender quaisquer interesses, desde que em sua defesa haja a expressão para a coletividade. Além do Ministério Público, é importante ressaltar que existem outros legitimados para propor a ação principal e a ação cautelar, conforme o disposto no Art. 5º da LACP¹⁶.

No Código de Defesa do Consumidor também é tratada de forma especial a tutela dos consumidores a título individual ou coletivo no art. 81, Lei 8.078/90¹⁷. No que diz respeito à defesa coletiva, esta poderá ser exercida quando há da mesma forma que está expresso na Constituição: direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos. Em relação ao termo “coletivos” é importante ressaltar que mesmo a coletividade dispersa

¹³ Definida pela Lei de Ação Civil Pública (LACP), Lei Nº 7.347/85.

¹⁴ Lei Orgânica do Ministério Público da União

¹⁵ Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

¹⁶ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

¹⁷ A preocupação do legislador é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça de forma ampla. “Isso demanda, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é como ele, um litigante meramente eventual,” o que prejudica a igualdade entre as partes. GRINOVER (2004), p. 778.

também pode ser considerada consumidora, como nos caso do grupo de consumidores, que convergem interesses. É irrelevante que a Constituição Federal tenha omitido referencia a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, pois essa expressão foi cunhada pelos legisladores. A edição do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, dois anos depois da promulgação da lei maior, empregou o sentido *lato sensu* que era aquele que lhe emprestava a doutrina na época. Além do mais, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser espécie de interesses coletivos, *lato sensu*.

Os processos e defesas coletivas existem a fim de assegurar eficaz acesso à justiça, evitar decisões contraditórias ou com valores indenizatórios discrepantes além de, segundo Eric Baracho Dore Fernandes (2011, PP. 84-102), promover a economia processual. Nesse ponto, entram em ação os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95) cujo principal intuito seria a economia processual, com a diminuição dos custos e riscos. Todavia, este avanço no plano social fez surgir uma “caçada” às indenizações por parte dos brasileiros com pouco caráter e muita ambição desviando o objetivo dos Juizados e os abarrotando de processos infundados a troco de nada. Temos então, de um lado, os Juizados que necessitam ser ampliados e ter seus objetivos revistos e de outro lado, os Bancos nos bancos dos réus, como disse Theophilo de Azeredo Santos (2008, fl. 154) “É muito antigo entre nós, o costume de criticar os lucros dos bancos, ao contrário dos demais Países, que consideram as instituições financeiras empresas e, portanto, perseguem bons resultados, que permitem ao estado recolher tributos indispensáveis às suas finalidades principais”.

Este autor critica o fato de se ajuizarem ações frívolas e desarrazoadas com o intuito de transformarem a “relação cliente x banco – meros aborrecimentos suportáveis – em situações de duradoura conturbação emotiva”. Nosso principal objetivo é demonstrar que a aceitação do dano moral é uma enorme conquista, todavia vem sendo manchada por ações absurdas cujo objetivo não é a efetiva satisfação dos interesses sociais. As ações coletivas servem para homogeneizar o arbitramento das indenizações, impedirem o abarrotamento desnecessário dos Juizados e a perda de seu foco além de garantir a punição justa às falhas das instituições financeiras, que estão certamente em posição privilegiada em relação ao consumidor.

A fim de evitar as demandas coletivas, é importante o fornecimento de informação exata sobre os produtos de consumo e informações para que os consumidores possam tomar decisões bem fundadas e independentes.

1.4 Constitucionalização simbólica

A Constitucionalização simbólica percebe a norma como mero símbolo. O legislador, supostamente, não a teria criado para ser concretizada.

No campo da efetivação dos direitos do consumidor, em face dos bancos, vemos no CDC, a despeito da importância cultural que eventualmente tenha granjeado, é uma lei como as demais que as entidades federativas tenham editado sobre o tema, de inquestionável nível normativo infraconstitucional e, desta forma, impossível de nele se esgotar a proteção do consumidor que a Constituição de 1988 erigiu como direito fundamental e elemento essencial na ordenação econômica. A defesa do consumidor é elemento chave da ordem econômica ou capitalista por que esta assegura a livre competição, que é o conteúdo do regime – não se protege o consumidor com apenas ação social ou coletivista em defesa do menos favorecido financeiramente, como se fosse um benefício paternalista de poder. O consumidor é protegido por que é o fundamento do nosso ordenamento econômico, a motivação de ser da competição, aquele que despenderá os bens que foram produzidos levando em conta seus interesses. O CDC constitui mero instrumento formal de implementação dos comandos constitucionais sobre o tema. A tutela coletiva vêm para assegurar a implementação destes comandos.

Quando pensamos em tutela coletiva, recorreremos à integração da Lei de Ação Civil Pública ao CDC e visualizar que cabe todo tipo de ação pública ou coletiva, em defesa de interesses transindividuais de consumidores.¹⁸ De um lado é necessário que tais ações sejam usadas com prudência e adequação a fim de que não extravasem o objeto a que se destinam, de outro lado, e, até de certa forma, de modo paradoxal, devem ser admitidas com coragem e energia, para por intermédio delas se coibirem, quando for necessário, os abusos de poder por parte dos bancos que impingem contra a coletividade deste país especialmente lesões que não têm sido protegidas nas ações individuais, como as relacionadas aos abusos de poder são manifestamente expostos mais adiante, no Capítulo 4, quando viermos a expor o catálogo de casos concretos. Neste, veremos que as micro-lesões aos consumidores, em sua maioria, ficam impunes. Sendo assim, nada mais justo do que serem ajuizadas ações coletivas a fim de conseguir que prática esteja de acordo com a lei e as diretrizes constitucionais.

¹⁸ Na LACP (Lei 7.347/85), vislumbramos o art. 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” e no CDC (Lei 8.078/90), temos o art. 90 que versa: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Capítulo 2. O Direito do Consumidor nas Relações Jurídicas de Consumo Bancárias

2.1 Noções gerais sobre as relações de consumo

Antes de elucidarmos a respeito da política nacional de relações de consumo, devemos considerar a brilhante explanação de José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que doutrina que, com as relações de consumo se busca suprir as preocupações com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (isto é, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos), almejando-se a melhoria significativa de sua qualidade de vida; e igualmente à paz daqueles que nos atendem, preenchendo certos requisitos, dentre os quais se destacam: as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre nós – consumidores – e fornecedores.

Quando falamos em “política nacional de relações de consumo”, o que se busca, acima de tudo, é a harmonia que deve regê-la a todo o momento, calcada nos princípios e valores que estudaremos mais adiante. O homem é um ser social, razão pela qual surgem as relações sociais de diversas espécies: relação moral, religiosa, artística, jurídica, consumerista, dentre outras. Faremos apreciações do que vem a ser relação de consumo sob a ótica de nosso Código de Defesa do Consumidor, a fim também de dirimir quaisquer dúvidas com relação ao vínculo de consumo entre os bancos e seus clientes/não clientes. O objetivo deste tópico é determinar em que casos ocorrem a configuração de relação de consumo sob o ponto de vista do CDC, pois somente preenchendo tais requisitos é que a utilização do Código é possível.

O Código foi, sem dúvidas, um marco na legislação brasileira no sentido de legitimar os direitos dos consumidores, com a proteção à vida, saúde e segurança; liberdade de escolha; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contratual; dentre tantos outros. Para que esta proteção ocorra se faz necessário o exame dos três elementos básicos da relação de consumo: o consumidor, o fornecedor e o objeto da relação de consumo. No Código de Defesa do Consumidor, o legislador preocupou-se em conceituar quem é o consumidor protegido pelo Código, em seu art. 2º.¹⁹

¹⁹ “Art. 2º- Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. **Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo** (grifo acrescentados).”

Podemos perceber que no presente dispositivo legal, há também uma diferenciação entre o consumidor padrão (*standard*) e o consumidor por equiparação (*bystandard*)²⁰. Para efeitos desta diferenciação parte-se da premissa de que todos os indivíduos estão sujeitos às práticas comerciais, independentemente de serem determináveis ou não, tendo o direito de serem considerados consumidores para efeitos de aplicação da lei consumerista. Vemos que o Código de Defesa do Consumidor possui, ainda, mais dois artigos que tratam do *bystandard*, sendo eles:

Art. 17 Para os efeitos desta Seção, que cuida da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço, **equiparam-se aos consumidores** (grifo nosso) todas as vítimas do evento.

Art. 29 Para os fins deste Capítulo e do seguinte equiparam-se **aos consumidores** (grifo nosso) todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Sendo assim, temos a garantia, através de instrumentos legais, para aquelas pessoas que não pagaram por um produto ou serviço e estão indiretamente presentes na relação de consumo. Amparadas pelo nosso CDC podem pleitear indenizações, alicerçadas na responsabilidade civil objetiva e solidária, das quais tratará o capítulo seguinte. Quando se trata do fornecedor, o CDC dispõe no *caput* do art. 3º²¹.

Neste ponto percebemos que, para ser considerado consumidor, pode se tratar de pessoa física ou jurídica. Já o objeto da relação de consumo é o alvo da negociação entre o fornecedor, que fornece tal objeto, e do consumidor, quem adquire o mesmo. Neste momento há uma divisão entre dois tipos distintos de objeto de relação de consumo. Deste modo, o legislador se preocupou em conceituar ambos, sendo a divisão feita em: produtos e serviços. Quando se trata dos produtos, temos o primeiro parágrafo do Art. 3º do CDC, que diz em seu § 1º: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

O CDC trouxe o esclarecimento quanto à relação consumerista existente entre os bancos e seus clientes, porém antes de começarmos a entendê-los é necessário ter claro a configuração da relação de consumo, entender o conceito abordado pelo Código de: consumidor, fornecedor e do objeto da relação de consumo (produto ou serviço); pois

²⁰ Sobre esta diferenciação entre consumidor padrão (*standard*) e consumidor por equiparação (*bystandard*), leia-se: GRINOVER (2004).

²¹ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

somente conhecendo tais conceitos perante a ótica do CDC é que podemos aplicar os direitos nele contidos.

2.2 Os bancos e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor é norma cogente, de aplicação imediata e revestida pela Constituição e consubstanciada como direito fundamental da pessoa humana. Tendo em vista o que foi anteriormente explicitado a respeito da conceituação das relações de consumo, podemos afirmar, com segurança, que as relações entre as instituições financeiras e seus clientes são regidas e protegidas, sempre pelo CDC.

Temos consciência de que as instituições financeiras respondem hierarquicamente: (i) ao Conselho Monetário Nacional (CMN), que foi instituído pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que é o órgão responsável por expedir diretrizes gerais para o bom funcionamento do SFN; (ii) ao Banco Central do Brasil (BACEN), que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, que também foi criada pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. É o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional, tendo por objetivos: zelar pela adequada liquidez da economia; manter as reservas internacionais em nível adequado; estimular a formação de poupança; zelar pela estabilidade e promover o permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro; (iii) a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) também é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pela Lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976. É responsável por regulamentar, desenvolver, controlar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários do país. Entretanto, todos os sistemas possuem falhas, e o sistema financeiro não seria uma exceção à regra. Mesmo com a existência destes Órgãos Reguladores, com canais de Ouvidoria e fiscalização atuantes, os consumidores necessitam de proteção jurídica, tendo em vista a sua vulnerabilidade perante tão grandioso sistema e tão moroso sistema Judiciário.

Quando tratamos das relações entre os bancos e o nosso CDC, devemos ter conhecimento dos princípios que regem tais relações. São eles: (i) vulnerabilidade; (ii) ação governamental; (iii) harmonização; (iv) educar e informar; (v) controle de qualidade; e (vi) estudo constante.

A doutrina, de forma amplamente dominante, sustenta que *“O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais*

*fraco*²². É certamente aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, conseqüentemente, deve se submeter aos titulares deste poder, sendo o consumidor, em linhas gerais, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, os empresários.

Como já dizia Rui Barbosa, a democracia não é exatamente o regime político que se caracteriza pela plena igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual aos desiguais. Cabe ao Estado, não apenas estimular a política nacional de relações de consumo, como também desenvolver trabalhos neste sentido: instituir órgãos públicos de defesa do consumidor, incentivar a criação de associações civis que tenham por objeto esta defesa. Ex: PROCON's.

A harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores é uma tarefa de todos: Estado, empresas, órgãos públicos e entidades privadas de defesa ou proteção do consumidor. Mesmo que ajam inúmeros instrumentos postos à disposição do consumidor (Art. 5º do CDC), há que se bem informá-lo até para que a eles tenha o devido acesso.

Mecanismo de qualidade e mecanismos de atendimento pelas próprias empresas. Realizado pelos órgãos de defesa do consumidor.

O estudo das modificações do mercado. A fim de embasar os casos que serão explicitados em nosso catálogo de pesquisas, citamos também a Lei Nº 4.223/03, decretada e sancionada pela ALERJ (Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), que nos confirma em seu Art. 3º que, nas relações de consumo existentes entre os bancos e seus consumidores, não haverá distinção entre clientes e não clientes:

Art. 3º - Na prestação de serviços oriundos de celebração de convênios, **não poderá haver discriminação entre clientes e não clientes** (grifo nosso), nem serem estabelecidos, nas dependências, local e horário de atendimento diversos daqueles previstos para as demais atividades.

Com esta afirmativa dirimimos quaisquer dúvidas em relação a este ponto: todos os consumidores são protegidos pela Lei. Em 24 de Novembro de 2011 foi sancionada a Lei Nº 6.085/11 que fez algumas alterações à Lei 4.223/03, mas manteve o seu Art. 5º, que versa: “As denúncias dos usuários dos serviços bancários quanto ao descumprimento desta Lei

²² O autor desta frase, por mais incrível que possa parecer, não é nenhum consumerista. Pelo contrário, é o “pai da produção em série”, o célebre magnata da indústria automobilística Henry Ford conforme disponível em: <<http://www.procon.rs.gov.br>>. Acesso em 18/05/2012.

deverão ser **encaminhadas à Comissão de Defesa do Consumidor** (grifo nosso) nas diversas esferas municipal, estadual e federal”. Neste ponto observamos a importância e necessidade de nossos órgãos de defesa do consumidor, fazendo valer o CDC, atuar em conjunto com as leis municipais, estaduais e federais, a fim de proteger o consumidor vulnerável.

2.3 Entendimento do STF: Aplicabilidade do CDC nas relações de consumo bancárias

A fim de que possamos ilustrar a aplicabilidade do nosso Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo bancárias e demonstrar todo conteúdo de nosso trabalho através de um caso concreto, usaremos um julgado do STF, se tratando de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade²³.

Em primeiro lugar, notamos que foram citados o CDC e dois dispositivos da Constituição Federal, já tratados anteriormente em nosso trabalho. Demonstrando claramente que nossa Carta Magna cuidou de forma zelosa dos direitos consumeristas e preocupou-se com o instituto, o regulando através de lei complementar, seja ela a Lei Nº 8.078/90.

Em um segundo momento, percebemos a confirmação de que as instituições financeiras e suas atividades estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, ainda que haja a regulação das mesmas pelos órgãos: Banco Central do Brasil e CMN (Conselho Monetário Nacional). O BACEN tem o dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial as taxas de juros praticadas na intermediação de dinheiro na economia. Já a CMN, está incumbida da fixação da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. Isto por que o Art. 192 da CF dispõe sobre a exigência de lei complementar exclusivamente para regulamentar o Sistema Financeiro, promovendo o desenvolvimento equilibrado do País e o alcance dos interesses coletivos. Entretanto, não significa que estes órgãos reguladores estejam acima de nossa Constituição, ou ainda, que por estarem as instituições financeiras presentes na parte referente à Ordem Econômica, não podem ser reguladas pelo CDC. Quando estes órgãos regulares excedem o desempenho de suas funções, tornam suas práticas abusivas, consubstanciando uma afronta à legalidade.

²³ STF. ADI 2.591-1. Rel. Min. Eros Grau. D.j. 29.09.2006. “Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, xxxii, da cb/88. Art. 170, v, da cb/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao código de defesa do consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia (art. 3º, § 2º do cdc). Moeda e taxa de juros. Dever-poder do banco central do brasil. Sujeição ao Código Civil”

Quando a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF resolve propor uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do Art. 3º § 2º, do CDC, alegando que tal artigo ofende nossa Constituição em seu Art. 5º, LIV; e 192, II e IV, desejando que a Lei consumerista não possa mais “ser aplicada às atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, esta ação, sem dúvida, não merece prosperar.

A CONSIF ainda alega que nossa CRFB possui uma distinção implícita entre consumidor e cliente de instituição financeira, todavia, se as instituições financeiras são consideradas fornecedoras e prestadoras de serviços e todos aqueles, que usufruem de forma direta ou por equiparação, são considerados consumidores, não há que se falar em distinção entre consumidor e cliente. Alega ainda, a requerente, que há violação ao Art. 5º, LIV da Constituição Federal, onde o legislador ordinário onera os integrantes do sistema financeiro com o conjunto de obrigações previstas no CDC, sendo estas incompatíveis com as “peculiaridades” do sistema financeiro. Que peculiaridades seriam estas a que se refere o CONSIF? Revela que há um conflito de atribuições e sustenta acerca da relevância e urgência do provimento cautelar, ainda com efeitos *ex nunc*.

O Ministro Marco Aurélio sustentou, em síntese, acerca da constitucionalidade do dispositivo impugnado: “Porque não objetiva regular o sistema financeiro e nem substituir normas do Banco Central (...), mas tão somente proteger os direitos dos consumidores quando da prestação de serviços por instituições financeiras.” Não considerou razoável a suspensão de uma norma vigente há mais de uma década, com a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Declarada também pelo Presidente da República, a inexistência de distinção constitucional entre clientes bancários e consumidores, não restando acolhida a alegação de violação ao devido processo legal substantivo.

Enfim, a ADI 2.591-1, fora julgada, por maioria, improcedente²⁴.

Capítulo 3. Responsabilidade civil e Danos Morais nas Relações Bancárias

A responsabilidade civil é composta por regras e exceções para fins de aplicabilidade, com o intuito de compensar a vulnerabilidade do consumidor frente às relações de consumo. Os pressupostos que norteiam a responsabilidade civil são: a conduta, a ação omissiva ou comissiva (praticadas por um ser humano; e culposa – culpa *lato sensu* no caso

²⁴ Idem.

de responsabilidade subjetiva), nexos de causalidade (ponte que liga a conduta ao dano) e o dano propriamente dito (NETTO, DORE FERNANDES; 2011, PP. 1159-1188).

Temos consciência da divisão conceitual e quanto à aplicação entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Trataremos exclusivamente da **responsabilidade objetiva** (grifo nosso), pautada na Teoria do Risco.

A conclusão é que foi adotada a responsabilidade objetiva como *sistema geral* da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada da relação de consumo se sujeita ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. SIMÃO (2009), p118.

A Teoria do Risco é adotada como sistema geral da responsabilidade no CDC e independe de culpa, pois resta configurado um dever de segurança do fornecedor. A Teoria do Risco nos comunica que, aquele que auferir lucro com atividade empresarial deve responder pelos ônus causados por essa atividade. Para tanto usaremos a expressão: *ubi emolumentum, ibi onus*, que significa “onde há ganho, há despesa”.²⁵

Para toda a regra, há a exceção. Nos casos de responsabilidade não seria diferente. Para tanto, existem os casos excludentes, determinados pelo disposto nos Art. 12, §3º e 14, §3º do CDC. Acerca da questão da responsabilidade civil nos danos morais das relações bancárias, não haverá a definição de relação de consumo, a fim de que haja a maior amplitude possível para o conceito. Utilizamos para designar a responsabilidade civil, nos casos bancários, utilizando os princípios da proporcionalidade/razoabilidade onde o dano terá de ser injusto ou desproporcional material ou moral. O objeto de nosso estudo é o dano moral.

3.1 Conceito de dano moral

Antes da Constituição de 1988 o tema em torno do dano moral e sua reparabilidade ainda se prestava a inúmeras controvérsias, tendo os juízes de todas as instâncias, começado a se sensibilizar aos reclamos e aspirações da sociedade moderna, recusando a antiga e desgastada questão da irreparabilidade do dano moral alegando que “a dor não tem preço” e percebendo a necessidade de revisar antigos conceitos.²⁶ A lei deve assegurar a proteção integral do ser humano como indivíduo, como ser moral por excelência e que vislumbra sua

²⁵ GODOY (2009), p. 143: “Ou seja, **admite-se o risco, mas não um risco integral** (grifo nosso), que justifique a responsabilização mediante a mera relação de causalidade entre o fornecimento, ou a atividade do fornecedor, e o dano havido. Não, assim, uma causalidade pura, senão, antes, uma causalidade que agrega a necessidade de demonstração de um defeito do produto ou serviço. Uma ausência de qualidade, da qualidade devida”.

²⁶ Sobre a conceituação de dano moral, leia-se: CAHALI(2011), p. 17.

integridade física e psíquica cada vez mais ameaçada, dentro do conflito constante de interesses que a vida moderna proporciona.²⁷

Na verdade, os casos enunciados nos textos legais, indicados na doutrina ou examinados pela jurisprudência, resolvem-se na proteção dos chamados direitos da personalidade e de sua violação resulta o dano moral reparável. Os autores tendem a classificar os danos morais segundo a espécie do direito da personalidade agravado, pois é inseparável o conceito da personalidade humana e sua origem. Reside nela uma natural reação de defesa, se atinge o corpo, transforma a beleza, retira a paz, atinge a honra, retira a auto-estima ou compromete a felicidade. Inviável se torna a enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, relacionando-os com todos os direitos da personalidade.

De forma pioneira e astuciosa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decide a mais de quarenta anos, de forma categórica, que “o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial” e demonstra sua sensibilidade.

3.2 Diferenciação entre o dano moral e o dano material

É de entendimento consolidado e generalizado da doutrina, a distinção no âmbito dos danos, com a categoria dos danos patrimoniais de um lado e os extra patrimoniais ou morais de outro lado. Muitos diferenciam os danos patrimoniais dos morais à base da exclusão, com o dano moral deduzido de forma negativa. Podemos citar como exemplo Aguiar Dias (ANO, II, Nº 226, p. 771), que diz: “Quando ao dano não correspondem às características de dano patrimonial, estamos em presença do dano moral”. Pontes de Miranda (ANO, XXVI, 3108, p. 30) versa que: “Dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que é, só o atingindo como ser humanos, não lhe atinge o patrimônio”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, temos a visão de Orlando Gomes (ANO, p. xxx) que procura precisar para nós o instituto, diferenciando a lesão ao direito que é personalíssimo que repercute no patrimônio, da que não repercute: “A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o

²⁷ BREBBIA (1967). Temos a classificação mais técnica, formulada por Roberto Brebbia, que diz: “Danos morais originados da violação dos direitos inerentes a personalidade que protegem os bens que integram o aspecto objetivo ou social do patrimônio moral: (i) honra, (ii) nome, (iii) honestidade, (iv) liberdade de ação, (v) autoridade paterna, (vi) fidelidade conjugal, (vii) estado civil. Danos morais originados da violação dos direitos inerentes a personalidade que integram o aspecto subjetivo do patrimônio moral: (i) afeições legítimas, (ii) segurança pessoal e a integridade física, (iii) intimidade, (iv) direito moral do autor sobre sua obra, (v) valor de afeição de certos bens patrimoniais.”

dano deixa de ser extra patrimonial”. Contudo, se abstrairmos o caráter estritamente econômico do patrimônio, par ampliar o seu conteúdo de forma a compreender valores imateriais, como os de natureza ética, notaremos que o critério distintivo à base da exclusão revela-se insuficiente e insatisfatório.

3.3 A questão da caracterização do dano moral

Conforme Yussef Said Cahali (2011, p. 19) parece razoável caracterizar o dano moral por seus próprios elementos intrínsecos:

Como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Caracteriza-se assim: (i) o dano que afeta a parte social do patrimônio moral (quais sejam a honra, a reputação, etc.); (ii) o dano que afeta a parte afetiva do patrimônio moral (quais sejam: a dor, tristeza, saudade, etc.); (iii) dano que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante); e (iv) dano moral puto (dor, tristeza, etc.).

Muitas vezes, não prospera a pretensão indenizatória por danos morais com alegação de atendimento deficiente em agência bancária (...). Inconvenientes que não representam simples incômodo, dissabor, não, porém, dano moral. (...) Na realidade, conquanto afirmada a constitucionalidade da **lei municipal**²⁸ (grifo nosso) que estabelece limite máximo de 20 minutos para atendimento de clientes em agências bancárias, a determinação, na prática, revela-se inexecutável (CAHALI, 2011, PP. 401-402).

3.4. Fundamentos para a reparação do dano moral

Uma vez conceituado, diferenciado do dano patrimonial e devidamente caracterizado, devemos refletir sobre os fundamentos que levam a reparação do dano moral. Yussef Said Cahali compartilha que: “uma coisa é admitir a *tese* da reparabilidade do dano moral; outra coisa é reconhecer que o nosso direito civil, em suas fases anteriores, a tivesse perfilhado”. No presente trabalho admitimos com todas as forças a tese da reparabilidade do dano moral e a defendemos assim como defendemos todas as espécies existentes de direitos

²⁸ **Lei Municipal 4.223/03** - Art. 1º - Fica determinado que agências bancárias situadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, deverão colocar à disposição dos seus usuários, pessoal suficiente e necessário, no setor de caixas, para que o atendimento seja efetivado no prazo máximo de 20 (vinte) minutos, em dias normais, e de 30 (trinta) minutos, em véspera e depois de feriados.

Parágrafo único - As agências bancárias deverão informar aos seus usuários, em cartaz fixado na sua entrada, a escala de trabalho do setor de caixas colocados à disposição.

da personalidade e a vulnerabilidade dos indivíduos, consumidores, cidadãos frente a quaisquer fornecedores.

“O Direito consiste essencialmente nisto: saber distinguir”²⁹. Distinguir essencialmente os danos que são inócuos, oportunistas e banais dos danos que ofendem essencialmente nossos direitos subjetivos. Outrossim, limitar a ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei, revela-se incompatível com a realidade jurídica atual. Realidade esta que está em constante mutação e torna incompatível a sujeição de concepções que pretendam selecionar os interesses que são merecedores de tutela, através de prévia especificação legislativa, seja sob a ótica de direito subjetivo absoluto, ou sob a forma de qualquer outra categoria inflexível (SCHREIBER, 2007, p. 117).

Devemos concordar que vivemos uma época marcada por aquilo que se pode denominar: banalização do instituto do dano moral. Por mais que não seja justo limitar sua aplicabilidade, torna-se necessário cerceá-lo. Atualmente, muitas das vezes, notícias divulgadas na mídia, a respeito de ressarcimentos e reparações milionárias por alegado dano moral, concedidos por juízes no país e no exterior, acabam influenciando as pessoas, que acabam por acreditar na facilidade do enriquecimento sem causa por situações que em sua maioria não alcançam o dano moral, quiçá ultrapassam um simples aborrecimento.

Advertimos que somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para a indenização por dano moral, sob pena de banalizar totalmente o instituto, atribuindo reparação a meros incômodos, imprevistos de nosso cotidiano nas grandes cidades. É de entendimento consolidado do STJ, conforme teremos a oportunidade de confirmar no estudo presente no catálogo de casos, que o mero dissabor ou receio não pode ser alcançado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias ao espírito de quem ela se dirige.³⁰ Mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão mesmo de viver em

²⁹ Frase citada na capa do livro de Anderson Schreiber Cf. DANTAS, San Tiago *apud*. SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. p.113

³⁰ STJ, 4ª Turma. J. 16.04.2002, RSTJ 163/401.

sociedade, o cotidiano, não justificam a concessão de indenizações, ainda que o ofendido seja alguém dotado de extrema suscetibilidade.³¹

Neste ponto, os bancos, mesmo cientes do teor das normas de nosso Código de Defesa do Consumidor, estão habituados a transgredi-lo. Entretanto, tamanhos os pormenores, dificuldades e lacunas no sistema financeiro e, especificamente, no sistema bancário, tornam o nosso cotidiano repleto de insatisfações. A linha tênue que separa as insatisfações e dissabores impregnados em nossa vida do dano moral merecedor de reparabilidade é o estudo delicado que fazemos neste trabalho.

Quando caracterizado o dano, as condenações não podem ser irrisórias, sem representar um valor expressivo para os responsáveis pelo mesmo, devido ao necessário caráter pedagógico das condenações de dano moral brasileiras (SALMITO, 2011). Estudaremos no próximo ponto, como funciona o arbitramento do *quantum* indenizatório, após fundada a caracterização e merecimento da reparabilidade do dano moral.

3.5. O sistema brasileiro de arbitramento do valor indenizatório

Neste ponto, teremos uma breve alusão ao sistema brasileiro, no que diz respeito ao arbitramento do *quantum* indenizatório. Sabemos que inexistem parâmetros legais para a fixação do valor reparatório do dano moral, logo sua fixação se realiza mediante arbitramento, nos termos do Art. 953, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (grifo nosso).

É difícil admitir a redução do valor fixado como compensação por danos morais por ter o ofendido demorado a propor a ação respectiva, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão, seja no dia do ocorrido, seja um ou mais anos depois. Existe entendimento do STJ de que o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não decorrido o lapso prescricional), mas a demora é fato a ser considerado na fixação do

³¹ JTJ, 32ª Câmara. J. 28.08.2008, JTJ 330/253.

*quantum*³². Segundo o entendimento do TJ de São Paulo, o tempo não apaga o dano, mas influencia diretamente no *quantum* indenizatório³³.

O princípio da proporcionalidade, ponderado com o princípio razoabilidade são de grande valia para a fixação de *standards*.

Capítulo 4. Estudo de Casos e parâmetros

4.1 Danos Morais na jurisprudência do TJ-RJ e do STJ

O objetivo de elaborar o catálogo de casos concretos é justamente perceber o que as decisões julgadas procedentes têm em comum e consolidar o que foi exposto até o presente capítulo. Para que isso aconteça de forma efetiva e a pesquisa não se perca, a mesma deve ter seus próprios critérios a fim de alcançar a efetividade. São eles: os temas a serem desenvolvidos, o lapso temporal e a triagem dos casos julgados favoráveis à indenização dos danos morais.

O primeiro critério foi a escolha dos temas: tempo de espera em fila de banco e fraude de terceiros. Tal escolha foi pautada em nossa experiência profissional como funcionária do Banco Itaú Unibanco. Na condição de funcionária de uma instituição financeira, todos os dias lidando com as adversidades do dia a dia (inclusas neste ponto as falhas humanas) e limitações impostas pela própria instituição (como mão de obra deficitária), adquire-se uma visão dupla: a visão da conculinte de um Curso de Bacharelado de Direito que também é a visão da própria consumidora e a outra visão, a bancária. Há, por trás do trabalho, diversos interesses: melhorar os serviços prestados pelas instituições financeiras e a vida do consumidor no mundo moderno, através da efetividade na indenização por danos morais quando pertinentes e ensejem reparação. É entendimento de todos que existem outros problemas latentes em torno das instituições financeiras, onde ocorrem: utilização indevida de documentos fraudados para abertura de contas e movimentações escusas³⁴, negativas indevidas do nome, “trava” indevida da porta giratória, cartões de crédito enviados ao cliente

³² 4ª Turma do STJ. 05.11.2002, RSTJ 167/414.

³³ TJ/SP. 9ª Câmara. 04.10.2005, RT 843/255.

³⁴ Segundo o levantamento Security Index, produzido pela empresa de tecnologia Unisys e que apura os principais temores das populações sobre segurança, ter os dados bancários roubados é atualmente a maior preocupação dos brasileiros em relação às suas finanças x *apud*. <<http://www.defensoriapublica.mg.gov.br/index.php/noticias/44-dpmg/1504-roubo-de-dado-bancario-e-temor-dos-brasileiros.html>>

sem que o mesmo tenha solicitado, débito em conta indevido (de tarifas, por exemplo), empréstimos (principalmente do INSS) feitos sem o consentimento do cliente, etc.

O segundo critério utilizado para a pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi o lapso temporal a ser estudado: 1988-2012. Para fins de estatística teremos no TJ- RJ, sob o critério de pesquisa: DANO, MORAL, FILA, BANCO, o seguinte resultado: 46 (quarenta e seis) casos – o mais antigo é de abril de 2007, ou seja, não houve Jurisprudência consolidada entre janeiro de 1988 e março de 2007 – onde foram analisados 25 (vinte e cinco) casos; e em relação à fraude de terceiros, sob o critério de pesquisa: BANCO, DANO, MORAL, FRAUDE, TERCEIROS, teremos o seguinte resultado: mais de 300 (trezentos) casos só neste ano, sendo que o acervo atualizado do Tribunal – atualizado em 21/09/2011 - contém 23 (vinte e três) casos nos quais finiremos a âncora de nossa pesquisa. Quando nos voltamos para o STJ teremos, sob o critério de pesquisa: FILA, BANCO, DANO, MORAL, o seguinte resultado: 35 (trinta e cinco) casos, sendo apenas 15 (quinze) casos realmente relacionados ao tempo de espera em fila de banco e 05 (cinco) casos julgados procedentes. No que diz respeito à fraude de terceiros teremos, sob o critério de pesquisa: BANCO, DANO, MORAL, FRAUDE, TERCEIROS, os seguintes números: 05 (cinco) casos, sendo 02 (dois) julgados procedentes.

4.2 Catálogo de Casos Concretos.

O primeiro ponto de pesquisa foi o TJ-RJ tendo sido escolhidos os julgados relacionados à: (i) tempo de espera em fila de banco; (ii) fraude de terceiros, cujo critério de pesquisa e lapso temporal fora explicitado no ponto anterior. Entre os casos julgados procedentes e que tiveram o dano moral caracterizado, vemos: o caso da autora que aguardou mais de duas horas em fila de agência bancária para conseguir pagar uma conta, o que constitui uma falha no sistema do banco e um descumprimento da Lei n. 4.223/03. O sentimento que a autora experimentou superou o mero aborrecimento da vida cotidiana, tendo o quantum indenizatório sido fixado em R\$ 1.000,00 (um mil reais).³⁵ No segundo caso, há uma espera superior à uma hora e meia, descumprindo também a Lei Estadual n. 4.223/03, que limita o prazo máximo de espera para atendimento bancário em vinte minutos. Neste caso, o dano moral também restou configurado.³⁶ A fim de exemplificarmos um caso que transbordou a barreira do mero aborrecimento, temos também um autor que aguardou nada

³⁵ TJ-RJ, J. 27.02.2012, Ap. Cível 0002921-64.2010.8.19.0037, Des. Camilo Ribeiro Ruliere.

³⁶ TJ-RJ, J. 30.11.2011, Ap. Cível 0029340-34.2010.8.19.0066, Des. Jose C. Figueiredo.

menos do que três horas e cinquenta e seis minutos à espera de atendimento. Neste relato poderíamos até dizer que não houve ofensa aos direitos da personalidade se a espera fosse pouco mais de vinte minutos.³⁷

O caso concreto, fruto de nossa pesquisa, que experimentou a situação mais vexatória e o quantum indenizatório mais vultoso foi o caso onde a autora, tendo a necessidade urgente de ir ao banheiro, tendo esperado quase duas horas na fila, foi impedida por funcionários que alegaram não haver banheiros para clientes. A mesma defecou nas próprias roupas, gerando uma humilhação perante terceiros. O quantum indenizatório fora arbitrado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).³⁸

Temos também a narrativa autoral que alega a espera de mais de uma hora para ser atendido em agência bancária da ré e, não tendo o réu se desincumbido do ônus legal de provar o contrário, não afastou o dever de indenizar. O quantum foi arbitrado conforme os princípios atinentes à matéria.³⁹

Podemos destacar também um caso de espera por mais de quatro horas para a prestação do serviço ao consumidor, cuja ementa destacamos:

Apelação cível. Indenização. Danos morais. Direito do consumidor. Espera prolongada e injustificada de quatro horas em fila para atendimento bancário. Lei estadual 4.223/03. Norma jurídica instituída para garantir o respeito e a dignidade do consumidor. Dano moral caracterizado. Compensação pecuniária devida. Manutenção da sentença.⁴⁰

O penúltimo caso procedente narra a demora no atendimento ao autor que estava com o braço imobilizado em razão de cirurgia. Neste caso foram somadas as análises da Súmula 75, STJ e Súmula 284, STF auxiliaram na fixação do quantum indenizatório com razoabilidade. Levou-se em conta a intensidade do dano, situação do lesado, possibilidades do responsável e o grau de sua participação na geração do dano, caráter dúplice da reparação (compensatório e preventivo pedagógico) bem como jurisprudência dominante do STJ (valores excessivos ensejam ao consumidor o enriquecimento sem causa).⁴¹

³⁷ TJ-RJ, J. 16.11.2011, Ap. Cível 0085272-05.2010.8.19.0002, Des. Jesse Torres.

³⁸ TJ-RJ, J. 19.10.2011, Ap. 0064179-26.2010.8.19.0021, Des. Nagib Slaibi

³⁹ TJ-RJ, J. 23.08.2011, Ap. 0265186-32.2010.8.19.0001, Des. Carlos Santos de Oliveira

⁴⁰ TJ-RJ, J. 01.11.2011, Ap. 0005384-52.2010.8.19.0045, Des. Rogerio de Oliveira Souza

⁴¹ TJ-RJ, J. 17.02.2012, Ap. Cível 0002190-43.2010.8.19.0207, Des. Mauro Dickstein. “Sumário. Indenizatória. Espera prolongada em fila de banco. Sentença de improcedência. Apelação. Falha na prestação do serviço

No último caso julgado procedente vemos uma ementa-padrão, de caráter pedagógico-punitivo, por mais que não tenha sido ferido nenhum direito da personalidade ou dignidade da pessoa humana.⁴²

Nos casos julgados improcedentes vemos casos considerados contratempos que não destoam da normalidade do dia a dia e desautorizam desta forma, a fixação de verba reparatória. Temos a seguir, de forma a ilustrar o que foi dito, um trecho de uma decisão onde o dano moral não fora configurado:

Os danos morais não se prestam a sancionar os pequenos, comuns e inevitáveis transtornos do dia a dia, que nada mais são do que contratempos da sociedade contemporânea. Não é possível à Constituição garantir o pleno, constante e plácido funcionamento de todos os serviços oferecidos pelas grandes cidades. O tribunal tem entendimento consolidado a respeito dos danos morais a fim de não banalizá-los.⁴³

Em outro caso, vemos o fato curioso de ser a agência bancária localizada dentro do Fórum central e mesmo com toda a precariedade das instalações e dos serviços prestados não foi configurado o dano moral e entendeu-se que o caso não ultrapassava a barreira do mero aborrecimento.⁴⁴

No caso a seguir, cuja ementa destacamos, o Tribunal cita para fins de defender seu ponto de vista a Súmula 75, TJ RJ: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual,

caracterizada. Demora injustificada diante das providências que devem ser tomadas pela instituição financeira para pagamento de mandado oriundo do juizado especial cível, em prazo por ela estipulado, culminando com a sua recusa desmotivada na data designada. Não atendimento da demanda do consumidor. Episódio que transborda o mero aborrecimento. Aplicação da parte final do verbete 75, da súmula deste e. Tjrj. Dano moral configurado. Verba que deve atender aos princípios da consultou a razoabilidade e da proporcionalidade, a par de atender a seu caráter dúplice (compensatório e preventivo pedagógico). Precedente do c. Stj. Reversão do julgado. Procedência em parte do pedido. Recurso conhecido, ao qual se dá parcial provimento, nos termos do art. 557, §1º-a, do cpc.”

⁴² TJ-RJ, J. 19.11.2009, Ap. 0007007-09.2008.8.19.0212 (2009.001.50350), Des. Ademir Pimentel

⁴³ TJ-RJ, J. 21.12.2011, Ap. Cível 0086314-97.2007.8.19.0001, Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito.

⁴⁴ TJ-RJ, J. 19.12.2011, Ap. Cível 0132098.29.2009.8.19.0001, Des. Mario Assis Gonçalves. “Ação de indenização. Danos morais. Banco. Atendimento ao cliente. Demora. Permanência em fila. Mau atendimento ao consumidor. Prova. Excepcionalidade. Agência no interior do Fórum Central. Pagamento de mandados a advogados e partes. Mero aborrecimento. Sendo o réu fornecedor de serviços de natureza bancária aplica-se o disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Demora no atendimento. Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade assumida. A ocorrência de dano moral indenizável na hipótese de atendimento insatisfatório em estabelecimento bancário pode ser questionada, realmente não havendo como se afastar os transtornos advindos de uma demora excessiva. Neste caso, entretanto, trata-se de agência situada no interior do Fórum central da Cidade do Rio de Janeiro, cujas prioridades são os depósitos judiciais e os pagamento e levantamento de guias e mandados. Precariedade de instalações, inexistindo banheiros, bebedouros e assentos suficientes. Ausência de comprovação do fato constitutivo do direito alegado. Art. 333, inciso I, do CPC. Embora seja evidente a demora no atendimento, não se desincumbiu o autor de provar os excessos alegados. Fatos que não ultrapassam a barreira do mero aborrecimento. Falha de prestação do serviço que, entretanto, não configura dano passível de reparação extra patrimonial. Recurso a que se nega seguimento.”

por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atente contra a dignidade da parte”.⁴⁵

Da mesma maneira que vimos autores ganharem a ação mesmo com a falta de prova constitutiva do direito, vemos autores que perdem por não haverem provas. O motivo é o entendimento do tribunal acerca da consequência da espera.⁴⁶ Contudo, se ingressarmos com uma ação onde o tempo de espera esteja em torno dos vinte e cinco minutos, teremos a plena convicção que estaremos fadados ao insucesso.⁴⁷

Então podemos pensar que se estivermos a pouco mais de vinte minutos na fila do banco, não seremos passíveis de indenização, todavia, caso a espera seja superior a uma hora não há garantia que a decisão do tribunal será favorável a caracterização do dano moral.⁴⁸

Vemos que há um entendimento majoritário do tribunal a respeito do mero aborrecimento, pois vemos esta explicação ser usada exaustivamente na jurisprudência pesquisada:

Falha nos serviços prestados pelo réu, por descumprimento ao tempo de espera para atendimento bancário, que não gera por si só a obrigação secundária de reparação de dano de ordem extra patrimonial, cujo reconhecimento exige muito mais do que os dissabores de um negócio frustrado ou de uma prestação de serviços insatisfatória, tal como se recolhe, aliás, da Súmula 75 deste E. Tribunal de Justiça - "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar **mero aborrecimento** (grifo nosso), em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte. "Recurso não provido."⁴⁹

⁴⁵ TJ-RJ, J. 31.10.2011, Ap. 0001295-20.2011.8.19.0087, Des. Custodio Tostes

⁴⁶ TJ-RJ, J. 19.08.2011, Ap. 0103485-59.2010.8.19.0002, Des. Carlos Azeredo de Araujo

⁴⁷ TJ-RJ, J. 12.08.2011, Ap. Cível 0219696-84.2010.8.19.0001, Des. Celia Meliga Pessoa.

⁴⁸ TJ-RJ, J. 03.08.2011, Ap. 0033885-82.2009.8.19.0002, Des. Renata Cotta. "APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPERA NA FILA DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. MERO ABORRECIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. In casu, a pretensão tem por fundamento o fato de o autor ter permanecido na fila de espera de atendimento do banco-réu por aproximadamente uma hora e meia. Entretanto, em que pese à espera excessiva na fila configurar falha na prestação do serviço, os alegados danos morais não foram comprovados pelo autor. **O fato narrado na exordial traduz mero aborrecimento, incapaz de afetar a integridade psicológica da parte, não ensejando dever de reparação** (grifo nosso). Nesse âmbito, o desconforto experimentado nos presentes autos permanece nos limites do incômodo, não configurando sofrimento ou humilhação capaz de atentar contra a honra subjetiva e ensejar reparação por dano moral. Inteligência do verbete nº75, deste E. TJRJ. Sentença que bem ponderou as questões trazidas ao processo e que pelos seus próprios fundamentos se mantém. Desprovidimento do recurso."

⁴⁹ TJ-RJ, J. 29.06.2011, Ap. 0002849-03.2011.8.19.0212, Des. Mauricio Caldas Lopes. Ver também: TJ-RJ, J. 22.06.2011, Ap. 0156968-07.2010.8.19.0001, Des. Vera Maria Soares Van Hombeeck; TJ-RJ, J. 26.10.2010, Ap. 0008980-15.2009.8.19.0066, Des. Luiz Felipe Francisco; e TJ-RJ, J. 25.04.2007, Ap. 0003838-73.2006.8.19.0021 (2007.001.10303), Des. Nascimento Povoas Vaz.

No que diz respeito à fraude de terceiros, veremos que todos os casos foram julgados procedentes e o motivo pelo qual isto se procedeu. Todos os casos pesquisados, sem exceção, têm como objeto principal de fraude o contrato de empréstimo bancário. Na maioria dos casos o empréstimo é desconhecido pelo demandante.⁵⁰ De outras vezes, o débito não chega a ser realizado na conta ou contra- cheque do cliente, mas não exime o banco de restituir o mesmo pela fraude sofrida e falha do sistema.⁵¹ Existem também os casos em que o débito chega a ser efetuado, porém a assinatura do cliente aposta no contrato bancário é falsa:

Apelação cível. Direito do consumidor. Descontos a maior efetuados no contracheque da autora. Empréstimo consignado junto ao réu que alegadamente não corresponde ao valor e à quantidade de prestações mensais contratadas. Perícia grafotécnica que atesta a **falsificação da assinatura** (grifo nosso) aposta no contrato de mútuo.⁵²

Notamos que a falha do serviço por parte das instituições financeiras, nos casos de fraude, é incontestável:

Apelação cível. Direito consumerista. Ação de reparação de danos. Descontos indevidos. **Contra cheque**. Ausência de autorização. **Falha do serviço** (grifo nosso). Lei 8.078/90. Devolução em dobro. Reparação moral.⁵³

Apelação cível. Direito consumerista. Ação de reparação de danos. **Conta corrente**. Descontos indevidos. Ausência de autorização. **Falha do serviço** (grifo nosso). Lei 8.078/90. Devolução em dobro. Reparação moral.⁵⁴

Vemos também que, não há diferenciação quanto ao tipo de ação. Tanto as apelações cíveis quanto as decisões monocráticas, decidem a favor da obrigação de fazer e do dever de indenizar por parte dos bancos.⁵⁵

O segundo ponto de pesquisa foi o STJ, tendo sido escolhidos os julgados relacionados à: (i) tempo de espera em fila de banco; (ii) fraude de terceiros, cujo critério de pesquisa e lapso temporal também foram explicitados na abertura deste capítulo. Entre as atribuições do Superior Tribunal de Justiça está a de julgar as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados ou Distrito Federal, com a pretensão

⁵⁰ TJ-RJ, J. 29.08.2011, Ap. 0000550-40.2011.8.19.0087, Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito

⁵¹ TJ-RJ, J. 17.05.2011, Ap. 0296497-12.2008.8.19.0001, Des. Roberto de Abreu e Silva

⁵² TJ-RJ, J. 17.08.2011, Ap. 0010045-50.2008.8.19.0205, Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito

⁵³ TJ-RJ, J. 15.06.2011, Ap. 0054823-67.2010.8.19.0001, Des. Marília de Castro Neves

⁵⁴ TJ-RJ, J. 23.03.2011, Ap. 0012702-54.2009.8.19.0067, Des. Marília de Castro Neves

⁵⁵ TJ-RJ, J. 13.05.2011, Ap. 0007441-52.2010.8.19.0042, Des. Leila Mariano; TJ-RJ, J. 03.03.2011, Ap. 0382686-90.2008.8.19.0001, Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito; TJ-RJ, J. 17.12.2010, Ap. 0001681-66.2009.8.19.0072, Des. Maria Augusta Vaz; TJ-RJ, J. 19.05.2009, Ap. 0031197-61.2007.8.19.0021 (2009.001.18131), Des. Maria Augusta Vaz.

de uniformizar a interpretação do direito federal (artigo 105, III, da CF). Em voto proferido no Resp 826.683/SP, a relatora Ministra Nancy Andrighi defende a atuação da corte, considerando que, *in verbis*:

(...) em hipóteses excepcionais, pode o Superior Tribunal de Justiça rever o valor fixado em ação de compensação por danos morais, **desde que haja discrepância insuportável** (grifo nosso) com o que ordinariamente se entende por razoável em casos semelhantes.

O Superior Tribunal de Justiça segue padrões de razoabilidade. Se, em casos julgados pelo TJ-RJ, o tribunal entende que o mero aborrecimento não configura dano moral, o STJ, segue a mesma linha de raciocínio. Vejamos um exemplo:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Demora no atendimento em instituição financeira. **Mero dissabor** (grifo nosso), na hipótese. Ausência de danos morais indenizáveis. Sentença de improcedência confirmada. Recurso desprovido.⁵⁶

Neste caso, o entendimento do STJ confirma que há aborrecimento, mas inexistente ilícito a impulsionar dano moral a espera por atendimento em casa bancária por apenas 17 (dezesete) minutos além do máximo permitido, notadamente se os fatos ocorreram no início de mês e após feriado nacional, períodos sabidamente de intensa movimentação de clientes. Mantêm-se os mesmos critérios utilizados nos julgados do TJ-RJ. Temos para este critério outro caso concreto:

Apelação cível. Indenização por danos morais. Espera exagerada em fila de banco, excedendo o período tolerável por imposição da lei municipal nº 2.636/1998. Violação a **dignidade pessoal do usuário**. Fato que **ultrapassa a esfera dos meros aborrecimentos**, dando ensejo a indenização por danos morais.⁵⁷

Da mesma forma que, ao configurar-se uma invasão à dignidade da pessoa humana, certamente os danos morais restam configurados, sendo passíveis de reparação pecuniária:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais decorrente de espera para atendimento em fila de banco. Art. 1º, parágrafo único, da lei municipal nº 2.636/1998. Demora injustificada no atendimento bancário. Responsabilidade civil configurada. Desídia que **afronta a dignidade da pessoa humana** (grifo nosso). Dano moral configurado. Recurso que se conhece, para lhe dar provimento. Decisão unânime.⁵⁸

Ao pensarmos nas ações coletivas, propostas no primeiro capítulo desta Monografia, temos casos concretos que lutaram pelos interesses difusos e coletivos e obtiveram sucesso. O

⁵⁶ STJ, AREsp 1422960, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 05.03.2012

⁵⁷ STJ, AREsp 080936, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe de 01.02.2012

⁵⁸ STJ, AREsp 69770, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe de 10.02.2012

que se vislumbra neste tipo de ação é imposição de uma multa diária para as instituições financeiras que desrespeitam a Lei, *in verbis*:

Agravo de instrumento. **Ação civil pública** (grifo nosso) obrigação de fazer. Lei municipal. Filas na prestação de serviços bancários. Deferimento da tutela antecipada. Manutenção. Demonstração quanto aos requisitos elencados no art. 273, "caput" e inciso i, do cpc. Multa cominatória. "quantum". Arbitramento exorbitante. Adequação. Redução a patamar compatível à espécie.⁵⁹

Recurso especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. **Ação civil pública com pedido de medida liminar** (grifo nosso), ajuizada pelo recorrente, em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, na qual requer o cumprimento de lei municipal que regulamenta a prestação de serviços bancários, bem como a compensação por danos morais, pela excessiva espera nas filas, aos usuários do banco recorrido. Decisão interlocutória: indeferiu o pedido de tutela antecipada, formulado pelo recorrente. Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente.⁶⁰

Ação coletiva cominatória (grifo nosso). Legitimidade de parte ativa do sindicato dos bancários, tempo de atendimento nas agências bancárias pelos caixas. Lei mun. Nº 5.798/2001. Competência legislativa do município. Constitucionalidade.⁶¹

Dentre os casos pesquisados, a única ação coletiva que não obteve sucesso fora a última citada, onde o Sindicato dos Bancários da Bahia reivindicavam a deficiência dos serviços prestados pelo banco réu, todavia, pleiteavam melhores condições de trabalho para os bancários, tendo em vista o estresse que as grandes filas geravam. O tribunal entendeu ser incompetente para julgar tal pleito, passando a competência para a Justiça do Trabalho. No caso, o sindicato não estava reivindicando pelos bancários como consumidores também, e sim, por uma classe, uma categoria.

Analisando os casos acima, pensamos que as ações coletivas têm um lado negativo: lutam pelo interesse de todos, pela prestação de um serviço melhor, mas não resolvem o caso particular, onde apenas o pleito individual é capaz de sanar o dano.⁶²

De que forma uma ação coletiva pode pleitear o dano moral sofrido pelo autor acima? Não há como tutelar nas ações coletivas os interesses individuais, a menos que estes

⁵⁹ STJ, AREsp 010539, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 08.09.2011

⁶⁰ STJ, REsp 1132303, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 02.10.2009

⁶¹ STJ, EDcl no REsp 1106492, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 27.08.2009

¹⁰³ STJ, AREsp 005024, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 16.08.2011 “decisão agravo em recurso especial - instituição bancária - **demora no atendimento do autor, que se encontrava com o braço imobilizado em razão de cirurgia** (grifo nosso) - dano moral - súmula 7/stj – quantum indenizatório - razoabilidade - juros de mora e correção monetária - súmula 284/stf - recurso improvido”

sejam homogêneos. Vemos que o STJ se curva aos seus precedentes, de forma a homogeneizar as decisões:

RECLAMAÇÃO. DISSÍDIO. JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RESOLUÇÃO N. 12/2009 DO STJ. **PRETENZA AFRONTA A PRECEDENTES DESTA CORTE** (grifo nosso) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.⁶³

Em relação à fraude de terceiros, vemos os 05 (cinco) acórdãos julgados procedentes neste Tribunal. Nestes acórdãos vemos que o entendimento do STJ no que concerne à fraude de terceiros é a obrigatoriedade do dever de indenizar dos bancos e a configuração do dano moral em todas as hipóteses pesquisadas. É possível notar que, quando o STJ intervém para majorar ou fixar a verba indenizatória, bem como quando mantém o valor da condenação, a corte não se afasta do valor médio das condenações finais e segue um rumo, de certa forma, padronizado.⁶⁴

4.3 A seleção dos interesses merecedores de tutela/fatores de atribuição: alguns parâmetros.

Não existem apenas os critérios clássicos para determinar se há ou não necessidade da responsabilidade civil. Para tanto, apontaremos os fatores de atribuição e outros critérios para detectar quais são os interesses ou danos merecedores de tutela.

A obrigação de ressarcir se dá através da confirmação de seus pressupostos, quais sejam: (i) antijuridicidade, (ii) danos, (iii) causalidade e (iv) fatores de atribuição. Ao pensar nos danos, sabemos, a princípio, que se tratam de prejuízos que alguém causa a outrem. Sendo assim, são causados por prejuízos injustos que causam a lesão a um interesse merecedor de tutela jurídica. Estes danos atingem o equilíbrio das relações e necessitam ser estabilizados. A fim de que sejam considerados danos injustos, devem vigorar os princípios da atipicidade do ilícito civil e ressarcimento de todo dano qualificado como injusto. Este ressarcimento não tem caráter preventivo ou punitivo, e sim indenizatório, não podendo ensejar enriquecimento ilícito.

⁶³ STJ, Rcl 006915, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 27.09.2011. Ver também: STJ, Rcl 006814, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 16.09.2011; STJ, Rcl 006584, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 19.08.2011; e STJ, Rcl 005907, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 08.06.2011.

⁶⁴ STJ, DJe 18.04.2011, J. 07.04.2011, AgRg no Ag 1235525, Min. Raul Araújo; STJ, DJe 05.11.2009, J. 06.10.2009, Resp 1133111, Min. Sidnei Beneti; STJ, DJe 26.11.2008, J. 21.10.2008, Resp 1077605, Min. Massami Uyeda; e STJ, DJe 12.03.2007, J. 13.02.2007, Resp 808688, Min. Jorge Scartezini.

Os fatores de atribuição são pressupostos - como: a culpa, o risco criado, a equidade, a garantia, entre outros – fundamentados na reparação pela socialização do risco. Risco este, oriundo da existência da atuação de determinado grupo. Através destes fatores de atribuição, há a superação da tradicional responsabilidade civil e novos critérios de responsabilização, com a consolidação da responsabilidade por danos através das alterações sociais.

Quando pensamos nos danos ressarcíveis, sabemos que existe uma discricionariedade judicial, através da qual a ressarcibilidade não pode se afastar do lado normativo. Aprendemos que a simples remissão ao ordenamento jurídico não nos fornece solução para o problema da seleção dos interesses merecedores de tutela. Primeiramente, existe a inclinação ao esquecimento da seleção de interesses, que é essencial para a estipulação dos parâmetros que serão usados. Quando tocamos nos parâmetros, vislumbramos a necessidade atual de *standards* mais seguros para fins de atuação judiciária. A atuação judiciária, por sua vez, se torna a cada dia mais forte e abrangente, pois a responsabilidade que recai sobre si é a de estipular à margem de previsões legais específicas, os interesses que são merecedores de tutela, e cuja violação enseja ressarcimento.

O professor Anderson Schreiber nos confirma o quão árdua é a tarefa de selecionar esses interesses e o equívoco mais comum de seu exercício.⁶⁵

Notamos, a partir desta citação, os quão asfixiados se encontram os direitos subjetivos, através da banalização da ressarcibilidade dos danos morais. Sob a ótica constitucional, há a possibilidade de trabalharmos com a noção de dano desproporcional ou injusto, mas também podemos trabalhar com parâmetros diversos, conforme os que sugerimos a partir do catálogo de casos pesquisados. Devemos nos manter vigilantes ao princípio da proporcionalidade, para que haja tanto a vedação do excesso quanto a repressão da inoperância⁶⁶.

Considerando essa abertura para outros fatores que não os clássicos para a atribuição da responsabilidade, é que se buscará a seguir construir alguns parâmetros com base na

⁶⁵ SCHREIBER (2007), p.133: “O equívoco mais comum no desempenho desta tarefa tem sido o prender-se a uma perspectiva estática e abstrata do dano, que procura definir os interesses merecedores de tutela sem atenção ao conflito que concretamente se apresenta. Cai-se, assim no equívoco metodológico de se proceder a uma espécie de reconstrução de direitos subjetivos de matriz jurisprudencial, em que as cortes elegem, pela “relevância social”, pela “importância do interesse lesado” ou pela simples repetição de casos concretos, interesses que, em abstrato, devem ser considerados protegidos pelo ordenamento jurídico”.

⁶⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade e o conceito da vedação do excesso e da inoperância Cf. FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. Ed. Malheiros. São Paulo - 2006.

pesquisa jurisprudencial realizada. O intuito de montar um catálogo de casos compreendidos e julgados entre 1988-2012, no TJ-RJ e no STJ foi duplo: analisar criticamente o comportamento dos tribunais e propor parâmetros mais justos e racionais para a indenização dos danos morais.

Quando nos depararmos com os índices encontrados, poderemos questionar de imediato: se, em ambos os casos, visualizamos uma falha por parte dos serviços prestados pelas instituições financeiras, por que a incidência de casos julgados procedentes é maior nas fraudes de terceiros? Partindo da visão de um consumidor lesado, o tempo de espera em fila de banco pode causar inúmeras conseqüências negativas que, mesmo não podendo ser equiparadas aos danos causados por uma fraude lesiva, ensejariam uma indenização reparatória, não é mesmo? A resposta é: nem sempre. Tanto o entendimento do TJ-RJ, quanto o do STJ, têm se mostrado inclinados a considerar que às conseqüências provenientes de uma espera prolongada, além do normal e do previsto em Lei, em fila de banco, constituem fatores naturais que acometem a vida moderna dos moradores de grandes centros urbanos. O descontentamento, a irritação, o aborrecimento e a demora em si, são desconfortáveis e demonstram uma falha clara no sistema bancário. Todavia, nem sempre os tribunais entendem a configuração de um dano moral, um dano consistente aos direitos da personalidade, capaz de causar alterações psicológicas e drásticos problemas àqueles que esperaram por muito tempo a fim de ter sua operação bancária realizada. Já a fraude é uma falha do sistema bancário que não apenas prejudica o consumidor lesado como é capaz de manchar de forma irreparável a reputação dos bancos. Os bancos possuem brechas e falhas no seu sistema de segurança e em seus contratos firmados com clientes.⁶⁷

Para exemplificarmos, temos um caso apenas que se destaca pelo valor do quantum indenizatório arbitrado, e que, merece ser indenizado, no TJ-RJ. Além desse, há outro caso que, mesmo gerando o desconforto do cliente, não foi configurado e entendido como merecedor de receber uma indenização, também no TJ-RJ. No primeiro caso, a consumidora ficou por mais de 02 (duas) horas na fila da agência bancária e, ao pedir a um funcionário para

⁶⁷ Neste ponto podemos refletir sobre detalhes importantes. Quando abrimos uma conta corrente, salário ou poupança, por exemplo, podemos usar nossa carteira de trabalho, que, em sua versão antiga é apenas um pedaço de papel com uma foto colada, facilmente fraudada. No que diz respeito à cédula de identidade, por mais que os Estados tenham o seu próprio cálculo para formular a numeração das mesmas, como vamos detectar no Rio de Janeiro, por exemplo, que uma carteira de identidade do Paraná é falsa? Um bancário não tem esse tipo de treinamento. Por mais que saiba fazer uma análise comparativa de fotos e assinaturas, não é capaz de ir a fundo e nem sempre se vale das áreas especializadas em fraudes, para não comprometer seus prazos e metas, atrasando a abertura das contas e andamento dos contratos. Temos uma falha generalizada, através de pequenas lacunas e deficiências que pouco a pouco dão vazão a um sem número de ações e reclamações por parte de clientes.

usar o banheiro foi informada de que não havia banheiros para clientes. Desta forma, a cliente defecou nas próprias roupas, causando-lhe constrangimento frente às outras pessoas que ali se encontravam. O banco teve a oportunidade de se defender e apenas alegou que passar mais de 02 (duas) horas na fila configurava-se como mero dissabor não ensejando indenizações e não provou também (através das gravações do sistema de câmeras da agência) que a autora não estivera lá. O TJ-RJ julgou os danos morais procedentes e estabeleceu a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil) reais.⁶⁸ Em outro caso, uma consumidora também ficou mais de 02 (duas) horas na fila para efetuar um pagamento e o TJ-RJ entendeu que lhe cabia uma indenização de apenas R\$ 1.000,00 (hum mil) reais.⁶⁹ Qual a diferença entre estes dois casos, tendo em vista que o tempo de espera fora o mesmo?

Por fim, temos outro caso, do STJ, onde o cliente, também esperando em fila por tempo além do desejável e prescrito na Lei Municipal 2.636/98, teve sua indenização configurada em R\$ 4.000,00 (quatro) mil reais, pois se encontrava com o braço imobilizado em razão de cirurgia, e alega ter passado por complicações e tido seu quadro de dor agravado devido à excessiva espera⁷⁰. Logo, concluímos que, além de convencer os tribunais de que o seu aborrecimento ultrapassa o mero dissabor, irritação, descontentamento e contrariedade típicos de nossa sociedade moderna, há que convencer também que sua operação bancária não foi efetuada (e se foi, o atraso gerou prejuízos) e, por último, convencer que os direitos da personalidade do homem foram atingidos. Só assim, através destes parâmetros norteadores, os tribunais concederão ou não a indenização e, após, arbitrarão o valor do quantum indenizatório.

Vejamos então os índices:

1. Em relação ao **tempo de espera em fila de banco**, podemos visualizar que:
 - 1.1 32% dos casos foram julgados procedentes no TJ-RJ
 - 1.2 33% dos casos foram julgados procedentes no STJ

No TJ-RJ vemos que não é negada pelo Tribunal a existência de relação de consumo no tema em tela, sendo perfeitamente aplicáveis as normas presentes no Código de Defesa do Consumidor. Todavia, há um entendimento majoritário de que aborrecimento não se confunde com violação à dignidade da pessoa humana e não configura, portanto, o dano

⁶⁸ TJ-RJ, J. 19.10.2011, Ap. 0064179-26.2010.8.19.0021, Des. Nagib Slaibi

⁶⁹ TJ-RJ, J. 27.02.2012, Ap. Cível 0002921-64.2010.8.19.0037, Des. Camilo Ribeiro Ruliere

⁷⁰ STJ, AREsp 005024, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 16.08.2011

moral passível de indenização reparatória. O ilustre Tribunal entende e visualiza que há a deficiência no sistema bancário, no que diz respeito à organização e atendimento prestimoso, porém, há que ser o autor da ação (cliente ou pessoa que se sinta lesada) responsável pelo ônus de provar os excessos alegados, a configuração de situação vexatória que fira os direitos da personalidade, sua situação no momento do dano, o grau de sua participação na geração do dano, a fim de que a indenização possa ter não apenas o caráter pedagógico-punitivo que se espera, mas também o caráter reparatório não gerando o enriquecimento sem causa do autor da ação.

A proposta para esta questão vem através da seguinte linha de raciocínio: permitir que o Judiciário avalie os casos específicos, onde haja uma lesão plenamente reconhecida e enquadrada nos quesitos esperados pelo Tribunal e, nestes casos, indenizar a vítima com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A proposta é recorrer às Ações Civis Públicas com o intuito de propor o dano moral para as micro lesões a fim de gerar o caráter pedagógico- punitivo necessário para a efetiva melhoria dos serviços prestados pelos bancos, defendendo assim, os direitos difusos e coletivos através da aplicação de multa diária aos bancos que desobedecem a Lei. Já existem na Jurisprudência deste Tribunal, exemplos de casos julgados improcedentes, pois se tratava de micro lesões que o TJ-RJ enxerga não ser passível de indenização individual e sim, na esfera coletiva. Na Ap. 2007.001.64455, J. 11.03.2008, Des. Maria Augusta Vaz, podemos visualizar claramente este exemplo⁷¹.

No STJ vemos o quantum indenizatório, dos casos procedentes, ser fixado em valores baixos. Na AREsp 69770, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 10.02.2012, o quantum fora fixado em R\$ 100,00 (cem reais) e, em outro caso, na AREsp 080936, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 01.02.2012, fora fixado em R\$ 600,00 (seiscentos reais). Acreditamos que os valores mais baixos e as improcedências dos recursos que chegam à esfera do STJ sirvam para desestimular este tipo de ação e buscar o entendimento de que a melhor maneira de se tratar o tema é através da Ação Civil Pública. Temos como exemplo o Agravo de Instrumento, pelo Rel. Min. Benedito Gonçalves, de 2011, onde a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério

⁷¹ Não obstante a caracterização de defeito no serviço prestado pelo réu, não está configurada a sua responsabilidade civil por inexistir danos a indenizar. Isso porque a espera em fila de banco por tempo superior a trinta minutos é mero aborrecimento ou transtorno corriqueiro e não constitui afronta a qualquer direito da personalidade do autor, o que afasta a possibilidade de caracterização dos danos morais. **O cumprimento da Lei Estadual 4.223/03 já vem sendo exigido por meio de ação civil pública** (grifo nosso), nada justificando a condenação do réu ao pagamento de indenização meramente punitiva, que não corresponde a um efetivo dano sofrido pelo autor, sob pena de ocorrer o seu enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil.

Público do Estado de Goiás culminou no estabelecimento de uma multa diária para o Banco do Brasil S/A, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Entretanto, é necessária a devida cautela no ajuizamento deste tipo de ação, porque pode ocorrer o insucesso da ação devido à insuficiência de provas para a comprovação do descumprimento da Lei.⁷²

No que diz respeito às Ações Coletivas Cominatórias propostas por entidades sindicais a fim de proteger a categoria, o entendimento do STJ é de incompetência absoluta para julgar casos que protejam a uma classe, o que diz respeito à Justiça do Trabalho. Temos como exemplo em nosso catálogo de casos, EDcl no Resp 1106492, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 27.08.2009, onde o Sindicato dos Bancários da Bahia interpuseram uma ação contra o Banco do Brasil S/A, a fim de reclamar a Lei Municipal 5.798/2001, que prevê as máquinas de senha para medir o tempo de espera em fila e o tempo para atendimento nas agências e torna o ambiente de trabalho dos bancários estressante. Vislumbra assim, o atendimento não apenas dos consumidores, mas também as condições de trabalho de uma categoria.

Vemos então que as ações coletivas, para prosperarem, devem clamar pela ordem pública e o interesse social, em prol da defesa dos interesses difusos e coletivos promovendo, assim, uma melhora efetiva nos serviços prestados por parte das instituições financeiras, não devendo ser trazida à tona os problemas trabalhistas, os interesses da classe bancária, devendo esta ser tratada exclusivamente pela Justiça do Trabalho.

2. Em relação à **fraude de terceiros**, temos números mais otimistas:
 - 2.1 100% dos casos pesquisados foram julgados procedentes no TJ-RJ⁷³
 - 2.2 40% dos casos pesquisados foram julgados procedentes no STJ

Quando se trata dos casos de fraude, a responsabilidade civil objetiva por parte da instituição financeira resta configurada e os bancos têm a obrigação de indenizar. No STJ, por

⁷² STJ, Resp 1132303, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 02.10.2009. “Ocorre, porém, que no presente caso, **não há documentação suficiente a evidenciar o descumprimento do disposto na lei municipal disciplinadora do serviço aludido**(grifo nosso). Consoante se verifica na decisão agravada, os autos principais trazem reportagens jornalísticas publicadas em jornais locais com recomendações do Parquet estadual advertindo os bancos em geral para que cumpram a lei municipal em questão.”

⁷³ Estes casos foram retirados do “Banco do Conhecimento”, um acervo jurisprudencial feito pelo próprio Tribunal que cataloga os casos mais relevantes por tema. Neste caso, o tema pesquisado fora “Instituição Financeira- Fraude de terceiro”. Este recurso foi utilizado, tendo em vista a impossibilidade de analisarmos todos os casos julgados no lapso temporal proposto. Segundo a pesquisa, apenas este ano tivemos mais de 300 (trezentos) casos envolvendo instituições financeiras e fraude de terceiro.

exemplo, os 05 (cinco) acórdãos⁷⁴ de nosso catálogo versam sobre fraudes realizadas por terceiros, havendo ausência de indício de fraude por parte dos clientes lesados. Nestes acórdãos vemos problemas típicos do universo das fraudes: negativação indevida do nome do consumidor lesado, abertura de conta corrente por terceiro fraudador, roubo/furto de jóias empenhadas, etc. Apenas 40% dos casos foram julgados procedentes, pois existem casos onde o consumidor tem o ônus de provar sua “inocência” e a ausência de fraude por parte do mesmo.

No TJ-RJ, vemos 100% dos casos catalogados com o dano moral configurado procedente. Isto porque todos os casos analisados têm o mesmo objeto de discussão: empréstimos consignados realizados por terceiro estelionatário. Nestes casos são poucas as possibilidades de inversão da responsabilidade para o cliente lesado. O dano moral é, por muitas das vezes majorado e, por mais que haja perícia grafotécnica que comprove não haver indícios de fraude, os Tribunais entendem que não há o afastamento do dever de indenizar. O prejuízo, ao contrário dos casos de espera em fila de banco, são facilmente provados e visualizados, pois o dano moral se estabelece em conjunto com o dano material.

No que concerne ao universo das fraudes bancárias, entra em jogo o dano material provocado pelos descontos indevidos em folha de pagamento, por exemplo, a fraude na celebração de contratos bancários (não reconhecidos pelos clientes afetados) que é uma falha grave na prestação do serviço por parte das instituições financeiras. Estes são fatos que, claramente, extrapolam o mero aborrecimento que discutimos nos casos de tempo de espera em fila, pois invade a seara da dignidade do consumidor que se vê privado de parte seus recursos, demonstram a má-fé por parte das instituições financeiras e mostram suas falhas, causam transtornos e aborrecimentos anormais à vida destes consumidores - tendo estes, em diversos casos, seus nomes negativados indevidamente – o que configura o dano moral. A obrigação de fazer e a responsabilidade de indenizar restam configuradas nos casos pesquisados que versam sobre contratos fraudulentos de empréstimos consignados e negativações de nome devido ao não pagamento das prestações, que são os mais comuns. É

⁷⁴ Foram pesquisados no STJ, a saber:

- (i) AgRg no Ag 1318080, Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 30.11.11
- (ii) AgRg no Ag 1235525, Min. RAUL ARAÚJO, DJe 18.04.11
- (iii) Resp 1133111, Min. SIDNEI BENETI, DJe 05.11.09
- (iv) Resp 1077605, Min. MASSAMI UYEDA, DJe 26.11.08
- (v) (v) Resp 808688, Min. JORGE SCARTEZZINI, DJe 12.03.07

evidente que existem diversos tipos de fraudes, mas fincamos nossa pesquisa nos casos recentes e, estes, são em sua maioria relativos a contratos de empréstimos.

Por fim, de forma sintética, é possível concluir que a indenização dos danos morais em matéria de direito do consumidor e o banco tem operado com os seguintes parâmetros na jurisprudência:

- (i) Quando se tratar de mero aborrecimento, a princípio não deve ser indenizado o suposto dano moral em ações individuais. A indenização será devida considerando a gravidade da lesão tanto em casos de tempo de fila quanto em casos de fraudes de terceiros;
- (ii) Se estivermos diante de micro lesões, essas podem ser indenizadas por meio de ações coletivas, uma vez que um pequeno dano individual, quando acumulado, pode se tornar um dano transindividual significativo cuja indenização de caráter pedagógico-punitivo terá um importante papel, especial nos casos de espera em fila de banco. Todavia é de difícil aplicação aos casos de fraude bancária, tendo em vista que diversas vezes a fraude se origina por diferentes fragilidades em sistemas de segurança dos bancos e que há muitos casos de fraude com diferentes causas, peculiares;
- (iii) O direito é formalmente aplicado, com a condenação dos bancos que violam o direito à honra dos consumidores. Entretanto, as decisões e o quantum indenizatório podem não atender às expectativas materiais dos consumidores lesados e a partir deste ponto, percebemos que a uniformização das decisões pode tornar os valores de indenização mais baixos, principalmente no Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, se pensarmos apenas em valores de forma individual e arbitrária e não em punir as falhas do sistema bancário, geraremos a insegurança jurídica e estimularemos novas demandas além de não resolver o problema.
- (iv) A lógica do sistema financeiro é obter o máximo de lucro possível, no menor espaço de tempo, com o máximo de segurança e o mínimo de risco. Logo, quando se trata de casos de fraude, o risco do empreendimento resta configurado e torna o dano moral indiscutível, visto que o prejuízo é primordialmente material. Todavia, nos casos de espera em fila de agência bancária, pensa-se que o risco quem assume é o consumidor que, em tempos modernos, está sujeito a aborrecimentos e intempéries do dia a dia e o dano

moral sofrido fica, na maior parte das vezes, no campo da abstração do consumidor.

APONTAMENTOS FINAIS

Em desfecho, podemos compendiar as principais idéias do texto nas seguintes formulações sintéticas:

1. A Constitucionalização do Direito do Consumidor expressou-se em suas quatro formas, propostas no primeiro capítulo, que são: (i) constitucionalização inclusão, (ii) constitucionalização releitura, (iii) constitucionalização juridicização e (iv) constitucionalização simbólica; através das quais podemos entender a amplitude do efeito de nossa Constituição através do tempo e sua base para o nosso CDC.

2. A aplicabilidade do Direito do Consumidor nas relações de consumo bancárias, onde confirmamos o *status* de relação de consumo às atividades do sistema bancário, com a análise de um caso concreto do STF para ilustrar. Além de que tivemos a oportunidade de refletir sobre a lei consumerista, discutindo acerca das definições de: consumidor, fornecedor, serviço etc. Além de verificarmos que não existe apenas o CDC regulando as relações bancárias e consumeristas.

3. Os danos morais na atualidade tornaram-se tão vulneráveis quanto o consumidor. A responsabilidade civil e os fatores de atribuição também foram explicitados a fim de demonstrar os pressupostos para verificarmos a existência dos danos. Estuda-se também a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade.

4. Por fim, com o intuito de reunir os casos reais e entender melhor como funciona a discricionariedade dos tribunais, montamos um catálogo de casos concretos, através de vasta pesquisa jurisprudencial direcionada para dois casos específicos do universo bancário. Há a aplicação dos parâmetros e a sugestão do uso das ações coletivas de maneira alternativa para a solução destes litígios, tendo em vista a similitude dos casos e a grande demanda, até mesmo por que a demanda não tem objetivo preventivo ou punitivo o ressarcimento, não visando também o enriquecimento sem causa da vítima.

5. Os parâmetros, quanto à função que desempenham, podem ser orgânico-funcionais, procedimentais e materiais. Enquanto os parâmetros funcionais vêm estabelecer as fronteiras da atuação das instituições e demais órgãos do Estado, considerando as suas estruturas e a dinâmica dos resultados e papéis que desempenham, os parâmetros procedimentais se preocupam com a maior fluidez e precisão ao encadeamento dos atos

jurídicos. Por fim, são materiais quando se prestam à tomada de decisões mais racionais e isonômicas por parte das instituições, considerando o conteúdo dos atos.⁷⁵ Acabamos por perceber que as funções possuem uma característica de complementaridade, não devendo agir de forma demasiada através do excesso arbitral nem de modo insuficiente, com receio de ser demasiadamente “benevolente” com as indenizações.

A partir de todos os parâmetros sugeridos concluímos que indenização por danos morais não é loteria tampouco benevolência por parte do sistema Judiciário. A palavra indenização tem seu significado atrelado à compensação e não caráter de premiação. É preciso que haja previsibilidade, afim de que não se fragilize a vítima em prol do engrandecimento do ofensor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 13/05/2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: teoria e prática**. Rio de Janeiro: [s.n], 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

DORE FERNANDES, Eric Baracho. Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 8, n. 42, 2011, PP. 84-102.

GODOY, Cláudio Bueno de. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009, PP. 143 e SS..

GOUVÊA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. **A Quantificação dos Danos Morais pelo STJ**. [São Paulo]: SaraivaJur.com.br. 10/11/2004. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=575>. Acesso em: 20/11/2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentados pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁷⁵ LEGALE FERREIRA (2010).

LEGALE FERREIRA, Siddharta. Standards: o que são e como criá-los? **Revista dos Monitores da Universidade Federal Fluminense**. Nº 8. Niterói: RDM.UFF.br Maio de 2010. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/101/38>>. Acesso em 20/11/2012

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2003.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; DORE FERNANDES, Eric Baracho. Controle da publicidade de produtos derivados do tabaco. *In: XX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2011, Belo Horizonte. **Anais do...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 1159-1188

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALMITO, Claudio Cavalcante. O esquecido caráter pedagógico das condenações de dano moral brasileiras. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3047, 4 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20356>>. Acesso em: 19/04/2012.

SANTANA, Héctor Valverde Santana. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. Apresentação Claudia Lima Marques. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2009.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. O lucro é a prova de bom desempenho, beneficia as empresas e a economia. **Caderno especial de coletânea de artigos jurídicos**, Nº 198, jan. 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2007.

SIMÃO, José Fernando. Fundamentos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. *In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.)*. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva 2009, PP. 118 e SS.

SIDOU, J. M. Othon. **Proteção do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2009.

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