

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a busca a qualquer custo por lucro das operadoras de telefonia celular através do envio de publicidade por mensagens de texto em horário inadequado; os limites de veiculação de publicidade; os efeitos deletérios que a publicidade veiculada de maneira inadequada provoca à massa de consumidores; a responsabilização objetiva das empresas de telefonia móvel; e a aplicação da doutrina do dano moral punitivo.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito do Consumidor. Publicidade Inadequada. Responsabilidade Objetiva. Dano Moral Punitivo.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the pursuit for profit at any cost of cell phone carriers through excessive sending of advertising by text messages in inappropriate timetable; the limits for propagation of advertising; the deleterious effects that the ads disseminated inappropriately causes to the mass of consumers; Strict liability of mobile phone companies; and the application of the doctrine of punitive damages.

**Keywords:** Constitutional Law. Consumer Law. Inappropriate Advertising. Strict Liability. Punitive Damages.

\*Advogado em São Paulo, Bacharel em Direito, graduado pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP.

\*\*Juiz de Direito em São Paulo, Doutorando em Direito Ambiental na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestre em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, Professor de Direito do Consumidor, de Direito Ambiental na graduação e pós-graduação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP e de Direito Urbanístico na especialização do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP.

## Introdução

A publicidade ocupa um lugar de destaque na sociedade de consumo que é a que vivemos. É responsável por fomentar a economia, pois tem o condão de incrementar as vendas, ou seja, aumentar o consumo, e com isso, a circulação e crescimento das riquezas.

Contudo, uma questão se coloca. Os limites da publicidade. Isso porque é comum vermos amiúde a veiculação de publicidades enganosas ou abusivas. Mas não só, Muitas vezes a questão não se coloca no conteúdo da mensagem publicitária, mas no meio no qual é veiculada.

Exemplos abundam.

Recentemente Neymar criou polêmica, pois ao invés de jogar futebol, no campo preferiu fazer publicidade de uma marca de cueca. Ao esperar no interior do avião enquanto os passageiros se organizam e arrumam a bagagem de mão até taxiar, somos bombardeados por publicidade em volume nas alturas, momento que estamos cansados e apreensivos. Em alguns táxis, existe uma tela bem na frente do passageiro, o que é obrigado a ver publicidade atrás de publicidade.

Será que somos obrigados a ver, ouvir, tolerar, aceitar a publicidade em todos os lugares? Será que existe um direito absoluto de se veicular publicidade de qualquer forma, em qualquer lugar, por qualquer meio? O fornecedor acredita que sim.

Dessa forma, no presente artigo, será analisada especificamente a publicidade enviada por meio de SMS aos consumidores de celulares, sob o enfoque da regulação jurídica dessa forma de agressiva de marketing.

## 1. Regime Jurídico da Publicidade enviada por SMS

Inicialmente, faz-se mister enquadrar a relação das operadoras e concessionárias de telefonia e as pessoas físicas, como relação de consumo. É indiscutível a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços de telefonia, havendo relação de consumo firmada entre a operadora e o consumidor como destinatário final, nos exatos termos dos artigos 2º e 3º do CDC, uma vez que temos como

sujeitos da relação um fornecedor e um consumidor e como objeto a prestação de um serviço.

Por outro lado, consta na Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão da prestação de serviços públicos, em seu art. 7º: Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários [...]. A *contrario sensu* significa que o CDC é aplicável às relações mantidas entre usuários-consumidores de serviços públicos em concessão e as concessionárias.

Os Tribunais não discrepam desse entendimento. O Ministro do STJ, Herman Benjamin afirma:

As concessionárias de telefonia são, para todos os fins, fornecedoras, e as suas prestações de serviço aos assinantes-usuários (rectius, consumidores) caracterizam relação jurídica de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Os objetivos, princípios, direitos e obrigações previstos no CDC aplicam-se integralmente aos serviços de telefonia, fixa ou não. **Recurso Especial nº 1.006.892 - MG (2007/0271242-4)**, jul. 04.03.2008.

No mesmo sentido, o Ministro José Delgado afirma que:

Infere-se do disposto nos artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor que a relação entre a concessionária de serviço público, considerada como fornecedora aos seus usuários, é indubitavelmente de consumo. STJ. **Recurso Especial nº 1.018.719 - MT (2007/0305667-8)**. Relator - Ministro José Delgado.

O art.5º da Lei Geral de Telecomunicações – LGT estabelece que na:

[...] disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência,

**defesa do consumidor**, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. (grifo nosso).

Resolução 426/05 (STFC) da Anatel, que regula os serviços de telefonia fixa, impõe a aplicação do CDC:

Art. 78. Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 1990, e suas alterações, salvo hipótese de ser a norma regulamentar mais benéfica ao consumidor

Na mesma linha, a Resolução 477/07, que regula o serviço móvel, estabelece a aplicação do CDC nos serviços de telefonia celular:

Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP.

Dessa forma, o regime jurídico aplicável à publicidade enviada por meio SMS é aquele estabelecido pela Lei 8.078/90.

## 2. Contextualização

É cediço que com a evolução da sociedade, com o surgimento de novas tecnologias, com o aumento do poder aquisitivo das famílias, a demanda por aparelhos de telefonia celular aumenta dia após dia.

Com o aumento pela procura de aparelhos, é consequência o aumento da oferta por planos de telefonia e internet móvel, notadamente sob a forma de publicidade. Por outro lado, também há incremento de publicidade por meio de SMS não somente de planos de telefonia e internet móvel, mas também de outros serviços e produtos.

No entanto, o direito dos fornecedores de serviços de telefonia móvel em anunciar tanto seus serviços, como serviços e produtos de terceiros, dependendo da maneira que é exercido, pode ir de encontro aos direitos dos consumidores.

Mas quais são os direitos violados?  
É o que veremos em seguida.

## 3. Análise jurídica

São violados direitos constitucionais fundamentais, bem como, direitos básicos do consumidor previstos na legislação infraconstitucional. Vejamos.

Não há como se negar que o período de repouso é um direito de qualquer pessoa, porquanto diz com o resguardo do recesso do lar, com a intimidade e momento de reposição das energias, protegido legalmente até mesmo contra a autoridade pública.

Considerando-se todos os aspectos referentes aos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, é premente a necessidade de se limitar as ações das empresas que buscam o lucro sem limites a todo custo em detrimento dos direitos fundamentais do consumidor.

O Direito do Consumidor está inserido no rol dos Direitos Coletivos, são direitos de terceira dimensão, direitos ou interesses metaindividuais, ou seja, que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas. A Constituição Federal erige como direito fundamental à proteção ao Consumidor, em seu artigo 5º, inciso XXXII e artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A defesa do consumidor também é princípio norteador de toda a Ordem Econômica, conforme artigo 170, inciso V.

De outro giro, temos o direito à dignidade humana e à saúde, insculpidos pela Constituição Federal, em seus artigos 1º, inciso III e 6º, como Direitos Fundamentais, bem como em seu artigo 197, são direitos de primeira relevância, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sua regulamentação, fiscalização e controle.

Os direitos fundamentais, como é sabido, têm dupla vertente, sendo a que nos interessa, sua natureza negativa, ou seja, que o Estado ou terceiros (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), “*in casu*”, as empresas devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros.

Por outro lado, o período de descanso visa à proteção do direito à saúde do consumidor, que lhe constitui direito básico, conforme

disposto no artigo 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, constantemente inobservado pelas empresas.

Outro direito básico do consumidor, que é deliberadamente ignorado, é o direito à eficaz e adequada prestação de serviço público em geral, conforme disposto no artigo 6º, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor, posto que, inadequada sua prestação em horários não contratados.

O direito básico à informação, previsto no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, é violado, pois é dever das empresas, no mínimo, fornecer informações claras e adequadas sobre os serviços oferecidos, horários em que são prestados e seus ônus, o que não ocorre na maioria dos casos.

Ainda, conforme o artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que:

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

Assim, resta estampada a conclusão de que as concessionárias, operadoras do serviço de telefonia móvel ou fixo, como fornecedoras de serviço público, são obrigadas a prestar um serviço de excelência ao consumidor, vale dizer, possuem um dever jurídico imposto pela lei do consumidor.

*Mutatis mutandis*, o consumidor possui o direito subjetivo de obter a qualidade do serviço de telefonia, como um serviço público essencial no mercado de consumo, devendo ser prestado de forma adequada, eficiente, que busque atender as necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, sob pena de ser infringida a norma de ordem pública e ser a operadora responsabilizada pelo dano causado ao consumidor.

A prestação de serviços de telefonia, pela sua natureza, é essencial e de especial importância, cujo fornecimento deve ser eficiente e contínuo, sem vício a torná-lo inadequado a sua finalidade.

No mercado de consumo, os fornecedores de produtos e serviços devem prestar informações verídicas sobre os aspectos

inerentes ao bem comercializado, permitindo aos consumidores uma correta visualização do que, de fato, estão adquirindo.

A informação precisa e leal sobre as características dos serviços constitui um dos corolários em que se assenta o sistema jurídico de proteção e de defesa do consumidor, razão pela qual se exige que as pessoas físicas ou jurídicas, que desenvolvam atividades no ramo, atuem de modo leal, respeitando a boa-fé dos consumidores. Segue o disposto do artigo 31 do CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A própria Constituição Federal de 1988, incluiu explicitamente a defesa do consumidor no elenco dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXII) e, por sua destacada importância, previu que (art. 5º, XIV) é assegurado a todos o acesso à informação.

Sobre a matéria, colhe-se judiciosa lição do escólio de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem:

[...] o dever de informar, imposto a quem produz, importa ou comercializa coisas ou presta serviços, se justifica em razão de se enfrentarem nessa peculiar relação, um profissional e um profano, e a lei tem um dever tuitivo com este último ('apud' CABANA, Roberto M. Lopez. Información al usuário. Revista Ajuris, edição especial, Porto Alegre, março 1998, p. 256). O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial. A boa fé objetiva é regra de Conduta dos indivíduos nas relações jurídicas

obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam ('apud' CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997, p 1234). Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. No direito comum dos contratos, esse princípio implícito, sem embargo da omissão proposital da codificação tradicional, como a brasileira, foi recorrente na doutrina mais atenta à evolução do direito contratual. O princípio da boa-fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos. Anteriormente ao advento das legislações específicas, a jurisprudência dos tribunais socorreu-se à larga da boa-fé como cláusula geral definidora do limite das condições gerais dos contratos e do efetivo cumprimento do dever de informar." E prossegue o indigitado doutrinador, destacando que (...) o dever de informar não é apenas a realização do princípio da boa-fé. Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva, relacionado à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços. A teoria contratual também construiu a doutrina dos deveres anexos, deveres acessórios ou deveres secundários ao da prestação principal, para enquadrar o dever de informar." (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 241).

O desenvolvimento do direito do consumidor foi além, transformando-o no corresponsivo do direito à informação, como direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante do conteúdo da prestação principal do fornecedor. Não se trata apenas de dever anexo.

(LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>).

No âmbito consumerista, a oferta dos produtos e serviços constitui etapa de fundamental importância que integrará a relação jurídica que, posteriormente, formar-se-á tal como deixa claro o artigo 30 do CDC.

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ademais, mesmo que contratada, nesses moldes, seria nula a cláusula contratual que autoriza o recebimento de mensagens de madrugada, com fundamento no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, ante a desvantagem excessiva.

Normalmente, quando o envio de mensagens ultrapassa os limites legais, passando a ferir direitos dos consumidores, as operadoras adotam um *modus operandi* com vistas a se furtar a qualquer responsabilização, utilizando números incomuns dentre outros meios, segue um exemplo: 800-0, 900-3, 356-65, 151-5, todos os números são de titularidade de uma operadora muito conhecida, pois, basta ligar para qualquer destes números para começar a ouvir as mensagens de caráter comercial.

Durante os horários em que são enviadas as mensagens, da meia noite até as 04 horas da madrugada, a maioria da população atingida por tal publicidade encontra-se em sono profundo e certamente acordam sempre de maneira abrupta, assustados, pensando que algo de terrível aconteceu com algum familiar, pois, não é comum receber mensagens nestes horários, mas não passou de mais uma inoportuna publicidade.

Há que se levar em conta, que muitas pessoas não podem desligar o celular durante a

noite, seja pela profissão que exercem, seja pelas condições pessoais de cada um.

As empresas devem adequar sua prestação de serviços para um horário apropriado de acordo com o fuso nacional e respeitar os direitos dos consumidores e não os consumidores se adequar ao *modus operandi* das empresas.

É sabido que tais falhas não são eventuais, uma vez que, repetem-se ao longo do tempo.

Tal situação gera inúmeros transtornos aos consumidores atingidos, um número indeterminado de pessoas, que tem seu período de sono e tranquilidade reduzidos ou suprimidos, o que repercute durante seu dia, quando sentem sono, stress além do normal e intensas dores de cabeça, por terem tido noites e noites mal dormidas ou simplesmente por não terem conseguido dormir em virtude das mensagens.

Já há entendimento jurisprudencial exarado no sentido de repudiar tal prática, vejamos a solução adotada para o caso, pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**RECURSO INOMINADO. REPARAÇÃO DE DANOS. TELEFONIA móvel. Mensagens “torpedo” recebidas da operadora durante a madrugada. CASO EM QUE A MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ROMPE O EQUILÍBRIO PSICOLÓGICO DA PESSOA, PORQUE ATENTA CONTRA DIREITOS PRÓPRIOS DA PERSONALIDADE, COMO O DE INVIOABILIDADE DO LAR, PRIVACIDADE E SAÚDE. LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR. Pedido cominatório QUE AINDA OSTENTA INTERESSE, PORQUE O CONSUMIDOR DESEJA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, DESDE QUE ADEQUADAMENTE, OU SEJA, DE QUE OS TORPEDOS NÃO SEJAM RECEBIDOS EM PLENA MADRUGADA. DANOS MORAIS. REcurso provido. Processo Nº 71002364222 – rELATOR FABIO VIEIRA HEERDT**

Verifica-se que a falha na prestação dos serviços, consistente no envio das mensagens não contratadas em horário impróprio, enseja responsabilização objetivas das operadoras de telefonia celular, na forma do artigo 14, do Código de Defesa do consumidor, por todos os danos causados, inclusive o dano moral, caracterizado pela lesão à dignidade da pessoa humana e à saúde. Insta ressaltar que tal dano é aquele que atinge o direito da personalidade.

Na hipótese vertente, o dano moral fica claramente configurado, diante da violação ao princípio da dignidade humana ante a conduta unilateral e abusiva das operadoras, ocasionando lesões aos direitos básicos e fundamentais dos consumidores, o que extrapola o mero aborrecimento.

Esta é a inteligência da súmula 75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a saber:

O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em principio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstancia que atenta contra a dignidade da parte.

O dano moral no ordenamento jurídico brasileiro já se encontra devidamente positivado, chegando ao ponto de obter o reconhecimento constitucional. Desta forma o instituto ora em questão, merece ser analisado com bastante consideração, tendo em vista, a consequência de sua aplicabilidade, uma vez que tal instituto busca possibilitar a vítima da lesão moral, a restauração de seu bem-estar psicológico.

Trata-se de uma lesão ao psicológico da vítima, e tal lesão surge em decorrência de um ato lesivo ocasionado por certo agente, abalando a dignidade de outrem, a ponto de causar transtornos, ao bem-estar social da vítima.

Sabido o tanto que o dano moral pode afetar o convívio social da vítima, é necessário adentrar na forma de restauração do estado psicológico da vítima antes do dano, ou seja, a reparação deste dano. Assim é de suma importância do estudo acerca da reparabilidade. A reparação do dano moral encontra-se reconhecida no ordenamento jurídico

brasileiro, conforme o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, senão vejamos:

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

[...]

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

Fica evidente o reconhecimento do dano moral, restando como ponto a ser discutido, qual a melhor forma de proporcionar a reparação, que a indenização em nossa legislação tem caráter meramente compensatório, nos termos do Código Civil de 2002, mais precisamente no artigo 1060:

Art.1060 - Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor as perdas e danos, a indenização, não pode ir além daquilo que se efetivamente se perdeu.

Mesmo com o caráter compensatório aplicado pelo nosso Código Civil, o tema ainda suscita bastantes discussões no plano doutrinário, pois surge no Brasil uma tendência para a aplicação da Doutrina dos “*Punitives Damages*”, defendendo uma indenização que traga ao autor uma punição para que não volte mais a praticar tais danos, e ainda servindo de exemplo para os demais.

A doutrina norte-americana em questão, causa enorme divergência doutrinária, porém já é possível encontrar traços desta doutrina no mundo inteiro.

O juiz deve identificar o nexos de causalidade transcrito no artigo 1.060 do CC de 2002, levando também critérios de razoabilidade e proporcionalidade, atingindo as condições do agente causador, da vítima e do bem lesionado.

Não se pode limitar a reparação do dano moral a um caráter compensatório, uma vez que se limitando a indenização a um caráter compensatório, é o mesmo que negar a eficácia jurídico-social da reparação dos danos morais, neste momento pode-se então aplicar a indenização baseada no poder econômico do ofensor.

A Teoria do Desestímulo tem relevante ligação com a doutrina norte-americana dos “*Punitive Damages*”, a qual possui um modelo de indenização que visa desestimular a prática de um ato lesivo a outrem, tendo como princípio basilar a punição, pois nada mais justo, se o autor age com a intenção de prejudicar o bem-estar da vítima, ao ponto de abalar o seu psicológico, causando sofrimento e dor, deve ser punido de maneira rigorosa. Tal punição deve causar um abalo ao autor do dano, neste caso sofreria um abalo em seu patrimônio.

Nos tribunais cíveis brasileiros já encontramos decisões que aderiram ao caráter punitivo na reparação dos danos morais, senão vejamos:

RECURSO INOMINADO. COMPRA DE MÁQUINA DE SECAR ROUPA. ENTREGA ATRASADA. DEMORA DE DOIS MESES PARA ENTREGAR A MERCADORIA. ENTREGA QUE OCORREU SOMENTE APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DESCASO COM O CONSUMIDOR. DANO MORAL PUNITIVO CONFIGURADO. 1 Tratando-se de responsabilidade contratual, entende-se que o dano moral só resta configurado quando comprovada situação excepcional de prejuízo aos atributos da personalidade. 2 No caso em exame se vislumbra tal hipótese, não pela essencialidade do bem (secadora de roupas), mas pela injustificada demora de dois meses na entrega do produto, que somente foi entregue após o ajuizamento da ação, ensejando a aplicação do dano moral no seu caráter punitivo-pedagógico. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004179297, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 12/11/2013).

Indenizatória de danos morais. Negativação indevida nos cadastros de restrição ao crédito. Culpa da empresa provada. Hipótese, ademais, subsumida ao artigo 14 do CDC. Redução do "quantum" indenizatório, com condenação do réu em valor que atende à

finalidade dúplice da indenização por dano moral: punitiva e compensatória. Apelo parcialmente provido. (TJ/SP - APL 9193802922009826 SP 9193802-92.2009.8.26.0000 – 34ª Câmara de Direito Privado – Des. Rel. Soares Levada).

Valor da indenização - Dano material e moral. Quantum que se apresentam razoáveis, visto que proporcional aos danos suportados, em atenção ao caráter compensador, punitivo e pedagógico da medida, observadas as condições pessoais das partes e os reflexos do evento danoso. (Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo – Recurso Inominado n. 27.865 – Juíza Relatora Cristina Cotrofe)

CIVIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. SCPC . SERASA. INSCRIÇÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO. CARÁTER DÚPLICE PUNITIVO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE. (...) 4. Na apuração do quantum indenizatório, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato e os prejuízos sofridos pela parte, de modo que o valor arbitrado a título de indenização não seja ínfimo, tão pouco exagerado, para que seja aferido um valor razoável. 5. Caráter dúplice da indenização por dano moral, com finalidade tanto punitiva ao ofensor quanto compensatória à vítima da lesão. (TRF-3 - AC 4821 MS 0004821-65.2003.4.03.6000 – Des. Rel. Luiz Stefanini – J. em 05.11.2012)

Visto a tendência dos tribunais brasileiros em aplicar a indenização punitiva, deve-se buscar agora, o limite desta indenização, pois uma indenização de valor muito alto pode extrapolar o limite do bom-senso e até mesmo, pode esta indenização se tornar injusta, quebrando desta forma o fundamento da

indenização, que seja equilibrar a situação entre autor e vítima.

Podemos fazer uma comparação ao Código Penal Brasileiro, pois este apresenta a consequência para o ato ilícito, ou seja, é possível saber qual a pena para o indivíduo que matar, roubar, furtar e etc.

Neste sentido através dos critérios apresentados pela supramencionada autora, o autor do dano já estará ciente dos parâmetros utilizados pelo magistrado para chegar ao valor da indenização. Diferentemente do que acontece atualmente, no caso da reparação dano, pois não é possível o autor conhecer a consequência de seu ato, em virtude de inexistência de parâmetros para o arbitramento do dano moral.

O “quantum” indenizatório deve ser alto, de sorte a propiciar uma compensação para o lesado e uma punição justa e equânime para o agente lesante, visando coibir novos abusos.

Não há que se falar em enriquecimento sem causa, posto que, há muito além de aspectos materiais e morais nesta demanda, mas sim, há verdadeiro aspecto SOCIAL.

A conduta do demandado, deve ter o condão de ofender à massa de seus consumidores, o que, por si só, caracteriza a existência de danos morais a serem reparados.

Neste sentido, cumpre destacar o auspicioso entendimento doutrinário abaixo, verbis:

No dano moral coletivo não se cogita de compensação ou satisfação de alguma dor ou de algum sofrimento de um sujeito individualizado, como resultado de ofensa a algum direito subjetivo extrapatrimonial. Como observa André de Carvalho Ramos: "O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas". Sobressai a finalidade dissuasória ou exemplar do montante indenizatório, que atua como fator de desestímulo de comportamentos lesivos semelhantes por parte do réu ou de terceiros" (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral**

**e indenização Punitiva, Rio de Janeiro, Forenses, 2006, p.66).**

Da mesma obra, colaciono o seguinte trecho:

"A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos" (p. 169).

Assim é que o valor a ser arbitrado a título de danos morais deve ter finalidade intimidativa, situando-se em patamar que represente inibição à prática de outros atos abusivos por parte das demandadas.

É imperioso que a Justiça dê ao infrator resposta eficaz ao ilícito praticado, sob pena de se cancelar e estimular o comportamento infringente.

O alto valor a ser arbitrado é justo, posto que, as operadoras deliberadamente ignoram,

descumprem e dão risadas das decisões judiciais que arbitram valores pequenos, afinal, tais valores não são aptos a reprimir as condutas lesantes dos agentes.

Verifica-se, mesmo após ter sido criado um precedente contrário à prática de mensagens durante a madrugada pelo TJ/RS, as empresas insistem em violar os direitos mais comezinhos do consumidor, ignorando e desprezando o caráter educativo que deveria ter a decisão judicial em comento, reincidindo em lamentável prática.

Ora, como visto, as publicidades atingem milhões de vítimas país afora.

Uma indenização arbitrada com um valor pífio não surtirá nenhum efeito e as operadoras continuaram reincidindo e cometendo os mesmos abusos.

## **Conclusão**

De todo o exposto, conclui-se que, com o avanço de novas tecnologias, o aumento da comercialização de aparelhos de telefonia móvel e a ampliação de oferta de novos serviços, tem como consequência o aumento das campanhas publicitárias.

No entanto, conforme foi abordado, a publicidade pode ser exercida, afinal, é o regular exercício de um direito, característica da livre iniciativa e da livre concorrência, no entanto, tal direito, como qualquer outro, não é absoluto e os excessos em seu exercício devem ser punidos.

As operadoras de telefonia móvel não estão respeitando os direitos mais comezinhos previstos na Constituição Federal, tais como: direito à saúde, ao lazer, ao sossego, à intimidade e à vida privada.

Tais abusos são característicos da busca pelo lucro ao qualquer custo, a qual vêm sendo coibida pela doutrina, pela legislação, pelas agências reguladoras e pela jurisprudência de nossos tribunais.

No entanto, o esforço empreendido não se mostra suficiente, principalmente, em virtude da relutância do Poder Judiciário pátrio em coibir tais abusos com o arbitramento de indenizações de valor alto.

É sabido que as operadoras detêm tecnologia hábil a evitar o envio de mensagens em horários inapropriados, afinal, é conclusão

lógica, se há como programar um sistema para enviar mensagens em determinado horário, igualmente, há como rever tal procedimento, no entanto, a negativa é deliberada.

Vivemos hoje em dia, à mercê daqueles que detém o poderio econômico, pois, como foi visto, nem sempre o Estado-Juiz consegue deter os abusos e reverter tal situação.

O consumidor não pode ser subjugado à infundável ânsia por lucros das grandes empresas que suprimem os direitos mais comezinhos da grande massa de consumidores.

Desliguem os celulares durante a noite, coloquem no modo silencioso, fiquem incomunicáveis. Não, definitivamente não.

Não é o consumidor que deve se adaptar às condutas das operadoras, mas sim, as empresas devem se adaptar às necessidades e às limitações impostas pela Sociedade, atentando para os limites legalmente impostos.

Reprogramem os sistemas de envio de mensagens automáticas para horário comercial, ou seja, horário adequado para envio e recebimento de publicidade, **desde que devidamente contratada**, sem qualquer transtorno e lesão aos direitos individuais e fundamentais dos consumidores. É isso que se espera.

Mas como fazer com que se respeite tais limites? Compelindo as grandes empresas a arcarem com indenizações de grande vulto, com vistas não apenas a punir o agente lesante, mas coibir futuros abusos.

Ora, é sabido que as decisões judiciais no Brasil são amiúde descumpridas, afinal, não tem a efetividade que se espera.

As indenizações arbitradas são píftias e sustentadas pelo fraco argumento da vedação ao enriquecimento ilícito e a indústria do dano moral. Nesse diapasão, temos dois entendimentos, vejamos:

Há quem entenda, que indenizações vultuosas, caracterizam um locupletamento

indevido, o que acarretaria o assoberbamento de processos no judiciário, pela busca a indenizações como meio de enriquecer sem trabalho; de outro giro, há quem entende que indenizações num montante considerável, não caracterizam enriquecimento ilícito, uma vez que, trata-se da reparação de um dano, conferida à parte, por um meio lícito e arbitrada por uma autoridade legalmente investida pelo Estado para tal mister.

Data vênua àqueles que pensam em sentido contrário, nos filiamos ao último entendimento, afinal, não pode uma decisão judicial que busca reparar a lesão a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, acarretar uma ilicitude.

Outro argumento contrário à utilização das indenizações punitivas, que igualmente não se sustenta em alicerces sólidos, é o princípio da preservação da empresa. Peca o Poder Judiciário ao aceitar tal justificativa, afinal, é sabido que o lucro de diversas empresas país afora ultrapassa bilhões de reais e uma empresa que descumpra as leis e a constituição está sujeita ao seu encerramento. As boas empresas não temem esse argumento.

A mentalidade de alguns agentes jurídicos e o padrão de indenizações estabelecido no Brasil é típico de um país de terceiro mundo, enquanto o lucro das empresas lesantes é capaz de fazer inveja a muitas empresas instaladas em países de primeiro mundo.

Por fim, conclui-se que enquanto o Poder Judiciário se mantiver inerte, com uma mentalidade de terceiro mundo, não adotando uma postura de vanguarda pelo respeito da legislação consumerista, arbitrando punições efetivamente rigorosas, estaremos “*ad aeternum*” sob o “*imperium*”, sob a ditadura dos mandos, desmandos e abusos do Poder Econômico das grandes empresas que dominam o mercado de telefonia celular.

## REFERÊNCIAS

---

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e indenização Punitiva**, Rio de Janeiro, Forenses, 2006, ps.66 e 169

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 241

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51. Disponível em:  
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>> Acesso em: 25/04/2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1006892 MG 2007/0271242-4**. Rel. Min. Eliana Calmon. Dje em 17/11/2008. Disponível em:  
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2051307/recurso-especial-resp-1006892>> Acesso em: 26.04.2014.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.018.719/MT**. Rel. Min. José Delgado. Dje em 02.04.2008. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20080402.pdf>> Acesso em: 26.04.2014.

Brasil. Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo – **Recurso Inominado n. 27.865** – Juíza Relatora Cristina Cotrofe.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - **APL 9193802922009826 SP 9193802-92.2009.8.26.0000** – 34ª Câmara de Direito Privado – Des. Rel. Soares Levada

Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região - **AC 4821 MS 0004821-65.2003.4.03.6000** – Des. Rel. Luiz Stefanini – J. em 05.11.2012

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - **PROCESSO Nº 71002364222** – Des. Rel. FABIO VIEIRA HEERDT.

Brasil. Colégio Recursal do Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível Nº 71004179297**, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 12/11/2013

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Súmula 75.

Brasil. **Constituição Federal**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 28.04.2014.

Brasil. **Lei n. 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)> Acesso em: 28.04.2013.

Brasil. **Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 28/04/2013.

Brasil. **Resolução n. 426/05 – ANATEL**. Disponível em:  
<<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/20-2005/7-resolucao-426>> Acesso em: 28.04.2014.

Brasil. **Resolução n. 477/07 – ANATEL**. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/22-2007/9-resolucao-477>> Acesso em: 28.04.2014.