



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O SEU CARÁTER
PEDAGÓGICO SOBRE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

Maria Betânia da Silva Gonçalves

Rio de Janeiro
2021

MARIA BETÂNIA DA SILVA GONÇALVES

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O SEU CARÁTER
PEDAGÓGICO SOBRE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

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:

Maria Carolina Cancellata de Amorim Ubirajara
da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro
2021

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O SEU CARÁTER PEDAGÓGICO SOBRE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Maria Betânia da Silva Gonçalves

Graduada pela Universidade do Grande Rio Professor José de Souza Herdy.
Advogada. Pedagoga.

Resumo - O presente artigo tem como foco realizar uma análise do instituto do dano moral e o seu caráter pedagógico nas relações de consumo sobre a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, com base na Doutrina e entendimentos jurisprudenciais, objetivando caracterizar e conceituar os invólucros sociais envolvidos e discutir a respeito da função da indenização por dano moral, residida no desestímulo de condutas abusivas e prejudiciais ao consumidor de bens e serviços.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Caráter Pedagógico. Dano Moral.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à função do dano moral. 2. A aplicação do código de defesa do consumidor na quantificação do dano moral. 3. O caráter pedagógico do dano moral à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa científica versa sobre o caráter pedagógico do dano moral como um artifício desestimulador de condutas abusivas e prejudiciais, que colocam o consumidor frente a situações que lhe cause dano, sejam elas oriundas da reprovabilidade da conduta do ofensor ou de mero desleixo ao oferecer bens e serviços. O que ofende incisivamente o consumidor, causando prejuízos de ordem moral.

Para tanto, se fez primordial abordar o dano moral e o seu caráter pedagógico sobre a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. De modo que, quando não caracterizado o dano moral, outrora apenas um mero dissabor, os lucros obtidos pelos fornecedores de produtos e serviços, são tão alvitosos que mesmo ressarcindo o valor do produto ou serviço, continuam no lucro, visto que nem todas as pessoas lesadas recorrem ao judiciário para serem ressarcidas, muitas acabam por permitir que seu direito pereça, até mesmo por decisão espontânea com o intuito de evitar aborrecimento e desgaste. Com efeito, torna-se mais conveniente para o fornecedor pagar, do que consertar um vício ou prestar um serviço de forma

adequadamente digna ao consumidor, o que conseqüentemente ocasiona a reincidência de práticas lesivas.

Na atual conjuntura social, onde a informação circula rapidamente em questão de segundos a dois pontos diametralmente opostos da terra, vemos práticas voltadas para a satisfação do consumo, nessa mesma marcha, visualizamos a rapidez como tudo é construído e descartado, e para que seja garantida a movimentação dessa engrenagem, muitas vezes os fornecedores não se atêm aos cuidados mínimos de precaução, para que seja garantida total segurança e satisfação do consumidor, colocando-o numa posição agudamente imprópria. Nessa celeuma, vemos o instituto do dano moral recoberto de controvérsias quanto a sua função, e destarte, concebemos uma inconstância social, a qual necessita de que na modalidade de indenização, sua principal característica não seja apenas uma compensação pelo dano causado, mas também, que seja capaz de desestimular práticas reiteradas de abuso ao direito assegurado constitucionalmente.

Para a melhor compreensão do tema pesquisado fez-se necessário investigar de que forma o carácter pedagógico do dano moral tem o condão de viabilizar atitudes positivas do fornecedor de bens ou serviços frente ao consumidor. Partindo da premissa de que nos casos em que o consumidor sofre prejuízos e ou constrangimento, a autuação de mero dissabor ou a simples devolução valor do objeto, pode vir a ser considerado um incentivo a atitudes negativas, o que repercute na reincidência. Desse modo, a leitura do dano moral não deve possibilitar apenas compensação, mas a proteção dos direitos da personalidade personificados pelo principio da dignidade da pessoa humana.

O primeiro capítulo aborda a análise da Carta Constitucional sobre o direito do consumidor e o tratamento do instituto do dano moral sobre o enfoque na violação do principio da dignidade da pessoa humana.

O capítulo seguinte dedica-se à reflexão sobre a aplicação do dano moral como fator educativo e vetor desestimulador de condutas nocivas.

O terceiro capítulo tem por objetivo demonstrar o carácter pedagógico do dano moral, verificando casos em que os efeitos do dano moral irradia a esfera da pessoa. Para tanto, observamos como é executada sua aplicação estendida, como medida educativa desestimuladora de condutas nocivas ao consumidor, refletindo se há realmente existência de conexão na prevenção impeditiva de situações prejudiciais futuras ao consumidor.

Deste modo, a pesquisa concluída, no âmbito deste trabalho, pelo método hipotético-dedutivo, onde o pesquisador elegeu proposições as quais, vislumbrou a

viabilidade em analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou refutá-las por meio argumentativo.

O enfoque da abordagem desta pesquisa jurídica é qualitativo, devido ao fato de que foi procurado ampliar a visão sobre a aplicabilidade dos conhecimentos já produzidos, a respeito do tema em questão. O caminho percorrido foi por meio de busca bibliográfica exploratória que versou sobre o objeto de estudo, sendo formalizada a análise da opinião e tese de diferentes autores, e da jurisprudência, o que contribui para o avanço da ciência e do conhecimento.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À FUNÇÃO DO DANO MORAL

A Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor¹, surgiu no Brasil como uma regulamentação expressa e específica da proteção e defesa do consumidor, que visa essencialmente buscar o equilíbrio nas relações de consumo, protegendo o consumidor vulnerável, para que vigore a igualdade efetiva dos atores envolvidos, permitindo a garantia do acesso a produtos e serviços com qualidade e segurança, precipuamente aqueles considerados essenciais, de forma que seja possível evitar e combater práticas abusivas, para que verdadeiramente ocorra o equilíbrio dos interesses na sociedade.

As normas consumeristas são de ordem pública e interesse social, de forma que são consideradas como direitos indisponíveis que propiciam entender que todo ato ou negócio jurídico que contrarie os ditames do código, sejam efetivamente conhecidos como nulos de pleno direito, o que denota a relevância social que o legislador consagrou ao atual sistema legal consumerista.

As normas de direito do consumidor são de primordial importância para que ocorra equilíbrio nas relações de consumo, na aquisição de bens e serviços, que via de regra, são indispensáveis à condição de uma vida digna e justa, e é fato que, para que isso se concretize, o que deve ser priorizado é a informação, qualidade e eficiência dos bens e serviços disponíveis no mercado de consumo.

¹BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 23 de out. 2020.

Para uma firme proteção consumerista, já no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor² é previsto o estabelecimento de normas de proteção e defesa, sendo de ordem pública e interesse social, de forma que são disposições consagradas nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal³ e também no art. 48 de suas Disposições transitórias⁴.

O legislador buscou os princípios constitucionais para que houvesse equilíbrio nas relações jurídicas, o que é muito desproporcional, vislumbrando alcançar a igualdade material entre fornecedor e o vulnerável consumidor. Neste sentido, Claudia Lima Marques⁵ ensina que, o *Favor Debilis* é a superação da ideia de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade, ou seja, o reconhecimento da presunção de vulnerabilidade preconizado no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor⁶, demonstra que alguns detêm uma posição jurídica mais forte do que outros.

A ausência ou falta de cautela na prestação de bens e serviços, gera o dever de indenizar, sendo que é muito corriqueiro nas ações consumeristas o pedido do dano moral, porque o mesmo vem revestido com o objetivo de indenizar o consumidor pela dor, sofrimento, constrangimentos e decepções que lhe sejam causadas em razão de eventual vício ou defeito do produto ou serviço.

Segundo Cavalieri Filho⁷, dano moral é aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, o dano não material. Já Savatier⁸ “[...] para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor na alma”.

Com o advento da Constituição de 1988 os conceitos já fundamentados de dano moral foram revistos. A nova Carta colocou o homem, a pessoa humana, no centro do ordenamento jurídico, transformando os seus direitos num verdadeiro amalgamado

²BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 23 de out. 2020.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31/08/2020

⁴BRASIL. *Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_08.09.2016/art_48_.asp>. Acesso em 31/08/2020.

⁵MARQUES Apud BOLZAN DE ALMEIDA, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 46.

⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 100.

⁸SAVATIER Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 100.

conectado entre todos os ramos do direito. Contudo, a pessoa humana se manteve titular de relações jurídicas que, embora destituídas de expressão pecuniária, representam um valor maior, por se mostrarem atinentes à própria natureza humana⁹.

Com efeito, comumente ao artigo 1º, inciso III, da CFRB/1988 que consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, preceituando que todo cidadão tem o direito subjetivo constitucional a dignidade. O dano moral recebeu uma nova roupagem e maior proporção, devido ao fato de que a dignidade humana é a base de todos os valores morais e o âmago de todos os direitos personalíssimos¹⁰.

Segundo Cavalieri Filho:¹¹

[...] são direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito a vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim a própria dignidade da pessoa humana.

Sobre o viés constitucional do ordenamento jurídico brasileiro o dano moral é conceituado através de dois aspectos distintos – em sentido estrito, que se trata da violação do direito à dignidade, de modo que toda e qualquer agressão pessoal, faz jus a indenização por dano moral e é indenizável. E em sentido amplo que se trata da violação dos direitos da personalidade.

Para Kant¹² a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, não pode ser substituído por equivalente, sendo uma qualidade inerente ao ser humano. Nesse sentido, pode ocorrer ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento e outrora com dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. E, embora várias questões relevantes se apresentem, os bens integrantes da personalidade devem ser analisados de forma diferenciada dos bens materiais, devido ao fato de que o dano moral não deve ser confundido com dano material, pois tem existência própria e autônoma, de modo a constituir tutela jurídica independente.

Já em seu sentido amplo, o que representa uma evolução doutrinária, o dano moral é a violação de algum direito ou atributo da personalidade, pois os mesmos constituem a essência do ser humano. Ademais, o dano moral não se restringe a dor, tristeza e sofrimento, mas pode ser definido como uma agressão a um bem ou atributo

⁹CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 101.

¹⁰Ibid., p. 101.

¹¹Ibid., p. 101.

¹²KANT, Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 101.

da personalidade. Sua natureza é imaterial, o que torna impossível sua avaliação pecuniária. Não obstante, o mesmo pode ser compensado através de uma obrigação pecuniária imposta ao causador do dano.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho¹³ na primeira fase da evolução doutrinária do dano moral, fase da irreparabilidade, a doutrina entendia como negativa a indenização por dano moral, por considerar ser um fator inestimável, sendo imoral valorar a dor, com o passar do tempo, ficou evidente que não se tratava do *Pretium Doloris*, mas de uma compensação simples pelo dano sofrido. Ripert¹⁴ chamava de “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. De outro modo, não era possível desconsiderar a imposição de sanção ao causador do dano, para que houvesse impunidade, e muito menos servisse de estímulo a novas condutas prejudiciais ao consumidor. De modo que, haveria o exercício de uma pena privada em benefício da vítima.

Numa segunda fase, a da inacumulabilidade do dano, passou a admitir e compreender o dano moral autonomamente, sem que houvesse cumulação com dano material, em razão de que, o entendimento era que o dano material absorvia o dano moral. Nessa perspectiva, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵ que trouxe em seu bojo, no artigo 5º, incisos V e X, a determinação da reparabilidade do dano moral, corroborando, logo depois veio o Código de Defesa do Consumidor¹⁶, que em seu art. 6º, VI e VII, propiciou o entendimento da indiscutibilidade da cumulação do dano moral com o material. O que permitiu até mesmo o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 37¹⁷, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”.

¹³CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 103.

¹⁴RIPERT Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 103.

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 23 de out. 2020.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CORTE ESPECIAL*, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 23 fev. 2021.

2. A APLICAÇÃO DO DANO MORAL COMO FATOR EDUCATIVO E DESESTIMULADOR DE CONDUTAS NOCIVAS.

O dano moral representa a mutabilidade do Direito, com o entendimento de que as relações interpessoais se modificam com o passar do tempo propiciando uma nova gama de direitos e benefícios, em contraparte, acarretando questões cada vez mais complexas. Devido a essas questões que emergem da sociedade, cabe aos operadores do Direito garantir à sociedade segurança jurídica, de forma que possa atendê-la, sem ferir a base dos princípios, da moral e dos bons costumes.

O advento do dano moral demonstra um aperfeiçoamento necessário nas relações sociais, que com o passar do tempo sua definição sofreu modificações, e como consequência disso, a sua aplicabilidade converteu-se de forma mais extensa, atingindo um maior número de situações oriundas de relações do direito civil, o que fez com que sua eficácia resplandecesse com evidência no âmbito social. Outrora, o que dificultava a reparação por danos morais, era a dificuldade em sua avaliação. Em razão de que, se obtinha como regra o dano material, a avaliação de sua reparação era baseada no valor do objeto material danificado ou subtraído.

De acordo com o Código Civil Brasileiro¹⁸, em seu artigo 944, a indenização mede-se pela extensão do dano causado, observando se há desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o que se busca é garantir que a vítima seja ressarcida pelo dano sofrido, e que seu prejuízo seja compensado pecuniariamente. Na verdade, existe uma grande lacuna que não se fecha, quando não se tem como objetivo o teor educativo. E de forma simplória eclodem no ressarcimento material do dano sofrido, sendo realizada sem a observação e procura de medidas que impeçam que novos atos prejudiciais ao consumidor venham a ocorrer.

Para corroborar com a proteção garantida constitucionalmente aos direitos da personalidade, autores como, André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁹ entendem que em determinados casos é atingido algum direito da personalidade, o que contribui para que a indenização desempenhe um papel mais amplo do que o de exclusivamente reparar o dano sofrido, de modo que, por muitas vezes a reparação do dano não constitui resposta jurídica satisfatória. Quando por exemplo, o benefício econômico obtido pelo ofensor

¹⁸BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 23 fev. 2021.

¹⁹ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, nº 36, p. 02, 2006.

em razão de sua conduta, mesmo depois de paga as indenizações de natureza reparatória ou compensatória, ocorre uma total indiferença à sanção, ou melhor, se torna atrativo ou até mesmo estimulador para a reincidência de condutas reiteradas de práticas prejudiciais aos consumidores.

Para Corrêa de Andrade²⁰ a dignidade da pessoa humana é a base que deve existir em todas as relações de consumo, não havendo meios que violem direitos e princípios inerentes ao próprio homem. Não obstante, o poder judiciário deve garantir a tutela preventiva e satisfatória dos direitos da personalidade, e em casos graves, quando a tutela reparatória for ineficaz, deve-se tornar imprescindível uma tutela punitiva.

Um exemplo que pode ser citado é em relação ao inadimplemento contratual, que por muitas vezes pode ser considerado como apenas um simples inadimplemento, que pode ocasionar prejuízos na esfera patrimonial, sendo ressarcido por dano material. Não obstante, esse inadimplemento pode gerar aborrecimentos que extravasam a esfera patrimonial, atingindo incisivamente a esfera da pessoa.

Cavaliere Filho²¹ cita em sua obra, o caso de um advogado renomado da Cidade do Rio de Janeiro, que para comemorar o aniversário de 12 anos de sua filha, fechou contrato de serviços com um hotel bem gabaritado da cidade, um cinco estrelas. No entanto, no dia da festa em meio a muitos convidados que foram prestigiar a data tão esperada, o dono da festa passou por um constrangimento nunca antes imaginado vivenciar, muito menos, numa data que deveria ficar marcada na memória como de comemoração e confraternização positiva, saudosa entre familiares e amigos. Todavia, não foi o que ocorreu, em razão de que, faltou bebida, comida, garçons, água, tudo o que se possa imaginar, deixando o dono da festa numa situação extremamente desconfortável e constrangedora, diante de seus ilustres convidados.

Para Cavaliere Filho²² o inadimplemento ou mau cumprimento do contrato que extrapola a mera perda patrimonial, como no caso citado, onde uma festa de aniversário culminou em um grande evento vexaminoso, configurando frustração dolorosa e profunda ao dono da festa, sua filha e demais familiares, há de se merecer a reparação do dano moral.

Por situações como o inadimplemento contratual existem situações que pela própria descrição das circunstâncias em que ocorreram, aquelas que perfazem o ilícito

²⁰Ibid., p. 03.

²¹CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 106.

²²Ibid., p. 106.

material, é possível extrair consequências de cunho psicológico, que são oriundas do inadimplemento culposo do autor do fato.

Nessa perspectiva, existe uma grande controvérsia em relação ao dano moral como fator punitivo, onde se configura com um cunho educador e desestimulador de condutas reiteradas de práticas nocivas. Ocorre que a Doutrina e a Jurisprudência vêm sendo favoráveis à sua admissibilidade buscando inspiração no *punitives damages* do Direito Norte Americano. No entanto, há divergência no direito brasileiro por parte da Doutrina e Jurisprudência, pelo entendimento de que na responsabilidade civil não existe lacuna para a pena privada, de forma que, a punição é monopólio do Estado. E sendo assim, não caberia ao particular impor a outros uma sanção em benefício próprio. Discute-se também, que no Brasil o dano moral tem cunho compensatório, mesmo nos casos em que a mensuração do seu valor considere a maior gravidade do dano e a intencionalidade do agente²³.

O *punitive damages*²⁴ baseia-se na teoria do valor do desestímulo, o que significa dizer que, no momento em que o juiz for mensurar o valor, este não deve ser apenas suficiente para a reparação do dano material, mas deve também ser capaz de desestimular práticas semelhantes, de forma que venha a punir o ofensor na mesma medida de sua culpa, com o objetivo de desestimular as práticas reiteradas de condutas prejudiciais ao consumidor.

O autor Paulo de Tarso Sanseverino²⁵ alerta para que se tenha cuidado com a invocação do *punitive damages*, diante da incompatibilidade desse instituto com o sistema jurídico brasileiro, de forma que, o mesmo carece de regulamentação expressa por refugir o instituto da tradição jurídica brasileira, referindo-se ao princípio da reparação integral.

Sérgio Cavalieri Filho²⁶ salienta que a indenização punitiva pelo dano moral encontra fundamento nos próprios princípios constitucionais, precipuamente na garantia da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão de direito, sendo indicada sua aplicação em duas situações: a primeira em razão da gravidade do comportamento do ofensor, quando se revelar altamente reprovável, valendo-se não apenas da função do elemento subjetivo, quais sejam: o dolo, a culpa grave, a fraude e a malícia, mas

²³CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 118.

²⁴Ibid., p. 118.

²⁵SANSEVERINO, Apud. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 118.

²⁶Ibid., p. 118.

também, por óbvio, em razão da reiteração da conduta ofensiva e desconsideração da vítima, quais sejam a indiferença com sua saúde, segurança, dignidade, vulnerabilidade e desconsideração. E em segundo plano a gravidade da extensão dos danos ofensivos de interesses coletivos, difusos, sociais, ambientais, dentre outros.

Caio Mario²⁷ preconiza que na reparação do dano moral é importante considerar dois motivos ou concausas, sendo a punição ao infrator pelo fato de ter ofendido um bem jurídico da vítima, posto imaterial e pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*. No entanto, como forma de oferecer a oportunidade de uma satisfação de alguma espécie, seja de ordem intelectual ou moral, ou até mesmo de ânimo material, o que poderá ser alcançado por saber que a quantia em dinheiro pode atenuar o desgosto da ofensa e até mesmo o desejo de retaliação. Embora seja necessário considerar que o arbitramento tem que ser moderado e equitativo, de forma que não venha a se converter sofrimento como meio de obtenção de lucro.

O Ministro Moreira Alves²⁸ deixa claro que a ideia de compensação é aquela que substitui a tristeza pela alegria. No entanto, esse não deve ser o único fundamento para a reparação do dano, de modo que existe diferença na reparação do dano moral quando a vítima é de classe humilde, de modo que para elas, a compensação poderá fazer diferença em suas vidas, num aparelho de televisão, uma viagem, tudo pode ser motivo de alegria e compensar. Porém, levado por somente este mesmo viés, a vítima rica, cheia de posses, jamais seria indenizada. Portanto, na reparação por dano moral deve ser considerada a sua natureza privada, por ser a justa punição que deve ser revertida em favor da vítima.

3. O CARÁTER PEDAGÓGICO DO DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O dano moral não tem caráter patrimonial, trata-se do dano não material, é o sofrimento que não é causado por perda patrimonial, configura-se na dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação que pode ser resultante de uma relação jurídica, que irradia a esfera da pessoa, atingindo e ferindo a dignidade da pessoa humana.

²⁷MÁRIO Apud. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 118.

²⁸ALVES, Moreira, Apud. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 118.

Segundo Cavalieri Filho²⁹, “a indenização punitiva por dano moral encontra fundamento nos princípios constitucionais [...]”, consubstanciando num caráter pedagógico que busca impedir que novas empreitadas venham a surgir e que possam findar em prejuízos imateriais ao consumidor.

Segundo Barreto³⁰ a evolução da sociedade íntima a superação da tese do mero aborrecimento, sendo que o julgador, ao reparar adequadamente por meio de legítimas indenizações a parte em litígio, permite que o cidadão pertencente à sociedade tenha reconhecida sua lesão moral e de que esta não tenha sofrido desprezo, fazendo com que o causador do dano realize a necessária revisão de sua conduta, de modo que surja a possibilidade de ver seu patrimônio esvair-se em razão de sua conduta, ou seja, sendo possibilitada efetivamente a responsabilização devida. Contudo, não se pode duvidar do fato de que a indenização por dano moral possui caráter punitivo-pedagógico, porque além de reparar a lesão, tem o cunho de punir quem reincide no ato ilícito, lesando por vezes inúmeros consumidores com a mesma prática abusiva.

De acordo com Barreto³¹ no segundo semestre de 2015, 20% dos consumidores brasileiros receberam alguma cobrança indevida por parte de operadoras de telefonia no período, constituindo cerca de 60,2 milhões de cidadãos que suportaram algum tipo de cobrança ilegal. Não é difícil imaginar o lucro exorbitante percebido mensalmente e também o transtorno gerado na vida dessas pessoas com seus nomes restritos, contas a pagar e compromissos a cumprir, restando evidente o direito a dignidade transgredida.

Na aplicabilidade do dano moral como indenização punitiva com seu viés pedagógico, o fornecedor ou prestador de serviços deixará de preferir repetir a conduta ofensiva aos princípios basilares do ordenamento jurídico e, assim, o que ensejará a diminuição da propositura de mais processos. Ao deixar de observar o caráter sancionatório da indenização, a Justiça deixa de promover a correção das distorções praticadas no mercado, além de colaborar para que os fornecedores e ou prestadores de serviços, mesmo demandados em juízo, não venham a ser exemplarmente punidos.

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental em que se baseia todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo preconizado no artigo 1º, inciso II, da

²⁹Ibid., p. 118.

³⁰BARRETO, Miguel. *Dano moral a consumidor não pode ser tratado como mero aborrecimento*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/miguel-barreto-dano-moral-consumidor-nao-meroaborrecimento#:~:text=N%C3%A3o%20se%20pode%20olvidar%20que,com%20a%20mesma%20pr%C3%A1tica%20abusiva>> Acesso em: 10 abr. 2021.

³¹Ibid.,

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³², como um dos pilares de sustentação de toda a sociedade, conferindo unidade de sentido e legitimidade, sendo evidenciado através dos direitos e garantias fundamentais, os quais fazem parte, os direitos fundamentais. Nessa toada, a mácula a quaisquer direitos da personalidade, tais como a honra, a intimidade, conflagra uma ofensa frontal à dignidade da pessoa humana.

Para Cavalieri Filho³³ a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, deu uma nova feição e maior dimensão à dignidade da pessoa humana, considerando que se trata da base e fundamento de todos os valores morais, sendo a essência dos direitos personalíssimos.

Santana³⁴ acrescenta que o princípio da dignidade da pessoa humana cuida-se de noção originária que confere sustentação e legitimidade aos demais princípios e regras jurídicas. Os direitos da personalidade reportam-se aos interesses e valores imateriais do ser humano, que são tutelados pelo sistema jurídico. Entendendo que a significação e extensão das normas jurídicas que envolvem as noções de dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade são axiomas indispensáveis ao estudo do dano moral no Direito do Consumidor.

Rodrigues³⁵ define o princípio jurídico como a linha diretriz que informa e embasa as regras jurídicas em vigor, tendo como objetivo a sustentação da aprovação de novas regras jurídicas. Considerando também que o princípio é um fator que interfere na decisão do caso concreto, de modo que orienta o labor interpretativo e a solução dos conflitos humanos que não são regulados por regras jurídicas específicas, ou seja, que nesta função acaba exercendo atividade integrativa do sistema jurídico. Portanto, o princípio jurídico deve balizar toda decisão judicial, de forma que toda regra jurídica quando aplicada encontre sua legitimidade e certificação na vinculação que estabelece com a principiologia regente do caso concreto.

³²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

³³CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 101.

³⁴SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32.

³⁵RODRIGUES Apud SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 33.

Ronald Dworkin³⁶ sustenta que o princípio jurídico é um padrão a ser observado como exigência de justiça, de equidade ou de moralidade. De modo que, o princípio e a regra jurídica são normas destinadas às decisões de casos concretos ou situações particulares.

Segundo Rodrigues³⁷, a transposição pura e simples da solução civilista para o campo das relações de consumo não é adequada, uma vez que é decorrente de pressupostos absolutamente distintos. Portanto, cuidando-se de microssistemas jurídicos diversos, se faz essencial a busca de soluções específicas e adequadas para cada qual.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, VI e VII, a prevenção e reparação dos danos morais são direitos básicos do consumidor. No entanto, para Rodrigues³⁸:

[...] tal regra mostra-se insuficiente à tutela dos direitos da personalidade. Identifica-se, pois, lacuna legal, cujo preenchimento ocorre mediante a aplicação subsidiária dos princípios e regras jurídicas do subsistema de Direito Civil.

José Afonso Silva³⁹, apoiado na doutrina de Kant, estabelece a distinção entre dois conceitos fundamentais que revelam valores jurídicos específicos: a pessoa humana e a dignidade. Ensinando que o ser humano é um ser racional, cuja existência revela um fim em si mesmo. Partindo desse pressuposto, são caracterizados pela espiritualidade própria, sendo fonte e imputação de todos os valores, bem como dotados de dignidade. Já os seres desprovidos de razão são considerados como meios, ou seja, coisas, sendo que estas não possuem dignidade, mas sim, preço, bem como expressando a ideia de valor relativo e possibilidade de substituição por outras equivalentes. Por conseguinte, a dignidade é um valor interno e absoluto que não admite troca por outro valor equivalente, não existindo um valor para a dignidade. Trata-se de um atributo inerente ao ser humano, superior a todos os outros, que se confunde com a natureza do ser racional, que existe como um fim e não apenas como um meio.

³⁶DWORKIN Apud SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 34.

³⁷Ibid., p. 29.

³⁸Ibid., p. 30.

³⁹SILVA Apud SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.35.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que embora os conceitos já fundamentados de dano moral tenham sido revistos com a Carta Constitucional de 1988, momento em que a pessoa humana se tornou o centro de todo o ordenamento jurídico, ainda foi possível apurar que os tribunais, em muitos casos têm deixado de reconhecer a indenização por dano moral, por meio da tese do mero aborrecimento, tratando como um aborrecimento comum a que todos estão sujeitos por viver em sociedade, se tornando mais uma naturalização do erro, ou seja, uma causa resultante das relações de consumo inerente a toda sociedade.

Por meio das observações que se desenvolveram no decorrer da pesquisa tornou-se evidente certa naturalização da lesão, o que significa o afastamento da dignidade da pessoa humana, princípio este, que tem como fundamento a garantia de uma vida digna, que se refere à validação das necessidades essenciais de cada indivíduo, sendo um valor intrínseco, fundamento do Estado Democrático de Direito. Contudo, a naturalização do dano moral é o mesmo que permitir a perpetuação da conduta lesiva na sociedade, sem qualquer perspectiva de correção dessa conduta. Quando o dano é naturalizado, automaticamente esquece-se o lesado, e por fim, resta a sociedade a própria sorte, inviabilizando a paz social.

Firmou-se a compreensão de que na prática a evolução da sociedade demanda a superação da tese do mero aborrecimento ou dissabor cotidiano, o que restou evidenciado devido às reiteradas decisões judiciais, que não buscam educar e atingir o cerne do problema. Essa evolução depende da reparação adequada por meio de indenizações mais severas, que realmente sirvam de corretivo pedagógico, permitindo que a parte em litígio, membro da sociedade, tenha reconhecida a sua lesão moral, para que saiba que não foi desconsiderada, tornada aceitável a sua mácula, provocando simultaneamente ao lesionador uma indispensável revisão de sua conduta, sob pena de ver seu patrimônio desvalorado, em razão de seus feitos, ou seja, permitindo que ocorra uma responsabilização efetiva e eficaz.

O entendimento a que se chegou foi de que, a indenização por dano moral possui caráter pedagógico e desestimulador de condutas nocivas, porque além de reparar a lesão, tem como objetivo punir quem reincide no ato ilícito, prejudicando, muitas vezes, uma diversidade de consumidores com a mesma prática abusiva. Embora a natureza desestimuladora seja cada vez menos valorizada, por configurar punição,

registra-se um importante alerta para uma observação necessária e atenta, quanto ao reconhecimento de situações que configurem potenciais causas de danos que possam alcançar um elevado número de pessoas, sendo evidentemente urgente a aplicação de indenizações com a função pedagógica de corrigir fornecedores de bens e serviços que pratiquem atos contrários à dignidade da pessoa humana.

Deve-se levar em conta, no que tange às conclusões deduzidas no presente trabalho, que o Poder Judiciário deve primar pelo estabelecimento do equilíbrio entre celeridade e justiça, para que seja alcançado seu objetivo máximo que é satisfazer o interesse social, propiciando uma justiça que alcance a todos que tenham sua dignidade atingida, compactuando para que suas decisões acabem por desestimular condutas lesivas, impedindo que o processo se resuma num mecanismo legitimador do enriquecimento ilícito de fornecedores de produtos e serviços.

Desse modo, o que se depreende da constatação de que a não observação do caráter pedagógico da indenização por dano moral, impede a correção das práticas abusivas do lesionador, corroborando para que mesmo que sejam demandados em juízo, não viabilize exemplarmente sua correção, restando evidente a preferência em repetir a conduta, revelando a contribuição para a ocorrência de inúmeras demandas em juízo. Do contrário, a aplicabilidade do dano moral com seu caráter pedagógico tem o condão de viabilizar e incentivar atitudes positivas do fornecedor de bens ou serviços, frente ao consumidor, primando pela proteção dos direitos da personalidade, os quais são personificados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Observou-se que o caráter punitivo do dano moral deve manifestar-se na situação econômica do lesionador, porque ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para práticas reiteradas de condutas lesivas, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, de acordo com sua condição financeira. Portanto, se o agente ofensor é uma empresa de grande porte, que pratica reiteradamente o mesmo tipo de conduta danosa, deve-se elevar o valor da indenização para que sejam tomadas providências no sentido de evitar a reiteração do fato. Contudo, o ofensor irá rever suas atitudes frente ao mercado.

Em consonância com todo o esmiuçado desta pesquisa é conclusivo o entendimento de que o Poder Judiciário exerce o papel fundamental de defesa da cidadania, de regulador das deformidades nas relações consumeristas e contribuinte para o aperfeiçoamento das relações na sociedade. Contudo, o aceite de indenizações por dano moral como fator educativo e vetor desestimulador de condutas nocivas, permitirá

que as decisões sejam pontuais, ensejando atitudes positivas dos fornecedores frente aos consumidores, propiciando uma melhoria na qualidade de bens e serviços prestados a população. O consumidor merece ser tratado com dignidade e justiça, de modo que, enquanto não houver a aplicabilidade do dano moral como função pedagógica a atos contrários à dignidade da pessoa humana, a realidade não será transformada e todos perdem com mais processos, lesões e distorções.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n° 36, p. 02, 2006.

BARRETO, Miguel. *Dano moral a consumidor não pode ser tratado como mero aborrecimento*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/miguel-barreto-dano-moral-consumidor-nao-mero-aborrecimento#:~:text=N%C3%A3o%20se%20pode%20olvidar%20que,com%20a%20mesma%20pr%C3%A1tica%20abusiva>> Acesso em: 10 abr. 2021.

BOLZAN DE ALMEIDA, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_08.09.2016/art_48_.asp>. Acesso em 31/08/2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso: 23 fev. 2021.

_____. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *CORTE ESPECIAL*, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRIZOLA, Cássio Pereira. *Dano moral nas relações de consumo: A função preventiva do dano moral no CDC*. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJ63668053375340669uridicas/dc13.pdf?d=>>. Acesso em 31 ago. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REZENDE, Lucas Levi Correia. *Indenização punitiva: uma análise acerca do "punitive damages" e sua aplicabilidade no direito brasileiro*. disponível em: <<https://lucaslcrezende.jusbrasil.com.br/artigos/112312440/indenizacao-punitiva-uma-analise-acerca-do-punitive-damages-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 26 fev. 2021.