

O MERO ABORRECIMENTO E A JUSTIÇA DEFENSIVA: A TRAGÉDIA DO ILÍCITO LUCRATIVO EM FAVOR DO ALEGADO DESAFOGAMENTO DO JUDICIÁRIO

MERE ANNOYMENT AND DEFENSIVE JUSTICE: THE TRAGEDY OF PROFITABLE ILLICIT IN FAVOR OF THE ALLEGED RELEASE OF THE JUDICIARY

Antônio Carlos Efig

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado militante em Curitiba/PR. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. Membro consultor da Comissão Especial de Defesa do Consumidor, Conselho Federal da OAB.
Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7060-2654>. *E-mail*: ace@eradv.com.br.

Aline Maria Hagers Bozo

Professora da Faculdade de Tecnologia de Curitiba (FATEC-PR). Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5927-3228>.
E-mail: alinehagers@yahoo.com.br.

Resumo: Hodiernamente são muitas as decisões judiciais que negam indenizações por dano moral aos consumidores sob o fundamento de que o fato analisado gerou apenas “mero aborrecimento” e não um dano efetivo ao jurisdicionado. Tais decisões são arbitrárias e contrárias à função judicial, que deve perseguir a evolução e o desenvolvimento da sociedade no sentido de proteção do consumidor, vez que incentivam as empresas descumpridoras dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor e no ordenamento pátrio a reiterarem a prática do que se convencionou chamar de “ilícito lucrativo”. A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se o método lógico-dedutivo, além de revisão bibliográfica. Esta pesquisa contribui para demonstrar que é necessário rever as decisões que negam indenização fundadas simplesmente no argumento de ocorrência de mero aborrecimento.

Palavras-chave: Mero aborrecimento. Dano moral. Responsabilidade civil. Responsabilidade consumérista. Justiça defensiva.

Abstract: Nowadays, there are many court decisions that deny compensation for moral damages to consumers on the grounds that the fact analyzed generated only “mere annoyance” and not an effective

damage to the jurisdiction. Such decisions are arbitrary and contrary to the judicial function, which must pursue the evolution and development of society in the sense of consumer protection, as they encourage companies that do not comply with the rights provided for in the Consumer Protection Code and in the national law to reiterate the practice. of what is conventionally called “profitable illicit”. The research was developed using the logical-deductive method, in addition to a literature review. This research contributes to demonstrate that it is necessary to review the decisions that deny compensation based simply on the argument of the occurrence of mere annoyance.

Keywords: Mere annoyance. Moral damage. Civil responsibility. Consumerist responsibility. Defensive justice.

Sumário: **1** Introdução – **2** Sistema de responsabilidade civil – **3** Teoria do mero aborrecimento e a banalização do dano moral – **4** Justiça defensiva – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III, menciona que o Brasil é um Estado democrático de direito e que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. A ideiação de dignidade compreende vários outros direitos implícitos, como a intimidade, a vida privada, a imagem das pessoas e a honra, que pode ser externa, o que os outros pensam e sentem sobre alguém, e interna, o que esse alguém pensa e sente sobre si mesmo.

Ainda, o art. 5º da CF, inc. X, menciona que “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”. Já o art. 170, *caput* e inc. V, versa sobre os princípios gerais da atividade econômica, valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa para assegurar a todos uma existência digna, observando o princípio da defesa do consumidor.

Toda a construção constitucional tem o sentido de que a legislação irá incentivar a livre iniciativa, no entanto, o Estado, através de seu aparato, quer seja administrativo, judicial ou legislativo, intervirá se a livre iniciativa desrespeitar quaisquer um dos direitos implícitos no conceito de dignidade da pessoa humana. Assim, criou o Estado, através do Legislativo, o instituto da responsabilidade civil, para reparar danos aos direitos dos cidadãos e pelo Código de Defesa do Consumidor, além de reparar os danos, intui preveni-los.

Por sua vez, o Poder Judiciário tem como função basilar garantir a aplicação da lei criada pelo Legislativo. Ocorre que o Legislativo criou todo um complexo sistema para assegurar a indenização ao dano moral, e o Judiciário,¹ que deveria aplicar

¹ Embora a ciência do direito seja interpretativo-argumentativa, não se pode dar interpretação diversa da intenção legislativa.

essas regras, por sua vez, antagonicamente, não indeniza os consumidores que têm seus direitos lesados, pautados no fundamento do mero aborrecimento. Nos casos em que entendem que a indenização deve ser concedida, a pecúnia é tão ínfima, que incentiva os empresários a continuarem praticando os atos ilícitos contra os consumidores, na medida em que sua prática concede mais vantagens² do que desvantagens, o chamado ilícito lucrativo.

Os julgadores negam as indenizações pautadas em danos morais, pelo menos em sua grande maioria, não porque não querem cumprir a previsão legal, qual seja quem gera danos a terceiros tem o dever de indenizar, mas porque pretendem diminuir o grande número de demandas reiteradas sobre o tema, desincentivando os consumidores a procurarem o Judiciário, porém realiza um verdadeiro desserviço social, vez que a impunidade, pois norma sem consequência, é ineficaz, faz com que as empresas sejam incentivadas a continuar com suas políticas de descumprimento aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.

O objetivo deste artigo não está em dissertar sobre o embate entre aqueles que são ou não favoráveis a que sejam concedidas indenizações por danos morais, mas sim levantar o debate acerca de que o Poder Judiciário, assim como todos os aparatos estatais, tem como função precípua o desenvolvimento social, incentivando as boas políticas empresariais.

Pretende-se demonstrar, a partir da análise da legislação pátria, que as indenizações referentes a descumprimento da legislação, em casos de danos morais, devem ser ressarcidas, e ainda em um valor que incentive as empresas a mudarem suas ações, através de políticas que cumpram os interesses protegidos.

Justifica-se a escolha da temática com o objetivo de, em tempos tão “sombrios”, trazer ao debate importante posicionamento, demonstrando que é possível visualizar formas de incentivar a evolução do mercado brasileiro, pois se o Judiciário começar a indenizar as pessoas que tiveram seus direitos lesados pelas ações empresariais, e não só apenas indenizar, mas com valores razoáveis, as próprias empresas diminuirão suas ações lesivas e, conseqüentemente, as lides judiciais sobre os temas cairão, porém, garantindo o desenvolvimento positivo dos mercados.

Para o objetivo buscado, contextualizar-se-ão os fundamentos da responsabilidade civil, tanto na proteção prevista no Código Civil, como no Código de Defesa do Consumidor. Em seqüência, será trabalhada a teoria do mero aborrecimento, a justiça defensiva e, em especial, a necessidade de que o Poder Judiciário defira

² Algumas empresas possuem uma reserva de capital somente para pagar as indenizatórias, vez que os agentes econômicos racionalizam no sentido que é mais favorável pagar pequenos valores indenizatórios quando acionados judicialmente do que deixar de serem contratados, como quando, por exemplo, ferem a honra das pessoas ligando excessivamente, diuturnamente, oferecendo planos de serviços. Continuam realizando tal política pois sabem que se houver indenização, o valor será irrisório.

indenizações pautadas no dano moral, desconsiderando a construção do mero aborrecimento, sendo que essas indenizações pecuniárias não devem ser de valores irrisórios, para que os fornecedores revejam suas condutas e prestem serviços condizentes com as previsões legais.

O método lógico-dedutivo foi utilizado para realizar o estudo, além de revisão bibliográfica feita a partir de livros da área, legislações nacionais, periódicos e revistas científicas, observando que, quanto mais indenizações negadas sob o argumento de mero aborrecimento, mais os fornecedores praticam reiteradamente as condutas ilícitas em desfavor dos consumidores.

Muito embora a atividade judiciária denegatória de indenizações em caso de danos morais tenha restringido direitos, e incentivado as empresas a continuarem cometendo reiterados atos ilícitos, é possível diminuir a proporção da problemática discutindo o assunto e conscientizando o Judiciário de que precisa alterar seu posicionamento majoritário.

2 Sistema de responsabilidade civil

2.1 Conceito básico de responsabilidade civil

Para poder levantar o debate acerca da responsabilidade civil, é necessário tecer alguns esclarecimentos. O direito possui a finalidade de organizar as pessoas em sociedade e, para fazê-lo, utiliza-se das normas. As normas emanam do Estado ou têm sua aplicação por ele garantida, e são capazes de criar uma estrutura que possibilite a vida em sociedade, evitando e solucionando conflitos, sendo responsabilidade civil um conjunto de normas jurídicas reguladoras.

Responsabilidade, em uma apreciação simplista, significa o ato de se assumir as consequências de uma ação que causou ou possa causar reflexos a outra pessoa, e civil são as normas jurídicas sobre o tema. Menciona Mahuad e Mahuad, ao citar Savatier e Stoco:³

A responsabilidade civil, assim, nascendo doutrinariamente enquanto obrigação imposta a uma pessoa de reparar o dano causado por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam, é consequência da vida em sociedade, é produto do meio social regrado: o dever de responder por seus próprios atos ou por fatos vinculados

³ MAHUAD, L. C. N. E.; MAHUAD, C. Imputação da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e subjetiva. In: GUERRA, A. D. M; BENACCHIO, M. (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 34.

a si, em virtude do descumprimento de uma norma jurídica preexistente, seja ela decorrente da atividade estatal ou da declaração de vontade, reflete a própria noção de justiça existente no grupo social. A responsabilização é a forma de exteriorização da justiça, traduzindo o dever moral de não prejudicar o outro (*neminem laedere*).

O instituto jurídico da responsabilidade civil pretende aplicar medidas que obriguem alguém a reparar dano patrimonial e/ou moral causado a outra pessoa. Ainda, Teixeira e Ferreira,⁴ citando o Professor José Reinaldo de Lima Lopes, mencionam que a responsabilidade civil tem as funções de ressarcir, restabelecendo o equilíbrio entre as partes; de reafirmar o poder estatal de impor sanções; e de inibir descumprimentos à norma jurídica.

Os fundamentos da responsabilidade civil estão presentes na teoria da culpa, entendida como doutrina subjetiva, e na teoria do risco, doutrina objetiva. É dizer, a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. Responsabilidade subjetiva é aquela decorrente da culpa, que consiste na necessidade que a vítima tem de provar a culpa de quem realizou a ofensa para se pleitear a reparação do dano. Por sua vez, a responsabilidade objetiva pauta-se na teoria do risco, em que se abstrai a culpa.⁵

Importante construção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é que, enquanto no Código Civil a regra é que a responsabilidade seja subjetiva, no Código de Defesa do Consumidor a regra é a responsabilidade objetiva, devendo o fornecedor demonstrar que não agiu com dolo ou culpa, protegendo o consumidor que, dentro da organização pátria, nasce vulnerável.

A consequência da responsabilização civil é a obrigatoriedade de reparar o dano causado quando alguém, por meio de uma ação ou omissão, violou uma norma que o ordenamento jurídico elegeu proteger.

2.2 Elementos da responsabilidade civil/pressupostos do dever de indenizar

Com observação ao art. 186 do CC/2002, é possível extrair os elementos gerais da responsabilidade civil, quais sejam: conduta/atividade (positiva ou negativa);

⁴ TEIXEIRA, T.; FERREIRA, L. T. As excludentes de responsabilidade além do CDC: o fortuito interno e o externo. *Revista de Direito Empresarial*, v. 7, p. 19-34, 2015.

⁵ TEIXEIRA, T.; FERREIRA, L. T. As excludentes de responsabilidade além do CDC: o fortuito interno e o externo. *Revista de Direito Empresarial*, v. 7, p. 19-34, 2015.

nexo de causalidade, dano ou prejuízo. Além destes, em caso de responsabilidade subjetiva, é necessário a existência do elemento acidental da culpa.⁶

A conduta ou atividade é a ação desempenhada capaz de realizar um dano, ou, ainda, a ausência de conduta ou atividade, quando deveria ocorrer. Já por nexo de causalidade se entende o liame entre a conduta ou atividade realizada/não realizada e o dano sofrido.

O dano, por sua vez, é o prejuízo que foi causado ou que poderia ser causado, sendo dividido, tradicionalmente, em patrimonial, estético ou moral. Dano patrimonial se subdivide em: dano emergente, o que de fato a vítima suportou de prejuízos, e lucros cessantes, os valores que a vítima deixou de lucrar em razão do dano, o que perdeu.⁷

Dissertando sobre o dano patrimonial existe, além do dano emergente e do lucro cessante, a teoria da perda da chance, que para Venosa⁸ é “a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano certo”. A tese da perda da chance ainda é polêmica e não uníssona nos tribunais pátrios.

O dano estético é aquele que altera a morfologia de quem foi afetado. Capanema⁹ descreve a figura do dano estético: “entende-se como a lesão que afeta a morfologia do ofendido. Está diretamente relacionado à imagem da vítima, que possui o direito de morrer tal como ela veio ao mundo”. Dessa forma, percebe-se que a lesão oriunda do dano estético é visível exteriormente.

Modernamente surgem outras modalidades de dano, destacando-se o que decorre da perda de uma chance. Capanema¹⁰ diz que “a teoria da perda de uma chance busca imputar o dever de indenizar quando o agente deixa de adotar uma conduta, a última chance, que se fosse adotada poderia levar à salvaguarda do bem jurídico lesado”.

Já o dano moral é conceituado por Maria Helena Diniz¹¹ como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo”.

⁶ STOLZE, P. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁷ CAPANEMA, S. Dano patrimonial (dano emergente; lucro cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação). *Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, 2013. p. 127. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁸ VENOSA, S. S. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 305.

⁹ CAPANEMA, S. Dano patrimonial (dano emergente; lucro cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação). *Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, 2013. p. 127. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰ CAPANEMA, S. Dano patrimonial (dano emergente; lucro cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação). *Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, 2013. p. 127. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹¹ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 84.

Assegura o *caput* do art. 5º, da CF/88, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Por sua vez, o inc. X do mesmo dispositivo ordena que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”.

A honra, imagem, reputação, integridade física e emocional, a alegria da pessoa são bens não patrimoniais que, quando atingidos por ato lesivo, são passíveis de reparação na qualidade de dano moral. Alguns autores alegam ser o dano existencial uma espécie de dano moral.

A responsabilidade civil ocorre se houver um descumprimento de uma obrigação, que pode se dar pela desobediência de uma regra prevista em uma relação contratual, ou, ainda, por determinada pessoa deixar de observar um preceito normativo que regule a vida. No primeiro caso se está diante de uma responsabilidade civil contratual ou negocial e, no segundo, responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.¹²

O Código Civil, de 2002, regula a responsabilidade civil contratual, nos casos em que ocorra inadimplemento obrigacional, nos arts. 389, 390, 391 e 395. Prevê no art. 389 o descumprimento de uma ação positiva, de dar e fazer; no art. 390, o descumprimento de uma ação negativa (não fazer); e no art. 391 consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, que menciona que todos os bens do devedor podem ser utilizados para indenizar o inadimplemento.¹³

Se a responsabilidade civil não decorre de um contrato, se está diante da responsabilidade civil extracontratual, devendo ter em mente, segundo Santos e Cascaldi,¹⁴ “a ideia do dever geral (*erga omnes*) de não causar dano a outrem”.

A responsabilidade civil extracontratual se funda no ato ilícito¹⁵ e no abuso de direito, respectivamente, arts. 186 e 187 do CC/02. O art. 186 do CC/02 menciona que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, seja por ação ou omissão dolosa ou culposa, comete ato ilícito, enquanto que o art. 187 do mesmo dispositivo cita que é ato ilícito o cometido por titular de um direito que, ao exercê-lo, se excede, extrapolando os limites impostos por fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Por sua vez, o art. 927 do mesmo diploma legal prega pela obrigação de reparação pelo dano causado a outrem, pela prática de ato ilícito.

¹² TARTUCE, F. *Manual de direito civil*: volume único. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹³ TARTUCE, F. *Manual de direito civil*: volume único. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹⁴ SANTOS, J. C. V. C. A.; CASCALDI, L. C. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 592.

¹⁵ Pode ser ilícito civil, penal ou administrativo.

Assim, o Código Civil apresenta o modelo dual ou binário de responsabilidades, dividindo a responsabilidade em contratual e extracontratual. Porém, afirma Tartuce¹⁶ que existe uma tendência de unificação da responsabilidade civil, assim como é no Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Responsabilidade civil no CDC

A Lei nº 8078, de 11.9.1990, criou o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, descrevendo em seus capítulos III, IV e V, respectivamente, os direitos básicos do consumidor, mencionando como deve ser a qualidade de produtos e serviços prestados, como prevenir e reparar danos sofridos. O conjunto garantidor de proteção e defesa do consumidor foi criado por expressa determinação constitucional, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social, em consonância com os arts. 5º, inc. XXXIII, 170, inc. V, da Constituição Federal, além do art. 48 das disposições transitórias constitucionais.

Desta forma, o microsistema legal deve ser aplicado a todos os ramos do direito em que houver relação de consumo, mesmo que essa relação seja contratual ou extracontratual, pois as regras principiológicas do CDC permearão todo o sistema jurídico vigente, prevalecendo ante qualquer outra norma.

As normas consumeristas, emanadas da própria Constituição, devem ser consideradas uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar aplicável às relações de consumo, independentemente do ramo do direito em que ocorram.¹⁷

Com a entrada em vigência do CDC, realizou-se uma verdadeira revolução normativa interna, especialmente, no tocante à responsabilidade civil e suas regras processuais, vez que o texto legal trouxe alterações substanciais, garantindo proteção aos consumidores, grupo que anteriormente à Constituição Federal de 1988 era desprotegido. Devido à tamanha importância, abaixo se enumerarão alguns direitos que se relacionam diretamente com a responsabilidade civil previstos na legislação consumerista.

O art. 4º, III, previu o princípio da boa-fé objetiva, enquanto que o art. 6º propôs direitos básicos como: proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; educação e divulgação sobre consumo adequado dos produtos e serviços; informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços; proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos

¹⁶ TARTUCE, F. *Manual de direito civil*: volume único. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ou desleais, ainda contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; a possibilidade de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em casos de fatos supervenientes que tornem a onerosidade excessiva ao consumidor; prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais; amplo acesso aos órgãos de proteção, com proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; facilitação de defesa de direitos, com inversão do ônus da prova a favor do consumidor no processo civil, se demonstrado verossimilhança na alegação ou hipossuficiência; e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Venosa,¹⁸ referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, menciona que tentou municiar o consumidor, “vulnerável na relação de consumo, com instrumentos eficazes, outorgando-lhe superioridade jurídica em relação ao fornecedor que, em tese, possui supremacia econômica”. Segue afirmando que o juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, deverá mirar o previsto na Política Nacional das Relações de Consumo, que preveem os princípios programáticos assentados no art. 4º: “há o reconhecimento da referida vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inciso I) e a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (inciso VI)”.

No momento em que os juízes verificam excesso, descumprimento da lei pelos fornecedores, deveriam obrigatoriamente indenizar os consumidores e validar a premissa legal de coibição e repressão eficientes aos abusos.

Os direitos elencados no art. 6º são fortificados por outros que decorram de tratados ou convenções internacionais internalizados pelo Brasil, além de legislação interna ordinária, regulamentos expedidos por autoridades competentes, garantias previstas em interpretações dos princípios gerais de direito, analogias, costumes e equidade.

Sob a ótica consumerista, o “regramento fundamental é a reparação integral dos danos, que assegura aos consumidores a efetiva prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais, individuais, coletivos ou difusos”. É a premissa do princípio da reparação integral dos danos, prevista no art. 6º, inc. VI da Lei nº 8.078/90.¹⁹

Descreve o parágrafo único do art. 7º do CDC que se forem os autores da ofensa mais do que um, respondem todos de maneira solidária pela reparação dos danos descritos nas normas consumeristas.

¹⁸ VENOSA, S. S. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 241.

¹⁹ TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 55.

Os arts. 7º, parágrafo único, 18, *caput* e 25, §1º, tratam da solidariedade existente entre todos os participantes da cadeia de produção e distribuição de produtos ou serviços ao mercado de consumo, além dos causadores de danos, aumentando e facilitando a possibilidade de êxito nas ações que tenham como objeto o ressarcimento de danos requeridos por consumidores.

O CDC previu a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos ou serviços se ocorrer acidente de consumo, inteligência dos arts. 12, 14 e 17. Observou que a qualidade e quantidade dos produtos ou serviços adquiridos devem ser garantidas, possibilitando que o consumidor troque, restitua ou abata do preço o vício não sanado (arts. 18 e 20). Exigiu que os órgãos públicos ou suas concessionárias e permissionárias ofereçam serviços adequados e eficientes e se eles forem essenciais, deverão ser contínuos, art. 22. Já o art. 24 prevê a garantia legal independentemente de termo expresso previsto pelo fornecedor, que não pode ser exonerada, mesmo que o fornecedor escreva esta exoneração em contrato.

Os contratos não podem prever cláusulas de não indenização, art. 25, sendo possível desconsiderar a personalidade jurídica para fins de assegurar reparação de danos, art. 28, cabendo aos fornecedores honrar qualquer publicidade que façam ou informação que divulguem, art. 30.

Existirá responsabilidade solidária do fornecedor por fatos e atos realizados por seus prepostos ou representantes autônomos, em conformidade com a teoria da aparência, art. 34, proíbe também que os consumidores sejam cobrados por dívidas de forma abusiva ou vexatória, e, se os consumidores forem cobrados e efetivamente paguem dívida inexistente, devem receber os valores em dobro, art. 42. Antes de terem seus nomes inseridos em cadastros de proteção ao crédito, os consumidores devem ser informados da iminente inscrição e ainda, quem a requereu, art. 43.

Se o contrato regulador da relação de consumo não for claro ou não for disponibilizado previamente, não poderá obrigar os consumidores, e a interpretação das cláusulas contratuais sempre será mais favorável ao consumidor, art. 46 e art. 47.

Uma vez que o consumidor comprar produto fora do estabelecimento comercial, têm direito de se arrepender e devolver o produto, desde que o faça em até 7 dias, art. 49. Deverá o fornecedor emitir documento referente à garantia contratual e esta será complementar à legal, art. 50.

Se porventura as cláusulas contratuais forem abusivas, serão essas nulas de pleno direito, art. 51 e incisos. É vedada, em contratos de compra e venda de móveis e imóveis à prestação, a previsão de perdimento das parcelas, art. 53.

É permitida a propositura de ações coletivas que visem à reparação e prevenção de danos, art. 81, sendo permitida a propositura de qualquer tipo de ação que propicie adequada e efetiva tutela de direitos protegidos pelo CDC, art. 83.

O CDC facilitou a defesa do consumidor ao permitir que sua residência seja vista como foro privilegiado, art. 101.

As regras previstas no CDC e acima, demonstradas de forma bem reduzida, clarificam todo o arcabouço jurídico criado para resguardar o consumidor, mandamentos legais que se não cumpridos ensejarão responsabilização e consequente reparação do dano. E se esse dano não for reparado pelo Judiciário, através de indenizações em valores adequados, o sistema tão importante para a sociedade brasileira perderá sua força, tornando-se ineficaz.

3 Teoria do mero aborrecimento e a banalização do dano moral

Os tribunais brasileiros negam frequentemente indenizações por danos morais para consumidores, fundando seu entendimento no mero aborrecimento cotidiano. Embora a empresa tenha realizado um ilícito, vez que descumpriu norma prevista na legislação consumerista, tal ilícito, por sua extensão, não é capaz de causar dano, sendo apenas um aborrecimento. Os questionamentos que urgem são de onde se originou a construção do mero aborrecimento? Por que um fato/ato pode ser mero aborrecimento se o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor evidenciam que descumprir uma norma é um ato ilícito e todo ato ilícito deve ser indenizado?

O mero aborrecimento, ou dissabor, para os que defendem a teoria, pode-se entender como aborrecimento, desgosto, irritação que pode ocorrer no dia a dia das pessoas, e que pela natureza de sua fugacidade devem ser excluídos do dano extrapatrimonial, Theodoro Júnior:²⁰

Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, frequentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta. Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexos causal. Se o incômodo é pequeno (irrelevância) e se, mesmo sendo grave, não corresponde a um comportamento indevido (ilicitude) obviamente não se manifestará o dever de indenizar (ausência da responsabilidade civil cogitada no art. 186 do CC).

²⁰ THEODORO JÚNIOR, H. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 6.

Reforçam essa posição as palavras de Cavalieri Filho:²¹

Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua imaculabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias. Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Temos sustentado que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade.

Nessa linha de raciocínio que se posiciona a jurisprudência dos tribunais pátrios, conforme se colaciona:

[...] AÇÃO DE COBRANÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 14, §1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE DECORAÇÃO. INADIMPLEMENTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Fica inviabilizado o conhecimento de temas trazidos na petição de recurso especial, mas não debatidos e decididos nas instâncias ordinárias, porquanto ausente o indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. O mero inadimplemento contratual não gera direito à indenização por danos morais se não houver violação específica a direito individual que supere o mero aborrecimento. Precedentes.²²

[...] nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o *mero* descumprimento contratual não enseja indenização por dano moral. E, ainda, que o descumprimento contratual por parte da operadora de saúde que culmina em negativa ilegítima de cobertura somente enseja reparação a título de danos morais quando houver agravamento da condição de dor, abalo psicológico e prejuízos à saúde já debilitada do paciente, não reconhecidos na espécie [...].²³

²¹ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

²² STJ. AgInt no AREsp nº 1.766.907/DF. Rel. Min. Raul Araújo, 3.5/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

²³ STJ. AgInt no REsp nº 1.892.719/MG. Rel. Min. Raul Araújo, 29.4.2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATOS COLIGADOS, COM INTERDEPENDÊNCIA DOS NEGÓCIOS DISTINTOS FIRMADOS. SOLIDARIEDADE OBRIGACIONAL ENTRE A REVENDA E O BANCO QUE FINANCIAM A COMPRA E VENDA PARA REPARAÇÃO DE EVENTUAIS DANOS. INEXISTÊNCIA. DISSABORES E/OU TEMPO DESPENDIDO, COM O CONDÃO DE ENSEJAR RECONHECIMENTO DE DANO MORAL. INVIABILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DE EFETIVA LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. FATO CONTRA LEGEM OU CONTRA JUS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. CONDENAÇÃO POR DANO MORAL EM CASOS QUE NÃO AFETEM INTERESSES EXISTENCIAIS. INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO E COM A TRIPARTIÇÃO DE PODERES. CONSEQUÊNCIAS DELETÉRIAS IMPREVISÍVEIS NO ÂMBITO DO MERCADO, EM PREJUÍZO DA PRÓPRIA GENERALIDADE DOS CONSUMIDORES. [...] 3. Embora o autor narre na inicial que pagou três prestações contratuais por receio de ter seu nome incluído em cadastro de órgãos de proteção ao crédito, assim como o temor de que o bem viesse a ser objeto de busca e apreensão requerida por parte do credor fiduciário - circunstâncias que, se concretizadas, poderiam mesmo caracterizar abalo moral -, isso não se verificou. O autor também esclareceu que, em vista dos transtornos, “optou” pela resolução dos contratos coligados para ser reembolsado dos montantes despendidos. Ademais, foi dito na exordial que os dissabores no tocante ao banco recorrente limitaram-se ao fato de ter recebido o contrato somente após 90 dias - a loja de veículos usados negociou o automóvel com o autor, mas não houve o imediato cancelamento da alienação fiduciária anterior a envolver o bem e a outra instituição financeira porque, após a alienação do automóvel pela revendedora de veículos usados, o devedor fiduciante veio a falecer. 4. O direito à compensação de dano moral, conforme a expressa disposição do art. 12 do CC, exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade (como os que se extraem, em *numerus apertus*, dos arts. 11 a 21 do CC), bens tutelados que não têm, per se, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico, quais sejam: higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual. Nessa linha de intelecção, como pondera a abalizada doutrina especializada, 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 tão intensas e duradouras,

a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. 5. Os “danos morais”, reconhecidos pelo Tribunal de origem, limitam-se a “dissabores por não ter havido pronta resolução satisfatória, na esfera extrajudicial, obrigando o consumidor a lavrar boletim de ocorrência em repartição policial”. Certamente, não se pode tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer prejuízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao aborrecimento, sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias todas não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um. 6. É o legislador que está devidamente aparelhado para a apreciação e efetivação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais. A condenação por dano moral, em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela, sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância. 7. Recurso especial provido para restabelecimento do decidido na sentença.²⁴

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TELEFONIA. ENVIO DE COBRANÇAS PARA O ENDEREÇO DE HOMÔNIMA, EM VIRTUDE DE A VERDADEIRA CLIENTE TER FORNECIDO COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA INVERÍDICA. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. 1. É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. 2. A responsabilidade objetiva da Concessionária prestadora do serviço de telefonia, por si só, não traz a obrigação de indenizar, sendo necessário, além da ilicitude da conduta, que desta exsurja, como efeito, o dano. 3. No caso, o Tribunal local apurou que as cobranças das faturas não afetaram a imagem da autora, sendo realizadas por meio de correspondências discretas e lacradas, assim também a não ocorrência de nenhum constrangimento, tampouco inscrição do nome em cadastro restritivo

²⁴ STJ. AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.669.683/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma. *DJe*, 30 nov. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

de crédito, tendo o envio das cobranças cessado antes do ajuizamento da ação, concluindo que houve mero aborrecimento, o que não caracteriza dano moral. 4. Eventual revisão do entendimento do Tribunal de origem, no sentido da não ocorrência do dano moral na conduta da concessionária de telefonia, demandaria o necessário reexame de provas, o que encontra óbice intransponível imposto pela Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial não provido.²⁵

Assim, o Judiciário distingue dano moral de mero dissabor, dizendo que o primeiro fere a dignidade da pessoa humana, a honra, a liberdade, a imagem, lesionando o consumidor em seu psicológico, fazendo com que ele tenha sentimentos como sofrimento, dor, tristeza, mágoa, impotência, vergonha, enquanto o segundo não fere a dignidade humana, sendo passageiro, incapaz de gerar abalos psicológicos como dor, sofrimento, constrangimento, por isso não indenizável.

O entendimento construído pelos tribunais segue no sentido de que não é qualquer ato ilícito que ensejará reparação através dos danos morais transformados em pecúnia e a diferenciação entre dano moral e mero dissabor, feita pelo Judiciário nos casos práticos, envolve muitas análises. Venosa²⁶ menciona que os danos morais trazem reflexos psicológicos que podem ser maiores do que a vítima acredita que sejam ou menores do que supõe. Se a própria vítima não possui condições de avaliar seu dano, imagine-se para terceiros que julgarão.

Discorda-se da aplicação da teoria do mero aborrecimento acima proposta para justificar a negativa de indenizatória, pois a legislação, conforme já demonstrado, criou todo um regramento protetivo para que as lesões imateriais, como o dano moral,²⁷ pudessem ser indenizadas e a aplicação do aborrecimento cotidiano deturpou o sentido dos institutos protetivos, vez que, se houver um dano, decorrente de ilícito, se provado o ilícito, conseqüentemente, constituído está o dano moral, não existindo na legislação pátria requisito para separar dano moral indenizável de dano moral não indenizável.

Muito embora o direito seja interpretativo-argumentativo, deve-se ter em mente que todo o poder, indiferentemente de qual seja, deve ser limitado, não podendo o Judiciário criar toda uma tese de mero aborrecimento somente com o sentido de inibir o número de ações.

²⁵ STJ. REsp 944.308/PR. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma. *DJe*, 19 mar. 2012. Disponível em: [con.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27944308%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27944308%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://con.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27944308%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27944308%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

²⁶ VENOSA, S. S. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁷ É quase impossível constituir prova da ocorrência de dano moral, possibilitando apenas a prova de sua extensão, em alguns casos.

A jurisprudência, com intuito único e exclusivo de evitar demandas repetitivas e o conseqüente afogamento do Judiciário, construiu a tese do mero aborrecimento, o que por si só é incongruente com a função do Judiciário. O Judiciário não deve legislar ou criar critérios não existentes na legislação quando não houver lacuna, e sim socorrer os cidadãos que possuem seus direitos feridos e exigem uma resposta do Estado. O simples fato de um cidadão que sofre por um ato ilícito por parte de uma empresa procurar o Judiciário, como vulnerável que é, já pressupõe a ocorrência do dano moral, pois, caso contrário, não se dispensaria tanto tempo, como o tempo que leva um processo, esforço vital e tudo mais necessário, senão se sentisse lesado, magoado, ludibriado, enganado.

Tamanho é o mau atendimento prestado pelas empresas brasileiras que, segundo pesquisa perfunctória divulgada no *site* Reclame Aqui,²⁸ existe, em média, 1 milhão de reclamações por mês, de consumidores contra fornecedores, demonstrando que os consumidores tentam solucionar os problemas de maneira administrativa, buscando ajuda em aparatos como Procon, *sites* de intermediação, agências reguladoras e diretamente com as empresas. Somente esta busca já justificaria uma indenização, vez que tais ações demandam tempo e dissabores aos consumidores e normalmente ocorrem devido à má prestação de serviço ou descumprimento de normas pelos fornecedores.

O código consumerista, em seu art. 4º, inc. VI, como já mencionado neste artigo, cita que as políticas nacionais devem coibir e reprimir eficientemente todos os abusos praticados no mercado de consumo, mas qual é a eficiência se os consumidores, quando procuram o Judiciário, vez que já tentaram resolução administrativa, recebem como resposta a negativa da indenização, dizendo que o descumprimento pela empresa é passageiro, fugaz, e a grande maioria das decisões não é analisada com o cuidado devido, apenas se verifica a possibilidade de “colar” a tese do mero aborrecimento e é “um processo a menos”? E assim direitos são tolhidos e o Judiciário deixa de intervir quando deveria.

Moraes,²⁹ ao se referir ao protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo, servível ao caso que se estuda, aponta que todo poder precisa ser limitado nas democracias, sendo possível o ativismo judicial, desde que limitado por cinco paradigmas autocontendores, a saber: 1) discriminação ou

²⁸ É o 5º *site* mais acessado do Brasil, segundo informações prestadas pelo *site* no ano de 2021, e possui 30 milhões de consumidores e 360 mil empresas cadastradas (Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/institucional/>).

²⁹ MORAES, G. B. P. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Revista Direito em Movimento*, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2019. p. 17. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

preconceito: se a questão envolver minorias, deve-se preconizar a concretização dos valores constitucionais; 2) deliberação popular: quanto mais deliberação popular, menos interferência do Judiciário; 3) funcionamento da democracia: se envolver questões de funcionamento democrático deve-se proteger a democracia; 4) capacidade técnica: quanto maior a capacidade técnica, menor a interferência do Judiciário; e, por fim, 5) proteção deficiente dos direitos das gerações futuras: se a questão analisada envolver direito de gerações futuras pode existir participação mais intensa do Poder Judiciário.

Com base no trabalho de Moraes,³⁰ observa-se que, no caso de considerar danos morais de consumidores, quando os prestadores de serviço ou fornecedores de produtos não seguem o que a legislação consumerista exige, como mero aborrecimento, está o Judiciário não seguindo as premissas autocontendedoras e limitadoras, vez que os casos versam sobre questões de discriminação e preconceito e da proteção deficiente dos direitos das gerações futuras. Preconceito e discriminação no sentido de que veem os consumidores como pessoas que buscam o Judiciário para auferir lucro e não porque tiveram seus direitos lesados e, ainda, como pode o Judiciário dizer que o sentimento de outra pessoa é mero aborrecimento, passageiro? Quem pode dizer se será passageiro será somente a pessoa. E mesmo que o Judiciário pudesse, o direito ferido se refere ao bem tutelado e não ao sentimento específico.

Já com relação à proteção deficiente dos direitos das gerações futuras, tão difícil é conseguir que direitos que protejam vulneráveis e hipossuficientes, como são os consumidores, sejam implantados em uma nação, e o Judiciário, quando diz que é mero dissabor, passa para os descumpridores a sensação de que podem continuar descumprindo, ferindo a ideiação primordial do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, prevenir novos danos.

Em resposta à teoria do mero aborrecimento, nasceu a teoria do desvio produtivo que noticia que o consumidor sofre danos devido ao desvio de seus recursos produtivos como tempo, competência e liberdade, quando precisa resolver um problema gerado pelo prestador de serviço/fornecedor. Em muitos de seus exemplos, pondera ser o tempo do consumidor importante e, portanto, deve ser indenizado se perdido resolvendo dificuldades criadas pelos fornecedores. Prefaciando a obra de Dessaune,³¹ Claudia Lima Marques menciona que a passagem do tempo deveria

³⁰ MORAES, G. B. P. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Revista Direito em Movimento*, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2019. p. 20. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

³¹ DESSAUNE, M. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017. p. 139.

ser analisada de maneira favorável ao consumidor, uma vez que é ele vulnerável e protegido pelo texto constitucional quando se relaciona com fornecedores, em suas palavras:

Mas a sociedade de massa muitas vezes traz como efeito o fato de o “tempo” do outro ser menosprezado, considerado mero “aborrecimento normal” decorrente de relações contratuais de consumo. Estamos quase nos acostumando a menosprezar os danos de massas, que os fornecedores perpetuam em nosso mercado- se forem de pequena monta-, quase querendo culpar os consumidores por uma “indústria”, ou melhor, por seu empenho em defender os seus direitos violados em massa, querendo ressarcimento! Nesse contexto perigoso de “menosprezo” pelo pequeno (grande) dano do outro, a obra de Marcos Dessaune é como um vento fresco, que renova o ambiente e obriga um olhar diferenciado: sim, há um dano social nesse repetir incontável de pequenos danos impunes e “negativamente exemplares” ou, como afirma o autor, um desvio produtivo-relevante econômica, social e juridicamente - no desperdício evitável de tempo dos consumidores.

Dessaune,³² em sua obra, discorda também da construção de mero dissabor do cotidiano como justificativa para não indenizar e, para isso, sucintamente levantam-se alguns argumentos defendidos pelo autor.

Explica que o entendimento de que o consumidor, no enfrentamento de problemas de consumo que são criados pelos próprios fornecedores, sofre apenas mero dissabor em vez de dano moral indenizável é errôneo, mencionando que o raciocínio do mero aborrecimento é construído sob ideias equivocadas, causando, naturalmente, conclusões inverídicas.

Aponta a existência de três premissas falsas e descreve as coerentes, sobre esse raciocínio: 1) o conceito de dano enfatizaria as consequências emocionais da lesão. O erro existe no fato de que o dano moral já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico ferido, assim o objeto do dano moral deixa de ser a dor, a angústia, e se torna qualquer atributo da personalidade humana lesado; 2) nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido era a integridade psicofísica da pessoa consumidora, quando, em verdade, são o tempo e as atividades cotidianas do consumidor; 3) o tempo não é juridicamente resguardado. No entanto, incongruente também, pois o tempo está tutelado no rol de direitos da personalidade.

³² DESSAUNE, M. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017. p. 139.

Em tempo, faz o autor uma digressão histórica para lembrar que existe o dano existencial, que é uma espécie de dano moral, que, enquanto o dano moral passa a ideia de “lesão a um atributo da personalidade humana”, o dano existencial, especificamente, é o “dano à vida de relação” e o “dano biológico”.

Menciona Dessaune que “a dignidade do homem se assenta no seu patrimônio moral e não no seu patrimônio material”, por isso o patrimônio moral deve ser tutelado pelo Estado e jamais ser reduzido a mero aborrecimento.³³

4 Justiça defensiva

Existe um discurso do Poder Judiciário de que o excesso de litigâncias dos consumidores, principalmente, requerendo danos morais, causa um afogamento do sistema.

Feracin³⁴ esclarece que, desde que assumiu como magistrado, em 2014, percebeu uma grande quantidade de demandas visando ao recebimento de indenizações por danos morais, sendo os principais requeridos as concessionárias de serviço público de água, energia elétrica, telefonia, além de instituições financeiras, e essa situação pode ser percebida em todo o estado do Paraná. Para demonstrar seu argumento, solicitou dados ao Nemoc,³⁵ que informou que pelo menos 58% das lides que eram discutidas nas turmas recursais do estado do Paraná, no ano de 2017, tinham como requeridos os já explanados e que a grande maioria dos processos pleiteava dano moral.

Continua arrazoando que dos quase 100 (cem) enunciados das turmas recursais, mais de 25% se referem ao instituto do dano moral; e que, em muitos casos, as situações em que há presunção de ocorrência de danos morais causam um efeito cascata, gerando ações em massa. Exemplifica com o Enunciado nº 2.7 das turmas recursais, que prevê que a espera em fila de agência bancária, de forma excessiva, caracteriza falha na prestação de serviço e enseja reparação por danos morais, mencionando que a judicialização por espera em filas de bancos foi tão intensa que “as Turmas Recursais fixaram critério objetivo na tentativa de limitar

³³ DESSAUNE, M. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017. p. 139.

³⁴ FERACIN, M. *O dano moral como uma das causas do excesso de demandas judiciais*. p. 3-4. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/DEZ+O+dano+moral+como+um+das+causas+do+excesso+de+demanda+judicial+II++Dr.+Marcelo+Gomes+Feracin/8d0eeef4-80f0-655d-f942-8de925b97bbb>. Acesso em: 8 jun. 2021.

³⁵ Nemoc: órgão vinculado à Corregedoria-Geral da Justiça paranaense. Os dados foram solicitados por Feracin e, conforme o autor, disponíveis para consulta por meio do Procedimento Administrativo SEI nº 0069242-43.2018.8.16.6000.

a demanda, firmando entendimento de que, em regra, apenas a espera superior a 60 (sessenta) minutos acarretaria danos morais”.³⁶

Ocorre que a fala acima demonstra a ideia de justiça defensiva, em que o Judiciário cria alguns instrumentos jurídicos para inibir o número de demandas sobre um mesmo tema, no caso, o ajuizamento de ações requerendo danos morais para quem fica tempo demasiado na fila de espera de agências bancárias.

O objetivo é diminuir as lides, no entanto, essa diminuição de lides traz sérios problemas e questionamentos, como: se o consumidor ficar 55, 56, 57, 58 minutos na fila de espera não gera indenização? A prestação de serviço se torna eficiente por apenas 2 minutos de diferença? Se o Judiciário aplicasse indenizações por danos morais contra as instituições bancárias em valores razoáveis elas corrigiriam o problema do excesso de espera e conseqüentemente o excesso de ações diminuiria? Por que não corrigir o problema em vez de criar mecanismos para evitar as conseqüências do problema? Tais perguntas sem resposta deixam a sensação de indignação, de não resposta do Judiciário quando pleiteado e, ainda, demonstram a ineficácia da prestação judicial para o tema.

Esse é o entendimento que se levanta da análise do Enunciado nº 12.12 das turmas recursais do Paraná,³⁷ que diz que as despesas com advogado não são indenizáveis, pois se o Judiciário não conceder danos morais quando houver ato ilícito/má prestação de serviço e não condenar os requeridos sequer ao pagamento das custas que a parte tiver com advogado, com certeza as pessoas pararão de procurar o Judiciário e ficarão com suas questões sem resposta, uma vez que sairia mais caro procurar o Judiciário para ter uma pretensão garantida do que ficar sem aquela prestação, o que faz com que o Judiciário, implicitamente, seja ineficiente, ineficaz.

Por justiça defensiva, nas palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros,³⁸ referindo-se ao Superior Tribunal de Justiça, entende-se quando se utiliza a jurisprudência para criar “entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento

³⁶ FERACIN, M. *O dano moral como uma das causas do excesso de demandas judiciais*. p. 3-4. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/DEZ+0+dano+moral+como+um+das+causas+do+excesso+de+demandas+judicial+II+-+Dr.+Marcelo+Gomes+Feracin/8d0eeef4-80f0-655d-f942-8de925b97bbb>. Acesso em: 8 jun. 2021.

³⁷ Enunciado nº 12.12: “Despesas com advogado: não são indenizáveis as despesas contraídas pelas partes com contratação de advogado para defesa de seus interesses em juízo” (Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp_auth%3DH07AjCb8%26p_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D1%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_state_rcv%3D1&_101_assetEntryId=25726&_101_type=content&_101_groupId=14797&_101_urlTitle=enunciados-das-turmas-recursais-do-parana&inheritRedirect=true).

³⁸ Parte da fala do Ministro Humberto Gomes de Barros quando discursou na sessão solene de posse no cargo de Presidente do STJ, realizada em 7.4.2008.

dos recursos que lhe são dirigidos”, política esta que pode ferir princípios como devido processo judicial e acesso à justiça.

Moraes,³⁹ dissertando sobre as premissas modernas de protagonismo do Judiciário, citando que “a justiça, como ‘guardiã das promessas democráticas’ ainda não realizadas durante a modernidade, é convertida em ‘lugar em que se exige a realização da democracia’”, deixa o questionamento que se faz neste trabalho substanciado, pois, se o Judiciário deveria realizar a democracia, como devem fazer os consumidores que têm seu direito mitigado ante a decisões que consideram as reclamações contra as empresas como meros problemas do cotidiano? Por isso e ademais, pelo protagonismo Judiciário que globalmente vem se firmando, deve tal entendimento ser alterado.

Yoshikawa menciona ser jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores o fenômeno consistente na utilização de supostas irregularidades formais para não conhecer de recursos, através da aplicação distorcida de enunciados sumulares ou a criação de requisitos de admissibilidade não previstos em lei, ofendendo o princípio da legalidade, frustrando a função das Cortes e o “interesse público que justificou sua criação, que não autoriza a adoção de soluções simplistas para ‘agilizar’ a prolação de decisões ou reduzir o número de processos pendentes de julgamento”.⁴⁰

Conforme exposto por Yoshikawa,⁴¹ ocorre no caso da justiça defensiva, especificamente com relação ao direito à indenização por danos morais, mencionando não ser cabível indenização para mero aborrecimento, não sendo o advogado remunerado e a parte sem resposta alguma do Judiciário deixa de interpor questões quando estas ocorrem.

5 Considerações finais

Quando se quantifica os valores para indenizar os danos morais, deve-se primar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que a fixação

³⁹ MORAES, G. B. P. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Revista Direito em Movimento*, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2019. p. 17. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

⁴⁰ YOSHIKAWA, E. H. O. *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. p. 77. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21012015-075727/publico/TESE_EDUARDO_YOSHIKAWA_VERSAO_COMPLETA.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴¹ YOSHIKAWA, E. H. O. *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21012015-075727/publico/TESE_EDUARDO_YOSHIKAWA_VERSAO_COMPLETA.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

deve respeitar certos ditames, que se diversificam através de duas paralelas, a saber: a) que amenize de forma pecuniária o abalo moral causado injustamente, observando dano moral não como algo pessoal, mas sim quanto à lesão ao bem jurídico tutelado; b) que o causador do dano, de acordo com sua condição econômica, seja punido pelo mal causado por seus atos ou de seus prepostos.

Esta fixação deve ser correlata, sem que haja enriquecimento sem causa por parte do ofendido, como também a indenização deve ser de valor com o qual o demandado se sinta punido pelo ato antijurídico cometido, de forma a fazer com que os maus prestadores de serviços/fornecedores corrijam suas políticas e diminuam suas ilicitudes viciadas.

Não há nexos em punir o ofensor com valor irrisório, eis que, não sendo proporcional à condição financeira, em nada adianta imputar-lhe qualquer ônus. A punição aos ofensores e a amenização do dano sofrido pelas vítimas com valor pecuniário devem estar em correlação com os princípios gerais do direito, para que o ofensor seja desestimulado a repetir a iniquidade.

A finalidade punitiva somente será alcançada com a imposição de um *quantum* indenizatório suficiente e adequado para penalizar o ofensor e ao mesmo tempo inibir novas práticas lesivas. Portanto, a reparação do dano tem caráter punitivo, preventivo e compensatório, devendo o valor a ser atribuído ser suficiente a proporcionar conforto e satisfação ao lesionado, além de produzir aos ofensores repercussão tal, que os impeça de cometer novos atentados, observando-se, assim, a consagrada teoria do desestímulo, ou seja, o valor deve locupletar o ofendido, mas há de ser suficientemente elevado a desencorajar os ofensores a novas agressões.

Quanto à teoria do mero aborrecimento, por todos os argumentos apresentados no trabalho, essa deve ser abandonada, pelo menos como relação a direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Referências

ANDRADE, L. M.; COUCEIRO, J. C. S. Juizados especiais cíveis estaduais: da democratização ao desestímulo de acesso por meio de decisões baseadas em simples aborrecimento em demandas de consumo. In: CONGRESSO NACIONAL DA FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO – FEPODI/2017, V. *Anais...* [s.l.]: [s.n.], 2017. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/83A9BS8zhs1ZOrzr.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BOLZAN, F. *Direito do consumidor esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPANEMA, S. Dano patrimonial (dano emergente; lucro cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação). *Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DESSAUNE, M. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017.
- DINIZ, M. H. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- EFING, A. C. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2020.
- FERACIN, M. *O dano moral como uma das causas do excesso de demandas judiciais*. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/DEZ+O+dano+moral+como+um+das+causas+do+excesso+de+demanda+judicial+II+-+Dr.+Marcelo+Gomes+Feracin/8d0eeef4-80f0-655d-f942-8de925b97bbb>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- MAHUAD, L. C. N. E.; MAHUAD, C. Imputação da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e subjetiva. In: GUERRA, A. D. M; BENACCHIO, M. (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.
- MARTINS, T. C. Os fatores que desencadearam a queda da Súmula do Mero Aborrecimento no Âmbito do TJRJ. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, v. 31, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=os-fatores-que-desencadearam-a-queda-da-sumula-do-mero-aborrecimento-no-ambito-do-tjrj>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- MORAES, G. B. P. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Revista Direito em Movimento*, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.
- SANTOS, J. C. V. C. A.; CASCALDI, L. C. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STOLZE, P. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- TARTUCE, F. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.
- TEIXEIRA, T.; FERREIRA, L. T. As excludentes de responsabilidade além do CDC: o fortuito interno e o externo. *Revista de Direito Empresarial*, v. 7, p. 19-34, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VAUGHN, G. F. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, v. 254, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.17.PDF. Acesso em: 12 jun. 2021.

VENOSA, S. S. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

YOSHIKAWA, E. H. O. *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21012015-075727/publico/TESE_EDUARDO_YOSHIKAWA_VERSAO_COMPLETA.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EFING, Antônio Carlos; BOZO, Aline Maria Hagers. O mero aborrecimento e a justiça defensiva: a tragédia do ilícito lucrativo em favor do alegado desafogamento do Judiciário. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 121-144, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.006.

Recebido em: 09.06.2022

Aprovado em: 06.07.2022