



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

O inadimplemento contratual na relação de consumo e o dano moral

Simone Neves Cobuci

Rio de Janeiro

2009

SIMONE NEVES COBUCI

O inadimplemento contratual na relação de consumo e o dano moral

Artigo Científico Jurídico apresentado como exigência final da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Orientadores:

Prof^ª. Néli Fetzner

Mônica Areal

Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2009

O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO E O DANO MORAL.

Simone Neves Cobuci
Graduada pela Faculdade de
Direito Estácio de Sá. Advogada.
Juíza leiga

Resumo: O presente trabalho visa analisar o instituto do dano moral frente ao inadimplemento contratual do fornecedor de produto ou serviço na relação de consumo, relacionado-o aos princípios norteadores do CDC e da CRFB/88. Igualmente deseja abordar a retórica do mero aborrecimento quando da percepção do inadimplemento contratual aduzida pelos fornecedores assim como a linha de entendimento da jurisprudência Estadual. Requer ainda sustentar a relevância da discussão quanto a isonomia entre fornecedor e consumidor diante do inadimplemento de cada um.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Direito Constitucional. Inadimplemento Contratual do Fornecedor. Dano Moral do Consumidor. Mero Aborrecimento.

Sumário: 1_ Introdução, 2_ Conceitos: 2.1- Breve Histórico do Direito do Consumido no Brasil; 2.2. Do contrato e do inadimplemento no CCB e CDC. 3_ Abordagem principiológica: 3.1.Princípios Constitucionais; 3.2. Princípios do CDC. 4_ Do Direito Comparado. 5_ Do inadimplemento contratual do fornecedor. .6_ Da natureza do dano moral e do mero aborrecimento. 7_ Do Dano moral/Mero aborrecimento no contrato de consumo. 8_ Da jurisprudência conflitante no Tribunal. 9_ Da Conclusão.

1- INTRODUÇÃO:

O presente trabalho enfoca a temática do inadimplemento contratual frente à relação de consumo, vale dizer, a modalização da jurisprudência diante do tema que o considera como mero aborrecimento. Para tal, estabelece como premissa a análise do mero aborrecimento, enfocando o fato de tratar-se de conceito jurídico indeterminado, do qual decorrem diferentes decisões, assim como a relação dos requisitos ensejadores do dano moral diante da presente conjuntura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial no JEC (Juizado Especial Cível).

Diante deste panorama, busca despertar a atenção para o verbete sumular emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de nº 75 que importa em defender o inadimplemento contratual como mero aborrecimento, não ensejador, portanto, da indenização por danos morais, uma vez que entende tratar-se de simples problema da vida cotidiana que deve ser suportado pelo consumidor.

Objetiva-se, em verdade, levantar a discussão quanto ao fato do denominado mero aborrecimento importar em permissão, mesmo que implícita, para o defeito na prestação do serviço, que ineficiente fere a legítima expectativa do consumidor, e, por conseguinte, os princípios norteadores da legislação consumerista.

Desta forma, o artigo pretende analisar a dicotomia entre o disposto no Código de Defesa do Consumidor e o entendimento jurisprudencial sumulado pelo TJ/RJ que, em tese, causa na prática decisões proferidas de forma conflitante, importando em resposta dúbia ao jurisdicionado. A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Cumpra saber, portanto, se a fim de justificar o comando estabelecido pelo CDC, e oferecer resposta objetiva ao jurisdicionado, o inadimplemento contratual deva ser tratado sob o enfoque da efetiva prestação do serviço, uma vez que o consumidor não está autorizado a descumprir o contrato sem que arque com multas ou outro meio coercitivo de adimplemento, ou, se a jurisprudência ferindo flagrantemente o princípio constitucional da isonomia material, perpetuará na prática, a recorrente defesa do fornecedor de mero aborrecimento, que não obstante possua o seu lugar quando corretamente aplicada, ou seja, como forma de exceção.

Assim, por derradeiro, justifica-se a análise na prática da atitude do fornecedor diante do fato do serviço, que não raro, deixa de reparar de pronto o erro, para aguardar uma possível demanda, a fim de se utilizar como meio de defesa do argumento do mero aborrecimento, sendo certo que tal atitude pode desencadear a ineficiência da prestação do serviço e simplesmente abarrotar o judiciário com ações desnecessárias.

2- CONCEITOS:

2.1- BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL:

A proteção ao consumidor é tema complexo de grande importância inclusive para o Estado, a simples constatação de que todos nós somos, em maior ou menor grau, consumidores de bens e serviços já fundamentaria esta afirmação, mas além disso, temos que os meios de produção com vistas ao consumo é uma das facetas do próprio bem-comum, de forma que, como sociedade política, o Estado em sua estruturação revela não só sua organização do poder pelo ordenamento jurídico, como também a disciplinação dos meios de produção.

Como se pode inferir o direito do consumidor está inserido nos direitos do cidadão. A constatação da desigualdade real entre os homens, em razão de aspectos econômicos e sociais, exigiu do Poder Público um posicionamento diferente do exaltado liberalismo e a supremacia da liberdade individual, um posicionamento de intervenção estatal para garantir o tratamento desigual para os desiguais como forma de garantir a igualdade entre os cidadãos.

Registre-se que antes da promulgação da proteção integral ao consumidor o que se observava era a completa leniência do legislador quanto à vulnerabilidade do consumidor. Assim, não havia mecanismos eficientes para garantir ao consumidor o direito a adequada prestação, sendo certo que diante de defeito do serviço ou vício do produto o consumidor perpassava por verdadeira *via crucis* para tentar reaver o direito lesado, que na maioria das vezes desaguava na impunidade do fornecedor.

Desta forma o legislador ordinário atento as necessidades de mudança da relação de consumo e em atenção ao Estado Democrático Social de Direito, que traz em sua ideologia o exercício do poder em função do povo, exigindo do Estado condutas positivas em qualquer área, inclusive na área do domínio econômico para o alcance do bem-comum, incluiu na Constituição da República de 1988, no capítulo referente aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, em seu artigo 5º, inciso XXXII, o dever do Estado de “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Destacou também no artigo 170 a necessidade de proteção ao consumidor quando determinou que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre

iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” sendo um dos seus princípios, a defesa do consumidor, elencado no inciso V.

Toda esta proteção estatal tem fundamento pela amplitude das relações de consumo e principalmente, pela notável situação de hipossuficiência do consumidor de proteger seus direitos de cidadão se estes forem lesados pelos fornecedores, consoante a flagrante desigualdade social e econômica. É o estudo das implicações desta desigualdade que solidifica a necessidade de uma proteção efetiva ao consumidor, tanto antes da aquisição do produto ou da prestação de serviço, como na tutela dos direitos já lesados nestas relações.

Esta proteção se materializou na promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que não se trata apenas de um conjunto de normas, mais sim de um instrumento para o exercício da cidadania.

Nesse sentido, o referido código possui princípios próprios, sendo eles a vulnerabilidade do consumidor de um lado, e a destinação final de produtos e serviços de outro, assim como, pela amplitude das relações de consumo, relaciona diversos ramos do direito aos quais devem atender ao preceito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 DO CONTRATO E DO INADIMPLEMENTO NO CDC E CCB.

A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os Romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social. Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade.

Para as partes, o contrato objetiva, fundamentalmente, uma troca de prestações, um receber e prestar recíproco. Assim, contrato de compra e venda é um sinalagma, que um contratante assume a obrigação de pagar certo preço para alcançar um novo status jurídico, enquanto o outro assume a obrigação de transferir um direito seu de propriedade, porque lhe é mais interessante, no momento, ser credor naquela quantia. A idéia de troca, de reciprocidade

de obrigações e de direitos serve para se frisar a existência dentro da noção de contrato de um equilíbrio mínimo das prestações e contraprestações, equilíbrio mínimo de direitos e deveres.

No Código Civil Brasileiro promulgado em 2002 os contratos estão elencados no Título V a partir do artigo 421, nos quais estipulam ao deveres e direitos dos contratantes com base no princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual defendendo a relação isonômica entre as partes e determinando a probidade nas relações contratuais. O inadimplemento da obrigação gera de imediato as perdas e danos mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais ou estipulados no contrato, como se verifica do elencado no art. 389 do já mencionado diploma legal

Na referida relação contratual prevalecia à vontade das partes sobre as demais normas, tendo os contratantes o poder de acordar segundo suas expectativas, determinando as cláusulas específicas do contrato, qual seja, prevalecia a *pacta sunt servanda*, estando adstrito os contratantes apenas ao termo legal da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da preservação do contrato.

Modernamente, com a promulgação do Novo Código Civil a relação contratual, atendendo aos ditames gerais no novo diploma legal passou a impor o instituto da onerosidade excessiva e da vedação do enriquecimento sem causa, ambos pautados na imposição do equilíbrio entre as partes contratantes e principalmente ao princípio da isonomia prevalente da Constituição Brasileira.

Segundo preleciona o professor Guilherme Penã de Moraes, “a concepção tradicional do contrato é atualmente objeto de renovação, mediante a limitação da liberdade de contratar, caracterizada sob o ângulo quantitativo com o advento de novas categorias contratuais, como qualitativo pela ampliação do dirigismo contratual” (2008, pág100).

Isso posto, o elemento nuclear do contrato deixa de ser a autonomia da vontade pura e simples para atender ao interesse social do contrato, com a valorização da boa-fé objetiva. Desta forma a eficácia jurídica do contrato insta condicionada ao efeito produzido na sociedade e pelas condições pessoais e econômicas envolvidas, o que demonstra o movimento intervencionista do Estado, reduzindo o campo da liberdade de contratar a fim de que as partes auto regulem o contrato partindo de normas cogentes.

Já os contratos na relação consumerista, atendem em sua maioria esmagadora ao denominado contrato de adesão, no qual as cláusulas estão previamente fixadas pelo fornecedor. Observa-se que em tais contratos não se verifica cláusula específica quanto o inadimplemento do fornecedor, havendo somente as normas cogentes elencadas na lei especial como forma de proteção genérica. Na espécie, no que tange ao direito consumerista

insta claro o desequilíbrio entre as partes no qual as regras e princípio legais procuram amenizar.

O contrato diante das relações de massa evoluiu da livre vontade de disposição para um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas eqüitativas. Assim por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda série de futuras relações contratuais.

Nesse sentido há quem compare esta predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados. Poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex* privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir à vontade manifesta pelo outro contratante.

O que em verdade se pode inferir dos contratos de adesão entre consumidor e fornecedor, é que no seu bojo constituem cláusulas fixando o adimplemento assim como o inadimplemento do contrato. Não obstante, o que se verifica na prática é que somente estão previstas cláusulas quanto ao inadimplemento do consumidor, tais como juros moratórios, busca e apreensão de bens, inclusão do nome do consumidor no cadastro restritivo de crédito entre outras, não se observando cláusulas quanto ao inadimplemento do fornecedor.

Assim, observa-se que nos contratos de adesão não há cláusulas que permitam ao consumidor requerer do fornecedor o adimplemento coercitivo do contrato, portanto, havendo o não cumprimento regular do contrato pelo fornecedor não há cláusula de multa ou outra forma de obrigar o seu adimplemento o que importa em reconhecer um desequilíbrio entre as partes contratantes.

Desta forma, segundo preleciona a ilustre professora Cláudia Lima Marques “à procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade.”(2002, pág. 184)

Assim a lei passará e proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança, as expectativas e a boa-fé das partes.

Mister se faz ressaltar que o contrato consumerista reveste-se de impositivos de natureza cogente, pois que submetido ao dirigismo contratual. Não é demais assinalar que no contrato em que fazem parte fornecedor e consumidor pouco espaço vai restar para o

princípio da vontade, pois os contraentes estão sob a regência da ordem pública na celebração do contrato.

Assim de nada valerão cláusulas que importem em imperativos de irrenunciabilidade ou de deveres excessivamente onerosos ao consumidor, eis que tais serão consideradas nulas de pleno direito aos olhos do judiciário.

O questionamento então passa a fixar-se na hipótese do inadimplemento pelo fornecedor além de ferir normas cogentes elencadas na legislação consumerista também causarem ao contratante danos de natureza moral.

3- ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA:

3.1-PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

A Constituição Brasileira de 1988 de forma exaustiva elencou uma série de direitos individuais e coletivos todos alicerçados em princípios basilares explícitos e implícitos. Foi assim denominada de uma Constituição principiológica, uma vez que as normas ali contidas têm por dever de serem interpretadas segundo os princípios por ela albergados.

Como princípio basilar norteador dos demais insta a Dignidade da Pessoa Humana, elencado no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, no qual se estabelece o bem estar do ser humano como centro das políticas de Estado e da relação em sociedade.

Ato contínuo tem-se o princípio da Igualdade, corolário dos Direitos Fundamentais do Homem, elencado na tríade da revolução humanitária Francesa, no qual responde à inadmissibilidade de diferenciação arbitrária, exteriorizada sob a forma de privilégios ou discriminação. Cumprem elencada no artigo, 3º, inciso III; 5º caput e inciso I e XIII; 7º, incisos XXX a XXXII; art. 14, caput; art. 37, incisos I e II; art. 226, §5º e 227, §6º da CRFB/88.

Em análise do princípio da igualdade verifica-se o divorcio entre o princípio da igualdade formal, também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica, e princípio da igualdade material, também designada de igualdade na associação, real ou fática, uma vez

que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária das regras jurídicas, enquanto que a segunda objetiva a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, eis que a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração estrutura social e econômica, mediante a remoção de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação.

Nesse sentido nasce o brocardo no qual se devem tratar os iguais na medida da sua igualdade e os desiguais na forma da sua desigualdade, a fim de atender ao princípio da igualdade material.

Cabe ainda ressaltar o princípio da Razoabilidade, no qual insta auferido à luz de três máximas, qual seja a: adequação, a necessidade ou a exigibilidade e proporcionalidade. A adequação designa a correlação lógica entre motivos, meios e fins, de maneira que, tendo em vista determinados motivos, devem ser providos meios para consecução de certos fins. A necessidade ou exigibilidade denota a intervenção mínima, isto é inexistência de meios gravosos para a obtenção do fim pretendido. Já a proporcionalidade determina a ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido, tratando-se do princípio da vedação do excesso.

Resumidamente pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, e exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

A Constituição da República enumera outros direitos em seu corpo que agregados aos princípios elencados proporcionarão a defesa do consumidor no caso concreto como boa-fé, equilíbrio entre as partes contratantes, ponderação de interesses, hipossuficiência entre outros.

Importante frisar que a Magna Carta irradia a legislação infraconstitucional os preceitos fundamentais que irão reger a vida em sociedade, assim como a relação com o Estado.

3.2- PRINCÍPIOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:

O Código de Defesa do Consumidor, lei 8.009/90, elenca em seu texto uma relação de princípios de extrema importância que importam em condições cogentes a serem seguidas pelos contratantes, sob pena de ser considerada a nulidade contratual.

Como se depreende do disposto no artigo 4º e 6º da Lei consumerista, alberga a referida norma comandos que impõe o equilíbrio na relação contratual, atendendo ao pressuposto da hipossuficiência fática, econômica e jurídica do consumidor com atenção a equidade e a boa-fé objetiva, harmonizando os interesses da relação de consumo e compatibilizando-os com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica.

Acolhe a dita legislação o princípio basilar da isonomia material, no qual se defende a proteção do hipossuficiente frente à desigualdade de armas, para estabilizar a relação contratual que em sua maior parte das vezes encontra-se desequilibrada pela supremacia do fornecedor (fática, econômica ou técnica) ou pelo próprio contrato de adesão, limitador da vontade do consumidor.

A grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor ao regime das relações contratuais no Brasil foi ter positivado normas específicas impondo o respeito à boa-fé na formação e na execução dos contratos de consumo, confirmando o princípio da boa-fé como um princípio geral do direito brasileiro, como linha teleológica para a interpretação das normas de defesa do consumidor (artigo 4º, III, do CDC), como cláusula geral para a definição do que é abuso contratual (artigo 51, IV do CDC), como instrumento legal para a realização da harmonia e equidade das relações entre consumidores e fornecedores no mercado brasileiro (artigo 4º, I e II, do CDC) e como novo paradigma objetivo limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade (artigo 4º, III, do CDC combinado com artigo 5º, XXXII, e artigo 170, *caput* e inc. V, da Constituição Federal).

Desta feita o princípio da boa-fé como cláusula geral, serve de paradigma para as relações provenientes da contratação em massa e deve incidir na interpretação dos contratos, sendo a máxima orientadora do Código de Defesa do Consumidor e basilar de toda a conduta contratual que traz a idéia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações contratuais.

Cumpra ainda em analisar o princípio consumerista da vulnerabilidade, o que na literalidade significa o estado daquele que é vulnerável, daquele que está suscetível, por sua natureza, a sofrer ataques. No Direito, vulnerabilidade é o princípio segundo o qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade do agente mais fraco na relação de consumo. Logo pode-se afirmar que a presunção da vulnerabilidade do consumidor é absoluta, isto é, independente da classe social a que pertença.

Do princípio da vulnerabilidade se depreende a constatação da hipossuficiência do consumidor no qual se afirmou que o princípio da vulnerabilidade é um traço inerente a todo consumidor de acordo com disposto no art. 4º, inciso I do CDC. Já a hipossuficiência é uma

marca pessoal de cada consumidor que deve ser auferida pelo juiz no caso concreto, tendo em vista o art. 6º, inciso VIII do CDC.

Portanto, é errônea a utilização dos termos como sinônimos, já que se assim o fosse, todo consumidor teria direito à inversão do ônus da prova. Em verdade, a constatação da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e corolário do direito consumerista, no qual decorre a possibilidade de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a demonstração do vício ou fato do produto ou serviço, eis que se verifica na prática que na maior parte das vezes é o fornecedor que tem a possibilidade de constituir a prova, atendendo assim a Teoria da Carga Dinâmica das Provas elencada no CC/2002.

Dos princípios albergados pelo CDC emanam deveres secundários que devem ser seguidos pelas partes, como dever de cuidado, diligência, informação no qual impõe as partes condutas necessárias, ainda que não expressamente previstas no contrato, que devem ser obedecidas a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução do contrato.

Isso posto cumpre notar que na relação jurídica comum somente uma das partes é lesada pelo descumprimento do devedor, não obstante tratando-se de relação de consumo, podem ser lesadas centenas de pessoas, que em tese terão dificuldade de ver seu direito ressarcido, tendo necessidade de procura do judiciário para obter a tutela a que tem direito.

Para tanto insta clara a relevância do estudo dos princípios norteadores da relação consumerista, assim como do total apoio da doutrina e jurisprudência a eficiência na formação e execução do contrato sempre interpretado conforme o dirigismo Estatal calcado nos princípios protetores do mercado e do consumo, qual seja na procura da eficiência da prestação do serviço ou produto frente a legítima expectativa do consumidor, gerados no caso de inadimplemento de possível dano na esfera patrimonial e moral.

4- DO DIREITO COMPARADO:

Em análise dos sistemas jurídicos estrangeiros verifica-se a diversidade de entendimentos quanto ao tema. O direito italiano, por exemplo não tem admitido o ressarcimento extrapatrimonial em matéria contratual. Por sua vez, observa-se no Código

Civil Argentino dispositivo expresso no qual se depreende a possibilidade de reparação por danos morais, tanto no plano da responsabilidade aquiliana como contratual.

No direito Português encontra-se solução semelhante ao Argentino no qual há norma expressa apregoando o direito a fixação á indenização para atender aos danos não patrimoniais que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito, elencado no art. 496 do *Códex Civilis*.

No Direito Francês a solução surgiu na forma de jurisprudência no qual as reiteradas decisões albergavam a necessidade de reparação ao dano extrapatrimonial em caso de inadimplemento contratual, informando que os argumentos aceitos a cerca da reparação delitual sejam também acolhida para a contratual.

No que tange ao Direito Alemão o que se observa é uma tendência para indenizar os danos não econômicos na esfera patrimonial, não obstante haja uma forte restrição á reparabilidade dos danos morais.

No nosso direito positivo o que se apreende é a ausência de norma específica que sustente a reparação por danos morais diante de inadimplemento contratual, não obstante não haja qualquer vedação legal a sua construção jurisprudencial.

Desta feita o Código Civil Brasileiro não expressa nenhum dispositivo a admissibilidade do dano moral em matéria contratual, não se verificando também oposição ao tema, disciplinando de forma genérica no art. 186 e 187 os atos ilícitos passíveis de ressarcimento.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor consigna a indenização por danos morais em se tratando de matéria consumerista, que em verdade na sua amplitude alberga os contratos quando esses afetam aos princípios que regem a proteção do consumidor, verificando que no caso se tal atingiu a personalidade do indivíduo.

5. DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DO FORNCEDOR:

As relações jurídicas no âmbito do direito pessoal descortinam uma série de consequências geradas pelo descumprimento do dever assumido. De um lado, verifica-se o prejuízo causado a uma das partes, no qual deverá efetivamente demonstrar que a inexecução

contratual causou-lhe danos a serem reparados, e de outra, a parte *ex adversa* que inadimpliu a obrigação que possui o dever de fazer prova que tal ocorreu por fatores contrários a sua vontade, sem que para tanto pudesse ter interferido positivamente para evitá-lo ou que o prejuízo apregoado não ocorreu.

Nesse sentido tratando-se do dano material a questão é solucionada no campo do ressarcimento do direito do lesado na forma objetiva, qual seja há que se fazer prova do prejuízo auferido elencando o *quantum* indenizável, assim como o dever do lesante em reconstituir o *status quo ante*.

Toda a questão no que se debruça este trabalho está no fato do inadimplemento contratual também gerar danos à personalidade do contratante, eis que fere sua legítima expectativa de adimplemento da obrigação.

Assim sendo, muitas vezes as consequência geradas pela quebra contratual vão além do desfalque ao patrimônio do lesado, isto porque a insatisfação decorrente da inadimplência pode muitas vezes refletir no psiquismo do consumidor.

Em verdade qualquer contrato importa ao contratante a expectativa de um direito, que quando descumprido altera o cotidiano do agente. O que se deve auferir é o quanto tal inadimplemento interferiu na personalidade do consumidor a fim de embasar eventual reparação por danos morais.

Cumpra observar que o mero inadimplemento do consumidor gera de imediata reparação civil patrimonial ao fornecedor, independentemente de dolo ou culpa. Observa-se que o agente contratante não pode se quer chamar para si as cláusulas excludentes de culpabilidade como culpa exclusiva de terceiro, eis que, como exemplo, se houver greve de instituição bancária o vencimento do contrato não se altera tendo o consumidor que arcar com os juros e mora pela impontualidade.

Tal situação gera em verdade um descompasso na relação contratual, no qual o consumidor é automaticamente penalizado por sua impontualidade não havendo em seu favor o reverso quando do não cumprimento adequado do fornecedor, contrariando flagrantemente o princípio constitucional da isonomia e boa-fé.

Registre-se que na prática vem o fornecedor utilizando-se de prática abusiva perante o judiciário no sentido de fazer que sua impontualidade seja considerada como mero aborrecimento ao consumidor, no qual não se depreende qualquer ressarcimento seja patrimonial ou moral.

Ora, cumpre impraticável se coadunar dois pesos e duas medidas quando um consumidor atrasa o pagamento de uma fatura por cinco dias, no qual é exemplificamente

punido, sendo certo que quanto ao fornecedor não há qualquer contrariedade se atrasar à entrega de um produto agendada nos mesmos cinco dias, no qual se remeterá ao mero aborrecimento do consumidor.

Trata-se de incongruência que deve ser analisada de perto pela jurisprudência, a fim de atender ao princípio da isonomia material e boa-fé objetiva. Em que pese à vida em sociedade gerar uma série de desconfortos pelas próprias especificidades, é preciso atentar se tal situação está sendo utilizada como desculpa para impedir a evolução da eficiência da indústria e comércio que por vezes esconde sua ineficiência no dogma do mero aborrecimento.

Em que pese considerável segmento da doutrina nacional e também estrangeira não se posicionar favoravelmente ao reconhecimento da indenização por danos morais em sede de relação negocial, insta necessário uma análise mais profunda do tema.

Ressalte-se que muitos doutrinadores somente admitem a sua concessão em situações excepcionais onde se demonstre ofensa a valores da personalidade. Não obstante há autores que têm se quedado de forma favorável a admitir em situações especiais os danos morais quando houver evidência de que a inadimplência ocasionou à parte sérios transtornos que se refletiram em sua personalidade.

Por tal razão o que se deve ter em conta é que não é o inadimplemento puro e simples da obrigação que causa o dano moral, mas sim as consequência que dele decorrem para o lesado, qual seja a contrariedade da legítima expectativa do consumidor ver seu direito à prestação eficiente do produto ou serviço, eis que adimpliu corretamente com sua parte no contrato.

Não é caso de se indenizar qualquer inadimplemento negocial, mais sim de mudança da visão torpe no qual a exceção é a indenização e a regra o mero aborrecimento, sendo certo que a fim de atender ao princípio da isonomia correto seria a regra da indenização e a exceção do mero aborrecimento.

6. DA NATUREZA DO DANO MORAL E DO MERO ABORRECIMENTO:

O dano moral modernamente é visto como forma de proteção a personalidade do indivíduo, uma vez que se verificou ao longo dos tempos que uma conduta ilícita gerava além

do dano patrimonial a vítima profunda angústia e sofrimento, que embora não pudessem ser quantificados possuíam o condão de alterar a personalidade da pessoa devendo de alguma forma ser reparada.

Em verdade diante de uma lesão a personalidade não há como retornar ao *status quo ante*, porém a doutrina entendeu que uma reparação pecuniária seria a melhor forma, se não fosse a única, de tentar minimizar o sofrimento albergado pela vítima, punindo ofensor e compensando o ofendido.

A doutrina mais embasada conceitua o dano moral como violação ao direito da personalidade, assim valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade formam a realidade axiológica a que todos os homens estão sujeitos.

Nesse sentido afirma o ilustre desembargador Sérgio Cavalieri Filho acompanhado por doutrina mais moderna que “ O dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, podendo haver ofensa à dignidade da pessoa sem dor , vexame ou sofrimento, assim como pode haver dor, sofrimento e humilhação sem violação da dignidade”

Como se vê o dano moral é personalíssimo e não se limita a condição sócia econômica da vítima que mesmo destituída de patrimônio, formação cultural ou estado biopsicológico é detentora do direito à personalidade, portanto sujeito passivo do dano moral.

Registre-se que os direitos da personalidade englobam ainda outros aspectos que não vinculados somente à dignidade do homem, mais também de forma ampla os chamados novos direitos da personalidade, como imagem, hábitos, o bom nome entre outros, albergando todas as ofensas à pessoa, consideradas estas em suas dimensões individuais e sociais.

Em consonância com o que se vê o dano moral não se restringe mais somente à dor, ao sofrimento ou a tristeza, sendo tutelados também todos os bens personalíssimos de ordem ética, no qual se depreende a possibilidade de compensação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta uma satisfação à vítima.

Convém notar, entretanto que a jurisprudência vem delimitando o dano moral a fim de poder configurá-lo, nessa linha de princípio reputa como o referido dano a dor, sofrimento, vexame, humilhação que fugindo a normalidade, interfira no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

Diante de tal conceito nasce o chamado mero aborrecimento, qual seja aquele que está fora da órbita do dano moral, eis que fazem parte do nosso dia a dia, assim não é intenso ou duradouro o suficiente a ponto de romper o equilíbrio psicológico do ofendido.

O mero aborrecimento advém da vida em sociedade, no qual se presume a ocorrência de situações que levem ao descompasso da necessidade e expectativa do agente com os fatos

em si, como engarrafamentos, eventuais atrasos, as filas entre outros. Desta forma conclui-se que o mero aborrecimento não gera em verdade a agressão a dignidade da pessoa humana uma vez que essa já espera pela situação alvo de angústia ficando os aborrecimentos dela decorrentes subsumidos em eventual dano material.

Não quer isso dizer, entretanto, que se possa chamar de mero aborrecimento a falha contratual, que poderia ser evitada pelo fornecedor se trabalhasse com eficiência, uma vez que o que se considera como mero aborrecimento é o fato já esperado pelo cliente, como atraso de uma dia na entrega de um produto, eventual falha que ao ser comunicada a empresa seja rápida e efetivamente solucionada e não a longa espera ao telefone na tentativa de reclamar do erro ou sua completa inércia, que leva ao consumidor a perda de tempo infindável a fim de solucionar problema que foi em tese criado pela falha no serviço da fornecedora.

È nesse sentido que insta analisar a súmula nº 75 do TJ/RJ no qual o mero aborrecimento é regra nas relações contratuais consumeristas e o dano moral é exceção.

7. DO DANO MORAL/ MERO ABORRECIMENTO NO CONTRATO DE CONSUMO:

É de opinião unívoca que o dano moral independe de prova, pois o ato lesivo por si só é violador do direito a personalidade. Nesse contexto a matéria a ser examinada neste momento é a possibilidade da aceitação do dano moral decorrente da ruptura do negócio jurídico.

Cumprase examinar assim a possibilidade da lesão, quando o negócio não atingir os efeitos esperados por culpa do devedor, importar em violação ao direito da personalidade e ato contínuo ensejar a reparação por danos morais, ou se será considerada apenas como mero aborrecimento.

Em atenção a uma ótica voltada ao indivíduo no seu convívio social, é preciso considerar que em muitas ocasiões os chamados meros dissabores e aborrecimentos do cotidiano têm para o ofendido relevância maior do que o esperado para o homem médio, afeta os valores íntimos a ponto de causar frustração e angústia pela inexecução do contrato.

Oportuno ressaltar que diante da formação de qualquer contrato, nasce para o consumidor a legítima expectativa de ter seu direito respeitado e vontade averbada cumprida pelo fornecedor mediante a contrapartida avençada. Ocorre que no momento que o

consumidor cumpre regularmente sua parte no contrato e o inverso não se apresenta verdadeiro frustra o estabelecimento fornecedor a esperança de uma relação contratual eficiente.

É bem verdade que o consumidor entende pequenos e eventuais desconfortos quando da realização de contrato consumerista, principalmente o de massa, contudo aguarda com louvor a eficiência do fornecedor no que tange ao avençado no contrato, em atenção ao princípio da boa-fé contratual.

A guisa de exemplo pode-se citar que o consumidor entende eventual demora no cumprimento do contrato diante da vida em sociedade, o que não compreende é o fato da falha não ser, tão logo verificada, de imediato retificada com pronto atendimento as necessidades do cliente.

Embora se tenha auferido que o inadimplemento contratual seja ensejador do dano moral o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro numa leitura conservadora do tema emitiu o verbete sumular nº 75 no qual dispõe: “ O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

Verifica-se que a súmula não descarta a possibilidade de configuração do dano moral frente ao inadimplemento contratual, não obstante o faz na forma de uma exceção e não de uma regra.

O fato principal é que a tendência da jurisprudência, assim como de renomado doutrinadores é de considerar em situações normais, que a quebra contratual não acarreta indenização por danos morais ao consumidor, não obstante a lesão ao direito de legítima expectativa do fiel cumprimento contratual e da boa-fé objetiva.

Nesta abordagem o que se observa é a alegação recorrente quanto à possibilidade do consumidor aproveitando-se do instituto do dano moral buscar desenfreadamente a indenização pura e simples, qual seja sem conteúdo real, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral em busca de indenizações milionárias.

Desta feita, em que pese tal preocupação ser considerada correta e preventivamente alertar aos profissionais do direito a cerca de fase bizarra da indústria do dano moral, quando regras de boa prudência são aconselháveis, acompanhadas de senso prático e justa medida a fim de evitar descaminhos e desproporções, ocorre que cumpre necessário atender para o dinamismo social verificando que esse primeiro momento foi contido com mãos de ferro pela jurisprudência e que felizmente já passou.

Historicamente o país viveu a fase da irreparabilidade do dano para a seguir adentrar na fase da reparação a qualquer custo, chegando as raias da industrialização do dano moral, para tanto a jurisprudência, afinada com a realidade social, tomou providências eficientes contendo brilhantemente tal exacerbação.

Em análise última, a jurisprudência do TJ/RJ ao emitir o verbete sumular nº 75 informou aos jurisdicionados que os magistrados não iriam tolerar excessos, sendo certo que qualquer demanda temerária a cerca do tema restaria julgada improcedente.

Assim, em que pese a melhor decisão a época, a sociedade evoluiu entendendo que não seria qualquer mal estar que ensejaria a indenização por danos morais e assim tem-se verificado em sua grande maioria, podendo-se afirmar que a denominada indústria do dano moral foi contida.

Não obstante isso, a jurisprudência ainda não se modificou a fim de atestar tal inovação na conduta do consumidor, que em verdade vem procurando o judiciário para pleitear a eficiente prestação do serviço do fornecedor, que a pretexto do mero aborrecimento vem se esquivando de melhorar a qualidade do serviço prestado e descumprindo recorrentemente os contratos sem qualquer punição por parte do judiciário ou órgão oficial competentes.

Como já se vislumbrou durante o presente trabalho a angústia do consumidor pode ultrapassar a fronteira do mero aborrecimento do cotidiano, quando alterar rotinas, atingir a dignidade, importar em sentimento de perplexidade e impotência por parte do cliente hipossuficiente que pouco pode fazer para compelir ao fornecedor a cumprir eficientemente sua parte no negócio.

Indubitável, portanto a existência de lacuna social deixada pela visão conservadora da jurisprudência, que em verdade desatende aos direitos do consumidor, sendo certa a imprescindibilidade na remodelização do pensamento a fim a atender aos anseios sociais de justiça e evitar as chamadas jurisprudências conflitantes que vem se verificando atualmente nos tribunais frente à visão mais moderna dos fatos e as ainda conservadoras.

8. DA JURISPRUDÊNCIA CONFLITANTES NO TRIBUNAL DO RIO DE JANEIRO:

Diante da moderna visão quanto à ampliação do conceito de dano moral frente ao inadimplemento contratual, aliado a interpretação restritiva do significado de mero aborrecimento parte da jurisprudência, afinada com a evolução social, vem reconhecendo como regra a indenização por danos morais frente ao descumprimento contratual entendendo como exceção o mero aborrecimento, qual seja dando interpretação a contrário sendo dos dizeres do verbete sumular nº 75 do TJ/RJ.

Sustenta desta forma a abordagem do ressarcimento por dano moral não como consequência da inexecução pura e simples do negócio assumido, mas das frustrações decorrentes dessa ruptura negocial, afetando o lesado, atingindo-o em sua auto estima, refletindo-se em uma série de situações negativas, levando-o ao desespero, repercutindo inclusive em seu ambiente familiar e até profissional.

Não se deve deixar de refletir que atualmente a simples ligação para o fornecedor para reclamar do descumprimento contratual já configura para o consumidor uma verdadeira *via crucis* de espera ao telefone, no qual tem de falar com inúmeros atendentes que em regra não solucionam o caso e não retornam a ligação quando assim necessário.

Como se pode notar, qualquer homem médio hoje já passou ou vai passar pela angústia de tentar solucionar um problema com um fornecedor e ser deixado sem explicações plausíveis ou após muita discussão ser orientado a procurar seus direitos no judiciário com finalidade evidentemente procrastinatória.

Não se pode considerar que o fato de um cliente ter a necessidade de procurar o judiciário a fim de solucionar eventual conflito diante de uma pretensão resistida, que é efetivamente confirmada pelo magistrado, não havendo se quer dúvida razoável quando a quem pertencia o direito, ou seja, tratando-se de flagrante falha na prestação do serviço com descumprimento dos princípios norteadores da relação consumerista, que mesmo assim o descumprimento contratual seja um mero aborrecimento ensejador, apenas se comprovado, de uma indenização por danos materiais.

Verdade seja que a atitude do judiciário neste momento fomenta a indústria, não do dano moral, mais a do mero aborrecimento, defesa recorrente de todas as contestações apresentadas pelos fornecedores, que preferem a procrastinação de uma demanda judicial a

solução pacífica e cordial de uma falha na prestação ou mesmo o investimento em qualidade de serviço o que é uma afronta a toda sociedade.

Em razão do exposto vem parte da jurisprudência deferindo o dano moral como regra, contudo ainda existe uma numerosa casta de magistrados que arraigados a chamada indústria do dano moral chamam de mero aborrecimento quase todo descumprimento contratual, eventualmente deferindo a indenização por dano moral somente quando flagrante o descaso e humilhação do cliente, sendo certo que o *quantum* indenizatório muitas vezes é reduzido não atendendo ao anseio reparatório do ofendido.

Ocorre que essa dicotomia de pensamentos vem acarretando ao jurisdicionado perplexidade, eis que em muitos casos considerados idênticos há deferimento da indenização por danos morais por um magistrado e a negativa por outro.

A fim de melhor ilustrar tais fatos se descreve abaixo várias decisões sobre o mesmo tema no qual as sentenças foram flagrantemente dispares umas das outras no que tange a aplicação do dano moral, sendo certo que todas conheceram a alegação quanto ao direito material.

2009.001.29349 - APELACAO

DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 02/06/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL

E M E N T A: Obrigação de Fazer c.c. Indenização. Cartão de crédito denominado **MEGA BONÛS**. Aludido serviço que é objeto de ação civil pública, onde foi concedida parcialmente a antecipação de tutela, suspendendo a exigibilidade de cobranças e vedando a negativação do nome dos usuários que o receberam. Cartão oferecido faz o consumidor acreditar que se trata de um cartão de crédito, quando na verdade para utilizá-lo, necessário se faz um depósito prévio do que se pretende gastar. Deficiência no dever de informar, que se mostra flagrante, exurgindo o dever de indenizar. Exegese do artigo 14 do CDC. Expectativa frustrada do consumidor, interferindo no seu comportamento psicológico. Dano moral caracterizado. O fato de a Autora não ter sua compra autorizada, tendo em vista a ausência de limite no cartão em comento, caracteriza o vexame por ela passado, com humilhação, constrangimento público e o mais conexo, para fins de acolhimento de tal verba, não se tratando, assim, de mero aborrecimento. Imperiosa se faz a **condenação do Recorrido em dano moral**, fixando-o na quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais), a fim de se adequar ao determinado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como de acordo com o parâmetro utilizado por este Colendo Sodalício para casos semelhantes ao presente.

Condenação do Apelado em custas e honorários advocatícios de 10% (dez) por cento sobre o valor da condenação, na forma estabelecida pelo §3º, do artigo 20 e § 1º do artigo 21, ambos do CPC. Sucumbência mínima da Autora e pequena complexidade da presente controvérsia. Recurso que se apresenta manifestamente procedente. Aplicação do § 1º-A do art. 557 do C.P.C. Provimento.

2009.001.22881 - APELACAO

DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 26/05/2009 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL

Ação pelo rito sumário. Cartão "**mega bônus**". Falta de informações. Ausência de limite de crédito e cobrança de anuidade. Violação de direitos insertos na Lei nº. 8.078/90, que **não autoriza o reconhecimento de dano moral**. Desprovimento do recurso interposto pela autora. Parcial provimento do recurso interposto pelo réu.

2009.001.13582 - APELACAO

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 20/05/2009 - SEXTA CAMARA CIVEL

Direito Consumerista. Responsabilidade. Oferecimento de cartão de crédito denominado **MEGA BÔNUS**. Ausência de informação adequada de que o crédito era condicionado a prévio depósito. Publicidade enganosa. Afronta ao direito de informação. Artigos 37, § 2º e 6º, III, c, do Código de Defesa do Consumidor. Aplicação do art. 557, §1º A, da Lei Processual. Provimento de plano do recurso Apelação cível. direito do consumidor. contratação de cartão de crédito denominado mega-bônus. modalidade pré pago. concessão de crédito condicionada ao depósito prévio. condição desconhecida pelo autor. configuração de publicidade enganosa, ainda que por omissão (art. 37, § 2º, cpdc), direito básico à informação (art. 6º, iii, cpdc). falha na prestação do serviço ao não agir com a qualidade legitimamente expectada, **que enseja o surgimento de danos morais passíveis de reparação**. comportamento abusivo da prestadora de serviço que deve suportar as consequências de seu proceder. quantum arbitrado em r\$ 1.500,00 que atende ao duplice aspecto da condenação. sentença que se afigura escorreita. recurso manifestamente improcedente ao qual se nega seguimento, com amparo no caput, do art. 557, do cpc (tjrj, ac nº 2009.001.09178, Desembargador marco Aurélio Bezerra de Mello).Reparação por dano moral. Cabimento. Fixação em R\$ 3.000,00. Desprovimento do recurso.

2009.001.21019 APELAÇÃO

DES. ANTONIO CESAR SIQUEIRA - Julgamento: 14/05/2009 - QUINTA CAMARA CIVEL

Responsabilidade civil. cartão de crédito **mega bônus** - unicard. propaganda enganosa. art.37, parágrafo 1º e 3º do cdc. inocorrência. danos morais não caracterizados. desprovimento do recurso. manutenção da sentença.

2009.001.24478 - APELACAO

DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Julgamento: 19/05/2009 - QUINTA CAMARA CIVEL

Ação declaratória de inexistência de débito c/c compensação de dano moral. relação de consumo. cartão de relacionamento **mega bônus**. contrato de adesão. apresentação de vantagens à consumidora que não se materializaram. envio de fatura para pagamento mesmo não tendo a autora recebido o cartão. procedência parcial do pedido. violação dos princípios da transparência e boa fé objetiva no presente contrato. dano mora inexistente. negado provimento ao recurso.

2009.001.26728 - APELACAO

DES. MAURICIO CALDAS LOPES - Julgamento: 21/05/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

Ação indenizatória. Danos morais. Oferta de produto denominado "**Mega Bônus**". Reconhecimento de propaganda enganosa. Ausência de dano moral. Apelação. Ainda que configurada a ocorrência de propaganda enganosa, a simples ausência de crédito ou mesmo a sua concessão em valor ínfimo, com a cobrança de anuidade, não obstante a relação de consumo existente entre as partes, não legitima a aplicação do conseqüente dever de reparação imaterial, na medida em que "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte." - TJRJ, Súmula 75. Recurso a que se nega seguimento.

2009.001.20788 - APELACAO

JDS. DES. ANTONIO ILOIZIO BARROS BASTOS - Julgamento:
26/05/2009 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL

Responsabilidade civil. cartão de crédito "**mega bônus**". modalidade, contudo, de cartão pré-pago. concessão de crédito condicionada ao depósito prévio. condição desconhecida pela autora. direito à informação. falha na prestação do serviço. informação prestada de forma inadequada à autora, ocasionando frustração à sua legítima expectativa. propaganda enganosa, fazendo a consumidora crer que adquiriria real cartão de crédito. **dano moral configurado**. verba indenizatória que, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, foi corretamente fixada em r\$ 2.000,00, em consonância com outros julgados deste tribunal sobre o mesmo cartão "megabônus". honorários advocatícios fixados em observância do art. 20 do cpc e do grau de complexidade da demanda. recursos conhecidos e improvidos.

Como se pode olvidar das diferentes jurisprudências acima apresentadas, mesmo que configurado a falha do serviço com descumprimento do dever de informação albergado pela legislação consumerista, há entendimento no qual não insta acolhido no caso concreto a indenização por danos morais, não obstante a assente lesão à legítima expectativa do consumidor ao princípio da boa fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Em sentido diametralmente contrário verifica-se entendimento no qual a falha na prestação do serviço ensejou a reparação por dano moral, eis que a fornecedor deve suportar as conseqüências do seu proceder ineficiente. Observe-se que a defesa do dano moral se deu pelo ineficiente prestar do serviço de informação que lesionou o consumidor na sua legítima expectativa de uso de um produto que acreditou ter contratado.

O que se depreende de tais decisões é a profunda angústia do jurisdicionado que ao procurar o judiciário se depara com linhas de pensamento díspares que causam insegurança jurídica a população.

Cumpra atentar que em que pese o direito não possuir fórmulas matemáticas, insta necessária a aplicação ao menos paralela razoável da interpretação do instituto, para tanto deve-se ampliar a discussão sobre o tema fazendo uma releitura da sociedade atual e das reais necessidades do consumidor Brasileiro, suas angústias e sua expectativa. .

Desta feita, assim como ao se deparar coma a indústria do dano moral a jurisprudência e doutrina agiram prontamente para seccioná-la também agora devem reformular pensamentos com intuito de evitar a indústria do mero aborrecimento.

9. DA CONCLUSÃO:

O que se objetivou no presente trabalho foi trazer a superfície a questão da chamada indústria do mero aborrecimento, nascida das decisões do poder judiciário no qual vem de forma reflexa atingindo as relações de consumo.

Nesse sentido pretendeu angariar fundamentos jurídicos e principiológicos para demonstrar elementos justificantes da admissibilidade do dano moral frente ao descumprimento contratual na relação de consumo.

Verifica-se que na análise do tema insta necessário por parte do interprete o uso da ponderação, ferramenta essencial para o exercício da atividade jurisdicional. Assim o fato narrado na norma seja ela de cunho constitucional ou infra-legal, mesmo que determine um dever, um ônus ou uma obrigação imposta pelo legislador frente aos anseios da vida em sociedade devem sempre ser sopesados caso a caso.

No exercício da judicatura deve o magistrado adequar a casa caso a lei, sempre tendo em vista os princípios basilares do direito que nortearão sua decisão. Trata-se de faculdade precípua da prestação jurisdicional a ponderação da lei, norma sem vida, para o caso concreto, uma vez que o mesmo fato pode abrigar vertentes distintas e assim sustentar também soluções divergentes.

Importante lembrar que a aplicação da lei assim como sua interpretação deve encontrar-se em consonância com o anseio da sociedade e sempre evoluindo para melhor atender aos jurisdicionados.

Nesse momento chama a presente dissertação à atenção para a aplicação do princípio da ponderação, da isonomia entre as partes contratantes e da boa-fé objetiva pilares do direito consumerista, a fim de enaltecê-los como fonte precípua da judicatura, no qual os julgadores devem ater-se ao proferir suas decisões.

O dano moral é mais do que uma palavra em sentido lexical pode definir, trata-se da legítima expectativa do cidadão de bem a ter seu direito respeitado como dele é exigido. Assim, quando um fornecedor deixa de cumprir regularmente o contrato ele quebra o pacto de confiança e harmonia existente entre as partes, é a lesão a boa fé objetiva apontada pelo CDC, porém diz o verbete sumular nº 75 que não há sansão, eis que se entende como mero aborrecimento do consumidor, que se sente lesionado no seu princípio basilar da isonomia, uma vez que se o inadimplemento contratual ocorresse de sua parte sanções imediatas seriam

aplicadas, o que importa em inversão do paradigma do tratamento desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade.

Para melhor exemplificar, observe-se o caso no qual um consumidor diante de grave crise financeira global venha a perder seu emprego e assim deixar de adimplir com suas prestações na data avençada, para ele há sanção econômica imediata, qual seja a aplicação de juros e mora, além de inscrição de seu nome no cadastro restritivo de crédito entre outras, não obstante o inverso não é verdadeiro.

Insta claro assim um verdadeiro desequilíbrio entre as partes da relação contratual, lembrando que o consumidor por raras exceções tem a oportunidade de debater as cláusulas contratuais ao qual se submete diante do chamado contrato de adesão.

Neste sentido não se pode olvidar a prestação jurisdicional tratando a sanção do inadimplemento contratual como mão única da empresa, deixando ao consumidor um fardo de comprovar sentimentos que em muito dizem respeito somente ao indivíduo e são diferentes segundo a experiência, vivência e personalidade de cada um.

Cumprindo indubitável a existência do chamado mero aborrecimento, que sustenta situações no qual o consumidor diante da vida em sociedade deve suportar e está com ela acostumado, são os chamados incômodos de um congestionamento, atrasos eventuais em um atendimento, fila no cinema, a demora na entrega de um produto agendado que chegou somente no dia seguinte.

Em verdade, o descumprimento contratual gerador do mero aborrecimento é aquele em que o fornecedor de pronto e rapidamente soluciona o problema, tendo como lema a eficiente prestação do serviço com satisfação do cliente.

Não há neste caso demora de três a cinco dias para entrega de produto agendado fora do prazo ou a espera em linha telefônica de mais de quinze minutos para atender a reclamação de um consumidor, assim como seja qual for o resultado da apuração da empresa esta retornará ao cliente a solução dada, neste caso também não haverá o cancelamento de um cartão de débito ou crédito em razão de suspeita de clonagem antes de comunicar ao cliente o fato.

A vida em sociedade requer responsabilidade de cada cidadão, seja da empresa fornecedora, de um profissional liberal que preste serviço ou do próprio consumidor. Há que se atentar que o correto é o regular cumprimento do contrato, sendo sua falha uma exceção, que acaso ocorra deve ser de imediato reparada a fim de evitar nova ocorrência.

Infelizmente não é esta a postura que se verifica nos tribunais do país, no qual as empresas utilizam o instituto do mero aborrecimento como meio recorrente de defesa em

ações idênticas e repetidas, no qual somente mudam o legitimado ativo, porém quanto à matéria fática vislumbra-se a mesma falha contratual.

Insta assim, em alertar para a chamada indústria do mero aborrecimento, no qual permite aos fornecedores deixar de investir em soluções e avanços para melhor prestar os serviços a que se propõe, e deixarem a cargo do judiciário as eventuais reclamações no qual quando chegam a configurar o dano moral o fazem em valores módicos, sendo certo que contam com o chamado mero aborrecimento para continuar a inadimplir.

É de opinião unívoca que o homem aprende com seus erros, sendo certo que tal reflexão por muitas vezes requer a punição de uma das partes. Assim, não se modificam velhos hábitos sem que haja o reconhecimento público do erro e eventual punição.

As empresas não vão melhorar a qualidade seus produtos e serviços, apenas visando o bem estar social, tal idéia insta utópica. Cabe aos órgãos oficiais de defesa do consumidor e o judiciário a promoção de equidade e equilíbrio entre as partes contratuais.

Não se pode assim tratar o dano moral de forma genérica, através de parâmetros de comportamento referente a toda coletividade, dentro de um prisma que atue como padrão,. A natureza humana obriga a um tratamento do ofendido, conforme a maneira como o lesado assimila os acontecimentos que o envolvem no plano psicológico.

A análise individual de todas as conseqüências decorrentes do descumprimento contratual é o caminho a ser percorrido para alcançar o resultado almejado. Desta maneira o nexos causal é a conseqüência da frustração decorrente da quebra negocial, tem-se assim o atingimento para o consumidor de sua imagem e respeito perante a sociedade.

Por derradeiro, cumpre em afirmar que o mero aborrecimento existe e de fato deve ser aplicado quando o fato for sumariamente insignificante diante da vida em sociedade, contudo não se pode perder de vista que tal situação é em verdade uma exceção e não uma regra como quer ver a súmula nº 75 do TJ/RJ, sendo o dano moral a regra quando do inadimplemento do contrato consumerista em atenção ao princípio da isonomia, equidade e boa-fé objetiva, devendo ser afastado se verificado no caso concreto a excepcional idade do inadimplemento e o pouco reflexo deste na vida do consumidor.

Posto isso a fim de evitar as decisões conflitantes que se espalham pelo judiciário, insta iniciar um movimento no sentido de estudar de forma mais aprofundada a evolução da relação consumerista, diante de seu novo enfoque social, com a finalidade de prestar mais eficientemente a jurisdição atendendo aos anseios do jurisdicionado no caso concreto, evitando assim a formação da indústria do mero aborrecimento como se fez brilhantemente com a indústria do dano moral.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. In Alves, Geraldo Magela; Couto Filho, Antônio Ferreira; Slaibi Filho, Nagib. **A Responsabilidade Civil e o fato social no século XXI**, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª edição, 2ª tiragem São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**, 2ª ed., Ed. Lumens Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª edição, revidada e aumentada, São Paulo, Ed. Malheiros editores, 2005.

CHALI, Yussef Saad. **Dano moral**, 3ª ed., revisada, ampliada e atualizada conforma o CC/2002, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil, Volume III- Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

MARINS, Felipe Fernandes. **Dano moral ou mero aborrecimento?** . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3540>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

MARQUÊS, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**, 4ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Ed. Lumens Juris, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SITE: www.tjrj.gov.br/juridsprudência

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil- Teoria das obrigações e Teoria geral do Contratos**, vol. II, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.