

O dano moral na relação de consumo: jurisprudência brasileira

Moral injury in consumer-supplier relationship: brazilian jurisprudence

Vinicius Hsu Cleto¹

Resumo

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990) estipulou, no Art. 6º, VI, que a reparação por danos morais é direito básico do consumidor. Mais tarde, o Código Civil Brasileiro reafirmou a ilicitude do ato que ocasiona dano, ainda que exclusivamente moral (Art. 186, CC). Este trabalho investiga a contemporânea prática jurisprudencial brasileira sobre o tema. Quer-se definir quais são os parâmetros empregados, especialmente em tribunais, para aceitar e quantificar danos morais perpetrados na constância de relação consumerícia. A partir do estabelecimento desse quadro geral, fazem-se apreciações sobre a praxe judicial. Investiga-se o cumprimento da função punitivo-pedagógica do instituto. Avalia-se o argumento que afirma haver, potencialmente, enriquecimento ilícito. Propõem-se alternativas interpretativas e legislativas.

Palavras-chave: Dano Moral. Direito do consumidor. Indenização. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract

Brazil's Consumer Protection Code (Law 8.078/1990) established that reparations for moral offenses were a basic right of every customer (article 6, VI). Later on, Brazil's Civil Code reassured that every act which causes damage is illegal, including strictly moral injuries (article 186, Brazil's Civil Code). This article investigates contemporary judicial practice on the theme. It means to define the parameters that are applied, specially by Courts, when verifying and quantifying moral injuries registered during a customer-supplier relationship. After showing the state-of-the-art understanding, critical appraisals are made. The punitive-disciplinary function is studied. Potential allegations of illicit enrichment are evaluated. Interpretative and legislative alternatives are presented.

Keywords: Moral Injury. Consumer protection. Indemnization. Consumer Protection Code.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional pela Uninter. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
E-mail: viniushsu@hotmail.com

Os danos materiais, mais facilmente aferíveis e quantificáveis, não geram grandes questionamentos por parte da doutrina brasileira, ressalvados, talvez, os lucros cessantes (Art. 403, CC).

Os danos morais, em contrapartida, veem-se envoltos em maiores polêmicas. Não se questionam possibilidade de ocorrência e consequente indenização por danos morais, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor estipulou-os expressamente no Art. 6º, VI, apenas reafirmado em cláusula geral no Art. 186 do Código Civil Brasileiro. Há, no entanto, dificuldades práticas i) na determinação da efetiva lesão a direito de personalidade; ii) na definição do *quantum* indenizável; iii) na concretização da função punitivo-pedagógica; iv) no esforço para evitar-se enriquecimento ilícito; v) na uniformização dos julgados.

A jurisprudência brasileira, nomeadamente os tribunais, teve oportunidade de enfrentar essas questões.

O presente artigo perquire os parâmetros adotados nesses órgãos judiciais para definir e quantificar o dano moral ocasionado a partir de relação de consumo. Quer-se desvendar a *ratio* empregada para condenar infratores (usualmente fornecedores) dos direitos de personalidade presentes nas relações de consumo. A partir do estabelecimento de quadro geral da jurisprudência contemporânea brasileira, fazem-se avaliações críticas da condução judicial. Analisa-se a efetividade dos dispositivos atinentes ao tema que constam do Código de Defesa do Consumidor. Estuda-se a função punitivo-pedagógica do dano moral. Por fim, em sede de conclusão, apontam-se sugestões hermenêuticas e legislativas.

1 Objetivos

Estudar a jurisprudência brasileira, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, sobre o dano moral na relação de consumo. Busca-se *ratio* na determinação de quais são os casos merecedores de imposição da indenização. Procura-se explicar quais seriam os critérios racionais para adotar numerário a ser oferecido em indenização.

2 Metodologia

Revisão da jurisprudência mais recente do STJ sobre o assunto, a saber, entre 2016 e 2017. Revisão bibliográfica de autores selecionados.

3 O Dano Moral Consumerício na Doutrina e o Ordenamento Codificado Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 afirma como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor (Art. 170, V, CF). Em vista desse marco, estabelece mandato ao Estado para que promova, na forma da lei, a sua proteção (Art. 5º, XXXII, CF). Legislado o Código de Defesa do Consumidor, estipulou-se como direito básico a reparação por danos morais na relação consumerícia (Art. 6º, VI, CDC).

Não é incomum que os bens e serviços fornecidos em relação de consumo digam respeito a direitos de personalidade do indivíduo. São necessários para que haja a proteção de bens jurídicos primários, como a vida e a liberdade: “Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes

A proteção do consumidor é cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988

à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de *direitos de personalidade*” (grifo do autor)².

Nos dizeres de Amaral³:

Direitos de personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual [...] Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência.

Quando direitos de personalidade são afetados por conta de vícios e defeitos constatáveis em produtos e serviços fornecidos na relação de consumo, ocorre o dano moral, a ser amplamente rechaçado pelo ordenamento:

Além da autodefesa da personalidade, que todos possuímos, o Art. 12 do Código Civil tutela amplamente o direito geral de personalidade, outorgando os meios necessários para que qualquer pessoa, que esteja na iminência de sofrer um atentado a direito de personalidade, possa fazer cessar a ameaça ou a lesão e requerer perdas e danos.⁴

Ainda:

Nos casos em que a execução do atentado tenha sido instantânea, ou que já tenha produzido efeitos danosos, **a tutela do direito de personalidade violado será realizada por intermédio da indenização de dano moral, independentemente da reparação de dano patrimonial**, quando este coexistir.⁵ (grifo nosso)

Acertou o legislador ao estipular semelhante direito. A primeira, porque todo dano, ainda que moral, merece a reparação possível, conforme estipulado no Código Civil vigente (Art. 186, CC).

A segunda, porque não raro os bens e serviços transacionados entre consumidor e fornecedor são essenciais para a manutenção de direitos fundamentais. Por essa razão, a proteção do consumidor é cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988⁶. Logo, se defeituosas ou viciadas a prestação ou a comercialização, impacta-se, negativamente, direitos de existência⁷. Consequentemente, afeta-se o âmago psicológico da pessoa humana, o que possibilita medidas reparatórias.

Embora o sofrimento individual não possa ser precisamente mensurado, a indenização pecuniária é a mais recorrente na jurisprudência. Isso porque o numerário auferido permite ao lesado acessar bens e serviços que podem confortá-lo. Ao mesmo tempo, impõe-se obrigação adicional ao violador, que se vê compelido a evitar novas lesões de direito.

A prática revela que a indenização por danos morais é dirigida, em maciça maioria, ao consumidor, cuja vulnerabilidade é presunção absoluta (Art. 4º, I, CDC). Segundo Marques,

² SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

³ AMARAL, F. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. Rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 283-285.

⁴ *Ibid.*, p. 248.

⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁶ SCARPETTA, J.; EFING, A. C. O Direito do Consumidor no Brasil e a Concretização dos Direitos Humanos. **Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, v. 3, n. 6, p. 136-160, jul./dez. 2015.

⁷ “Nesta linha, a irrevogabilidade dos direitos fundamentais constitui elemento essencial da democracia na medida em que salvaguarda os indivíduos e as minorias”, Cf. SERRANO JÚNIOR, O. **Introdução à Contemporânea Teoria dos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

este *homo oeconomicus et culturalis* necessita proteção especial, mediante hermenêutica a mais favorável possível⁸.

4 A Aferição Jurisprudencial do Dano Moral nas Relações de Consumo

Nas relações de consumo, é recorrente que os tribunais brasileiros afirmem que a configuração do dano moral dependa da superação do “mero aborrecimento”. Alega-se que o mero inadimplemento contratual não é suficiente para que se afira sofrimentos psicológicos extraordinários, que vão além do comumente suportado na vida cotidiana.

Exemplifique-se com julgados recentes:

TJ-MG - Apelação Cível AC 10145140048516001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 19/09/2014

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COBRANÇA INDEVIDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO ABORRECIMENTO.

- Para configuração do dano moral é **indispensável exsurgir dos autos a violação aos direitos da personalidade da vítima**, como sua honra, imagem, privacidade ou bom nome (grifo nosso)

TJ-RS- Recurso Cível 71005381785 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 26/03/2015

Ementa: RECURSO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. SITE. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO ABORRECIMENTO. Embora o veículo da autora não tenha ido a leilão, o fato de tal informação constar no site mantido pelo requerido **não ultrapassa a barreira do mero dissabor cotidiano**. Anotação vinculada ao veículo e não à pessoa da autora. Sentença reformada. Demanda julgada improcedente. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71005381785, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 24/03/2015) (grifo nosso)

⁸ MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. 6. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 304.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pela interpretação última das leis federais, inclusive do Código de Defesa do Consumidor, assim se posiciona:

STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AREsp 434901 RJ 2013/0385223-3 (STJ)

Data de publicação: 07/04/2014

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE TELEFONIA. VELOX. SERVIÇO DE DADOS. INTERNET. TESTE DE INSTALAÇÃO PREVISTO EM CONTRATO, SEM QUALQUER ÔNUS PARA O CONSUMIDOR. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO ABORRECIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 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. No caso, o Tribunal local apurou que não há dano moral a ser reparado, pois a empresa de telefonia cumpriu seu dever legal de instalar a linha telefônica e não cobrou pelo serviço de internet que não prestou, e que o evento descrito pelo autor em sua inicial não ultrapassou o mero aborrecimento. 3. Eventual revisão do entendimento do Tribunal de origem, no sentido da não ocorrência da dano moral na conduta da concessionária de telefonia, demandaria o necessário reexame de provas, o que encontra óbice intransponível imposto pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido.

Como se nota, a jurisprudência brasileira pacificou que a condenação por danos morais na relação de consumo depende de ofensa a direitos de personalidade em intensidade suficiente para se falar de abalo emocional. Nota-se que existe forte indefinição judicial, por certo derivada da necessidade de se avaliar o caso concreto.

Cabe arrolar, agora, casos emblemáticos em que o Superior Tribunal de Justiça não entendeu configurado o dano moral⁹. Em seguida, apontam-se

⁹ Para efeitos de pesquisa científica, utilizou-se a base de dados do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. A partir do SCON do STJ, fez-se pesquisa livre empregando as expressões “dano moral consumidor”. Na data de confecção deste trabalho (8 de

tantos outros julgados em que o STJ entendeu possível a condenação.

4.1 Improcedência do Pedido de Danos Morais Pelo STJ

Analisados os casos mais recentes (2016-2017), arrolam-se as principais reincidências denegatórias dos danos morais.

4.1.1 Atraso em obras

O STJ entendeu que o mero atraso de alguns meses para que fosse concluída obra, respeitado o caso concreto, não determinava “abalo moral indenizável” (REsp 1551968-SP). No mesmo sentido, não foi configurado dano moral pelo atraso na entrega de unidade imobiliária (REsp 1665550-BA).

4.1.2 Inscrição preexistente em cadastro de proteção ao crédito

Não há direito a danos morais caso a inscrição de consumidor em cadastro de proteção ao crédito preexistisse regularmente (REsp 10611343-RS). Apenas seria procedente o pedido de cancelamento (Súmula 385, STJ). Note-se que o conteúdo é simulado, no que se presume a ausência de danos morais.

junho de 2017), registram-se 9 acórdãos de repetitivos; 1 súmula; 1.891 acórdãos; 75.408 decisões monocráticas e 99 informativos de jurisprudência. Da filtragem realizada, excluímos as decisões monocráticas, porquanto múltiplas e não definitivas. Ainda, delimitamos a análise de acórdãos aos casos mais recentes julgados pelo tribunal (2016-2017). Foram analisados cerca de duzentos acórdãos. Conquanto outras modalidades de pesquisa sejam possíveis, o uso dessas expressões foi suficiente para captar os casos em que, figurado consumidor, discutiu-se o instituto do dano moral. Cf. <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Último acesso em: 8 jun. 2017.

4.1.3 Espera moderada em fila do banco

Não houve concessão de danos morais por conta de espera em fila do banco, uma vez que o dano moral seria caso de “grave ofensa à personalidade”. Nisso, exigir-se-ia espera considerada “excessiva” ou “associada a outros constrangimentos” (REsp 1662808-MT).

4.1.4 Danos a equipamentos elétricos

Tampouco se aceitou a imposição de condenação por danos morais quando a queda de energia determinou danos a aparelhos eletrodomésticos, uma vez que

tal fato não pode ser equiparado à dor e ao sofrimento decorrentes de lesões graves à sua honra ou à sua imagem, portanto o decisum do Tribunal local está em sintonia com os precedentes do STJ, que não consideram meros aborrecimentos como causa de danos morais (REsp 1661894-RS)

Existe forte indefinição judicial, por certo derivada da necessidade de se avaliar o caso concreto

4.1.5 Cancelamento de voos

Negou-se indenização por danos morais decorrentes de cancelamento de voo num pacote de viagem. Alegou o STJ que “A jurisprudência do STJ vem evoluindo para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais”, nos termos do REsp 1595145-RO.

4.1.6 Falha na prestação de serviço público

Impossível a imposição de indenização por danos morais *in re ipsa* “pela mera cobrança indevida caracterizadora de falha na prestação de serviço público” (AgRg no AREsp 642115-RS).

4.2 Procedência do Pedido de Danos Morais Pelo STJ

Na sequência, apresentam-se os casos conceitualmente mais relevantes em que se reconheceu a superação do mero aborrecimento.

4.2.1 Uso de informações sensíveis no *credit scoring*

Possível a condenação por danos morais quando o *credit scoring*¹⁰ do consumidor é baseado em informações excessivas ou sensíveis, configurada a solidariedade do fornecedor, do responsável pelo banco de dados, pela fonte e pelo consulente (REsp 1419697-RS).

¹⁰ É a avaliação do grau de risco de inadimplência por parte do consumidor de crédito.

4.2.2 Inscrição em serviço de proteção ao crédito por uso de documentos falsos aceitos por instituição bancária

Se pessoa é inscrita em serviço de proteção ao crédito por conta de instituição financeira que aceitou documentos falsos de terceiro para abrir conta-corrente em nome do inocente, possível a condenação por danos morais ocasionados pela instituição financeira (REsp 1199782-PR).

4.2.3 Inscrição em serviço de proteção ao crédito sem prévia comunicação

Há condenação por danos morais quando a inscrição de consumidor a serviço de proteção ao crédito ocorra sem prévia comunicação, ressalvado o que o STJ chama “preexistência de inscrição desabonadora regularmente realizada” (REsp 10611343-RS).

4.2.4 Danos à saúde por vício ou defeito

É recorrente que, quando afetado o direito à saúde, o STJ entenda procedente o pedido de danos morais. São casos em que o defeito do produto está caracterizado (REsp 1667946-RJ, REsp 1645786-PR). Abundam casos de falta de cobertura do plano de saúde, erro na prestação médica hospitalar. Veja-se:

Embora o mero inadimplemento, geralmente, não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o abalo aos direitos da personalidade advindos da recusa indevida e ilegal de cobertura securitária, na medida em que a conduta agrava a já existente situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado (REsp 1651289-SP).

4.2.5 Ação civil pública para danos morais coletivos

Foi julgada procedente Ação Civil Pública que pediu danos morais coletivos porquanto posto de gasolina oferecia combustível de outras bandeiras que não a ostentada publicamente (REsp 1487046-MT).

4.2.6 Reparos em veículo automotor novo

Aceitou-se imposição de indenização a título de danos morais para consumidor que, após adquirir carro novo, teve de voltar à concessionária por diversas vezes para realizar reparos (REsp 1632762-AP).

4.2.7 Sobrecarga elétrica

Procedente a indenização por danos morais por conta de incêndio ocasionado após sobrecarga elétrica (AgInt no AREsp 915216-BA).

4.2.8 Graduação ofertada sem aprovação do MEC

Presente a indenização por danos morais quando a graduação ofertada não era aprovada pelo Ministério da Educação e Cultura, o que determinou realocação do discente em curso que não era de seu interesse (REsp 1342571-MG).

4.2.9 Contrafação

Possível a indenização por danos morais referentes à contrafação que afete a boa imagem

de marca, ainda que pertencente a pessoa jurídica (REsp 1535668-SP)

5 Análise da Jurisprudência Recente do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça padece de uniformidade em seus julgados. Notam-se incoerências.

De início, ressalta-se a Súmula 7 do STJ, exemplo de jurisprudência defensiva dos tribunais superiores. Afirma que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Haveria, em tese, diferença entre o reexame do acervo probatório, caracterizado pela análise profunda dos documentos, depoimentos e demais provas originais¹¹ e a reavaliação das provas, baseada na narrativa dos tribunais inferiores¹².

Em verdade, a diferença jurisprudencialmente delineada inexistente. Os acórdãos dos tribunais inferiores invariavelmente remetem ao acervo probatório produzido pelas partes, inclusive da parte sucumbente. A definição jurídica do que é narrado nos acórdãos depende, fundamentalmente, das provas carreadas aos autos, uma vez que é impossível a subsunção à norma sem o delineamento do conjunto fático, trazido ao juízo mediante provas. Portanto, alega-se que o Superior Tribunal de Justiça determinou, mediante súmula, que a narrativa dos fatos admitida pelos tribunais inferiores é inquestionável, apenas possível a reavaliação jurídica dessa narrativa¹³.

¹¹ Voto de Marco Buzzi no AgRg no REsp 1036178 SP 2008/0046369-7.

¹² Conforme afirma Felix Fischer: “A reavaliação da prova ou de dados **explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido** não implica no vedado reexame do material de conhecimento” (REsp 683702-RS, grifo nosso).

¹³ “AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE E HOSPITAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Acórdãos do mesmo Superior Tribunal de Justiça pedem atenção às consequências do dano ao consumidor em vez de preocupar-se com regras genéricas

No entanto, como a narrativa dos fatos depende de embasamento proporcionado pelas provas apresentadas nos autos, qualquer recurso especial, naturalmente insurgente, avaliará o acervo probatório. Pedir-se-á, e.g., que determinado fato – comprovado pelo acervo probatório – seja especialmente considerado para aumentar ou para reduzir o *quantum* indenizatório.

A Súmula 7, STJ, em realidade, criou amplo poder discricionário do Superior Tribunal de Justiça na escolha dos casos a apreciar. Não são incomuns os acórdãos nos quais se menciona que o recorrente busca simples reexame de provas, motivo pelo qual não se adentra o mérito do recurso. Este, por sua vez, sempre busca, explícita ou implicitamente, a reavaliação da prova.

Assim, quando o Superior Tribunal de Justiça aceita reavaliar o *quantum* de indenização por danos morais (“quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo”, cf. AgRg no AREsp 775115-RJ, por exemplo), atropela o conteúdo sumulado, pois reavalia provas indissociáveis da narrativa do acórdão recorrido.

Outra incoerência destacável diz respeito ao confronto entre a Súmula 385, STJ, e julgados que defendem a casuística na determinação dos danos morais na relação de consumo, como o sobremencionado REsp 1595145-RO. O conteúdo

sumulado afirma impossível o dano moral por conta de anotação irregular em cadastro de crédito, bastando que tenha havido inscrição preexistente e legítima. Acórdãos do mesmo Superior Tribunal de Justiça pedem atenção às consequências do dano ao consumidor em vez de preocupar-se com regras genéricas. Ao mesmo tempo, o STJ cria normas genéricas para casos similares. Essa discrepância entre o casuismo e a presunção judicial mereceria enfrentamento aberto por parte de tribunal cujo escopo é uniformizar a jurisprudência brasileira no que tangem leis federais.

Por fim, o montante indenizatório, se pecuniário, apresenta discrepância entre valores fixados nas instâncias iniciais e valores fixados no Superior Tribunal de Justiça. Em estudo sobre indenizações por danos morais nas relações consumerícias bancárias, Antunes¹⁴ notou que:

A média dos valores indenizatórios demonstra radical variação entre as instâncias inferiores e o Superior Tribunal de Justiça. No universo dos julgados estudados, a média condenatória na primeira instância é de R\$ 88.585,38; na segunda instância, eleva-se para R\$ 105.920,86; e, no Superior Tribunal de Justiça, a média decai vertiginosamente para R\$ 12.445,59. Se somente considerados os valores

ATENDIMENTO NÃO REALIZADO. DANO MORAL. SÚMULA 7. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. **Incide o óbice da Súmula 7/STJ nas hipóteses em que o acolhimento da pretensão recursal exige a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos.** 2. A análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação do enunciado da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o aresto combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo. 3. Agravo interno não provido” (AgInt no REsp 1345421-PE, grifo nosso).

¹⁴ ANTUNES, J. C. de A. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das Decisões do STJ sobre Relações de Consumo Bancárias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 175, jan./jun. 2009.

médios, a redução experimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é da ordem de 85,95% relativamente à quantia fixada na primeira instância e de 88,25% em relação à segunda instância

Diante dessas indefinições, questionam-se, portanto, os critérios para que seja determinada condenação por danos morais, bem como os meios para determinação do *quantum* indenizável.

6 Critérios para Determinação da Ocorrência

Concorda-se que nem toda violação a direito do consumidor configuraria dano moral. Para que seja configurado casuisticamente, o critério a ser empregado é, efetivamente, a violação a direito de personalidade. No entanto, esta, sozinha, é insuficiente para se afirmar tanto a ocorrência do dano moral quanto o montante pecuniário eventualmente devido.

Afastadas presunções, defende-se que o julgador deve atentar-se i) à natureza do direito ofendido; ii) ao grau de vulnerabilidade do consumidor, polo naturalmente frágil da relação; iii) às consequências de curto, médio e longo prazo da ofensa; iv) à hipossuficiência.

Quanto à natureza do direito, quanto mais próximo o bem ou serviço em relação ao direito à vida, tão mais grave o fornecimento defeituoso ou viciado.

Quanto ao grau de vulnerabilidade do consumidor, admite-se a classificação exposta em Marques. A doutrinadora entende que há quatro modalidades distintas¹⁵: i) técnica (conhecimentos sobre o produto oferecido); ii) jurídica (ou científica, faltam conhecimentos contábeis ou

¹⁵ MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...** Op. cit., p. 323-324.

econômicos); iii) fática (uma das partes detém monopólio ou forte concentração de mercado, a ponto de impor vontades a outros sujeitos); iv) vulnerabilidade básica dos consumidores. Fala-se em **vulnerabilidade agravada** ou **hipervulnerabilidade** para categorias de pessoas desvalidas, como os analfabetos¹⁶. Quanto mais diversas as modalidades de vulnerabilidade aferidas no caso concreto, maior o dano moral.

Por fim, a hipossuficiência compreendida como pobreza ou desfavorecimento material¹⁷ também deve ser levada em conta no julgamento, pois o hipossuficiente tende a sofrer mais com vícios ou defeitos em bens e serviços, que lhes são, conceitualmente, menos acessíveis do que àqueles com maior poder aquisitivo.

Analisados esses aspectos, seria possível determinar a ocorrência do dano moral. Idealmente, ainda, o órgão julgador deve buscar amparo jurisprudencial. Se outros juízos entenderam que, em casos similares, configurou-se dano moral, mais sólida a sentença.

7 Quantificação e Função Pedagógico-Punitiva

Uma vez estabelecido que a frustração supera o “mero aborrecimento”, alcança-se questão não pacificada. Trata-se da quantificação do dano moral. Enquanto danos materiais tendem a apresentar extensão bem definida, uma vez que bens materiais têm valor de mercado, a constituição do *quantum* derivado de danos morais é tarefa eivada de obstáculos.

¹⁶ Ibid., p. 365.

¹⁷ Ibid., p. 333.

A função pedagógico-punitiva não se isenta de críticas

A indenização pecuniária merece aceitação, pois a oferta de numerário possibilitaria ao ofendido acessar bens e serviços que trariam conforto psicológico. Obviamente, o casuísmo determinará se o aspecto monetário é a melhor satisfação judicial, dado que outras providências podem ser tomadas. A reparação pode realizar-se, a título de exemplo, mediante nota pública de desagravo. Possível, ainda, que haja cumulação do pedido de desculpas com indenização pecuniária, o que poderia, inclusive, reduzir o *quantum* monetário. Nesse aspecto, o órgão julgador deve ter em consideração os pedidos realizados na exordial.

De maneira geral, entende-se que a quantificação do dano moral deve levar em consideração os mesmos critérios empregados na aferição da ocorrência (natureza do direito e sua importância; grau de hipossuficiência do devedor; consequências da violação), mas também i) a possibilidade de se evitar a ofensa; ii) a recorrência da ofensa tanto contra o ofendido quanto contra os demais consumidores; iii) os esforços ensejados para reparar o dano.

Esses dois últimos critérios são relevantes para que o dano moral cumpra a função **pedagógico-punitiva** que se encontra respaldada jurisprudencialmente. Ilustre-se:

A compensação por danos morais, dessa forma, reveste-se também de um aspecto pedagógico-preventivo, a servir de desestímulo à atividade ilícita praticada pela recorrida, sobretudo em razão da gravidade das consequências econômicas e sociais que dela advêm.¹⁸ (REsp 1535668-SP)

¹⁸ No caso do REsp 1535668-SP, aliás, a indenização por dano moral foi percebida por pessoa jurídica que teve nome e marca afetados por contrafação/falsificação. Com efeito, para a jurisprudência, nada impede que pessoas jurídicas sofram danos morais. Nesse caso, não se fala de sofrimento psíquico individual, mas em desprestígio público. Embora críticos apontem inconsistência, pois o dano moral dependeria de frustração psicológica, essa teoria tão somente apresenta validade para pessoas naturais. Para pessoas jurídicas, se a lesão não ocorreu contra bens tangíveis no

A jurisprudência brasileira acatou a função pedagógico-punitiva porque, reiteradas vezes, a condenação por danos materiais e morais não demovia o fornecedor, que continuava a praticar ilícitos consumerícios. Forçar o consumidor a dispendar tempo e recursos financeiros para acionar o Judiciário compensava, porquanto as violações em massa não determinavam resposta proporcional.

Entretanto, a função pedagógico-punitiva não se isenta de críticas. Alega-se que o inchaço da condenação pecuniária por danos morais é caso de enriquecimento sem causa¹⁹, pois não seria o indivíduo ofendido quem deveria receber o valor. Seria necessário o direcionamento a fundo específico. Além disso, assevera-se que eventuais punições devem ocorrer nos termos do Direito Administrativo, sob atuação de agências reguladoras.

Em verdade, a função pedagógico-punitiva não é caso de enriquecimento sem causa. Trata-se apenas de um dos critérios utilizados para estabelecer o *quantum* indenizatório do dano

presente ou no futuro (lucros cessantes), afetam-se bens imateriais que constituem o patrimônio moral dessa personalidade. Assim, possível a indenização por danos morais. No REsp 1637629-PE, a relatora Nancy Andriighi alega que o dano moral à pessoa jurídica é aquele de caráter extrapatrimonial. O TJ-MG (Apelação Cível 10035110171200001-MG) afirma que o dano moral contra pessoa jurídica depende de “ofensa à honra objetiva”, “ao conceito de que goza no meio social”, o que denominamos “desprestígio público”. Recorde-se que mesmo a pessoa jurídica pode ser consumidora numa relação.

¹⁹ Na redação do Art. 884, Código Civil, “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

moral. Explica-se: se o fornecedor tinha amplas condições de evitar a ofensa, a vontade de ocasionar o dano determina sofrimento psíquico gratuito, desnecessário, o que agrava ainda mais o dano moral. Atos involuntários tendem a ocasionar menos abalo emocional, pois compreende-se que a ilicitude não derivou do desprezo do fornecedor em relação às necessidades do consumidor. No mesmo sentido, se as violações são reiteradas, o fornecedor demonstra não se importar com a situação dos vulneráveis, que se veem constrangidos a buscar a tutela judicial. Por fim, a falta de postura ativa para aliviar a situação do lado mais frágil revela desinteresse sobre ocorrência ou inoocorrência de dano moral, o que ofende ainda mais a personalidade do atingido. Nesse último aspecto deve ser tomado em conta a necessidade de oferecer ação judicial contra o ofensor.

Quanto a eventuais punições administrativas, não se confundem com a função pedagógico-punitiva do dano moral que, repise-se, é tão somente um conjunto de critérios utilizados para estabelecer a extensão da ofensa a direitos de personalidade.

Dito isso, ainda que sejam estabelecidos critérios de aferição do *quantum*, persiste a dificuldade de mensurar o sofrimento psíquico da pessoa natural e o desprestígio público da pessoa moral. Para enfrentar a dificuldade, a solução passa pelo respeito ao precedente²⁰. Deve o órgão julgador buscar casos similares nos tribunais para determinar o valor base²¹. O montante pecuniário,

²⁰ O respeito ao precedente, nos termos dworkinianos do “romance em cadeia”, garante segurança jurídica e coerência da prestação jurisdicional. Ainda, cria norma geral que exercerá certa função preventiva contra novos ilícitos consumerícios. Cf. DWORKIN, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

²¹ Na pesquisa que embasa este artigo, notou-se a frequência de casos similares que versavam sobre cadastro de inadimplentes, falta de cobertura do plano de saúde, falta de cobertura do fornecimento de água, entre outros.

então, pode elevar-se ou reduzir-se a depender da checagem dos critérios supramencionados. Nunca haverá perfeita equivalência de casos concretos, mas a construção jurisprudencial que compartilha critérios e que respeita julgados anteriores garante, concomitantemente, igualdade entre consumidores, segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional.

8 Resultados

Nota-se que a jurisprudência do STJ ainda sofre de incoerências, especialmente sobre a necessidade de criar regras abstratas ou de ater-se ao caso concreto. Faltam critérios bem definidos para que se imponha a condenação do dano moral, bem como para se delimitar o valor justo. Afirma-se a necessidade de o tribunal superior, cuja missão é pacificar a interpretação do Direito brasileiro, determinar quais são os critérios de aferição e de imposição do dano moral. Oferecem-se modalidades interpretativas.

Conclusão

Direito básico do consumidor, a reparação por danos morais na relação consumerícia ainda sofre indefinições a serem enfrentadas. São problemas recorrentemente apontados i) a determinação da ocorrência do dano moral; ii) a definição do valor de eventuais reparações monetárias; iii) a possibilidade de imposição de valores por conta do caráter pedagógico-punitivo; iv) a possibilidade de ocorrência de enriquecimento sem causa; v) a indefinição jurisprudencial sobre aceitação do casuísmo ou de presunções de dano.

Ao longo deste trabalho, buscou-se traçar as linhas gerais do que compreendemos constituir o melhor posicionamento.

Estabeleceram-se como critério de aferição do dano moral i) a natureza do direito violado; ii) o grau de hipossuficiência do consumidor; iii) as consequências pessoais da ofensa. Esses critérios somam-se iv) à análise da possibilidade de se evitar o ocorrido, v) à reiteração da conduta praticada noutros casos similares, vi) à análise de esforços reparatórios extrajudiciais para que, então, seja possível quantificar eventual montante pecuniário oferecido a título de indenização. Como afirmado, os critérios 'iv', 'v' e 'vi' prestam-se tão somente à definição do *quantum debeatur*. Juntos, correspondem ao que a jurisprudência nacional pacificamente denominou **função pedagógico-punitiva** do dano moral. Não se trata de sanção pecuniária. Tem-se, em verdade, critérios para ampliar ou para atenuar o *quantum* do dano moral. De maneira nenhuma a função confunde-se com eventuais sanções administrativas.

Sobre a jurisprudência nacional, privilegiou-se o conjunto de acórdãos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que detém a palavra final na interpretação das leis federais, inclusive o Código de Defesa do Consumidor. Notou-se inconsistência jurisprudencial nos requisitos de admissibilidade. Ainda, não se tem determinado se a adoção das presunções de dano é alternativa superior ao casuísmo.

Do que foi apresentado, este trabalho entende que o casuísmo deve ser aplicado, dado que não engessa a jurisprudência. Ao mesmo tempo, defende que critérios simultâneos sejam adotados pelos juízos brasileiros. Estes podem ser definidos em lei ou acordados a partir de *decisium* do STJ. O respeito ao julgamento precedente garante, conforme já advertido em Dworkin, respeito à segurança jurídica e à coerência decisória.

Juízes de direito devem buscar antecedentes não apenas do tribunal a que se encontram vinculado, mas dos demais tribunais estaduais. Obviamente, confere-se preeminência ao STJ, sempre e quando este tribunal cumpra sua missão institucional, consistente em pacificar posições.

Por fim, ressalta-se que o Ministério Público tem função relevante a exercer. Dos julgados acima, nota-se que se obteve êxito na estipulação do **dano moral coletivo** por conta de violação do direito do consumidor. A ação coletiva *lato sensu* garante economia processual, oferece estabilidade decisória e, ao mesmo tempo, reconhece violações que seriam apenas quantificadas nos casos individuais, porquanto patentes a ofensa a direito(s) de personalidade, a hipossuficiência dos consumidores da comunidade e a determinação de consequências psíquicas.

Referências

AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ANTUNES, J. C. de A. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 169-184, jan./jun. 2009.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o Novo Regime das Relações Contratuais. 6. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCARPETTA, J.; EFING, A. C. O Direito do Consumidor no Brasil e a Concretização dos Direitos Humanos. **Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, v. 3, n. 6, p. 136-160, jul./dez. 2015.

SERRANO JÚNIOR, O. **Introdução à contemporânea teoria dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- Recebido em: outubro de 2017
- Aprovado em: janeiro de 2018