

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC**  
**CURSO DE DIREITO**

Mateus Souza da Rosa

**O DANO MORAL PUNITIVO-PEDAGÓGICO E A ANÁLISE DA CULTURA DO  
MERO ABORRECIMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Sobradinho  
2019

Mateus Souza da Rosa

**O DANO MORAL PUNITIVO-PEDAGÓGICO E A ANÁLISE DA CULTURA DO  
MERO ABORRECIMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso  
de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Vinícius Ferreira Laner  
Orientador

Sobradinho

2019

## RESUMO

A presente pesquisa tem como tema a possibilidade de aplicação do dano moral em caráter punitivo-pedagógico nas relações de consumo. Analisou-se se a falta de aplicação de indenizações sob o viés punitivo e pedagógico pode servir como instrumento de estímulo ao descumprimento das normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor e se a cultura do mero aborrecimento, utilizada por parte do Poder Judiciário, também serve como incentivo para fornecedores de produtos e serviços praticarem condutas lesivas aos consumidores. Para atingir o objetivo proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, foi analisada a responsabilidade civil de modo geral, buscando conhecer sua conceituação, caracterização e funções a ela inerentes. Depois, passou-se ao estudo de sua aplicação sob a ótica do direito do consumidor, analisando as características presentes no diploma legal e seus métodos de proteção ao consumidor. Por fim, analisou-se as características básicas do dano moral, sua incidência e funções. No segundo capítulo, foi aprofundada a aplicação do dano moral através do instituto das punitive damages, buscando conhecer sua origem e desenvolvimento, assim como sua receptividade pela doutrina e jurisprudência pátria. Ademais, buscou-se analisar a aplicação deste instituto nas decisões judiciais e seus reflexos nas relações de consumo. No terceiro capítulo, a pesquisa tratou da cultura do mero aborrecimento utilizada por parte do Poder Judiciário, analisando os impactos dessas decisões no tempo útil dos consumidores e o estímulo para prática de condutas lesivas na seara de consumo. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica, analisando a legislação brasileira, doutrina, jurisprudência e estatísticas dentro do tema proposto. Por meio do presente estudo, verificou-se que a falta de utilização das indenizações punitivas e pedagógicas nas condenações judiciais decorrentes de dano moral em demandas consumeristas, bem como a cultura do mero aborrecimento, estimula os fornecedores a reincidirem no descumprimento do CDC, verificando que ações judiciais dentro do tema são constantes e as empresas e serviços reclamados são, em sua grande maioria, as mesmas de acordo com os dados estatísticos analisados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dano moral, punitivo-pedagógico, relação de consumo, mero aborrecimento, responsabilidade civil.

## ABSTRACT

This research has as its theme the possibility of applying moral damage in a punitive-pedagogical character in consumer relations. Analyze whether the lack of punitive damages and pedagogical teaching can serve as an instrument to encourage non-compliance with the Consumer Protection Code's protection standards and whether the culture of forced abortion by the judiciary also serves as an incentive for providers. products and services practice harmful practices to consumers. To achieve the proposed objective, the work was divided into three chapters. In the first, civil liability was analyzed in general, seeking to know its conceptualization, characterization and inherent functions. Then, he went on to study its application from the perspective of consumer law, analyzing how resources present in the law and its methods of consumer protection. Finally, analyze as basic characteristics of moral damage, its incidence and functions. In the second chapter, the application of moral damage was deepened through the institute of punitive damages, seeking to know its origin and development, as well as its receptivity to the doctrine and jurisprudence of the country. In addition, we seek to analyze the application of this institute in court decisions and their effects on consumer relations. In the third chapter, a research dealt with the culture of annoyance specified by the Judiciary, analyzing the impacts of decisions that do not affect the usefulness of consumers and the incentive to practice harmful practices in the diet. The research method used was the deductive, through the technique of bibliographic research, analyzing the Brazilian legislation, doctrine, jurisprudence and statistics within the approached theme. Through this study, it was found that the lack of use of punitive and pedagogical indemnities in court convictions for moral damages in consumer demands, as well as the culture of abortion, encourages providers to recur in the unfolding of the CDC, verifying that Lawsuits within the theme are constant and the recovered companies and services are mostly the same according to the statistical data analyzed.

**KEY WORDS:** Moral damage, punitive-pedagogical, consumer relationship, mere annoyance, civil liability.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>2</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DANO MORAL .....</b>	<b>08</b>
2.1	Responsabilidade civil: uma visão geral .....	08
2.2	A responsabilidade civil na ótica consumerista .....	17
2.3	A caracterização do dano moral .....	26
<b>3</b>	<b>O DANO MORAL PUNITIVO-PEDAGÓGICO .....</b>	<b>29</b>
3.1	A origem e desenvolvimento .....	29
3.2	A aplicação no Direito Brasileiro .....	31
3.3	A possibilidade de aplicação nas relações de consumo .....	37
<b>4</b>	<b>A CULTURA DO MERO ABORRECIMENTO .....</b>	<b>47</b>
4.1	A utilização nos Tribunais Brasileiros .....	47
4.2	O mero aborrecimento x o tempo do consumidor .....	52
4.3	O estímulo ao descumprimento do CDC .....	57
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisará a possibilidade de aplicação do dano moral em caráter punitivo-pedagógico nas relações de consumo.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, que o Estado promoverá a defesa do consumidor. Dessa forma, criou o legislador a Lei 8.078/90, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo normas de proteção e defesa deste.

O crescimento do consumo, estimulado pela publicidade, oferta, facilidade nas condições de pagamento, bem como a expansão das vendas pela internet, fez com que se intensificassem as relações entre consumidor e fornecedor. Entretanto, mesmo com a criação dos diplomas legais supracitados, o aumento das demandas judiciais consumeristas em decorrência do desrespeito aos consumidores – muitas vezes considerado pelo Poder Judiciário um fato do cotidiano social – faz surgir a dúvida se a legislação protecionista tem conseguido coibir, por si só, os atos lesivos ao consumidor.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca encontrar respostas para o seguinte problema: a falta de aplicação do dano moral em caráter punitivo-pedagógico nas relações de consumo, deixando de condenar os fornecedores de produtos e serviços a uma pena pecuniária, pode servir como estímulo ao descumprimento reiterado das normas da Lei 8.078/90? A cultura do mero aborrecimento, aplicada nas decisões judiciais, tem estimulado o fornecedor a descumprir as normas do Código de Defesa do Consumidor?

No primeiro capítulo, será analisada a responsabilidade civil, estudando sua concepção histórica, desenvolvimento, caracterização, elementos e suas funções. Também será estudada a sua presença sob a ótica do Direito do Consumidor, realizando-se a conceituação que este diploma legal estabelece para consumidores e fornecedores, os princípios da norma e as responsabilidades decorrentes de fato e vício do produto e serviço. Além disso, serão analisadas as características básicas do dano moral, sua conceituação, caracterização e a função jurídica do instituto.

No segundo capítulo, será abordado o dano moral sob o enfoque punitivo-pedagógico, estudando a sua origem na legislação estrangeira e incorporação pela legislação pátria, com a análise de posicionamento contrários e favoráveis a este instituto, bem como julgamentos em que ele foi utilizado. Por fim, será discutida a

necessidade de sua aplicação nas relações de consumo, fazendo o estudo de julgamentos proferidos por tribunais brasileiros e os efeitos que a falta de utilização do dano no viés punitivo-pedagógico causa para os fornecedores e consumidores nas relações consumeristas.

No terceiro capítulo, será abordada a cultura do mero aborrecimento nas decisões judiciais referentes a demandas consumeristas e seus impactos nesta seara. Ademais, serão estudados os efeitos que essa cultura gera no tempo útil dos consumidores - abordando a teoria do desvio produtivo - e se a sua utilização pelos tribunais pode servir de estímulo ao descumprimento das normas do Direito do Consumidor.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo e a técnica será bibliográfica, tendo como base principal a análise da legislação brasileira, doutrina, jurisprudência e dados estatísticos dentro do tema proposto.

As análises e estudos acima descritos norteiam a presente pesquisa e justificam-se pela crescente vulnerabilidade do consumidor, buscando indicar soluções jurídicas que possam fortalecê-lo, protegê-lo dos abusos aos quais têm sido expostos e que façam valer de forma efetiva seus direitos, contribuindo para uma relação consumerista mais justa e equilibrada.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DANO MORAL

### 2.1 Responsabilidade civil: uma visão geral

Antes de adentrar na análise dos conceitos e características básicas da responsabilidade civil, necessário realizar sua contextualização histórica a fim de possibilitar uma melhor compreensão deste instituto, bem como visualizar sua evolução ao longo do tempo.

A responsabilidade civil surge no Direito Romano. Sua origem está ligada na ideia de vingança privada, tendo uma íntima relação entre uma reação do ofendido contra um mal que sofreu (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Nesse período, vigia a Lei das XII Tábuas, sendo que aquele que causasse um dano sofria a respectiva punição de acordo com a Pena de Talião, a qual originou o ditado lembrado até os dias atuais do “olho por olho, dente por dente”. Para Venosa (2017, p. 457), o princípio da Pena de Talião era da natureza humana, ou seja, “reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. A sociedade primitiva reagia com violência”. Entretanto, à época, a responsabilidade sem culpa era a regra, o que se verificou, com o passar dos anos, tratar-se de uma fonte de situações por muitas vezes injustas, razão pela qual emergiu a necessidade de que a culpa passasse a ser comprovada para a caracterização da responsabilidade como forma de evolução da sociedade (TARTUCE, 2019).

A partir dessa percepção, o elemento culpa passa a ser um fator primordial para a caracterização da responsabilidade. É nesse momento que surge a *Lex Aquilia*, ao final do século III a.C, considerada um marco para o instituto da responsabilidade civil, ao instituir a aplicação de uma penalidade proporcional ao dano causado pelo ofensor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). A *Lex Aquilia* caracterizou-se como a inspiração da responsabilidade extracontratual originada da culpa - motivo pelo qual também é chamada de aquiliana - ao entender o ato ilícito como um elemento autônomo e ao estabelecer que se pune a culpa pelos danos causados de forma injusta mesmo sem haver uma relação de obrigação anterior entre as partes, atribuindo a possibilidade de a vítima receber em dinheiro a penalidade aplicada ao causador de danos aos seus bens (VENOSA, 2017).

A presença da culpa como pressuposto da responsabilidade passa então a



vigorar como regra no Direito Moderno, inspirando diversas legislações, entre elas o Código Civil de Napoleão, o qual exerceu influência no Código Civil Brasileiro de 1916. Todavia, em que pese o fortalecimento da presença da culpa nas codificações civis, esta não conseguia atender à totalidade dos anseios sociais, uma vez que em muitas situações a reparação dos danos causados era obstada pela dificuldade em que a vítima enfrentava para comprovar a culpa do ofensor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Coube então ao Direito Francês introduzir no mundo jurídico os primeiros passos da responsabilidade objetiva. A revolução industrial na Europa e o avanço do capitalismo, originou as primeiras discussões para a responsabilização em benefício da coletividade daqueles que exploravam com força a atividade econômica, surgindo a denominada teoria do risco e a aplicação da responsabilidade sem culpa, a qual refletiu inclusive em nossa legislação pátria (TARTUCE, 2019).

Atualmente, no Direito Brasileiro, a regra ainda é a da responsabilidade subjetiva, ou seja, com a necessária presença da culpa para sua caracterização. Entretanto, o Código Civil de 2002, em seu art. 927, parágrafo único<sup>1</sup> e especialmente o Código de Defesa do Consumidor, dão cada vez mais força ao instituto da responsabilidade objetiva nas relações privadas (sem culpa).

A evolução da responsabilidade civil é constante, ao passo que começa a se discutir o surgimento de uma nova etapa, a responsabilidade civil pressuposta. Essa tese foi defendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka na Faculdade de Direito da USP, onde a autora defende que é necessário um sistema de responsabilização civil que busque reduzir cada vez mais o número de vítimas sem ressarcimento, além de prevenir a ocorrência de danos, independente da discussão acerca de culpa. A respeito da responsabilidade pressuposta, Tartuce (2019, p. 338) refere que “deve-se buscar, em um primeiro plano, reparar a vítima, para depois verificar-se de quem foi a culpa, ou quem assumiu o risco”.

Pois bem, traçada a evolução histórica da responsabilidade civil, passa-se ao estudo de sua conceituação e principais características para melhor compreensão deste instituto.

No que diz respeito à sua origem, a palavra responsabilidade, conforme a lição

---

<sup>1</sup> Art. 927 do Código Civil: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 49-50) está ligada no “verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade”. Qualquer atividade que provoque dano na vida em sociedade traz consigo a responsabilidade, sendo que esta possui como função precípua restabelecer o equilíbrio tanto moral, quanto patrimonial da vítima do evento danoso (GONÇALVES, 2017). Pode-se considerar o surgimento da responsabilidade civil quando uma obrigação é descumprida, seja pela quebra a uma regra contratual ou pela inobservância de uma norma reguladora da vida (TARTUCE, 2019).

A responsabilidade acarreta uma obrigação de reparar um dano injustamente suportado pela vítima e, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 50), está respaldada pelo “princípio fundamental da proibição de ofender, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano – limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada”. Portanto, sempre que alguém sofrer um dano injusto, seja ele moral ou patrimonial, nasce a obrigação de responsabilização por parte do agente lesante, a fim de preservar as relações em sociedade e como desestímulo à agressão de direitos pessoais, sejam eles decorrentes da lei ou de contratos estabelecidos entre as partes. A importância da responsabilidade civil pode ser extraída da lição de Venosa (2017, p. 433) ao afirmar que “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social.”

Um mesmo evento danoso pode ocasionar concomitantemente a responsabilidade civil e a penal, sem que isso configure *bis in idem*. Isso porque, por exemplo, em uma colisão de veículos poderá surgir a obrigação do causador do acidente de reparar as despesas do conserto do veículo colidido, mas também a responsabilidade penal no caso da ocorrência de lesões corporais ou homicídio (GONÇALVES, 2017).

A responsabilidade no âmbito civil é considerada menos grave, incidindo a obrigação de reparar limitada à esfera privada. Entretanto, quando o ilícito causado é de grande relevância, surge a necessidade de repreensão pessoal ao causador, de modo que será considerada como conduta punível no âmbito penal, interessando à sociedade como um todo e não individualmente. Venosa, (2017, p. 459-460) ao diferenciar tais espécies, refere que “no direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade”.

A responsabilidade civil subjetiva é regra no ordenamento jurídico brasileiro,

conforme se extrai do art. 186 do Código Civil<sup>2</sup>. Tal premissa é lastreada pela clássica teoria da culpa, segundo a qual a culpa é elemento fundamental da responsabilidade civil, sendo que não havendo a sua presença, não haverá responsabilidade (GONÇALVES, 2017). Nesse sentido, para que alguém seja responsabilizado civilmente será necessário que o autor da ação judicial prove sua culpa, incluindo aí o dolo e a culpa fundada em imprudência, negligência ou imperícia (TARTUCE, 2019). Na lição de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p .62), “o princípio básico do subjetivismo da responsabilidade é que cada um deve responder por sua própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*”.

Entretanto, como já referido na análise histórica da responsabilidade civil, a prova da culpa do agente causador do dano muitas vezes foi um obstáculo intransponível para a obtenção da reparação civil. Analisando essa situação, Venosa (2017, p. 434) refere “o passado demonstrou a dificuldade de provar a culpa por parte das vítimas, exigindo-se, em muitos casos, uma verdadeira prova diabólica”. Assim começou a ganhar força a responsabilidade denominada objetiva, onde a análise do dolo e da culpa são dispensáveis, havendo tão somente a necessidade da vítima demonstrar a ligação entre o dano sofrido e a conduta do sujeito lesante para configurar-se a obrigação de indenização (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Esta modalidade de responsabilização receberá atenção especial na presente pesquisa, haja vista prevalecer nas relações de consumo, objeto deste estudo.

A responsabilização será objetiva sempre que estiver expressamente prevista em lei – caso do Código de Defesa do Consumidor – ou quando a atividade exercida pelo autor causar dano ou risco, denominada teoria do risco, conforme se extrai do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Esta última, possui divisões a saber: teoria do risco administrativo, teoria do risco criado, teoria do risco da atividade, teoria do risco proveito e teoria do risco integral. Com relação à teoria do risco proveito - mais afeta ao presente estudo - esta ocorre nas atividades em que o risco é originado de uma atividade geradora de lucro, como por exemplo nos casos derivados de riscos de produtos, hipótese em que incidirá a responsabilização objetiva do Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE, 2019). Ao explicar essa teoria, Venosa (2017, p. 442) refere “o sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona”.

---

<sup>2</sup> Art. 186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Outra modalidade advinda da teoria do risco que merece destaque é a teoria do risco criado. Trata-se de uma característica inerente à atividade exercida, sendo que mesmo que o empresário seja diligente, a atividade em si, ou os meios utilizados para sua realização, é extremamente arriscada e danosa (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2016). Corroborando essa tese, Venosa (2017, p. 447-448) utiliza o exemplo da empresa que produz e apresenta espetáculos com fogos de artifício, ao referir que “ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas”.

A crescente adoção da responsabilidade objetiva é salutar, uma vez que facilita a obtenção da justa reparação a um dano sofrido, nas situações em que as partes hipossuficientes detêm dificuldade em obter a prova da culpa do agente causador do dano, hipótese esta que se visualiza com facilidade nas relações consumeristas. Entretanto, este instituto deve ser visto com cautela, porque em alguns casos sua generalização pode ocasionar riscos, notadamente o incentivo pela busca do chamado enriquecimento sem causa, vedado por nosso ordenamento jurídico (TARTUCE, 2019).

A responsabilidade civil pode ser classificada ainda como contratual nas hipóteses em que o dano foi originado do descumprimento de uma obrigação prevista em contrato, ao passo que, nesta situação, pode-se presumir a culpa. Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana caracteriza-se quando uma norma legal é violada pelo agente causador do dano, sem necessariamente ter ocorrido uma prévia vinculação obrigacional anterior entre as partes. Nesta espécie há uma obrigação negativa, a de não causar dano. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Essa diferenciação pode ser identificada de acordo com a relação existente entre vítima e ofensor.

Entretanto, um elemento é comum entre as duas espécies de responsabilidade, qual seja, o descumprimento de um dever jurídico existente antes do dano. Nos contratos, as partes previamente obrigam-se a certos comportamentos e obrigações, caracterizando-se um dever jurídico que quando violado caracteriza a responsabilidade contratual. A responsabilidade extracontratual ocorre quando o dever jurídico não se faz presente em contrato, e sim em um diploma legal (CAVALIERI FILHO, 2014).

A culpa na responsabilidade aquiliana é ônus da vítima, enquanto na contratual,

esta já é presumida, ocorrendo a inversão do ônus da prova, sendo que a vítima somente obriga-se a provar o descumprimento da obrigação. Nessa hipótese, para eximir-se da responsabilidade, caberá ao devedor buscar guarida em alguma causa que rompa o elo de causa com o dano gerado ou a inocorrência de culpa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Por fim, relevante esclarecer que a conceituação entre responsabilidade contratual e extracontratual é colocada apenas para melhor compreensão do instituto. Isso porque, no âmbito do direito do consumidor, ocorreu a unificação dessas duas espécies – uma tendência a ser buscada – e a diferenciação se dá entre a responsabilidade pelo produto e o serviço (TARTUCE, 2019).

A definição acerca dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil é objeto de controvérsia na doutrina, especialmente quanto ao elemento culpa. Há doutrinadores, inclusive utilizados na presente pesquisa, que defendem ser a culpa um elemento fundamental para a caracterização do dever de indenizar, uma vez que a responsabilidade subjetiva é a regra no ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo Flávio Tartuce e Carlos Roberto Gonçalves.

Por outro lado, analisando que o Código Civil atual buscou priorizar a ideia de objetivação da responsabilidade civil, ancorada na teoria do risco, há quem defenda que a culpa é um elemento acidental nessa conceituação. É o que entendem Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 74) ao referirem que:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

A presente pesquisa adotará esta última posição doutrinária, até porque, como já referido anteriormente, seu foco é a análise da responsabilidade civil na seara consumerista, onde predomina a responsabilidade na modalidade objetiva, portanto independente da presença do elemento culpa. Feito este esclarecimento, autoriza-se a análise dos pressupostos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

No que diz respeito à conduta humana, Tartuce (2019, p. 387) leciona que esta “pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que

caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”. Em um primeiro momento, a ideia de conduta humana aparentemente se limita à pessoa física.

Entretanto, o dano pode ser causado também por pessoa jurídica, situação na qual ocorrerá a desconsideração da personalidade jurídica, estendendo-se a responsabilização para os sócios ou representantes legais da empresa, hipótese prevista no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor<sup>3</sup> (NADER, 2016).

Imperioso reforçar que a conduta humana deve ser voluntária, sob pena de não ser ensejadora de responsabilidade civil nas hipóteses em que o agente pratica uma conduta por circunstâncias alheias à sua vontade. A regra é que o agente pratique uma conduta positiva, entretanto, poderá ser omissiva quando tenha a obrigação de praticar certa conduta e deixar de fazê-la. Neste último caso, para a caracterização do dano resultante da omissão, será necessária a comprovação de que se a conduta tivesse sido realizada, não ocorreria o dano (TARTUCE, 2019). Exemplificando a conduta omissiva, Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 79) explicam que esta ocorre no caso da enfermeira que “violando as suas regras de profissão e o próprio contrato de prestação de serviços que celebrou, deixa de ministrar os medicamentos ao seu padrão, por dolo ou desídia”.

Pode-se afirmar que o dano é elemento primordial para a responsabilidade de indenizar, independentemente da espécie da responsabilidade, caracterizando-se quando há um prejuízo para a vítima. Discorrendo sobre a importância do dano para a responsabilidade civil, Cavalieri Filho (2014, p. 92) refere que “não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

Via de regra, há a necessidade de que a vítima comprove o dano sofrido, seja ele material ou moral, para obter o direito à indenização. Entretanto, em determinadas situações esse ônus de provar o prejuízo poderá ser invertido, como por exemplo, no âmbito das relações consumeristas. (TARTUCE, 2019).

No que diz respeito às espécies de dano, a presente pesquisa direcionará sua atenção para o dano moral nas relações de consumo, o qual será melhor detalhado no momento oportuno.

---

<sup>3</sup> Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor: O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Para que a responsabilização de um dano seja imputada a alguém, imperiosa a necessidade de aferir-se a ligação entre o agente causador e o fato ilícito. Nessa seara, surge o nexo de causalidade, que, conforme leciona Tartuce (2019, p. 402) “constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”.

Superada a conceituação desse elemento da responsabilidade civil, poder-se-ia dar como encerrada sua explicação. Entretanto, pretenciosa seria tal intenção, haja vista que o nexo de causalidade é um tema controvertido no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando muitas discussões a seu respeito. Essa controvérsia pode ter como causa a dificuldade em estabelecer de forma unânime qual seria a melhor teoria para explicar o elo entre a conduta do agente e o dano produzido. Três são as teorias, a saber: teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições, na lição de Gonçalves (2017, p. 361) é aquela em que “toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificará”. Esta teoria é a que menos encontra apoio e discussões na doutrina, uma vez que, ao considerar toda a circunstância como causa pode ampliar demasiadamente a busca pelo responsável do evento danoso. Já a teoria da causalidade adequada possui maior aceitação, sendo utilizada pelos tribunais pátrios em inúmeros julgados. Para esta teoria, amparada pelos artigos 944<sup>4</sup> e 945 do Código Civil<sup>5</sup>, possui relevância somente a causa que foi preponderante para geração do dano. Na lição de Venosa (2017, p. 500) “causa, nesse caso, será só o antecedente necessário que ocasionou o dano”. Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata, também utilizada na jurisprudência brasileira e que possui guarida no artigo 403 do Código Civil<sup>6</sup>, na lição de Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 148) é aquela em que a causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma

---

<sup>4</sup> Art. 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano.

<sup>5</sup> Art. 945 do Código Civil: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

<sup>6</sup> Art. 403 do Código Civil: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

consequência sua, direta e imediata”.

Estabelecidos os conceitos e classificações indispensáveis para a compreensão da responsabilidade civil, abre-se espaço para a definição das funções deste instituto. A responsabilidade civil tem como função precípua e clássica a reparação de um dano causado, objetivando restaurar a condição que a vítima detinha antes da lesão sofrida, refletindo o princípio da *restitutio in integrum* (NADER, 2016).

Entretanto, a função exclusivamente ressarcitória de danos limita-se à esfera individual, não espelhando sua atuação como forma de recompor às normas jurídicas que sofreram violação com a conduta lesiva, ao passo que a responsabilidade deve agir para reparar danos, punir o ofensor e inibir a prática de condutas lesivas (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETO, 2016). Assim, na lição de Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 69) “três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva”.

A presente pesquisa, dará maior atenção às duas últimas funções, sem desmerecer a importância que a compensação exerce no âmbito da responsabilidade civil, uma vez que é o primeiro objetivo da vítima ao buscar a reparação por um dano sofrido. Entretanto, tratando-se o presente trabalho da análise de relações consumeristas, imperioso estudar como a função punitiva e pedagógica contribuem para reprimir condutas lesivas ao consumidor, parte hipossuficiente nesta seara.

Ao lecionar sobre a função de punição e desmotivação social da conduta lesiva, Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 70) referem:

Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição integral à situação jurídica anterior), a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar. E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.

Todavia, para desestimular a prática de condutas lesivas, essas importantes funções não podem ficar restritas ao campo teórico, necessitando de sua aplicação prática. Nessa linha de pensamento, relevante a lição de Nader (2016, p. 14) ao afirmar que “é indispensável, ainda, um judiciário ágil e eficiente, sem o que a previsão



legal ou contratual de reparação se torna inócua, não infundindo em seus destinatários qualquer temor quanto à obrigação de reparar eventuais danos a outrem”. Pontuada as características básicas da responsabilidade civil, avança esta pesquisa ao estudo de sua incidência no direito do consumidor.

## 2.2 A responsabilidade civil na ótica consumerista

O Código de Defesa do Consumidor, também popularmente chamado pela sua abreviatura – CDC, nasceu através da Lei Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Sua criação é um desejo da Constituição Federal de 1988 de proteger o consumidor, tratando esta proteção como um direito fundamental e um princípio da ordem econômica, lição que se extrai do art. 5º, XXXII<sup>7</sup>, e do art. 170, V, da Carta Magna<sup>8</sup>. Ademais, tamanha foi a preocupação do Constituinte com o consumidor que, através do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>9</sup>, estabeleceu o prazo de 120 dias, contados da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional criasse uma norma de defesa do consumidor (MARQUES, 2017).

Uma das primeiras características de destaque do CDC é evidenciada logo em seu art. 1º, ao estabelecer que se trata de uma norma de ordem pública e de interesse social<sup>10</sup>, ou seja, uma norma cogente, que não admite renúncia dos direitos nela previstos. Partindo do pressuposto que a lei busca proteger o consumidor, parte hipossuficiente, não haveria sentido criar normas de proteção que poderiam ser objeto de posterior renúncia. Do contrário, empresas poderiam estabelecer cláusulas contratuais benéficas a si e em divergência com os direitos consumeristas, tornando assim inócuas as disposições do CDC, motivo pelo qual são inadmitidas em nosso

---

<sup>7</sup> Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>8</sup> Art. 170 da Constituição Federal: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

<sup>9</sup> Art. 48 da Constituição Federal: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

<sup>10</sup> Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

ordenamento jurídico (BRAGA NETTO, 2018). Exemplificando tal vedação, Farias; Rosenvald; Braga Netto (2016, p. 714) ensinam que:

Digamos que um aluno de direito, estudante de universidade particular, sofre acidente no elevador da universidade. Daí ocorrem graves danos físicos. O prazo para ingresso, nesta hipótese, da ação de indenização é de cinco anos, a teor do prescrito no art. 27 do CDC, adiante estudado (acidente de consumo ou fato do serviço). Pergunta-se: se, no ato da matrícula – portanto anteriormente ao acidente – o aluno houvesse assinado um contrato cujo teor rezava que, havendo dano, o prazo de reparação seria de três anos – tal como ocorrem nas relações civis, de acordo com o art. 206, § 3º, V, do Código Civil - , tal cláusula poderia ser considerada válida? A resposta é negativa. Seja neste prosaico exemplo, seja em casos mais complexos, a renúncia, antecipada ou não, a direitos e garantias insertas no CDC há de ser tida como não-escrita, sob pena de esvaziar todo o conteúdo normativo de tão importante lei.

Outra característica relevante do CDC é tratar-se de uma norma principiológica, haja vista que possui a missão constitucional de proteção do consumidor. Nesse sentido, possui eficácia supralegal, estando hierarquicamente entre a Constituição Federal e a legislação ordinária (TARTUCE, 2019). Ademais, tratando-se de uma lei de função social, que cumpre o desejo da Constituição, mesmo tratando-se de uma lei ordinária, outra norma de mesmo grau hierárquico ou uma lei complementar não pode estabelecer redução dos direitos previstos no CDC, sob pena de inconstitucionalidade (BRAGA NETTO, 2018).

Relevante destacar ainda, no plano das considerações iniciais sobre a norma consumerista, que esta deve integrar-se concomitantemente com outras legislações para garantia dos direitos dos consumidores. É a denominada “teoria do diálogo das fontes” desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme. Esse diálogo pode ser visualizado no art. 7º do CDC<sup>11</sup>, que autoriza a aplicação de direitos não previstos na lei consumerista, mas presentes em outras normas e princípios, ampliando assim a proteção do consumidor. Essa característica do CDC é muito bem explicada por Marques (2013, p.123) ao referir:

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou ao

---

<sup>11</sup> Art. 7º do Código de Defesa do Consumidor: Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Além dessas características referidas inicialmente, o Código de Defesa do Consumidor traz consigo uma série de princípios, entre os quais alguns merecem destaque para a presente pesquisa. A vulnerabilidade é um deles e constitui-se de um princípio primordial para o direito do consumidor. Seu reconhecimento é uma presunção legal absoluta e norteia a forma como a aplicação das normas consumeristas devem ser aplicadas, encontrando disposição expressa no art. 4, I, do CDC<sup>12</sup>. A sua importância decorre da relação desigual existente entre o fornecedor e o consumidor. O primeiro possui maior força, uma vez que detém o amplo controle e conhecimento nas relações consumeristas, enquanto o consumidor, em razão de sua fragilidade nessa relação, torna-se exposto às práticas determinadas pelos fornecedores, tornando-se assim vulnerável. Por essa razão é que devem existir normas específicas de proteção aos mais fracos nas relações de consumo (MIRAGEM, 2018). Cumpre destacar que essa vulnerabilidade pode ser de ordem técnica, jurídica, fática e mais recentemente informacional.

Na primeira, o consumidor não possui conhecimentos detalhados sobre o produto ou serviço adquirido, tornando-se mais suscetível de ser enganado sobre sua utilização e características. Na vulnerabilidade jurídica, presume-se que o consumidor não detenha conhecimentos de ordem jurídica, contábil ou econômica, para, por exemplo, entender as complexidades existentes nos contratos pactuados, razão pela qual, emerge a necessidade que os fornecedores cumpram o dever de informação e boa-fé. Destaca-se que essa modalidade de vulnerabilidade é presumida somente para pessoas físicas e consumidores não profissionais, não ocorrendo sua aplicação automática às pessoas jurídicas e aos profissionais. A vulnerabilidade fática ocorre nas situações em que o fornecedor, diante de sua grande capacidade econômica e posição de superior na relação de consumo, impõe sua vontade ao consumidor, o qual

---

<sup>12</sup> Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

não tem outra escolha a não ser se submeter à vontade do fornecedor. Por fim, a vulnerabilidade informacional ocorre quando a deficiência de informação é um fator decisivo na aquisição de determinado produto ou serviço (MARQUES, 2017).

Outro princípio relevante e que merece destaque na presente pesquisa é o da reparação integral dos danos, esculpido no art. 6º, VI, do CDC<sup>13</sup>. Amparado neste princípio, ao sofrer um dano, o consumidor deve receber uma reparação que seja suficiente para ressarcir de forma integral todos os prejuízos sofridos, sejam eles materiais ou morais, de modo que a vítima seja tratada com prioridade nesta seara da responsabilidade civil. Além da reparação, extrai-se desse princípio o direito de prevenção da ocorrência de danos aos consumidores, tornando relevante outra moderna característica da responsabilidade civil, a de atuar não somente na reparação e sim na prevenção de eventuais danos (BRAGA NETTO, 2018). Relevante destacar ainda, a inadmissibilidade de tarifação de danos morais oriundos da relação consumerista, sob pena de ofensa ao princípio da reparação integral, a qual deve ser respeitada, haja vista a relevância constitucional, de interesse público e social que possui o Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE, 2019). Reforçando a impossibilidade de tarifação de danos, Braga Netto (2018, p. 80) afirma que “são inválidas, nas relações de consumo, as tarifações prévias da indenização estabelecida por contrato, ou até mesmo por lei”.

Como já percebido, o consumidor goza de muitos direitos advindos do CDC, entretanto, ao ingressar em juízo para garantir a aplicação das garantias previstas na lei, poderia esbarrar em obstáculos na obtenção de provas para sua demanda. Antevendo essa dificuldade, surge a hipossuficiência do consumidor em juízo, hipótese prevista no art. 6º, VIII, do CDC<sup>14</sup>, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, facilitando assim a defesa de seus direitos. Todavia, neste ponto, importante destacar que hipossuficiência não é o mesmo que vulnerabilidade, princípio mencionado anteriormente. A hipossuficiência será aferida pelo juiz, avaliando se, no caso concreto, existe a impossibilidade de o consumidor

---

<sup>13</sup> Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

<sup>14</sup> Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

provar a veracidade de suas alegações por sua deficiência ou pela impossibilidade de obter documentos que estão em posse do fornecedor (MIRAGEM, 2018). Nessa linha de esclarecimento, relevante trazer à baila a lição de Braga Netto (2018, p. 522) ao referir que “a hipossuficiência diz respeito, nessa perspectiva, ao direito processual, ao passo que a vulnerabilidade diz respeito ao direito material”.

Vários outros princípios encontram-se expressos no CDC, os quais possuem grande importância para a interpretação e aplicação da norma, todavia, não pode ser descartada a hipótese de identificação de princípios implícitos, os quais devem ser utilizados como forma de proteção ao consumidor (MIRAGEM, 2018). Realizadas as considerações iniciais para compreensão da norma, necessário identificar quem é considerado consumidor para efeito da norma protetorista.

O CDC define em seu art. 2º que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Da leitura do referido artigo, percebe-se que a legislação deu importância para a classificação de destinatário final. Lecionando acerca do tema, Braga Netto (2018, p. 126) refere que “não é consumidor, assim, quem adquire o produto como etapa na cadeia de produção, como a empresa que compra cola para inserir no processo produtivo dos calçados que fabrica”.

Há de destacar ainda o conceito de consumidor por equiparação ou *bystander*, extraído do parágrafo único do art. 2º do CDC, como sendo aquele que, em que pese não ter uma relação consumerista com fornecedor ou prestador de serviço, tenha participado dessa relação. É o caso de pessoas que assistem um filme na residência de quem adquiriu uma televisão, a qual, em determinado momento explode e causa ferimentos a todos que estão na sala. Nesse exemplo, além do adquirente do produto, as demais pessoas atingidas poderão ingressar com ação indenizatória decorrente do evento danoso, por serem consideradas consumidoras por equiparação, baseado na previsão do art. 17 da legislação consumerista<sup>15</sup> (TARTUCE, 2019).

A conceituação de destinatário final trouxe muita discussão na doutrina, de modo que surgiram duas teorias: a finalista e a maximalista. A teoria maximalista entende o CDC como uma legislação de regulação geral do mercado nacional, não protegendo somente o consumidor não profissional, mas também toda e qualquer empresa que participassem de relações no mercado. Nessa tese, a conceituação

---

<sup>15</sup> Art. 17 do Código de Defesa do Consumidor: Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

prevista no art. 2º deveria ser extensiva, de modo que prevalece a definição do destinatário fático do produto, quem o adquire e faz uso, inclusive a empresa que o utiliza para atividade de produção. Entretanto, tal teoria é criticada por retirar da alçada do Código Civil praticamente todas as relações contratuais comerciais, os quais passariam a ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual constitui uma tese de entendimento minoritário (MARQUES, 2017).

De outra banda, há a teoria finalista, a qual entende que a conceituação de consumidor é a razão de ser da norma especial de proteção, a qual somente foi criada porque precisa alcançar os consumidores que efetivamente possuem vulnerabilidade nas relações comerciais. Defendendo essa teoria, Marques (2013, p. 93-94) explica que:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço, ou como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e distribuição. Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Há de se destacar ainda, que essa última teoria passou por uma recente evolução, de modo que passou a ser denominada na doutrina como *finalista aprofundada*. Nessa conceituação mais avançada, pequenas empresas comprovando sua vulnerabilidade e desconhecimento sobre determinados produtos ou serviços que adquiriram podem gozar dos direitos previstos no CDC e caracterizarem-se, de forma excepcional, como consumidores (MIRAGEM, 2018).

Por fim, para caracterizar a relação de consumo, indispensável que se tenha do outro lado da relação jurídica a presença de um fornecedor. O CDC amplia o conceito deste agente com o objetivo de alcançar o maior número possível de relações e cumprir sua missão constitucional de proteger o consumidor (MARQUES, 2017). A definição de fornecedor pode ser extraída do art. 3º do CDC que afirma: “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”.

Lecionando acerca da amplitude do conceito e de quais pessoas podem se enquadrar como fornecedor, Tartuce (2019, p. 64-65) afirma que:

Pode ela ser uma pessoa natural ou física, caso, por exemplo, de um empresário individual que desenvolve uma atividade de subsistência. Cite-se a hipótese de uma senhora que fabrica chocolates em sua casa e os vende pelas ruas de uma cidade, com o intuito de lucro direto. Pode ainda ser uma pessoa jurídica, o que acontece na grande maioria das vezes com as empresas que atuam no mercado de consumo. Enuncia o comando em análise que o fornecedor pode ser ainda um ente despersonalizado ou despersonalizado, caso da massa falida, de uma sociedade irregular ou de uma sociedade de fato.

Outra importante característica para a conceituação de fornecedor é a habitualidade no desempenho das atividades comerciais. Isso porque, aquele que excepcionalmente pratica tal atividade, não poderá ser considerado fornecedor ou prestador, tampouco terá sua relação abrangida pelo CDC. Exemplificando a referida situação, Braga Netto (2018, p. 131) explica que “não é fornecedor, por exemplo, o escritório de advocacia que, pretendendo remodelar o ambiente de trabalho, põe à venda os móveis antigos. Será, à evidência, uma relação civil de compra e venda”.

Por fim, há ainda a presença do denominado fornecedor equiparado, aquele que age de forma intermediária na relação consumerista principal, auxiliando o fornecedor ou prestador, mas com atuação perante o consumidor, como nos casos de empresas de administração de banco de dados dos consumidores. Neste exemplo, enquadra-se a empresa que inscreve o nome do consumidor como mau pagador de forma indevida, ensejando assim responsabilização como fornecedor equiparado (BESSA, 2007).

Como já referido neste estudo, a responsabilidade civil na seara consumerista é predominantemente objetiva, ressalvadas as hipóteses envolvendo profissionais liberais (as quais não são objeto desta pesquisa), conforme se depreende do art. 14 e de seu § 4º do CDC<sup>16</sup>. Outra característica de extrema relevância acerca da responsabilidade civil sob a ótica consumerista é a solidariedade, situação na qual havendo mais de um causador, todos responderão pelo dano sofrido, lição extraída

---

<sup>16</sup> Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

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

do parágrafo único do art. 7º do CDC<sup>17</sup>. A legislação do consumidor caminha para a moderna tendência de focar na prevenção dos danos, não esperando apenas que eles ocorram para depois preocupar-se com a sua reparação, sendo a prevenção um direito básico do consumidor (BRAGA NETTO, 2018).

Analisando mais especificamente a responsabilidade civil no CDC, pode-se identificar a divisão entre quatro espécies: a responsabilidade pelo vício do produto, pelo fato do produto (defeito), pelo vício do serviço e pelo fato do serviço. A primeira situação ocorre quando um problema no produto impossibilita o seu uso ou diminui o seu valor<sup>18</sup>, e fica restrito a ele, sem incidências externas. Tartuce (2019, p. 572) exemplifica essa situação no caso em que “um ferro de passar roupas explode quando em uso, não atingindo qualquer coisa ou pessoa, ou seja, não trazendo outros prejuízos além do seu próprio valor”. Ocorrendo o vício do produto, abre-se a possibilidade para o consumidor requerer a sua reparação tanto ao comerciante, quanto ao fabricante (princípio da solidariedade), sendo que não sanado o vício no prazo de trinta dias, poderá exigir a substituição do produto, restituição do valor pago ou abatimento proporcional do preço, como autoriza o § 1º e incisos do art. 18 do CDC<sup>19</sup>.

Já a hipótese de fato do produto, ocorre quando este perde sua qualidade, seja por vícios de inadequação ou de insegurança, ocasionando acidente de consumo e um dano externo ao consumidor (BENJAMIN, 2017). Nesta situação, mais uma vez caracteriza-se a responsabilidade objetiva, conforme prevê o art. 12 do CDC<sup>20</sup>. Há situações em que poderá ocorrer simultaneamente a responsabilidade por fato e vício

---

<sup>17</sup> Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

<sup>18</sup> Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor: Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

<sup>19</sup> § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

<sup>20</sup> Art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.



do produto. Exemplificando essa situação, leciona Braga Netto (2018, p. 172):

Digamos que alguém adquira um veículo zero, na concessionária. Pouco tempo depois, num cruzamento, os freios não funcionam. Há colisão com danos graves. Nessa situação, haverá claramente, acidente de consumo (fato do produto, previsto no art. 12 do CDC). O consumidor e os terceiros atingidos (que são consumidores por equiparação) poderão pleitear indenizações por todos os danos sofridos (danos morais, estéticos, lucros cessantes, entre outros). A responsabilidade será objetiva. Na mesma situação, haverá responsabilidade por vício do produto. O consumidor poderá exigir a substituição do produto, na forma do art. 18, § 1º e § 3º, do CDC.

Nas situações de vício do serviço e fato do serviço, presentes as mesmas diferenciações acima expostas, salientando que na primeira situação há a presença de defeitos que incidem na qualidade ou valor do serviço, enquanto na segunda hipótese há a presença de acidente de consumo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). O vício do serviço está previsto no art. 20 do CDC<sup>21</sup> e pode ser identificado através do exemplo de Braga Netto (2018, p. 173) ao referir que “se o consumidor compra pacote turístico em hotel de frente ao mar, depois descobrindo que o hotel fica a longos quilômetros da praia, haverá vício do serviço”. Já o fato do serviço ocorre quando existem outros danos decorrentes do serviço, além do valor pago para sua utilização. Lecionando acerca do tema, Tartuce (2019, p. 579) traz exemplo que traduz com precisão a ocorrência dessa hipótese:

Um consumidor vai até um restaurante na cidade de São Paulo em seu automóvel. O estabelecimento oferece serviço de estacionamento ou valet na porta. O dono do veículo entrega as chaves ao manobrista que se descuida e o carro é furtado. No caso em questão, há o fato do serviço diante do prejuízo do valor do veículo. Sendo assim, haverá responsabilidade solidária entre o restaurante, a empresa prestadora do serviço de estacionamento e o próprio manobrista. Os dois primeiros têm responsabilidade objetiva, enquanto o último tem responsabilidade subjetiva, porque se trata de profissional liberal (art. 14, § 4.º, da Lei 8.078/1990).

Por fim, importante destacar a diferenciação entre vício e fato, através do magistério extraído de Rosenvald; Farias; Braga Netto (2016, p. 719) ao referirem que “no vício há um descompasso entre o produto ou serviço oferecido e as legítimas expectativas do consumidor (intrínseco, *in re ipsa*). Já no fato há um dano ao

---

<sup>21</sup> Art. 20 do Código de Defesa do Consumidor: O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

consumidor, atingindo-o em sua integridade física ou moral (extrínseco)”.

Delineada a responsabilidade civil sob a ótica consumerista, passa-se a análise dos conceitos básicos acerca da temática do dano moral.

### 2.3 A caracterização do dano moral

O dano moral recebeu pacificação jurídica no sistema brasileiro com o advento da Constituição Federal<sup>22</sup> de 1988, uma vez que, anteriormente, havia resistência na aceitação de sua reparabilidade, sob a justificativa de dificuldade na aferição da sua determinação e fixação de sua quantificação (TARTUCE, 2019). Reforçando o reconhecimento da reparação dessa modalidade de dano, a codificação civil<sup>23</sup> trouxe previsão expressa em seu art. 186, demonstrando sua atualização para romper com a resistência histórica acerca da temática (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Além da presença do dano moral de forma positivada no Código Civil Brasileiro, seu reconhecimento também se encontra presente em outra legislação infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup> (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2016).

Sua conceituação encontra diversos contornos na doutrina. Para Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 111), abordando o conceito do instituto de forma mais abrangente, “o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”. Já para Cavalieri Filho (2014, p. 111), só pode ser considerado como dano moral as situações em que haja “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições,

---

<sup>22</sup> Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

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

<sup>23</sup> Art. 186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>24</sup> Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

angústia e desequilíbrio em seu bem estar”.

Entretanto, tendo esta última conceituação uma conotação mais tradicional, deve-se esclarecer que não há necessariamente a presença de sentimentos humanos negativos<sup>25</sup> para a determinação da presença do dano moral, uma vez que este pode manifestar-se nas hipóteses de lesão a direitos personalíssimos como o da liberdade, não necessitando a vítima provar o seu sofrimento (TARTUCE, 2019). Acrescente-se que condicionar a existência de dano moral à dor e outros sentimentos psicologicamente desagradáveis para o ser humano, decorrentes de uma conduta lesiva, pode fazer com que pessoas incapazes de demonstrar tais comportamentos, por exemplo, por estado momentâneo de inconsciência ou problemas mentais, tenham obstaculizada a pretensão reparatória por dano moral (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2016).

Atualmente, há um cuidado no meio jurídico para que o dano moral não seja tratado de forma banal, e confundido com transtornos ou aborrecimentos cotidianos. Todavia, há a necessidade de analisar com cautela cada caso, para impedir que situações caracterizadoras de dano moral não sejam entendidas como mero aborrecimento. Nesse sentido, importante o magistério de Venosa (2017, p. 804) ao referir que:

Assim, exemplifica-se, é incômodo perfeitamente tolerável aguardar alguns minutos em uma fila para obter um serviço público ou privado; é incômodo intolerável e atenta contra a dignidade da pessoa ficar numa fila mais de 24 horas para se obter vaga para o filho em escola pública ou para ser atendido pelo sistema oficial de saúde, como noticiam com frequência os órgãos de imprensa.

Nessa mesma linha de pensamento e sob o enfoque da proteção aos direitos do consumidor, objetivo desta pesquisa, relevante destacar a teoria do desvio produtivo do consumidor, criada pelo advogado Marcos Dessaune. Nesta teoria, entende-se que a reiterada conduta abusiva de empresas ao desrespeitarem direitos consumeristas e ocasionando a perda do tempo útil do consumidor para resolução de problemas não pode ser tratada como mero aborrecimento e deve ser indenizada, por considerar o tempo um atributo da personalidade humana (DESSAUNE, 2017). Dada a importância desta teoria ao direito do consumidor, esta será detalhada com maior profundidade no decorrer da presente pesquisa.

---

<sup>25</sup> Veja-se o Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

Com relação à função jurídica da reparação decorrente do dano moral, lecionam Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 134) que esta serve como “uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante”. No dano moral não há a intenção de acrescer o patrimônio da vítima e sim de compensar o mal que esta sofreu, por essa razão, sobre o valor recebido em decorrência de dano moral não há a tributação de imposto de renda<sup>26</sup> (TARTUCE, 2019). Por outro lado, juntamente com a função compensatória, há a função punitiva e preventiva do dano moral (que também receberá atenção especial no decorrer deste trabalho), aliada ao sentido educativo e pedagógico que as indenizações apresentam para a sociedade nos casos em que são aplicadas de forma exemplar para quem comete ilícitos reprováveis (Venosa, 2017).

Por fim, importante destacar que, via de regra, o dano moral deve ser comprovado pela vítima para obter a sua reparação. Entretanto, ocorrem situações em que o dano é presumido (*in re ipsa*), não havendo a necessidade de prova, como nos casos de inscrição indevida de pessoa em órgãos de restrição de crédito, situação costumeira no âmbito das relações consumeristas. (TARTUCE, 2019).

Traçadas as características básicas para a compreensão da responsabilidade civil tanto de forma geral, quanto no enfoque consumerista, além do conceito e caracterização do dano moral, esta pesquisa avançará no estudo mais detalhado da função punitiva e pedagógica do dano moral nas relações de consumo e acerca da cultura do mero aborrecimento nesta seara.

---

<sup>26</sup> Veja-se a Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça: Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.

### 3 O DANO MORAL PUNITIVO-PEDAGÓGICO

#### 3.1 A origem e desenvolvimento

A utilização do dano moral em caráter punitivo e pedagógico tem influência do instituto denominado *punitive damages*, o qual tem origem por volta do século XVII nos países anglo-saxônicos – mais especificamente na Inglaterra – que tinham a jurisprudência dos tribunais como a principal fonte para a aplicação do Direito, sistema conhecido como *Common Law* (MELO, 2018). O referido instituto busca aplicar um valor monetário variável, de forma separada à indenização compensatória, em desfavor do agente que causa danos graves através de negligência, malícia ou opressão. Sua função primordial é a punição do ofensor através de uma sanção exemplar para que não ocorra a repetição do ato lesivo, além de servir como elemento desestimulador para que terceiros não pratiquem condutas semelhantes (ANDRADE, 2006).

Em que pese sua origem tenha sido em terras inglesas, é nos Estados Unidos que as *punitive damages* tem maior destaque e aplicação. Para o direito do norte da América, o *tort law* (responsabilidade civil) tem como uma de suas funções preservar a ocorrência de danos futuros, além das tradicionais funções reparatórias e compensatórias. Além disso, a doutrina e a jurisprudência daquele país entendem que a responsabilidade civil age como uma forma de dissuasão de determinadas condutas ilícitas, ensinando o agente causador do dano e terceiros, através de punições exemplares, que o ilícito não compensa (ANDRADE, 2006).

Como exemplo de aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos, podem ser citados alguns casos mundialmente conhecidos. Um deles é o “McDonald’s Coffee Case”, em que uma senhora de 79 anos, chamada Stella Liebeck, sofreu graves queimaduras após ter derramado em seu corpo um café adquirido no drive-through do McDonald’s. Comprovou-se documentalmente que, entre 1982 e 1992, a empresa havia recebido mais de 700 reclamações de clientes que sofreram queimaduras com seu café e o gerente da empresa referiu que o número de reclamações e pessoas feridas não foi suficiente para que a empresa tomasse maiores cuidados. No julgamento do caso, foram fixados 2,7 milhões de dólares a título de indenização punitiva, além de 160 mil dólares como indenização compensatória. Outro caso destacado é o “BMW of North America, Inc. v. Gore”, no qual uma consumidora

adquiriu um veículo da marca BMW e posteriormente descobriu que o carro não tinha sua pintura original, fato que foi omitido pela empresa. No decorrer do processo, a autora juntou aos autos provas de que desde 1983 a referida empresa havia efetuado a venda de 983 veículos repintados, informação da qual os respectivos consumidores não foram informados. Além disso, constatou-se que várias outras práticas abusivas foram realizadas em desfavor dos consumidores. No julgamento inicial, a BMW foi condenada pela Corte de Birmingham, sendo fixados 4 milhões de dólares de indenização por dano moral no caráter punitivo, valor que posteriormente foi reduzido pelo Tribunal do Estado de Alabama para 2 milhões. A empresa recorreu para a Suprema Corte americana, alegando a ocorrência de violação do processo legal, onde decidiu-se que o caso deveria ser novamente julgado pelo tribunal estadual (REIS, 2019).

Outro ponto importante a ser destacado acerca das *punitive damages* no direito norte-americano, é que o julgamento é realizado por um júri cível, o qual é responsável por fixar o valor das indenizações punitivas, situação que gera muitas críticas na comunidade jurídica americana. Um dos aspectos sensíveis sobre a discussão da aplicação do dano punitivo é a falta de critérios definidos para quantificação do valor arbitrado. Além disso, muitas críticas residem no fato de que os jurados não possuem a capacidade de compreensão de legislações complexas, aplicando indenizações muito mais com base em suas emoções do que de forma fundamentada e adequada aos danos ocorridos no caso concreto. Entende-se que esses fatores ocasionam grande insegurança jurídica, tendo em vista que em casos parecidos são fixadas indenizações com grandes variações entre si. Por tais razões, defende-se que os juízes aplicariam decisões mais equilibradas quanto à fixação dos danos, tendo em vista sua formação e experiência jurídica. Uma pesquisa publicada no Center for Law, Economics, and Business, da Harvard Law School, através de dados obtidos Civil Justice Survey of State Courts em 1996, verificou que em 98% dos casos em que o dano punitivo foi fixado em quantias vultuosas, o julgamento foi realizado por jurados. Muitos julgamentos em que são aplicadas indenizações punitivas milionárias e desproporcionais ao caso concreto são declarados inconstitucionais pela Corte Superior, com base na violação do devido processo legal. Essa desproporção entre o dano praticado e a indenização fixada tem feito alguns estados norte-americanos adotar regramentos para arbitrar os valores de dano moral, como por exemplo, no Estado da Califórnia, onde os jurados utilizam instruções para identificar as

possibilidades de cabimento das *punitive damages* e detalhados critérios para quantificar os danos (REIS, 2019).

### 3.2 A aplicação no Direito Brasileiro

O caráter punitivo do dano moral é admitido por boa parte da doutrina brasileira<sup>27</sup>, refletindo uma evolução da compreensão do instituto da responsabilidade civil, tendo como objetivos a prevenção e a punição. Essa modalidade do dano moral deve ser utilizada nos casos em que a conduta do agente causador do dano é reprovável e nas situações que, mesmo sem culpa, ocorrer a obtenção de lucro com a ilicitude do ato ou reiteração das práticas ilícitas (CAVALIERI FILHO, 2014). As indenizações decorrentes de dano moral diferem dos danos materiais, uma vez que não podem servir apenas de ressarcimento de danos e devem ter presente uma espécie de pena privada, servindo também como desestímulo, conforme ensina Venosa (2017, p. 810-811) ao afirmar que:

Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como ocorre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa. Aliás, tal função de reprimenda é acentuada nos países do *common law*. Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo, didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade. Quem, por exemplo, foi condenado por vultuosa quantia porque indevidamente remeteu título a protesto; ou porque ofendeu a honra ou imagem de outrem, pensará muito em fazê-lo novamente.

Para a indenização punitiva ser aplicada, necessária a presença do dano moral e, via de regra, da culpa grave do agente, sendo necessário também, em certos casos, o lucro ilícito do causador do dano. O dano moral caracteriza-se com a agressão a direitos da personalidade e sua utilização sob o viés punitivo prescinde de expressa previsão legal. Ao contrário da barreira para que seja aplicada junto ao dano material, em virtude deste ser medido através da extensão do dano, tal dificuldade não se aplica no dano moral, porque este não pode ser mensurado de forma econômica. A indenização punitiva deve ser uma reação jurídica sempre que direitos fundamentais forem afrontados e restar caracterizado o dano moral, respeitando assim o princípio

---

<sup>27</sup> Veja-se o enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

da dignidade humana (ANDRADE, 2006).

Por regra, a indenização punitiva deve ser utilizada nos casos em que o dano moral for originado de condutas dolosas ou praticadas com culpa grave, onde o comportamento do agente mostrou-se intensamente reprovável ou censurável. Andrade (2006, p. 150) refere que “é nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua função dissuasória, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade”. Na mesma linha de pensamento, Rosenvald, Farias, Braga Netto (2016, p. 388) defendem que “se o ilícito for doloso, constatados os elementos objetivos necessários à sua incidência, será o agente sancionado por uma pena civil de finalidade preventiva geral e especial”.

O pressuposto acessório da indenização punitiva é o lucro com a prática do ato ilícito. Sua presença não é indispensável, entretanto, nos casos em que indevidamente o agente lucra com a conduta ilícita, o caráter punitivo da indenização é medida que se impõe, sendo desnecessário levar em consideração o grau de culpa do ofensor. Permitir o lucro originado de condutas ilícitas, vai em sentido contrário à ideia de que não é permitida a obtenção de benefícios com a própria torpeza, de modo que as indenizações punitivas restabelecem, para a responsabilidade civil, a função de eticidade (ANDRADE, 2006).

Quanto à natureza da indenização por dano moral, Tartuce (2019, p. 472) leciona que “a reparação deve estar sempre presente, sendo o caráter disciplinador de natureza meramente acessória (teoria do desestímulo mitigada)”. Por outro lado, também se defende que não há óbice ao ingresso de ação judicial que tenha como objetivo unicamente a condenação de sanção punitiva, mesmo sem que se requeira a indenização por danos extrapatrimoniais. É o que poderia ocorrer com empresa imobiliária que de forma reiterada entrega apartamentos com atraso ao pactuado em contrato, ou apresentando infiltrações e outras falhas nos imóveis. Em um primeiro momento, seria inviável a compensação por dano moral, uma vez que o descumprimento de contrato, por si só, não causa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, mesmo não existindo ofensa ensejadora de dano moral no autor da ação, percebe-se que de forma intencional a empresa causou prejuízos a vários consumidores, de modo que o direito não pode ficar inerte a essa situação, tendo em vista a necessidade de contenção de condutas reprováveis e da indiferença dos consumidores que alimentaram a expectativa com os imóveis ofertados pela imobiliária. Nesse sentido, mesmo no caso de improcedência do pedido



de indenização por dano moral, poderia ser analisada de forma separada a incidência de sanção punitiva (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2016). Assim, nos casos em que há ocorrência de apenas prejuízos patrimoniais, deve-se levar em conta o grau de reprovação da conduta e a possibilidade da ilicitude ser estendida a um grande número de vítimas como critério ensejador de aplicação de uma penalidade civil isolada do agente, visando proteger a coletividade (REIS, 2019). Em que pese a discordância pontual entre os doutrinadores acima referidos, percebe-se que o principal ponto a ser observado é que há um entendimento em comum, qual seja, a possibilidade de aplicação do dano moral sob o viés punitivo ou disciplinador.

Por outro lado, seria pretencioso imaginar que o tema possui unanimidade na comunidade jurídica brasileira. Certamente há quem critique a aplicação da indenização punitiva em nosso ordenamento, de modo que, alguns argumentos contrários ao instituto merecem análise para uma melhor compreensão do tema.

Uma das críticas de quem não concorda com a aplicação da indenização punitiva reside no fato de que recepcionar as *punitive damages* dos Estados Unidos, traria consigo o problema das indenizações desproporcionais ocorridas no país norte-americano. Todavia, as indenizações exageradas não merecem preocupação no direito brasileiro, haja vista que nosso sistema jurídico não utiliza o júri civil para o julgamento de casos envolvendo responsabilidade civil, ao contrário, cabe sempre ao magistrado, com seu notável e amplo domínio da norma jurídica, fixar o valor indenizatório avaliando as circunstâncias de cada caso (REIS, 2019). Ademais, o valor indenizatório do dano moral sempre poderá ser revisto por instâncias superiores, sendo uma das funções do Superior Tribunal de Justiça analisar a razoabilidade e a proporcionalidade do quantum indenizatório (ANDRADE, 2006).

Outro ponto objeto de crítica à indenização punitiva é a possibilidade de enriquecimento sem causa da vítima pelos danos sofridos, tendo em vista a fixação de elevados valores condenatórios em desfavor das empresas. Entretanto, não parece ser justa tal afirmação. Negar a indenização à vítima sob a justificativa de enriquecimento sem causa faz com que o alegado enriquecimento ilícito ocorra em benefício do causador do dano através de suas práticas antijurídicas que lesaram o ofendido e propiciaram um lucro indevido (REIS, 2019). Repudiando a ideia de locupletamento ilícito e defendendo a reversão de valores indenizatórios em favor da vítima que ingressou em juízo, Rosenvald, Farias e Braga Netto (2016, p. 393-394) ensinam que:

O autor da demanda agiu como porta-voz de um sentimento comum a uma coletividade de pessoas. Ao levar ao tribunal o autor de um ilícito reprovável – digno de contenção e reprimenda -, consumiu seu tempo, as suas energias, efetuou despesas processuais e com profissionais, quando muitas vezes os danos patrimoniais individuais eram de pequena monta ou de difícil comprovação, o que normalmente desestimularia muitos outros ofendidos a ingressar em uma demanda de resultados imprevisíveis. Tal como Robin Hood, reivindicou justiça em nome próprio e de outros muitos. O interesse do autor da demanda é o que concede efetividade à pena. Ou, como expõe Junqueira de Azevedo, o valor “deve ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou. O operário faz jus a seu salário.

A ausência de norma expressa autorizadora da indenização punitiva e a separação entre o direito público e o privado constituem outros argumentos controvertidos a respeito do tema. Vigem em nosso sistema jurídico penal o princípio da reserva legal, o qual impede a imposição de penas sem que haja previsão em lei, algo que obstará a aplicação de sanções punitivas. Todavia, as penas privadas, onde enquadram-se as indenizações punitivas, possuem natureza civil, amparadas com base em institutos próprios da responsabilidade civil, os quais não possuem vinculação com a responsabilidade penal. Desse modo, não há óbice a utilização da indenização punitiva em nosso ordenamento, uma vez que as penalidades privadas, embora tenham natureza e finalidade penal, constituem-se de instrumentos preventivos, trata-se de um instituto fundamentalmente civil (REIS, 2019).

Historicamente, o direito civil e o penal afastaram-se devido às atribuições diversas conferidas a cada ramo. Ocorrendo um ilícito, o direito civil preocupa-se com o fato e os efeitos sobre o ofendido. Já o direito penal, foca sua atenção para o causador do dano e o seu comportamento. Todavia, o momento atual da sociedade, incapaz de conter condutas ilícitas e estimulando a prática comportamentos antijurídicos, impede que a responsabilidade civil volte sua atenção exclusivamente para o passado, apenas com o foco em restabelecer a situação econômica anterior ao dano. Diante desse cenário, o direito civil – a fim de cumprir a máxima de que ninguém deve prejudicar o próximo, o *neminem laedere* – deve atuar prevenindo ilícitos através da intimidação dos particulares através de seus próprios instrumentos, sem a necessidade de submeter-se a regramentos alheios, a exemplo do direito penal (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2016).

Exemplificando institutos civis que possuem finalidades de prevenção, pode-se observar a pena civil e as astreintes. Ambos os instrumentos não têm a função de ressarcimento de prejuízos, mas sim de desestimular comportamentos reprováveis

pelo ordenamento jurídico. Entre eles há apenas uma separação de estrutura, vez que a pena civil é de natureza material, ao passo que as astreintes possuem aspecto processual. Esta atua anteriormente à geração do dano, tendo como característica obrigar o particular a cumprir a obrigação imposta, sob pena de aplicação de multa diária determinada judicialmente. Trata-se de um meio de auxílio a prestação jurisdicional, prevenindo a ocorrência de futuros ilícitos e garantindo a efetividade do processo. Há de se destacar ainda a cláusula penal, que tem o objetivo de desestimular que uma das partes descumpra um compromisso contratual, aplicando uma penalidade estabelecida de comum acordo entre as partes. Por sua vez, a pena civil tem uma finalidade pedagógica, desencorajando o agente de práticas juridicamente inaceitáveis, além de servir como desestímulo para que situações similares não ocorram por mãos de terceiros (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2016).

No que tange ao posicionamento contrário a aplicação de indenização do dano moral em caráter punitivo por ausência de previsão legal, percebe-se que tal argumento não deve prosperar, uma vez que sua utilização tem amparo na norma mais importante de nosso ordenamento, a Constituição Federal. Assim entende Andrade (2006, p. 147) ao lecionar que:

Independente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Brasileira. Tais princípios constitucionais, como mandados de otimização que são, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”, ao mesmo tempo que consagram direitos de natureza fundamental, determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos.

Ademais, em determinados casos, não há outra alternativa senão a aplicação de sanções que busquem desestimular condutas que causem ofensa aos direitos da personalidade e da dignidade humana perpetradas pelo agente causador do dano ou por terceiros com comportamentos semelhantes. Somente a lei penal é insuficiente para a prevenção de ações que atentem contra os direitos da personalidade, haja vista que não consegue prever todos os fatos geradores de danos, de modo que várias situações constituem ofensa à dignidade humana e não possuem tipificação penal,

fugindo do alcance da jurisdição criminal e restando impunes (ANDRADE, 2006).

Superados os aspectos teóricos e doutrinários, autoriza-se a análise do tema sob o viés jurisprudencial. Os Tribunais brasileiros não têm como unanimidade a aplicação do dano moral em seu caráter punitivo. Em determinadas matérias, a indenização punitiva não é admitida, a exemplo de reparação civil em relação a danos ambientais. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar ação individual<sup>28</sup> de autoria de um pescador em face da Petrobras por razões de desastre ecológico que resultou em desequilíbrio na cadeia alimentar e, por consequência, graves prejuízos para o sustento da família do autor, entendeu que é incorreto atribuir o caráter punitivo para a reparação civil decorrente de ilícitos ambientais, função que seria de incumbência do direito penal e administrativo (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2016). No julgamento, o Tribunal da Cidadania referiu que:

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

Nesse caso, a reparação por dano moral em favor do autor, restringiu-se ao caráter compensatório.

Em outro caso<sup>29</sup>, constante do informativo de jurisprudência número 122 do STJ, o tribunal, analisou caso de indenização por dano moral em decorrência de lesão corporal grave, onde a vítima foi atingida por projétil de arma de fogo após perseguição de carro em via pública por supostamente ter olhado para mulher de um banqueiro de jogo do bicho e ficou paraplégica. No caso, o valor fixado a título de dano moral foi elevado, levando em conta o caráter punitivo e de inibição da indenização, tendo em vista o alto grau da agressão e falta de motivos para a prática da conduta delituosa.

No Supremo Tribunal Federal, já houve o reconhecimento da aplicação das indenizações punitivas, como pode se observar de julgado extraído do Informativo de Jurisprudência de número 364, onde consta decisão monocrática<sup>30</sup> proferida pelo eminente Ministro Celso de Melo, referindo que a indenização por danos morais deve ter “a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação da obrigação de indenizar (*“punitive damages”*), de um lado, e a natureza compensatória referente ao

<sup>28</sup> BRASIL, 2014, <<http://www.stj.jus.br>>.

<sup>29</sup> BRASIL, 2002, <<http://www.stj.jus.br>>.

<sup>30</sup> BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>.

dever de proceder à reparação patrimonial, de outro”.

### **3.3 A possibilidade de aplicação nas relações de consumo**

O dano moral punitivo e pedagógico é plenamente aplicável e necessário no âmbito do direito do consumidor. Como visto, a Constituição Federal, através de seus princípios, autoriza o uso da indenização nesse viés para garantir direitos fundamentais e defender a dignidade humana. Nas relações consumeristas, o consumidor é hipossuficiente e, portanto, sujeito a uma série de riscos, razão pela qual a sua defesa mereceu menção expressa na Carta Magna através do art. 170, inciso V. Assim, nota-se que a indenização punitiva e pedagógica é instrumento que vai de encontro com a vontade do constituinte.

Um dos pressupostos para a aplicação da indenização punitiva é a existência de culpa grave do ofensor, algo que geraria a ideia de que sua incidência estaria inviabilizada no âmbito das relações de consumo, por caracterizar-se este ramo majoritariamente pela responsabilidade objetiva. Todavia, essa regra é excepcionada, uma vez que é aplicada nos casos em que a conduta ilícita do agente é reiterada e constitui-se de uma rotina, tal como acontece com empresas fornecedores de produtos e serviços que insistem em práticas antijurídicas que ofendem o consumidor através de defeitos em produtos ou na prestação de serviços. Essa repetição de ilicitudes pode ser conceituada como culpa grave, tornando imperiosa a aplicação do dano punitivo (ANDRADE, 2006).

Como já referido, a função tradicional da responsabilidade civil é a reparatória, todavia, essa é uma matéria que sofre constante modificação, como pode ser observado através de sua análise histórica. A sociedade atual vive sob a égide da denominada cultura empresarial da irresponsabilidade, na qual as empresas preferem utilizar condutas abusivas e irresponsáveis para com seus clientes do que melhorar os serviços oferecidos. Essa mentalidade empresarial decorre da ideia de que arcar com o custo de possíveis indenizações judiciais é mais vantajoso do que melhorar seus serviços e a segurança dos produtos colocados à disposição da sociedade. Nessa ótica, a responsabilidade civil clássica, meramente preocupada com a reparação dos danos, estimula a prática de condutas ilícitas, uma vez que o agente lesante antecipadamente sabe que o lucro auferido com os danos intencionalmente causados será maior do que as condenações impostas, ou seja, o custo benefício dos

ilícitos torna-se vantajoso. Ademais, o entendimento presente no Código Civil de 2002, através do art. 944, caput, dispendo que a indenização mede-se pela extensão do dano, estabelece que o valor da indenização será arbitrado de acordo com os efeitos decorrentes da conduta danosa devidamente comprovados pela vítima, abstendo-se de utilizar como critério para o cálculo da indenização os lucros que eventualmente o agente tenha obtido com a prática do ilícito (REIS, 2019).

Na mesma linha de pensamento, Rosenvald, Farias e Braga Netto (2016, p. 375) analisam esse estímulo à prática de atividades antijurídicas através do exemplo de seguradoras de saúde que se recusam a cobrir tratamentos de seus segurados, comparando que eventuais indenizações impostas pelo judiciário seriam como restituir uma bolsa a alguém que tenha esse objeto furtado, apenas retornando a situação original e sem nenhuma sanção econômica ao causador do dano:

Pois bem! Se imaginarmos que uma seguradora insere uma cláusula desta natureza nos contratos ou então sistematicamente se recusa a cobrir tratamentos de seus clientes, sem qualquer fundamento, exceto o de obter lucros, temos a convicção que a calculadora do potencial ofensor acena positivamente para a efetivação do ato antijurídico, pela matemática da diferença entre os lucros obtidos com a conduta reprovável e o valor da compensação restrito ao equivalente dos danos praticados (e provados!). De cada dez clientes prejudicados apenas um ou dois insistem em uma discussão no judiciário. Caso a sentença conceda uma reparação, nada mais fará a seguradora do que “restituir a bolsa furtada”, recompondo a situação originária, sem qualquer perda econômica. Pelo contrário, furtou com êxito outras oito bolsas, sem qualquer censura por parte do direito civil.

Essa conduta empresarial é verificada em várias grandes empresas que entendem ser mais vantajoso pagar possíveis indenizações impostas do que atuar para reduzir e evitar os danos (BARRETO, 2016). Ciente dessa lamentável realidade, Andrade (2006, p. 162) destaca que a indenização punitiva pode ser de grande eficácia, referindo que:

A indenização punitiva rompe com essa perversa equação, atuando como forma de impedir o lesante de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar, na sanção meramente compensatória, um preço conveniente, que ele está disposto a pagar para praticar a conduta potencialmente lesiva ou não tomar as medidas necessárias para impedir o dano. A sanção pecuniária aparece, portanto, como fator de reequilíbrio do mercado, por entregar aos consumidores, que constituem a parte sempre mais vulnerável na relação de consumo, instrumento que lhes estimularia a agir contra atos lesivos de seus direitos. De outra parte, a indenização punitiva compeliaria produtores e fornecedores a colocar no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes.

Analisando a temática sob o viés jurisprudencial, percebe-se que os tribunais

brasileiros costumam aplicar indenizações por dano moral nas relações de consumo, com o enfoque para as funções punitivas e pedagógicas. Todavia, em muitos casos, o valor arbitrado nas condenações não condiz com a fundamentação exposta, em virtude de serem estipulados em quantias irrisórias e que não cumprem a função de desestímulo das condutas lesivas. Nesse sentido, Andrade (2006, p.146) refere que “de nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva, se na fixação do montante indenizatório, não levou em consideração critérios punitivos”.

Prosseguindo com o estudo, buscou-se a análise de alguns julgados proferidos pelos tribunais envolvendo o tema em análise.

Em pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período compreendido entre 01/01/2018 e 31/12/2018, através de busca com os termos “dano moral” e “telefonia”, chegou-se ao número de 2953 resultados. Entre os julgados, analisou-se um acórdão decorrente de apelação cível<sup>31</sup> originada de sentença proferida na comarca de Santa Rosa. No referido caso, o autor ingressou com ação judicial referindo que contratou plano de telefonia móvel, sendo que a empresa ré passou a efetuar descontos de serviços não contratados. Relatou que tentou solucionar a questão através de contato com a demandada, não obtendo êxito. Diante dos fatos, entre outros pedidos, postulou a restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados e a condenação da ré em danos morais. A requerida alegou que os serviços em debate foram contratados e utilizados, todavia, não juntou provas de que foi o autor que contratou os serviços. Diante da relação de consumo, com a consequente inversão do ônus da prova, consignou-se no julgado que não havia a responsabilidade do autor apresentar documentação que comprovasse a inexistência de contratação, haja vista que essas informações não estavam ao alcance do consumidor, sendo ônus da ré a produção de prova para se desincumbir da obrigação. A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, condenando a demandada ao pagamento de R\$ 4.400,00 por danos morais e a restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados. Interposta apelação, a sentença foi reformada para afastar a incidência dos danos morais, sob o fundamento de que na situação narrada não houve constrangimento apto a gerar abalo indenizável e que meros transtornos ou dissabores na relação social, civil ou comercial não

---

<sup>31</sup> RIO GRANE DO SUL, 2018, <<http://www.tjrs.jus.br>>.

ensejariam a configuração de dano moral.

Com a devida vênia, a decisão serve de estímulo para a prática de condutas ilícitas por parte de empresas de telefonia. Isso porque a simples condenação de devolução em dobro dos valores indevidos, sem a aplicação de indenização por dano moral no caráter punitivo e pedagógico, faz com que seja vantajoso a multiplicação de condutas semelhantes com vários clientes, os quais muitas vezes deixarão de ingressar em juízo, seja por não estarem dispostos a enfrentarem um processo muitas vezes demorado ou porque os valores indevidamente cobrados sejam de baixo valor em comparação com os custos decorrentes de uma demanda judicial. Assim, os poucos consumidores que ingressarem em juízo e obterem êxito em suas causas, apenas terão os valores devolvidos pelas empresas telefônicas, as quais possuem grande poder econômico e lucraram indevidamente com os valores irregularmente obtidos através daqueles consumidores que foram lesados e não se dispuseram a enfrentar o processo ou tiveram seus pedidos julgados improcedentes.

Essa é uma situação recorrente nas relações consumeristas causando enriquecimento indevido aos fornecedores que, devido à grande capacidade técnica e econômica, optam por práticas antijurídicas em desfavor do consumidor, visando o lucro. Assim, entendem Rosenvald, Farias, Braga Netto (2016, p. 388) ao referirem que:

[...] grandes empresas – principalmente as que operam em setores de pouca competitividade – possuem mecanismos mais sofisticados e precisos para optar por intencionalmente praticar ilícitos tendo o conhecimento de que os danos patrimoniais e morais que repercutirão contra si serão menores que o lucro que obterá ao praticar comportamentos reprováveis. Certamente, se maior o potencial econômico da empresa, maiores as possibilidades de obter grandes lucros à custa de violações de direitos de um considerável público de “anônimos.

Em outro caso analisado<sup>32</sup>, julgado em setembro do ano corrente, verificou-se que a mesma empresa de telefonia efetuou cobranças indevidas na conta de um consumidor que não havia contratado os serviços que foram debitados em sua fatura. No caso, especificamente com relação ao pleito de danos morais, a sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido neste ponto, fixando o valor da condenação em R\$ 4.400,00. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça gaúcho acertadamente majorou o valor da condenação, todavia, na visão da presente pesquisa, o fez de

---

<sup>32</sup> RIO GRANE DO SUL, 2019, <<http://www.tjrs.jus.br>>.



forma insuficiente, haja vista que o valor da indenização foi elevado para R\$ 5.000,00, ou seja, um aumento de apenas R\$ 600,00 na condenação. A fundamentação para a majoração foi de que a indenização deveria levar em conta o aspecto punitivo-pedagógico dos danos morais, todavia, com a devida vênia, a elevação neste patamar financeiro não atende ao objetivo sancionador da medida. Note-se que o caso mostra claramente que a empresa pratica o ilícito em desfavor dos consumidores de forma reiterada, uma vez que no ano de 2018 já havia sido demandada por fato idêntico. Percebe-se também que a ausência de condenação em danos morais naquele julgamento estimulou a ré continuar praticando as mesmas ilicitudes contra seus clientes, o que torna impositiva a aplicação da indenização por dano moral sob o viés punitivo e pedagógico para que a demandada seja coagida financeiramente a não mais reincidir na conduta delituosa.

Todavia, há de se elogiar a postura do Tribunal ao negar provimento ao apelo defensivo e manter a decisão de indenização por danos morais. Consignou-se no julgado que a situação causou transtornos e dissabores ao consumidor, ainda mais porque este solicitou de forma administrativa o cancelamento dos serviços e, de forma abusiva, não foi atendido pela requerida, algo que, por si só, já caracteriza a ilicitude e enseja a condenação à título de danos morais.

Outro caso que merece discussão acerca da aplicação do dano moral em caráter punitivo-pedagógico pelos tribunais diz respeito à possibilidade de indenizações decorrentes de alimentos com corpo estranho em seu interior, tornando-os impróprios para consumo. Consultando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que há entendimento de que para a caracterização do dano moral é imprescindível que o consumidor realize a ingestão do produto impróprio. Em um dos casos analisados<sup>33</sup>, foi encontrado um objeto metálico dentro de uma lata de cerveja, a qual o consumidor não chegou a consumir. No entendimento firmado no caso, em que pese a situação ensejar desconforto, entendeu-se que não caberia a indenização por dano moral porque a situação não caracterizava ofensa à dignidade da pessoa humana, tampouco risco para a saúde humana e perigo para segurança alimentar.

Em outro caso similar<sup>34</sup>, o consumidor adquiriu um refrigerante que continha

---

<sup>33</sup> BRASIL, 2016, <<http://www.stj.jus.br>>.

<sup>34</sup> BRASIL, 2014, <<http://www.stj.jus.br>>.

em seu interior um inseto morto, fato que foi observado no momento da refeição e diante de visitas que estavam na casa do autor da demanda. Em primeiro grau, a demandada foi condenada a pagar o valor de R\$ 7.500,00 por danos morais, decisão que foi mantida pelo segundo grau de jurisdição. Todavia, em sede de recurso especial e por maioria de votos, entendeu o STJ que o fato de a embalagem do produto estar lacrada, sem violação da tampa e o refrigerante não ter sido aberto e ingerido pelo consumidor, impediria o reconhecimento da ocorrência de danos morais. Reiterou-se o entendimento de que as indenizações punitivas não poderiam ser aplicadas por ausência de previsão legal. Desse modo, afastou-se a condenação por dano moral reconhecido nas instâncias ordinárias.

Respeitando o entendimento exposto nos julgamentos acima referidos, entende-se que não reconhecer a existência de dano moral simplesmente porque não houve a ingestão do produto impróprio constitui um grande prejuízo aos consumidores e ofensa a legislação consumerista. Decisões nesse sentido não estimulam as empresas a investirem na segurança de sua linha de produção e armazenamento, o que expõe o consumidor a consumir alimentos que colocam em risco a sua saúde, violando o dever de segurança previsto no CDC.<sup>35</sup> Ademais, prevalecendo esse entendimento, as indenizações seriam reduzidas expressivamente, uma vez que é praticamente impossível que alguém consuma um produto com corpos estranhos mesmo após tê-los identificados. Nesse sentido, impõe-se o reconhecimento do dano moral e sua aplicação em caráter punitivo-pedagógico com a finalidade de coibir o risco dos consumidores ficarem expostos a tamanha gravidade a sua integridade física e psicológica.

Para sorte dos consumidores, há entendimento em sentido contrário no próprio STJ. Prosseguindo na consulta jurisprudencial daquela Corte de Justiça, verificou-se a existência de um caso<sup>36</sup> em que foi encontrado um inseto em decomposição ou algo semelhante a uma sacola plástica no interior de uma garrafa de refrigerante. Em primeiro grau, houve o julgamento de parcial procedência para o fim de condenar a ré ao pagamento de R\$ 3,99 à título de danos materiais. Em apelação, a demandada foi condenada a pagar o valor de R\$ 10.000,00 à título de danos morais, decisão que foi

---

<sup>35</sup> Art. 8º do Código de Defesa do Consumidor: Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito

<sup>36</sup> BRASIL, 2019, <<http://www.stj.jus.br>>.

mantida pelo Tribunal da Cidadania ao negar recurso especial da ré. Para a relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, a situação exposta é de risco evidente ao consumidor e de responsabilidade do fornecedor, consignando o entendimento que “exigir que, para a necessidade de reparação, houvesse a necessidade que os consumidores deglutissem tal corpo estranho encontrado no produto parece não encontrar qualquer fundamento na legislação de defesa do consumidor”.

Em que pese a existência do julgamento acima, muitos casos são julgados em desfavor dos consumidores nas instâncias ordinárias, amparados nos primeiros entendimentos jurisprudências do STJ anteriormente referidos.<sup>37</sup> Percebe-se que o Tribunal da Cidadania deve pacificar essa controvérsia, uma vez que os tribunais precisam manter sua jurisprudência íntegra e estável, conforme estabelece o novo Código de Processo Civil<sup>38</sup>. Espera-se que no momento que houver a pacificação da matéria, prevaleça o entendimento da eminente Ministra Nancy Andrighi, uma vez que este é o que protege efetivamente o consumidor brasileiro.

Uma outra situação que merece análise jurisprudencial é a inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito e cobrança de tarifas por parte de instituições financeiras. Analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encontrou-se uma apelação<sup>39</sup> em que um consumidor movimentou sua conta bancária pela última vez em 09/04/2014, depositando o valor de R\$ 200,00 para quitação de um débito, permanecendo inativa desde esta data. Todavia, a instituição financeira continuou debitando tarifas de serviço na conta, sem comunicar o autor sobre as cobranças efetuadas e o montante do débito, o que ocasionou a negativação do nome do consumidor. O julgador de primeiro grau julgou improcedente os pedidos de danos morais, declaração de inexistência de débitos e exclusão do nome do autor do cadastro de inadimplentes. Em segundo grau, o Tribunal carioca deu provimento ao apelo do autor, sob o fundamento de que a cobrança de taxas e tarifas sem prazo determinado caracteriza afronta ao princípio da boa-fé, de modo que se a conta estiver sem movimentação, não pode o banco cobrar por serviços que o consumidor não utiliza. Assim, os pedidos do autor foram acolhidos e, no que tange ao dano moral, foi fixado o valor de R\$ 1.000,00, sob a fundamentação de que seria razoável e

---

<sup>37</sup> Vejam-se os julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Recurso Cível, n. 71008351231 e Apelação Cível, n. 70078610177.

<sup>38</sup> Art. 926 do Código de Processo Civil: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>39</sup> RIO DE JANEIRO, 2019, <<http://www.tjrj.jus.br>>.

proporcional ao caso concreto.

No que diz respeito ao valor da indenização, necessário tecer algumas considerações. Primeiro, acertadamente o tribunal reconheceu a ocorrência de danos morais pela inscrição de negativação do autor indevidamente realizada. Todavia, a fixação do valor, na visão do presente estudo, foi irrisória. Casos como esse ocorrem frequentemente<sup>40</sup>, de modo que a indenização deve ser fixada atendendo ao caráter punitivo-pedagógico, com valores que sirvam para dissuadir os bancos a não perpetuarem tal conduta. Ademais, tratando-se de instituições financeiras, que detém grandes lucros, os valores devem ser elevados, para que surtam efeitos econômicos capazes de reprimir as ilicitudes perpetradas. Assim entende Tartuce, (2019, p. 478) ao referir que “a situação econômica do ofensor deve ser levada em conta, para se atribuir um desejado caráter pedagógico à reparação imaterial”.

Ademais, decisões judiciais que não condenam as instituições financeiras pela prática da conduta acima exemplificada e, nos casos de condenação, arbitram valores irrisórios, servem de estímulo para que os bancos pratiquem o que Barreto (2016, p. 163) denomina de dano eficiente, explicando que:

Ocorre dano eficiente quando é mais vantajoso para o agente arcar com eventuais indenizações do que prevenir o dano. Quando o litigante contumaz nega um direito a toda uma coletividade, ele está auferindo lucro ou realizando economia que pode ser representada financeiramente pelo valor monetário do direito negado multiplicado pelo número de indivíduos ofendidos. Ele sabe de antemão que nem todos os prejudicados ingressarão em juízo contra ele. Estima também que dentre aqueles que efetivamente peticionam, nem todos sairão vencedores ao fim do processo, seja por representação mal feita, falta de provas ou porque simplesmente faltaram à audiência.

As jurisprudências analisadas acima apenas exemplificam a situação do consumidor brasileiro que diariamente tem seus direitos desrespeitados e depositam no Poder Judiciário suas esperanças para que sua dignidade seja preservada e restabelecida. Aliás, não são poucos os casos de demandas consumeristas que chegam até o Judiciário, sendo que o elevado número de ações é comprovado através da análise do relatório Justiça em Números de 2019, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo como base dados do ano de 2018. Conforme o gráfico a seguir, verifica-se que as ações decorrentes de responsabilidade do fornecedor e

---

<sup>40</sup> Vejam-se a título de exemplo os julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação Cível n. 0023991-78.2017.8.19.0042 e Apelação Cível n. 0033160-83.2015.8.19.0002.

indenizações por dano moral ocupam o segundo lugar nos assuntos mais demandados na Justiça Estadual, somando um total de 3,25% das ações.

Gráfico 1: Assuntos mais demandados na Justiça Estadual no ano de 2018.

Estadual	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	13.946.059 (3,71%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	12.201.191 (3,25%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	10.799.185 (2,87%)
	4. DIREITO CIVIL – Família/Alimentos	6.586.116 (1,75%)
	5. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	6.318.052 (1,68%)

Fonte: BRASIL, 2019, <<http://www.cnj.jus.br>>.

Já nas Turmas Recursais Estaduais, as demandas responsabilidade do fornecedor e indenizações por dano moral ocupam a primeira posição no ranking dos assuntos mais demandados, com 11,61% das ações, quase três vezes mais o percentual de ações do segundo assunto mais ajuizado.

Gráfico 2: Assuntos mais demandados nas Turmas Recursais em 2018.

Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.243.321 (11,61%)
	2. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	444.568 (4,15%)
	3. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	435.979 (4,07%)
	4. DIREITO DO CONSUMIDOR – Contratos de Consumo/Bancários	296.560 (2,77%)
	5. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Material	279.345 (2,61%)

Fonte: BRASIL, 2019, <<http://www.cnj.jus.br>>.

Outra área em que os processos de responsabilidade do fornecedor e indenizações por dano moral ficam em primeiro lugar entre os assuntos mais demandados é nos Juizados Especiais Estaduais, onde possui 13,80% das ações.

Gráfico 3: Assuntos mais demandados nos Juizados Especiais em 2018.

Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	7.940.255 (13,80%)
	2. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	3.279.917 (5,70%)
	3. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	2.643.257 (4,59%)
	4. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	2.248.893 (3,91%)
	5. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Material	1.741.758 (3,03%)

Fonte: BRASIL, 2019, <<http://www.cnj.jus.br>>.

Percebe-se que as indenizações de danos morais em caráter punitivo-

pedagógico e as novas funções da responsabilidade civil precisam ser debatidas e aplicadas com mais frequência por toda a comunidade jurídica brasileira, a fim de coibir o desrespeito ao consumidor, garantindo sua proteção e dignidade, além de evitar o aumento de demandas consumeristas. Nesse sentido, importante destacar a lição de Rosenvald, Farias, Braga Netto, (2016, p. 376) ao afirmarem que:

Se o direito civil quer se reconstruir com efetividade para os desafios do século XXI, é necessário que a doutrina e os aplicadores do direito constatem que o contexto socioeconômico e cultural requer que a responsabilidade civil assuma novas técnicas de controle social, prioritariamente uma função preventiva. O fundamental das sanções civis e punitivas é reagir contra a perspectiva em voga, que invariavelmente remete a responsabilidade civil à pessoa da vítima e ao dano, abstraindo-se da pessoa do agente, de sua culpa e, principalmente, de qualquer aptidão preventiva. Elas podem e devem atuar como uma resposta a essa lacuna na teoria da responsabilidade civil, deferindo ao credor ou ao lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. [...] Indiferente a uma eventual sanção reintegratória, cuida-se de um misto de prevenção de atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever de obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito.

Outra situação que merece análise especial é a cultura do “mero aborrecimento” no âmbito das discussões judiciais que envolvem a temática do dano moral na seara consumerista. Esse tema será abordado no capítulo seguinte da presente pesquisa.

## 4 A CULTURA DO MERO ABORRECIMENTO

### 4.1 A utilização nos Tribunais Brasileiros

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o dano moral sofria resistência pelo Poder Judiciário. Seu reconhecimento era negado sob a fundamentação de que seria ele inestimável e que dar um preço para a dor da vítima seria uma imoralidade. Além disso, defendia-se que inexistia previsão legal para a indenização dessa espécie. Posteriormente, passou-se a reconhecer a aplicação do dano moral desde que não fosse cumulado com o dano material, uma vez que este absorveria aquele. Por fim, com o nascimento da Constituição Cidadã, passou-se a não mais discutir a possibilidade de aplicação da indenização por dano moral, sendo inclusive aceita a aplicação desta com a indenização material pelos tribunais brasileiros<sup>41</sup> (CAVALIERI FILHO, 2014).

Este avanço no reconhecimento do dano moral fez com que o cidadão tivesse maior possibilidade de levar suas demandas ao Poder Judiciário, buscando seu reconhecimento. Situações que anteriormente não eram recepcionadas pelos julgadores, passaram a ter maior aceitabilidade. Com o tempo, aumentou-se o número de demandas, de modo que surgiu a necessidade de controlar eventuais abusos na busca por indenizações decorrentes de dano moral.

Assim surgiu a expressão “mero aborrecimento”, encontrada nas decisões judiciais e aplicadas quando a lesão sofrida pela vítima não foi grave o bastante para a caracterização do dano extrapatrimonial, ou seja, não houve efetiva lesão a dignidade da pessoa (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2016). Nesse sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 111) afirma que:

Mero dissabor , aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Ocorre que, se por um lado houve a necessidade de coibir o excesso de demandas desprovidas de elementos caracterizadores de reparabilidade moral, por

---

<sup>41</sup> Veja-se a Súmula nº 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.”

outro, a negativa reiterada da indenização extrapatrimonial sob o fundamento do “mero aborrecimento” pode trazer injustiças ao não reconhecer a ocorrência do dano em situações em que este se fazia presente. Assim alertam Rosenvald; Farias; Braga Netto (2016, p. 305), afirmando que essa situação “costuma trazer um perigoso efeito colateral – fecha as portas da reparação, por vezes, a autênticas situações de dano moral, apenas porque calharam em procurar o Judiciário em instante de refluxo”.

Essa distorção da aplicação do conceito de mero aborrecimento tem sido frequente em demandas consumeristas, fazendo com que muitos casos onde o consumidor efetivamente sofreu um dano cabível de reparação moral sejam indeferidos sob o fundamento de que se tratam de um mero aborrecimento do cotidiano, conforme pode ser observado nos julgamentos a seguir analisados.

Assunto recorrente no Poder Judiciário diz respeito à reparabilidade do dano moral decorrente de atrasos em voos. Analisando o tema, Barreto (2016, p. 115) faz referência a um dos casos<sup>42</sup> conhecidos a respeito do assunto, onde o consumidor foi vítima de atraso de cerca de oito horas em seu voo, o que ensejou a propositura de ação judicial objetivando indenização por dano extrapatrimonial. Em primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente, consignando o julgador que “(...) tal fato não passa de mero contratempo, comum à moderna vida em sociedade, não podendo pontual desgosto ser alçado à condição de “dano moral””. A demanda foi objeto de recurso especial, sendo que o STJ manteve a decisão de improcedência. Entendeu o Tribunal da Cidadania que o mero inadimplemento contratual e o dissabor não são suficientes para caracterizar a ocorrência de dano moral, de modo que o ato antijurídico precisa lesar a dignidade da pessoa, causando ofensa em grau relevante, sendo que no caso “ocorreu dissabor que não rende ensejo à reparação por dano moral, decorrente de mero atraso em voo, sem maiores consequências, de menos de oito horas – que não é considerado significativo (...)”. Prosseguiu o julgador referindo que:

O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade – notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos –, é insuficiente à caracterização do abalo(...) A indenização por dano moral não deve ser banalizada, alimentando o que parte da doutrina e da jurisprudência denomina de “indústria do dano moral”. No sentido de que só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar (...).

---

<sup>42</sup> BRASIL, 2014, <<http://www.stj.jus.br>>.



Outro tema trazido à tona por Barreto (2016, p. 116) diz respeito a consumidores que adquiriram imóvel em condomínio residencial e ao passarem a residir no local verificaram vários problemas como vazamentos, mau acabamento e infiltrações. Em decorrência dos problemas, os móveis dos consumidores foram danificados e seu filho sofreu problemas de saúde em virtude do mofo existente no imóvel. Ajuizada demanda pelos autores, em primeiro grau a ação foi parcialmente procedente, sendo que, dentre outros pedidos formulados, houve a condenação em danos morais no valor de treze salários mínimos para cada autor. Em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a condenação em danos morais, razão pela qual houve a interposição de Recurso Especial<sup>43</sup> no Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do recurso, o STJ manteve a decisão anteriormente proferida, entendendo que nas situações em que ocorrem aborrecimentos a que todos estão sujeitos, eventuais indenizações por danos morais devem ser afastadas e referindo o mesmo entendimento do caso anteriormente analisado, no sentido de que só pode ser considerado como dano moral a dor, vexame, sofrimento que interfira de modo intenso no psicológico da vítima a ponto de causar-lhe desequilíbrio em seu bem estar. Consignou-se ainda no acórdão que:

Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. (...) No caso, a infiltração ocorrida no apartamento dos ora recorrentes, embora tenha causado, é certo, frustração em sua utilização, não justifica, por si só, indenização por danos morais. Isso porque, embora os defeitos na construção do bem imóvel tenham sido constatados pelas Instâncias ordinárias, tais circunstâncias, não tornaram o imóvel impróprio para o uso.

Respeitando o entendimento do STJ, a presente pesquisa discorda do critério da verificação da dor, vexame ou outros sentimentos negativos para caracterização do dano moral. Ademais, no primeiro caso analisado, decorrente de atraso em voo, veja-se que o Tribunal utilizou a expressão “mero atraso” e referiu que sendo este inferior a oito horas trata-se apenas de um dissabor. Com a devida vênia, não é necessário realizar maiores esforços para chegar à conclusão de que oito horas de atraso não é apenas um mero aborrecimento do cotidiano e que não causa transtornos na vida de uma pessoa. Inclusive, no entender desta pesquisa, um atraso dessa magnitude caracterizaria dano moral presumido, não necessitando o consumidor ter

---

<sup>43</sup> BRASIL, 2011, <<http://www.stj.jus.br>>.

que provar qualquer tipo de dor ou sofrimento, conforme requer o tribunal. Já no segundo caso em comento, veja-se que, além da frustração sofrida e o abalo emocional dos autores ao verificarem vários defeitos e ter que administrar as infiltrações na residência adquirida, ainda sofreram maiores prejuízos de ordem psicológica pelo fato de seu filho ter desencadeado doença alérgica em decorrência do mofo do imóvel, devidamente atestada por exames médicos, de modo que a situação não pode ser considerada apenas como mero aborrecimento.

Ademais, é equivocado atrelar o reconhecimento do dano moral com sentimentos negativos ou desagradáveis sofridos pela vítima, sendo uma distorção que precisa ser corrigida em prol do consumidor. Lecionando acerca do tema, Rosenvald, Farias, Braga Netto, (2016, p. 297) ensinam que:

Trata-se de uma confusão entre o sintoma e a causa. Vale dizer, decepção, desgosto, desprazer, dissabor... Cada um destes sentimentos não passa de uma eventual consequência do dano moral. E como reflexos pessoais, que podem ou não surgir conforme as nossas vicissitudes, a tentativa de sua demonstração em juízo para a obtenção de êxito na pretensão reparatória tão somente nos desvia mais e mais do foco da temática, eis que discutimos exaustivamente sobre as consequências do dano, ao invés de indagarmos sobre quais são verdadeiramente os interesses extrapatrimoniais merecedores de tutela. Ora, se alguém é afetado em sua intimidade, o dano moral surgirá objetiva e concretamente no momento em que este bem jurídico existencial é afetado, independentemente da maior ou menor repercussão em termos de dor ou consternação experimentados por cada pessoa que sofra abstratamente a mesma agressão.

Outro caso em que o dano moral em favor do consumidor foi afastado sob a justificativa do mero aborrecimento pode ser observado em recente julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>44</sup>. Na comarca de Porto Alegre, o consumidor ajuizou ação contra instituição bancária após ter sido retirado indevidamente de sua conta, o valor de R\$ 12.400,00 e mais R\$ 980,80 referente a juros do cheque especial. A referida movimentação financeira ocorreu após o banco ter recebido ligação telefônica de pessoa estranha, solicitando seu cadastramento como beneficiário da conta do autor, a qual foi atendida pela demandada. Posteriormente, realizou-se a escuta das ligações telefônicas gravadas, onde verificou-se que até mesmo o funcionário do banco percebeu diferença na voz da pessoa que realizou as transações, ficando caracterizada a fraude. Por sua vez, o autor, necessitou realizar empréstimo de R\$ 18.000,00 para cobrir o valor das

---

<sup>44</sup> RIO GRANE DO SUL, 2019, <<http://www.tjrs.jus.br>>.

movimentações financeiras fraudulentas e os juros dela decorrentes. Após regular instrução processual, restou reconhecida a responsabilidade da instituição financeira, sendo esta condenada a devolver em dobro os valores ao autor e à indenização por dano moral no valor de R\$ 7.000,00.

Inconformada com a decisão, a ré apelou e lamentavelmente o Tribunal de Justiça gaúcho afastou a condenação por danos morais. Para os julgadores, mesmo que tenha ocorrido a falha na prestação do serviço, as movimentações financeiras realizadas sem o consentimento do titular da conta se caracterizam como um mero aborrecimento do cotidiano, incapaz de gerar abalo ou ofender o direito da personalidade do consumidor, obstando o reconhecimento do dano moral. Foi além o tribunal, referindo no acórdão que, no caso em tela, a transação indevidamente realizada “não acarreta a presunção de que houve dor, mágoa ou lesão à dignidade da autora, exigindo, para a sua configuração que o ofendido comprove o dano moral sofrido e, em última análise, que esse dano foi injusto e irreparável”. Mais uma vez respeitando o entendimento da Corte Estadual, a situação retratada não pode ser considerada com um mero aborrecimento. Veja-se que o dever de segurança, previsto no CDC, não foi observado pela ré – sendo inclusive reconhecido pelo Tribunal –, tornando o serviço defeituoso. Ademais, o abalo sofrido pelo autor é nítido, uma vez que, além de ter a segurança de sua conta bancária violada, a quantia retirada foi vultosa, algo que certamente causaria sérios transtornos para qualquer consumidor. Inclusive, mais grave ainda o fato de que o autor teve que contrair empréstimo para cobrir o prejuízo causado pela fraude, de modo que claramente a situação trouxe danos de ordem pessoal que não podem ser considerados como dissabores do cotidiano.

Assim, observa-se que, em várias demandas, a cultura do mero aborrecimento foi utilizada de modo equivocado, causando prejuízos aos consumidores que efetivamente foram lesados em diversas atividades cotidianas e não tiveram a prestação jurisdicional adequada para o fim de dar-lhes a justa reparação pelo dano moral sofrido. Tartuce (2019, p. 465) comenta uma alternativa que poderia ser utilizada em favor do consumidor ao referir enunciado proposto na VI Jornada de Direito Civil de autoria de Wladimir Alcebíades Marinho Falcão Cunha com o seguinte teor:

As microlesões do dia a dia, relacionadas à alteração da rotina e/ou do curso natural da vida do indivíduo em situações cotidianas do tráfego jurídico-

econômico comum (labor, consumo, lazer, etc.), vindo a ocasionar aborrecimentos relevantes e não meros aborrecimentos, integram a acepção lata de dano, pois também significam lesão a interesses ou bens jurídicos ligados à personalidade humana, ainda que em escala menos grave do que nos danos extrapatrimoniais. Como tal, tais lesões constituem danos extrapatrimoniais residuais e devem também ser indenizadas.

Lamentavelmente, o enunciado proposto não foi aprovado, mas certamente incorporada sua ideia pelo meio jurídico, seria importante instrumento em favor dos consumidores para concessão de danos morais e desestímulo ao argumento do mero aborrecimento.

Ademais, importante destacar que os julgamentos acima citados não levaram em consideração um importante bem da atualidade, o tempo; e ainda contribuem para que as empresas perpetuem práticas negativas em desfavor do consumidor, uma vez que são sabedoras que muitos casos serão julgados com base na cultura do mero aborrecimento.

#### **4.2 O mero aborrecimento x o tempo do consumidor**

Atualmente, a sociedade caracteriza-se como uma “sociedade do cansaço”, onde as pessoas se esforçam para atender as expectativas de desempenho, e obter as exigências sociais. Assim, para satisfazer esses anseios o tempo surge como grande instrumento, além de se constituir em um meio necessário para obtenção de qualidade de vida e saúde. Além disso, serve para descanso, trabalho, estudos, atenção à família, de modo que é extremamente necessário e requer constante organização do ser humano para sua obtenção e realização das mais variadas atividades do mundo moderno (DA ROSA, MAIA, 2019).

Dessaune (2017, p. 179) conceitua o tempo sob o enfoque ontológico, econômico e na visão do Direito, além de classificá-lo como o bem finito individual mais valioso, referindo que:

(...) sob o enfoque ontológico (...) é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve. Dito de outra maneira, o tempo total de vida de cada pessoa é um bem finito individual; é o capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, do qual só se deve dispor segundo a própria consciência. Em termos econômicos, ele é um recurso produtivo limitado – necessário para o desempenho de qualquer atividade – que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; ou seja, é um bem econômico. Na ótica do Direito, ele é um bem jurídico representado pela duração da vida de cada pessoa, na qual ela faz suas

escolhas existenciais. Em 2015, o tempo total de vida médio do brasileiro era de 75,5 anos, os quais representam o mais valioso bem finito individual. Significa dizer que no Brasil, levando-se em consideração a expectativa de vida média entre ambos os sexos naquele ano, o maior capital de que cada pessoa dispõe são os seus 75,5 anos, 27.557 dias ou 661.380 horas de vida.

Outro ponto de importante destaque é que além do fato de que o desrespeito ao tempo possa causar prejuízos materiais, a sua violação pode impedir o exercício de inúmeras atividades, de modo que a sua proteção não deve ficar restrita à aspectos patrimoniais. Suprimir o tempo faz com que muitos dos direitos do cidadão fiquem restritos ao campo teórico, ou seja, inatingíveis. Dessa forma, o tempo é um bem jurídico que se relaciona com a defesa da personalidade e da dignidade humana (AMORIM, 2019). Assim também é o entendimento de Dessaune (2019, p. 107) ao referir que “o tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade”. No mesmo sentido Amorim (2019, p. 121) enfatiza que “sem tempo não se trabalha o quanto se quer trabalhar. Sem tempo não se descansa o quanto se quer descansar. E não se perca de vista a natureza finita, escassa, inacumulável e irrecuperável deste recurso tão precioso”.

Nas relações de consumo, o fornecedor tem como missão fornecer produtos e serviços qualificados que possam otimizar o tempo e as competências do consumidor para utilizá-lo da forma que melhor lhe convir. Nesse sentido, o objetivo do consumidor é não ter que utilizar seu tempo útil para produzir determinado produto ou serviço, razão pela qual os adquire no mercado consumerista com a expectativa de empregar suas competências e seu tempo nas atividades existenciais do cotidiano (DESSAUNE, 2019). Enumerando as obrigações que os fornecedores possuem nas relações de consumo, para liberar o tempo do consumidor, Dessaune (2019, p. 102) ensina que:

Juridicamente essa missão do fornecedor está fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-proteção e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.

Ocorre que, muitas vezes, os fornecedores descumprem as obrigações acima citadas de forma intencional e com o objetivo de auferir lucro, fazendo com que o

consumidor desperdice seu tempo na solução dos problemas que não foram por eles criados. Lamentavelmente, esse tempo perdido pelo consumidor em muitas oportunidades é considerado como dissabor e aborrecimento do cotidiano. Para Marques (2019, p. 13) o tempo deveria ser fator de benefício para o consumidor, o que nem sempre ocorre, referindo que “a sociedade de massas muitas vezes traz como efeito o fato de o tempo do outro ser menosprezado, considerado “mero aborrecimento normal” decorrente de relações contratuais de consumo”. Essa conduta intencionalmente praticada, afronta o dever de prevenção e reparação de danos previstos no Código de Defesa do Consumidor. Nessa linha, Bergstein (2019, p. 86) refere que “há um verdadeiro dever jurídico de adoção de medidas e diligências de prevenção de danos nas relações de consumo, o que inclui, necessariamente, o dano decorrente da desarrazoada perda do tempo do consumidor”.

Quando o consumidor deixa de praticar suas atividades habituais para resolução de problemas de consumo, ocorre o que Marcos Dessaune chama de desvio dos recursos produtivos do consumidor, caracterizando a denominada *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, de sua autoria. Para Dessaune (2019, p. 106), esse desvio “é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais”. Essa situação é vivenciada várias vezes pelos consumidores ao despenderem seu tempo para resolver diversos problemas, como por exemplo, ser vítima de longa espera ao telefone para cancelar serviços de TV à cabo, cancelar planos de internet ou telefone, tentar corrigir faturas com valores errados, etc.

Nas decisões analisadas anteriormente, verifica-se que o tempo do consumidor foi subvalorizado. Consumidores que tiveram valores de serviços não contratados incluídos em suas faturas, tentaram por diversas vezes resolver o problema de forma administrativa, todavia sem êxito. Certamente, o tempo desperdiçado deixou de ser utilizado em outras atividades que o consumidor precisou colocar em segundo plano. Entretanto, ao recorrer ao Poder Judiciário como última esperança na resolução dos problemas de consumo de responsabilidade do fornecedor, as lesões sofridas foram consideradas como meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano. Trazendo exemplo de caso semelhante para explicar a nocividade da conduta de determinados fornecedores, Amorim (2019, p. 122) refere que:

Quando uma empresa impõe ao consumidor um desperdício temporal exagerado para cancelamento de um serviço, no intuito de dissuadi-lo, resta evidente a supressão de atributos existenciais em prol de interesses patrimoniais. De igual forma, há um prejuízo temporal desarrazoado quando o fornecedor reitera cobranças indevidas, exigindo do consumidor constantes contestações e, muitas vezes, o acionamento da vida judicial.

Em outra situação de evidente prejuízo, o consumidor que perdeu oito horas de seu dia em decorrência de atraso no voo certamente privou-se de inúmeras atividades. Perdeu um terço de seu dia. Todavia, a situação foi considerada pelo Poder Judiciário como um mero contratempo sem maiores consequências. Por fim, no caso do consumidor que teve valores indevidamente retirados de sua conta por erro da instituição bancária, ao cadastrar, por telefone, pessoa estranha como beneficiária de sua conta, certamente ocorreu grande desperdício de tempo na resolução do problema, como ligações telefônicas, deslocamentos à instituição financeira e realização de empréstimo para cobrir os prejuízos. Todavia, o tempo não foi levado em conta para condenação em dano moral, sendo também considerada a lesão sofrida como um mero aborrecimento do cotidiano.

Decisões nesse sentido servem de estímulo para os fornecedores não investirem na prevenção e rápida resolução dos vícios e defeitos dos serviços. Ademais, a demora e a criação de obstáculos na resolução dos problemas com produtos e serviços que apresentam defeito, caracterizam um abuso praticado por alguns fornecedores, os quais acabam transferindo parte dos custos e responsabilidades de suas atividades econômicas ao consumidor, na medida em que este precisa dispensar tempo e dinheiro para resolver problemas de consumo. (BERGSTEIN, 2019). Essa transferência de responsabilidade para o consumidor é chamada por Dessaune (2017, p. 362) como “*modus solvendi* do problema”, ensinando que:

Trata-se de expressão criada para designar o “modo” veladamente imposto pelo fornecedor de “solucionar” problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, que se traduz na conduta desleal, não cooperativa e danosa, comumente ainda marcada pela habitualidade, pela qual o fornecedor se vale das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade pelo problema que ele próprio permitiu ou contribuiu para que fosse criado no mercado. Esse *modus solvendi*, pelo qual o fornecedor subverte a ordem jurídica e veladamente tenta transferir para o consumidor os seus deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, de modo diverso do que o CDC estabelece, configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V e 51, I e IV, do CDC.

Esta situação ainda é chamada por Bergstein (2019, p. 95) como menosprezo

planejado, explicando a autora que:

Ao implementar sistemas morosos, pouco eficientes, deixando de investir adequadamente na cadeia produtiva o fornecedor transfere ao consumidor todo o ônus decorrente de sua inércia, os riscos inerentes à sua própria atividade. E tal conduta desidiosa pode gerar danos, inclusive o *dano pelo tempo perdido*, também chamado de “dano temporal” ou “desvio produtivo”, que deverão ser reparados. O menosprezo planejado, a tentativa oculta de transferência de riscos ao consumidor, que contraria a boa-fé objetiva, ofende os princípios que regem a política nacional das relações de consumo e constitui prática abusiva.

Tudo isso demonstra que os danos causados pelos fornecedores, com a consequente lesão aos consumidores não podem ser considerados como um mero aborrecimento pelos tribunais pátrios. O fornecedor, na sua condição de superioridade na relação de consumo, pode propositalmente se esquivar do seu dever legal, obrigando o consumidor a deixar de lado seu precioso tempo para resolver problemas que não são de sua responsabilidade. Nessa situação, não há outra alternativa ao consumidor. Dessaune (2019, p. 109) traz dados de como as pessoas tentam resolver os problemas de consumo e de como valorizam seu tempo:

Uma pesquisa empírica que realizei numa faculdade de Vitória/ES, no ano de 2008, revelou que, quando precisa resolver os problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, a maior parte dos respondentes (33,8%) o faz desviando-se do “trabalho”, 21,2%, afastando-se dos “estudos” e 20,7%, apartando-se do “descanso”. Perguntados como valorizam o seu “tempo”, nenhum entrevistado o desmereceu. 52,2% o consideraram “muito importante” e outros 46,2% o classificaram como “um bem/recurso fundamental na vida”. Ao serem questionados sobre “o que essas situações de desvio de atividades e de desperdício de tempo representam”, apenas 7,5% disseram que tais situações representam um “mero dissabor ou contratempo na vida de qualquer pessoa”, enquanto 92,5% dos respondentes consideraram que se trata de “algum tipo de dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado” – reforçando a percepção de que a jurisprudência tradicional brasileira não se sustenta.

Nesse sentido, resta evidente a importância que o tempo merece receber por parte do Poder Judiciário na análise das demandas que o consumidor leva a juízo, e a necessidade do exame mais apurado por parte do julgador quanto a eventual ocorrência de mero aborrecimento, de modo que o desrespeito ao tempo útil do consumidor não pode ser tolerado. Para Amorim (2019, p. 122) cuidar do tempo do cidadão é “zelar também pelo seu trabalho, estudo, descanso, desenvolvimento e aprimoramento pessoal. É zelar, em última análise, pela sua dignidade, pelo livre exercício de sua personalidade e por sua capacidade de autodeterminação”

Assim, os danos sofridos pelos consumidores com base no desperdício do tempo devem ser ressarcidos, sendo errado o uso da cultura do mero aborrecimento



sem os devidos critérios para sua identificação, conforme ensina Dessaune (2019, p. 112) ao afirmar que:

(...) Está equivocada a jurisprudência que afirma que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danoso criados pelos próprios fornecedores, representa um “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano extrapatrimonial ressarcível

Ademais, não pode se perder de vista que a propagação de decisões com base em “mero aborrecimento”, “dissabores do cotidiano”, etc., trazem efeitos não somente de forma individual a quem perde a demanda judicial, mas também à coletividade de consumidores que podem ficar expostos a condutas semelhantes praticadas por fornecedores estimulados a reiteração dessas práticas ilícitas.

### **4.3 O estímulo ao descumprimento do CDC**

Além da relativização do tempo do consumidor e a falta de indenizações sob a função punitivo-pedagógica, a cultura do mero aborrecimento, com a proliferação de demandas julgadas sob esse fundamento, serve como estímulo para empresas praticarem eventos danosos no mercado de consumo. Assim entende Dessaune (2019, p. 111), ao explicar que:

Salienta-se que, em geral, a não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor acarreta consequências perniciosas de ordem prática, destacando-se o estímulo transmitido no mercado de que tais eventos danosos podem ser livremente gerados e proliferados pelos fornecedores; a banalização que a sociedade acaba conferindo a essas situações nocivas, o que deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado; o aumento do gradual do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que continua submetido cotidianamente a esses fatos lesivos mesmo não sendo legal nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.

Essa sensação de liberdade para a prática de ilícitudes nas relações de consumo pode ser notada analisando dados das empresas mais litigantes no judiciário. Dados extraídos do relatório “100 Maiores Litigantes” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2012, mostra que, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, as empresas ligadas ao mercado de consumo, como bancos e empresas de telefonia, lideram as estatísticas, como mostra o primeiro quadro abaixo. Além disso, no âmbito da Justiça Comum Estadual, nota-se também a presença de vários bancos e empresas de financiamento, ligadas ao direito do consumidor, entre

as mais demandadas, conforme o segundo quadro. Vejam-se os dados abaixo:

Gráfico 4: Empresas mais demandas no Juizado Especial Cível e Justiça Comum Estadual

Justiça Estadual		Justiça Estadual	
B.V. FINANCEIRA S/A	1,80%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	3,09%
TELEMAR S/A	1,70%	B.V. FINANCEIRA S/A	2,04%
BANCO SANTANDER BRASIL S/A	1,63%	MUNICÍPIO DE MANAUS	1,79%
BANCO ITAUCARD S/A	1,60%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,57%
BANCO BRADESCO S/A	1,57%	MUNICÍPIOS DE SANTA CATARINA	1,53%
BANCO ITAÚ S/A	1,52%	BANCO BRADESCO S/A	1,26%
BANCO DO BRASIL S/A	1,49%	BANCO ITAUCARD S/A	1,13%
OI	1,35%	BANCO ITAÚ S/A	1,07%
TIM S/A	1,21%	AYMORE CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A	1,06%
VIVO S/A	0,86%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	1,01%
CLARO S/A	0,83%		
LIGHT - SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A	0,82%		
PONTO FRIO S/A	0,67%		

Fonte: BRASIL, 2012, <<http://www.cnj.jus.br>>.

Outrossim, Dessaune (2017, p. 79) apresenta os assuntos e problemas mais reclamados pelos consumidores com base no Boletim Sindec (Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor) do ano de 2015, elaborado pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a qual reúne as demandas administrativas mais acionadas pelas consumidores aos diversos Procons ligados ao Sindec. Inspirado nas ideias do autor, a presente pesquisa buscou a atualização dos dados para demonstração mais realista dos números. Com base nos dados de 2018, verifica-se que dos dez assuntos mais reclamados no país, a grande maioria é composta por serviços de telefonia, bancos e outros diretamente utilizados pelos

consumidores:

Gráfico 5: Assuntos mais reclamados pelos consumidores no ano de 2018

Posição	Assunto	Quantidade	%
1º	Telefonia Celular	291.363	13,3%
2º	Telefonia Fixa	168.637	7,7%
3º	Cartão de Crédito	158.842	7,2%
4º	Banco comercial	149.523	6,8%
5º	Energia Elétrica	104.560	4,8%
6º	Financeira	86.795	4,0%
7º	Aparelho Celular	82.146	3,7%
8º	TV por Assinatura	76.828	3,5%
9º	Água / Esgoto	56.931	2,6%
10º	Seguros (exceto Saúde)	52.354	2,4%

Fonte: BRASIL, 2019, <<http://www.justica.gov.br>>.

Além disso, a pesquisa traz ainda os problemas mais enfrentados pelos consumidores, com elevados números:

Gráfico 6: Problemas mais enfrentados pelos consumidores em 2018

Posição	Problema	Quantidade	%
1º	Problemas com Cobrança	897.128	40,8%
2º	Problemas com Contrato	366.075	16,7%
3º	Vício ou Má Qualidade de Produto ou Serviço	272.990	12,4%
4º	Problemas com SAC	215.931	9,8%
5º	Problemas Diversos com Produtos e Serviços	133.512	6,1%
	Demais Problemas	310.651	14,1%
	<b>Total</b>	<b>2.196.287</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: BRASIL, 2019, <<http://www.justica.gov.br>>.

Por fim, há a lista com os fornecedores mais demandados e o respectivo número de reclamações, observando-se que os quinze primeiros colocados são prestadores de serviços e produtos frequentemente utilizados pelos consumidores:

Gráfico 7: Empresas mais reclamadas em 2018

1º	OI	145.016
2º	VIVO/ TELEFONICA	129.148
3º	CLARO/NET	117.034
4º	TIM	90.572
5º	BRADESCO	90.179
6º	ITAÚ	54.855
7º	CASAS BAHIA/ PONTO FRIO/ CNOVA/ EXTRA/ PÃO DE AÇÚCAR	48.954
8º	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	46.487
9º	SKY	40.463
10º	SANTANDER	25.677
11º	B2W / SUBMARINO / SHOPTIME / LOJAS AMERICANAS	22.565
12º	BANCO DO BRASIL	21.462
13º	BMG	17.701
14º	BANCO PAN	16.499
15º	SAMSUNG	16.273

Fonte: BRASIL, 2019, <<http://www.justica.gov.br>>.

Nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro também se verifica a forte presença de empresas de telefonia, bancos e outras empresas ligadas às relações de consumo entre as mais demandas. É o que pode ser visualizado analisando as doze primeiras empresas listadas no ranking das mais demandas e o respectivo número de ações, com base em dados fornecidos por aquela Corte de Justiça:

Gráfico 8: Empresas mais demandadas nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 2018

EMPRESA	AÇÕES
Light Serviços de Eletricidade S/A	70.911
BCP S.A (Claro, ATL-ALGAR, ATL, Telecom Leste AS)	23.633
Ampla – Energia e Serviços S/A	17.553
Telemar Norte Leste S/A (OI – Telefonia Fixa)	16.506
Banco Bradesco S/A	14.788
Tim Celular S.A	13.421
Banco Itaú Unibanco Holding S/A	12.891
Banco Santander Banespa S/A	11.055
Sky Brasil – Serviços LTDA – Directv	9.138

Via Varejo S/A (Ponto Frio - Casa Bahia)	9.058
Banco do Brasil S/A	5.890
Banco Itaucard S/A	5.490

Fonte: RIO DE JANEIRO, 2019, <<http://www.tjrs.jus.br>>.

Percebe-se que muitas empresas e serviços são sempre as mesmas em todas os rankings apresentados. Muitas delas são empresas de telefonia e instituições bancárias. Analisando essa recorrência, Barreto (2016, p. 179) traz dados que demonstram o alto número de consumidores lesados:

Pesquisa realizada pela FGV no segundo semestre de 2015 indica que 20% dos consumidores receberam alguma cobrança indevida por parte de operadoras de telefonia no período. Levando em consideração que existem 301.185.013 milhões de linhas telefônicas no país (...), sem considerar os serviços de distribuição de canais de televisão e internet, é certo que pelo menos 60.237.002 cidadãos suportaram algum tipo de cobrança ilegal. Não é difícil imaginar o lucro exorbitante percebido mensalmente. A mesma pesquisa expõe que 11% dos clientes de instituições financeiras receberam alguma cobrança indevida no período pesquisado. Os dez maiores conglomerados bancários têm, juntos, 280.620.571 contas ativas. Ou seja, de acordo com a pesquisa, 30.868.262 correntistas foram vítimas de desconto indevido em suas contas.

Considerando os dados expostos e o grande número de empresas estimuladas a descumprir as normas do CDC, é necessário que os direitos consumeristas sejam mais respeitados e aplicados nas decisões judiciais, servindo como freio para empresas não reincidirem nas condutas lesivas. Bergstein (2019, p. 87) leciona que “é fundamental dar concretude aos direitos do consumidor, agente vulnerável nos mercados que, a despeito de uma legislação forte e avançada, em muitos aspectos ainda é “uma vítima ambulante e multi-reincidente”. Essa reincidência referida aos consumidores, também é vista por Barreto (2016, p. 188) com relação aos fornecedores, ao afirmar que “(...) as empresas mais acionadas são sempre as mesmas, o que comprova a falta de eficácia das condenações impostas pelo Poder Judiciário”.

As práticas ilícitas de grandes empresas geram desequilíbrio nas relações consumeristas, causando prejuízos e danos de massa a um grande grupo de consumidores vulneráveis, conforme ensina Dessaune (2017, p. 82-83):

(...) tal conduta desleal, não cooperativa e danosa dessas megaempresas frequentemente ainda é marcada pela habitualidade no mercado de

consumo, lesando direito individual homogêneo de um grupo de consumidores ligados por um fato comum, provocando um desequilíbrio na relação de consumo que coloca os consumidores em desvantagem exagerada gerando prejuízos coletivos. Conseqüentemente tal modo de agir antijurídico e corriqueiro desses grandes fornecedores evidencia, a priori, uma prática abusiva que frequentemente ocasiona danos de massa a uma coletividade de consumidores vulneráveis que, contudo, sentirá seus efeitos individualmente.

Assim, o Poder Judiciário ao negar indenizações por dano moral com base na cultura do mero aborrecimento estimula o aumento do número de condutas lesivas, além de criar precedentes para que outros casos sejam julgados da mesma forma, em prejuízo aos consumidores. Nesse sentido, Barreto (2016, p. 188) ensina que “deixar de condenar o fornecedor por ofender o consumidor em processo individual, criando jurisprudência desfavorável, é deixar de punir a empresa pela mesma conduta perpetrada perante milhares de outros que se encontram na mesma situação”.

## 5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem passado por evoluções ao longo da história, sendo que, nos primórdios da sociedade, sua origem relacionava-se com a ideia de vingança e sem levar em conta a culpa como seu elemento. Em um segundo momento, este elemento passou a ser imperativo para caracterizar a responsabilidade. Ocorre que, verificou-se que muitas vezes a dificuldade para provar a culpa do causador do ilícito era um grande empecilho para a vítima obter a reparação pelo dano sofrido, principalmente para partes hipossuficientes (como são os consumidores). Assim, começou a ser discutida a chamada responsabilidade objetiva, independentemente da prova do dano, a qual foi incorporada pelo direito brasileiro no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor, como forma de garantir a proteção e reparação dos danos sofridos em desfavor do consumidor. Para caracterização dessa modalidade de reparação civil, o consumidor precisa demonstrar a ligação entre o dano sofrido e a conduta lesiva do ofensor. Ademais, verificou-se que a responsabilidade civil possui como função principal a compensação dos danos sofridos pela vítima. Entretanto, as funções punitivas e de desmotivação social da conduta lesiva também se relacionam com o instituto e têm como objetivo punir quem não observa a cautela na prática de seus atos, além de servir como meio educativo, explicitando à sociedade que condutas lesivas não serão toleradas.

Com relação ao CDC, verificou-se que sua criação decorreu de um desejo de proteção do consumidor, expressamente previsto na Constituição Federal ao alçá-lo como um direito fundamental e princípio da ordem econômica. Trata-se de uma norma de ordem pública e de aplicação obrigatória, não sendo admitida a possibilidade de renúncia dos direitos nela previstos. A norma protecionista reconheceu o consumidor como parte vulnerável e hipossuficiente, trazendo consigo os deveres de reparação integral dos danos sofridos, a inversão do ônus da prova nas demandas judiciais para facilitar a obtenção de seus direitos, além da possibilidade de aplicação de outros princípios implícitos e leis que sirvam como instrumento de proteção do consumidor. No que diz respeito à responsabilidade civil, esta é predominantemente objetiva nas relações de consumo, sendo que não há diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual. Para sua aferição, leva-se em conta a análise de eventuais vícios e defeitos nos produtos e serviços prestados pelos fornecedores.

No que tange ao dano moral, este está expressamente previsto na Constituição Federal e no Código Civil, rompendo com o paradigma anterior que oferecia resistência ao seu reconhecimento. Sua ocorrência se dá com a lesão aos direitos da personalidade da pessoa e bens constitucionalmente protegidos, e tem como função principal a compensação, a fim de atenuar o prejuízo da vítima, além de servir como punição e prevenção da ocorrência de outros danos de ordem moral. Estas duas últimas funções decorrem de influência do instituto chamado de punitive damages, originado na Inglaterra, mas com grande destaque e aplicação nos Estados Unidos nos casos em que há a necessidade de punições exemplares a graves condutas ilícitas, demonstrando para a sociedade que o ilícito não compensa. Este instituto é aceito por boa parte da doutrina brasileira, que defende sua aplicação, refutando argumentos contrários à sua utilização. Entre esses argumentos, há a ausência de previsão legal, a aplicação de indenizações desproporcionais e o enriquecimento sem causa. Todavia, verificou-se que a aplicação do dano moral em caráter punitivo e pedagógico é amparado no princípio constitucional da dignidade humana e na proteção dos direitos da personalidade e do direito à indenização ao dano moral, fazendo com que o julgador busque todos os meios possíveis para resguardar os referidos direitos. Ademais, a aplicação de indenizações desproporcionais não é coerente com a legislação brasileira, uma vez que, ao contrário dos Estados Unidos, onde o arbitramento dos valores é realizado por um júri cível, o montante indenizatório é fixado pelo juiz, o qual possui conhecimento jurídico para correta sua correta aplicação. Além disso, ao não aplicar o instituto sob a alegação de enriquecimento sem causa da vítima, quem enriquecerá ilícitamente é o agente causador do dano que pratica o ilícito, auferindo lucros indevidos e não recebe a sanção correspondente.

Essa conduta é verificada em muitas empresas da seara consumerista que avaliam o custo-benefício da prática de danos e condenações impostas e entendem ser mais vantajoso pagar as eventuais indenizações do que investir na prevenção e redução dos ilícitos. Tal situação foi verificada analisando decisões dos tribunais brasileiros. Em uma delas, no ano de 2018, uma empresa de telefonia efetuou cobranças de serviços não contratados pelo consumidor, o qual tentou resolver de forma administrativa o problema e, não tendo êxito, recorreu ao judiciário requerendo, dentre outros pedidos, a condenação por danos morais. A sentença de primeiro grau condenou a empresa, todavia em grau recursal a condenação foi afastada, sob o fundamento de que se tratava de meros transtornos das relações sociais. No ano



seguinte, a empresa novamente foi acionada judicialmente pela prática das mesmas cobranças indevidas, demonstrando que a falta de condenação por danos morais, não aplicando o caráter punitivo-pedagógico do instituto, estimulou a ré a reiterar a conduta lesiva.

Em outro caso analisado, o consumidor foi inscrito indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito em virtude de cobranças de tarifas bancárias em conta inativa. Em primeiro grau, o pleito de danos morais foi improcedente, sendo que em grau recursal foi fixado o valor de R\$ 1.000,00, o qual se mostra insuficiente para prevenir e punir o réu pela prática lesiva, além de não servir como desestímulo para tais condutas.

Assim, verificou-se que não bastam as decisões condenarem as empresas e mencionarem o caráter punitivo-pedagógico da indenização se os valores não forem elevados a ponto de repercutir na esfera econômica dos agentes lesantes. Nesse sentido, respondendo o problema de pesquisa, conclui-se que a ausência de aplicação das indenizações por dano moral sob o viés punitivo-pedagógico, estimula as empresas a praticarem de forma reiterada condutas que atentam contra os direitos dos consumidores. Ademais, verificou-se que, em virtude desse desrespeito reiterado, as demandas judiciais nas relações de consumo ocupam os primeiros lugares nos rankings elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça. No ano de 2018, no âmbito da Justiça Estadual, as ações originadas de responsabilidade civil do fornecedor e indenização por dano moral ocuparam o segundo lugar nas estatísticas. Nas Turmas Recursais e nos Juizados Especiais as referidas ações ocupam o primeiro lugar no ranking de assuntos mais demandados com expressivo número de processos ajuizados.

Por outro lado, o reconhecimento do dano moral pela Constituição Federal fez com que fosse aberta a possibilidade de reparação no campo judiciário, ensejando a propositura de demandas com tal finalidade. Assim, verificou-se a necessidade de controlar eventuais abusos na propositura de demandas de indenizações por danos morais, surgindo a expressão “mero aborrecimento” nas decisões judiciais que indeferem pleitos indenizatórios onde não há efetiva lesão a dignidade da pessoa. Entretanto, percebeu-se que o uso indiscriminado desse entendimento afastou a reparação de muitos casos de demandas consumeristas onde a condenação por dano moral era necessária. Entre os julgados analisados, destaca-se o indeferimento de indenização decorrente de atraso em voo de oito horas, sob o fundamento de que se

tratava de dissabor, mero atraso e aborrecimento inerente à vida em sociedade. Em outro caso, o consumidor teve valores indevidamente sacados, superiores a R\$ 12.000,00, de sua conta em virtude da agência bancária ter cadastrado, através de solicitação telefônica, pessoa estranha sem autorização do autor da ação. Conseqüentemente, em virtudes dos transtornos e prejuízos, o consumidor teve que contrair empréstimo para cobrir o valor indevidamente retirado. Em primeiro grau de jurisdição, o banco foi condenado em indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00. Todavia, em segundo grau a condenação foi afastada, sob a justificativa de que a situação era um mero aborrecimento do cotidiano.

Decisões nesse sentido, não levam em conta o tempo útil que o consumidor gasta para resolver problemas que não foram criados por ele, desviando-se de suas atividades pessoais e profissionais, algo que, por si só, caracteriza a necessidade de reparação por dano moral. Assim, verifica-se que decisões que utilizam a cultura do mero aborrecimento de forma indiscriminada causam prejuízos aos consumidores e, ao lado da ausência de aplicação do dano moral no sentido punitivo-pedagógico, estimulam os fornecedores a descumprirem as normas do Código de Defesa do Consumidor. Essa realidade pode ser vista por meio da análise de estatísticas das empresas mais demandadas em juízo, através de dados do Conselho Nacional de Justiça, as quais são sempre as mesmas, basicamente empresas de telefonia e instituições financeiras. Além disso, os assuntos mais reclamados pelos consumidores são relativos problemas com telefonia fixa, celular, cartão de crédito e bancos, além de cobranças, problemas com contrato e vício ou má qualidade de produto ou serviço. Ademais, muitas das empresas mais demandadas no relatório das TOP 100 Litigantes do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2012 e mais reclamadas perante os Procons no ano de 2018, são as mesmas que figuram entre as mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro do mesmo ano, o que demonstra a reincidência de condutas lesivas. Assim, pode-se concluir que a cultura do mero aborrecimento estimula as empresas a praticarem condutas lesivas em detrimento dos direitos garantidos aos consumidores, causando desequilíbrio nas relações de consumo.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. Indenização Punitiva. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v.9, nº 36, 2006.
- BENJAMIM, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R.; Manual de Direito do Consumidor, 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.
- BENJAMIM, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R.; Manual de Direito do Consumidor, 5. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.
- BESSA, Leonardo. Fornecedor equiparado. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.
- BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (Org.). Dano temporal: o tempo como valor jurídico. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ, 13. ed. Salvador. JusPodivm, 2018.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo. Atlas, 2014.
- DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória. Edição Especial do Autor, 2017.
- FARIAS, C. C; BRAGA NETTO, F.P; ROSENVALD, N.; Curso de direito civil: responsabilidade civil, 3. ed. Salvador. JusPodivm, 2016.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R., Novo Curso de Direito Civil, v.3. responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v.4. responsabilidade civil. 12. Ed. São Paulo. Saraiva, 2017.
- MELO, Auricelia do Nascimento. Dano moral coletivo nas relações de consumo. aplicabilidade da função punitiva do dano. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.7: responsabilidade civil. 6.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. 3. ed. Juiz de Fora. Editar Editora Associada Ltda, 2016.
- REIS, Clayton. Dano moral. 1. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, v.2. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual, volume único. 8. ed. Rio de Janeiro. Método, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo. Atlas, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 19 mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em 19 mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 19 mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16 jun. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>. Acesso em 16 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Boletim Sindec 2018. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/anexos/boletim-sindec-2018.pdf/view>>. Acesso em 07 out. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento n. 455846 - RJ. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Celso de Melo. Brasília, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 183508 - RJ. Recorrente/recorrido: Carlos Gustavo Santos. Recorrente/recorrido: Waldemir Paes Garcia. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 05 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1354536 - SE. Recorrente/recorrida: Maria Gomes de Oliveira. Recorrente/recorrida: Petróleo Brasileiro S A Petrobrás. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1234549 - SP. Recorrente: Allan Silva Nicanor e Outro. Recorrido: Edson Hernandez. Relator:

Massami Uyeda. Brasília, 01 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1269246 - RS. Recorrente: Glenio Luis Ohlweiler Ferreira. Recorrido: VRG Linhas Aereas S.A Incorporador do Gol Transportes Aéreos S/A. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.768.009 - MG. Recorrente: Spal Indústria de Bebidas S/A. Recorrido: Sidnei Antônio Valentin. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 07 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.395.647 - SC. Recorrente: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Recorrido: Edmar Moreira Lopes. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.537.730 - MA. Agravante: Jose João de Jesus Ribeiro. Agravado: Companhia de Bebidas Brasil Kirin. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2019.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n. 0046926-75.2016.8.19.0001. Apelante/apelado: Banco Safra S/A. Apelante/apelado: Empresa de Táxi Corcovado Ltda. Relator: Lindolpho Morais Marinho. Rio de Janeiro, 15 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2019.

RIO GRANE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70081960270. Apelante/recorrido adesivo: Tim Celulares S/A. Apelada/recorrente adesiva: Romi Biberg Pereira. Relator: Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, 05 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2019.

RIO GRANE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70081716367. Apelante: Banco Santander Brasil S.A. Apelado: Marcelo Genro Schutz. Relator: Cláudio Luís Martinewski. Porto Alegre, 26 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2019.

RIO GRANE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70080220320. Apelante: Tim Celular S.A. Apelado: Jaime Jose Krul. Relator: João Moreno Pomar. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas)>. Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL. Enunciados do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366> >. Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL. Enunciados do Conselho da Justiça Federal. Disponível em < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517> >. Acesso em 16 jun. 2019.

MIGALHAS. São Paulo. Diário. Disponível em < [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20121030-06.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121030-06.pdf) >. Acesso em 07 out. 2019.

CONJUR. São Paulo. Diário. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-04/conheca-30-empresas-acionadas-justica-rio-2018> >. Acesso em 07 out. 2019.