



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE COMO FONTE SUFICIENTE
CAPAZ DE GERAR REPARAÇÃO POR DANO MORAL AO CONSUMIDOR
ENQUANTO VULNERÁVEL

Iuri de Oliveira Araujo Soares

Rio de Janeiro
2019

IURI DE OLIVEIRA ARAUJO SOARES

A VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE COMO FONTE SUFICIENTE
CAPAZ DE GERAR REPARAÇÃO POR DANO MORAL AO CONSUMIDOR
ENQUANTO VULNERÁVEL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE COMO FONTE SUFICIENTE CAPAZ DE GERAR REPARAÇÃO POR DANO MORAL AO CONSUMIDOR ENQUANTO VULNERÁVEL

Iuri de Oliveira Araujo Soares

Graduado pela Faculdade Nacional de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro. Advogado.

Resumo –Após a constituição de 1988, a relação entre fornecedores e consumidores passou a receber tratamento especial em razão de mandamento constitucional. A defesa do consumidor passou a ser considerada princípio da ordem econômica, razão pela qual foi concretizado bloco de normas de diferentes naturezas para a proteção dos consumidores: o Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade do consumidor pode ser constatada no cotidiano, mas também foi consignada na Carta Magna pelo legislador originário. A partir dessa perspectiva, todo o complexo normativo deve ser interpretado à luz do parâmetro constitucional que indica a vulnerabilidade do consumidor. Nesse sentido, a existência de violação a direito da personalidade do consumidor, o que enseja condenação em danos morais, deve ser analisada a partir de técnicas de interpretação normativas harmônicas com os princípios gerais da atividade econômica, sobretudo a defesa do consumidor.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Dano Moral. Teoria Subjetiva. Teoria Objetiva. Aborrecimento. A quantificação do dano moral.

Sumário – Introdução. 1. O âmbito atual dos direitos da personalidade. 2. Dano moral: debate sobre as teorias objetivas e subjetivas do dano moral. 3. A norma consumerista protetiva e os consequentes parâmetros para a condenação e para a quantificação do dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discute o tema da reparação por dano moral nas relações consumeristas. Trata-se de atual discussão doutrinária e jurisprudencial, como pode ser observado pelo recente cancelamento do verbete de n.º 75, da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e pelos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que sinalizam a perda do tempo útil como ocasionador do dano moral.

O tema envolve a distinção das teorias objetiva e subjetiva do dano moral e a ponderação acerca da melhor aplicação das teorias quando presente uma relação de consumo. Por esse motivo, discorre-se acerca dos reflexos patrimoniais da natureza compensatória do dano moral e das consequências práticas que os referidos reflexos trazem para o judiciário.

Procura-se demonstrar que o parâmetro para o provimento jurisdicional da condenação por dano moral nas relações de consumo é a violação ao direito da personalidade,

devendo o juiz valorar os sentimentos negativos vivenciados pela vítima do dano moral apenas no momento de quantificar patrimonialmente a compensação pecuniária que será devida em virtude do injusto.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo apresentando a discussão doutrinária acerca das naturezas compensatória e punitiva da reparação pelo dano moral à vítima. Discute-se sobre o que caracteriza o distanciamento do dano material para o dano imaterial.

Segue-se, no segundo capítulo, com a análise da distinção entre as teorias objetiva e subjetiva do dano moral e como cada teoria foi encampada pelos lados opostos nas lides consumeristas travadas judicialmente. De um lado estaria a indústria do dano moral e, de outro, os abusos cometidos pelos grandes fornecedores.

O terceiro capítulo aborda a origem constitucional do diploma legal consumerista que surge com a finalidade de proteger a parte vulnerável dessas relações. Diante do panorama apresentado, procura-se correlacionar a proteção constitucional e legal dada ao consumidor com a identificação da simples violação a direito da personalidade como fonte suficiente capaz de gerar reparação por dano moral.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, a qual acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las por meio de argumentos.

Nesse sentido, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. OS REFLEXOS ECONÔMICOS OPACOS DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

O dano moral e o dano patrimonial são espécies do gênero dano. Por sua vez, o dano é um dos elementos que compõe a responsabilidade civil, a qual, afirma Tartuce¹, surge “em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

¹TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 515.

Por outro lado, a origem da responsabilidade nasce² “no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido”.

A fim de encerrar as controvérsias acerca do dano moral e do dano patrimonial, é preciso, portanto, recorrer ao conceito da responsabilidade civil. Para tanto, um conceito analítico satisfaz os interesses do presente trabalho, devendo-se atentar principalmente ao dano e à culpa como elementos da responsabilidade civil.

No que tange ao dano ou prejuízo, entende-se que, em regra, não há responsabilidade civil sem danos, podendo estes se apresentarem como dano patrimonial ou dano extrapatrimonial.

Assim, na análise da responsabilidade civil, deverá ser observado, a princípio, se o prejuízo sofrido pela vítima de uma violação atingiu o patrimônio corpóreo dela, havendo repercussão econômica direta a partir da violação. Verifica-se, assim, o que efetivamente a vítima perdeu e o que deixou de lucrar a partir do evento danoso.

Trata-se de uma primeira análise acerca dos danos patrimoniais ou materiais sofridos pela vítima. A repercussão econômica direta do dano pode ser melhor visualizada por meio de exemplos, tais quais: os estragos causados a um automóvel a partir de um acidente de trânsito ou até mesmo o que um eventual taxista deixou de lucrar em razão do mencionado evento danoso, tendo em vista que o seu ofício depende diretamente das boas condições do veículo. No primeiro caso, apresenta-se o dano emergente e, no último, os lucros cessantes.

Nos casos exemplificados, a análise do dano é feita por meio de uma observação que atinge diretamente o patrimônio da vítima do evento danoso, visto que serão verificados os valores a serem pagos para realizar o conserto do veículo, por exemplo, e os valores a serem pagos como indenização em razão de o taxista ter deixado de receber ao se ver impedido de praticar o seu ofício.

Reitera-se, portanto, a existência da repercussão econômica direta do dano nesses casos, isto é, nota-se a perda patrimonial que a vítima se sujeitou em razão do dano patrimonial que lhe fora causado.

Todavia, na análise do dano sofrido pela vítima, também pode se constatar a existência de um dano imaterial a ser reparado. Para tanto, o ordenamento jurídico pátrio garante a proteção aos direitos da personalidade que, de acordo com o Enunciado de n.º 274,

²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

do CJF/STJ³, tem origem na cláusula geral da tutela da pessoa humana, consignada no inciso III do artigo 1.º da Constituição. Trata-se de proteção com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o dano moral se apresenta como lesão ao direito da personalidade da vítima, aquele sem relação direta com o seu patrimônio, mas com relação aos aspectos pessoais da sua personalidade, conforme aponta a própria denominação.

A partir da doutrina clássica, os direitos da personalidade, segundo Tartuce⁴:

[...] têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade.

O artigo 12⁵, do Código Civil, prescreve que a violação à direito da personalidade possibilita a reclamação por perdas e danos, além da possibilidade de serem aplicadas demais sanções legais. Trata-se de disposição em consonância com os incisos V e X do artigo 5.º⁶ da CRFB/88, dispositivos responsáveis por apresentar hipóteses de indenização por violação a direito de natureza imaterial.

Verifica-se, portanto, que a lesão à direito imaterial gera o direito à reparação.

Fala-se em reparação do dano moral, e não ressarcimento, justamente a fim de se afastar a repercussão econômica direta do dano, característica essa, como dito, dos danos patrimoniais. É reparação, uma vez que o objetivo da indenização é o de atenuar, no que for possível, as consequências do prejuízo imaterial.

No dano moral, não está presente a finalidade de acréscimo patrimonial da vítima, até porque não há relação de diminuição de seu patrimônio quando suportado o dano. Nota-se, por exemplo, que não há incidência do imposto de renda sobre o valor recebido a título de dano moral. O que se pretende no provimento jurisdicional da condenação por dano moral é a compensação pelos males suportados pela vítima aos seus direitos da personalidade.

Por isso, quando da análise do dano moral, o ponto principal a ser verificado é a forma pela qual o direito da personalidade da vítima teria sido violado. Constatada a violação, quantifica-se determinado valor como forma de se compensar a violação suportada pela

³BRASIL. *Enunciado n.º 274, do CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 25 abr. 2019.

⁴TARTUCE, op. cit., p. 102.

⁵BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 09 set. 2019.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 09 set. 2019.

vítima. Por outro lado, no provimento jurisdicional de condenação por dano material, verifica-se de que forma teria ocorrido o decréscimo patrimonial suportado pela vítima.

Contudo, apesar do exposto, é um paradoxo a afirmação de que o dano moral não tem repercussão econômica, uma vez que o responsável pela violação deverá, na prática, desembolsar determinada quantia a fim de reparar os danos suportados pela vítima.

Por sua vez, apesar de não haver finalidade de acréscimo patrimonial direto quando do recebimento da verba compensatória a título de indenização por dano moral, o que efetivamente ocorre no patrimônio da vítima é o seu acréscimo em termos de quantificação. Ressalte-se que não se discute o caráter compensatório do dano moral.

Explica-se: a vítima de violação de direito da personalidade tinha R\$100,00 como patrimônio antes da violação. A violação, em si, não tem repercussão econômica direta, uma vez que não há decréscimo de seu patrimônio. O ponto principal é a violação de direito da personalidade. Não há dano emergente, não há lucro cessante.

No entanto, em que pese ser ausente a finalidade de acréscimo patrimonial da vítima e ser de natureza compensatória o dano moral, a partir da compensação o patrimônio de R\$100,00 será, por exemplo, de R\$110,00.

O que se pretende demonstrar é que, na análise do dano moral, não se busca a repercussão econômica direta que o dano teria gerado, como, por exemplo, o valor a ser gasto com a avaria no veículo que deverá ser levado ao mecânico. Mas isso não anula os aspectos práticos e econômicos reflexos que envolvem as indenizações por dano moral.

São numerosas e cada vez mais frequentes as relações de consumo realizadas entre fornecedores e consumidores. Essas relações, tendo em vista a complexidade do estado atual da sociedade, muitas vezes se desencadeiam no Poder Judiciário, sendo este o responsável pela pacificação social. Vez ou outra, o arbitramento do dano moral acaba por levar em consideração o aspecto econômico que estrutura a relação das grandes empresas com os consumidores.

A maior dificuldade na obtenção do provimento de condenação por danos morais ou até mesmo o *quantum* indenizatório em menores valores pode, às vezes, ter fundamento no afastamento de um eventual movimento conhecido como indústria do dano moral. Por outro lado, a violação recorrente aos direitos dos consumidores praticada pelos fornecedores pode ser levada em consideração nos Tribunais.

A análise desse aspecto econômico é preocupante, uma vez que pode adicionar elementos estranhos à responsabilidade civil. Ademais, o juiz pode acabar se afastando do papel jurisdicional e adentrar em um papel reservado ao legislador quando da criação da lei.

Nesse sentido, a violação ao direito da personalidade deve ser, por si, suficiente para gerar a condenação por dano moral. A parte mais importante, portanto, no provimento jurisdicional da condenação por dano moral é a análise de como se deu a violação e qual o direito da personalidade fora violado. Essa análise, então, deve levar em consideração os aspectos específicos normativos que envolvem as relações de consumo.

2. O DANO MORAL COMO LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO

A premissa de que o dano moral estará caracterizado quando da lesão a direito da personalidade parece ser de uma clareza tão evidente que na verdade esconde todo um contexto complexo a ser enfrentado pelo magistrado.

A consolidação da referida premissa se deu com a evolução do entendimento acerca do dano moral. De acordo com Marcos Dessaune, essa evolução superou algumas outras premissas equivocadas, dentre elas⁷:

A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado.

Tratar-se-ia da teoria objetiva do dano moral, fundada na violação a direito da personalidade. De fato, maiores tecnicidade e objetividade são de grande importância no momento do enfrentamento do caso em concreto pelo juiz natural.

Em que pese o exposto, é importante analisar profundamente de que modo a teoria objetiva do dano moral pode ser mais bem aplicada em sede jurisdicional. Isso porque, a violação a direito da personalidade nem sempre é tão nítida e fácil de ser enfrentada. Como exemplo, é a violação à honra do particular.

Para tanto, é importante reconhecer que a aplicação da teoria objetiva do dano moral também tem como intuito zelar por maior segurança jurídica. As referências técnicas diminuem a margem de discricionariedade do juiz, o qual, eventualmente, ao prestigiar uma análise subjetiva, pode atuar de forma incoerente ou mesmo arbitrária.

⁷DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Espírito Santo: [s. n.], 2017, p. 135-136.

Como função jurisdicional do juiz, tem-se a interpretação da norma a ser aplicada ao caso em concreto. Todavia, no que tange ao dano moral nas relações de consumo, viu-se, por exemplo, movimento jurisprudencial que, no entender atual, fundou-se em certa discricionariedade exacerbada do magistrado.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, editou o verbete de n.º 75, da Súmula do TJRJ, ora cancelado, com a seguinte orientação⁸: “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.

A orientação jurisprudencial teve como fundamento argumentos que fogem à interpretação normativa, no que traduz uma atuação questionável e que, por isso mesmo, encaminhou-se para o cancelamento do referido verbete sumular.

Pela leitura do voto feito pelo Desembargador Relator do cancelamento do verbete de n.º 75, da Súmula do TJRJ, Exmo. Dr. Mauro Pereira Martins, percebe-se que a orientação jurisprudencial teve como fundamento aspecto alheio ao normativo, qual seja, o combate àquilo que ficaria conhecido informalmente como indústria do dano moral, conforme se vê⁹:

Por certo, dúvida não há de que, à época, tal verbete foi aprovado com o escopo não só de evitar a banalização do dano moral, de forma a deixar claro que não seria um simples dissabor da vida cotidiana, uma simples vivência desagradável, que geraria dano à esfera extrapatrimonial da pessoa, como também teve por objetivo frear a propositura de demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário.

Nota-se, portanto, que o subjetivismo na análise do dano moral pelo magistrado pode alargar de maneira incoerente e, de encontro ao 93, X, da CRFB/88¹⁰, a margem interpretativa para a caracterização da violação a direito da personalidade. O “mero aborrecimento”, nesse sentido, possibilitou tratamentos anti-isonômicos entre os jurisdicionados.

Por outro lado, como dito, em determinados momentos é realmente dificultosa a análise da violação a direito da personalidade, uma vez que saber, por exemplo, se a honra de

⁸BRASIL. *Verbetes de n.º 75, da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?v=10>>. Acesso em: 09 set. 2019.

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo n.º 0056716/18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 09 set. 2019.

¹⁰BRASIL. op. cit., nota 06.

uma pessoa foi violada, sugere interrelação com aspectos subjetivos. Não há como uniformizar características de violação à honra de particular, a não ser quanto a violações evidentes.

Percebe-se, a princípio, um impasse. A evolução doutrinária encaminhou a análise do dano moral de forma objetiva, evitando-se a análise de aspectos subjetivos por parte do juiz natural. Em contrapartida, o “mero aborrecimento” não seria totalmente extirpado da análise da violação do dano moral, conforme se vê no voto do relator do cancelamento do verbete de n.º 75, da Súmula do TJRJ¹¹:

Com efeito, cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

Para solucionar o impasse não basta recorrer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade intrínsecos à própria razão de ser da atividade jurisdicional. A solução também não anula o espectro interpretativo do juiz na atuação da subsunção do caso concreto às normas do complexo constitucional normativo do Estado.

A análise da violação ao direito da personalidade deve ser feita objetivamente, mas por meio de uma interpretação teleológica, sistemática, e de acordo com os princípios da Carta Maior. Dessa forma, respeita-se a atribuição da atividade legislativa, seja ela originária ou decorrente, e não se extirpa o convencimento do juiz natural pacificador das relações sociais.

Em outras palavras, é preciso, de acordo com a premissa pela qual se entende que o dano moral é lesão à direito da personalidade, saber se houve, de fato, violação à direito da personalidade, a partir do conjunto normativo que tutela, no caso, os direitos do consumidor. Trata-se de interpretação que deve se alinhar com os princípios constitucionais, como um todo, e com o microssistema normativo das relações consumeristas.

Dessa forma, o subjetivismo, aqui simbolizado pelo “mero aborrecimento”, é substituído pela fundamentação da atividade jurisdicional, de acordo com os princípios constitucionais e com os direitos que tutelam as relações consumeristas.

Há consequência prática. Ao analisar, por exemplo, violação à honra de particular, ou mesmo se descumprimento de dever legal ou contratual é passível de ensejar condenação

¹¹BRASIL., op. cit., nota 09.

por danos morais, o juiz deve fundamentar a sua decisão levando em consideração os direitos inerentes à relação processual em lide.

É preciso diferenciar, por exemplo, os limites da violação à direito da personalidade em uma relação civil, envolvidos direitos de vizinhança, de uma relação consumerista.

Como dito, na relação consumerista, o juiz verifica se houve violação a direito da personalidade, sob o prisma do microsistema da tutela dos direitos do consumidor. Se houve, a partir de decisão fundamentada, o provimento jurisdicional será condenatório em danos morais.

3. O MICROSSISTEMA DOS DIREITOS CONSUMERISTAS E O PROVIMENTO JURISDICIONAL CONDENATÓRIO EM DANOS MORAIS

A filosofia da Grécia antiga proporcionou por meio de Aristóteles, um dos grandes filósofos existentes à época, a difusão da ideia de que o homem é um ser político. Nesse sentido, como característica inata da espécie, o ser humano vive a sua existência em meio a agrupamentos sociais, guiados estes por conjuntos de regras harmonizadoras do todo.

As regras, dessa forma, identificam os limites existenciais que surgem do convívio. Em outras palavras, o homem é ser individual, mas não vive isoladamente, o que o faz seguir determinadas regras estipuladas expressa ou tacitamente pelo grupo social, seja qual for a forma de identificação desse grupo.

Ao longo da história, as regras passaram a ser identificadas como todo o complexo normativo balizador das normas sociais. Os grupos sociais, por outro lado, passaram a ser identificados na maior das suas singularidades pelo complexo orgânico do Estado Nacional.

Contemporaneamente, os Estados Nacionais ainda representam a maior singularidade dentro das misturas de grupos sociais, discutindo-se hodiernamente sobre a estabilidade de blocos de Estados Nacionais.

De toda forma, como objeto de estudo do artigo, é importante o referencial do Estado Nacional como Estado Constitucional Democrático de Direito. Nessa linha de raciocínio, a Constituição é o documento que reúne todas as normas que organizam os elementos constitutivos do Estado. A concepção de constituição, aqui acolhida, serve, resumidamente, para a Constituição da República Federativa do Brasil, mais propriamente, a em vigor desde 1988.

Dentro do conceito de constituição que, ressalte-se, não será inteiramente desmiuçado neste artigo, é importante identificar o movimento de internalização dos Direitos

Humanos. Os Direitos Fundamentais, internalizados na Carta Magna, não só limitam a atuação da máquina estatal e protegem as liberdades individuais, como também estabelecem diretrizes de atuação positiva do Estado perante os particulares.

O artigo 6.º, da CRFB/88¹², por exemplo, elenca como direitos sociais os direitos a educação, a saúde a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Trata-se de dimensão de direitos fundamentais em que a atuação positiva do Estado visa a concretização de justiça social.

No que tange ao Estado brasileiro, a CRFB/88 dispõe no artigo 3.º, inciso I¹³, como um dos objetivos fundamentais da própria República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como aspecto de justiça social, a Carta Magna acrescenta, ainda, em seu artigo 170¹⁴, que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo-se observar uma série de princípios.

Um dos princípios a ser observado está disposto no inciso V¹⁵, do referido artigo: a defesa do consumidor. Por meio da defesa do consumidor, a constituição busca assegurar a existência digna, conforme não só os ditames da justiça social, mas também tendo em vista o princípio da igualdade em seu aspecto material, disposição esta constante no rol de direitos fundamentais do artigo 5.º, caput, da CRFB/88¹⁶.

O objetivo da Constituição é intervir nas relações de consumo por meio de ampla proteção suficiente para se fazer a defesa efetiva do consumidor, uma vez tratar-se de sujeito vulnerável frente aos fornecedores.

Cuida-se compactar normas dos mais diferentes ramos do direito, isto é, normas de naturezas cíveis, penais, administrativas, por exemplo, com o fim de garantia da defesa dos consumidores e de se efetivar o princípio da isonomia, na sua dimensão material. Assim entende Leonardo de Medeiros Garcia¹⁷:

Assim é que, em atendimento ao mandamento constitucional, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor com o intuito de intervir nas relações de consumo para a proteção do sujeito vulnerável, desigual na relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações. Trata-se de um

¹²BRASIL., op. cit., nota 06.

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 21.

verdadeiro microssistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.

Nota-se, nesse sentido, que tutelar a relação entre consumidor e fornecedor foi preocupação do legislador originário. O microssistema que tutela o consumidor e o protege da atuação desigual do fornecedor deve ser interpretado diferentemente de normas de Direito Civil. Essa interpretação deve ser teleológica, com o fim protetivo do consumidor, e deve ser sistemática, tendo em vista todo o ordenamento norteado pelo mandamento constitucional protetivo.

O direito regula as relações sociais e, na prática, deve servir como fundamento para a jurisdição no caso concreto. O entendimento amplamente majoritário é de que não cabe ao juiz não decidir determinada causa sob o argumento de lacuna na lei ou mesmo de inexperiência técnica em determinado assunto tratado em lide.

Nesse sentido, todo o bloco de leis deve ser usado como fundamento para a jurisdição e, eventualmente constatada ausência de regulação para determinado assunto, o bloco de leis deve ser interpretado de acordo com o parâmetro constitucional a fim de achar solução para determinada causa.

Para tanto, como reiteradamente dito, a interpretação da norma deve ser feita de acordo com o caso em concreto, com a intenção do legislador legitimado para representar a sociedade e com os parâmetros constitucionais.

Significa dizer que as relações cíveis devem ser interpretadas de acordo com a igualdade entre os particulares em lide; as relações penais devem ser interpretadas a partir do direito penal como *ultima ratio*, levando-se em conta a presunção de inocência; as relações consumeristas, de acordo com a característica da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Como exemplo, pode-se pensar em uma discussão levada ao judiciário entre particulares na condição de vizinhos. O direito de vizinhança é ramo do direito civil e tem seus próprios princípios e regras. Essas regras serão interpretadas de acordo com a própria natureza da relação de vizinhança, de forma que eventual discussão de dano moral entre vizinhos deverá ter como ponto de partida a igualdade entre os particulares e os princípios do direito de vizinhança.

Dessa forma, o dano moral discutido no direito de vizinhança deve, por exemplo, ser interpretado levando em consideração a solidariedade social. Isto é, a violação a direito da personalidade, no caso do direito de vizinhança – natureza cível – deve ser caracterizado pelo

abuso, sendo este o ato capaz de se sobrepor aos limites da proporcionalidade do que se espera entre particulares que são vizinhos. Não haverá, neste exemplo, mero aborrecimento e sim violação a direito da personalidade no âmbito do direito de vizinhança.

Percebe-se que a tarefa de identificar a zona limite entre o que pode ou não ser considerado passível de condenação por danos morais é complexa, haja vista, como já analisado, a dificuldade, sobretudo em alguns casos, de se estabelecer com precisão o ato violador do direito da personalidade. Leonardo Bessa há tempos constata essa dificuldade¹⁸:

A compreensão exata do que seja um mero dissabor ou aborrecimento é difícil de ser estabelecida de modo a não gerar dúvidas. Mas, com certeza, nenhum juiz condenará, por exemplo, um estabelecimento porque alguém esperou cinco minutos na fila antes de ser atendido e, por isso, ficou chateado ou frustrado.

Assim, é importante estabelecer alguns parâmetros de segurança para se chegar à identificação do dano moral. Na seara consumerista, a atuação do princípio da proporcionalidade e no princípio da razoabilidade na condenação por danos morais é mínimo. Isso porque a violação a direito da personalidade do consumidor deve ser analisada, ressalte-se, sob a perspectiva de sua vulnerabilidade.

A condição de vulnerável, por sua vez, gera como consequência uma menor tolerância aos atos capazes de ultrapassar a zona limítrofe entre atos de normalidade e atos violadores de direitos da personalidade.

O “mero aborrecimento”, portanto, é expressão esvaziada de conteúdo jurídico. O que poderá a vir a existir, na verdade, é a incapacidade de ato de violar direito da personalidade, e essa incapacidade deve ser vista à luz da mínima tolerância do consumidor aos atos praticados pelo fornecedor. Nesse sentido, o pronunciamento judicial em que se analisa o dano moral deve ser bem fundamentado, sobretudo quando desfavorável ao consumidor.

Assim, em havendo violação a direito da personalidade, o grau da violação –leve, média ou grave – servirá como parâmetro para a quantificação da condenação. Não havendo violação, não há que se falar em “mero aborrecimento”, devendo o aplicador do direito fundamentar o pronunciamento judicial demonstrando como efetivamente o ato impugnado foi incapaz de ultrapassar a barreira de tolerância existente na relação entre o consumidor vulnerável e os atos praticados pelo fornecedor.

¹⁸BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos*: ao alcance de todos. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 41.

CONCLUSÃO

Nota-se que a discussão entre qual das teorias do dano moral, a subjetiva ou a objetiva, teria a melhor aplicação no caso concreto é discussão com pouco valor prático. É importante definir que o dano moral estará caracterizado se houver violação a qualquer direito da personalidade.

Pode ser que a violação a direito da personalidade se torne tema de difícil análise no caso concreto e, para resolver o impasse, o aplicador do direito deve buscar a solução jurídica adequada, fundamentando o seu pronunciamento judicial com arcabouço legal.

Assim, deve-se estabelecer qual a relação entre as partes na lide no processo e qual a matéria em discussão. Essa separação é importante para se identificar quais as balizas legais a serem observadas no caso concreto. Nesse sentido, o dano moral poderá ser discutido a partir dos nuances de uma relação consumerista ou a partir, por exemplo, do direito civil de vizinhança.

Em se tratando de relação consumerista, a discussão acerca da violação a direito da personalidade deverá ser pautada pelo microsistema jurídico que tutela o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo. Significa que as normas mais benéficas ao consumidor têm aplicabilidade às relações de consumo, em virtude da isonomia como direito fundamental estampado na Carta Magna.

Dessa forma, a atuação jurisdicional deve ser guiada por fundamentos jurídicos e com base em lei, esta anteriormente criada pelo legislador, legítimo representante do poder emanado do povo. Com efeito, o pronunciamento judicial que decide acerca do dano moral será juridicamente fundamentado, afastando-se indicações genéricas que se atém ao “mero aborrecimento” da parte. Nesse sentido inclusive, como já abordado, houve cancelamento do verbete de n.º 75 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sabendo-se que a decisão que analisa a violação ao direito da personalidade deve ser juridicamente fundamentada, deve o aplicador do direito priorizar a interpretação teleológica e a interpretação sistemática como métodos interpretativos auxiliares para o pronunciamento judicial que decide acerca do dano moral consumerista.

Isso porque nem sempre os contornos do limite da violação ao direito da personalidade são claros e, então, a discussão entre a teoria objetiva ou subjetiva do dano moral deixa de contribuir para o aspecto prático da resolução da demanda.

Deve o magistrado se ater a análise da existência, ou não, da violação a direito da personalidade. Mas nem sempre essa violação é evidente, e algumas vezes perpassa

inevitavelmente por aspectos subjetivos, como pode ser no caso de discussão acerca de violação à honra.

Nesses casos em que a complexidade na análise do dano moral é de grau elevado, a interpretação teleológica, como aquela em que se busca a finalidade da norma, e a interpretação sistemática, como aquela em que se analisa sistematicamente o ordenamento jurídico, surgem como métodos interpretativos auxiliares do aplicador do direito.

Assim, no que tange à relação consumerista, a análise da violação a direito da personalidade deve seguir o preceito da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, de acordo com o microsistema jurídico que tutela a igualdade material.

Em se tratando de análise de violação a direito da personalidade que inevitavelmente perpassa por variáveis psicológicas, o limite entre a normalidade e o abuso – a violação em si – deve ser considerado sob o aspecto da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Esse é o parâmetro normativo. Em outras palavras, é evidente que, na relação de consumo, o limite de tolerância entre a violação a direito da personalidade é menor, o que deve ser observado em sede de pronunciamento judicial.

É de se observar, nesse sentido, que além dos mecanismos processuais que possam atuar em favor dos consumidores, como por exemplo eventual inversão do ônus probatório, a condenação por dano moral em matéria consumerista, para que seja afastada, deve ser bem fundamentada e com consideração a suporte probatório robusto.

Para o afastamento do dano moral, portanto, é necessária a demonstração de que a violação em si não existiu, uma vez que o fornecedor teria agido nos limites legais e proporcionais de sua atuação habitual. Essa análise de existência do dano moral deve, contudo, ser feita em conformidade com a proteção especial constitucional que o constituinte originário garantiu ao consumidor.

Por outro lado, constatada a violação a direito da personalidade, o grau de violação deverá então ser considerado principalmente na quantificação do valor a ser indenizado a vítima. Dessa forma, o grau da violação é analisado sobre tudo a fim de se estabelecer o *quantum* indenizatório.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo n.º 0056716 18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 09 set. 2019.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Espírito Santo: [s. n.], 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.