

A TRÍPLICE FUNÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ÁREA CONSUMERISTA

Alissandra Ramos da Silva¹

Patrícia Maria Godoi Najjar²

RESUMO: O presente artigo científico tem como finalidade demonstrar a dificuldade de quantificação das indenizações, valendo-se de julgados do Superior Tribunal de Justiça, assim como a tríplice função do dano extrapatrimonial e a importância da sua aplicação na área consumerista. Por causa dessa dificuldade de aferição, muitas pessoas foram e são prejudicadas, sofrendo danos relacionados aos seus direitos de personalidade, sem sequer receber uma compensação ou uma forma de minimizar e reparar o fato ocorrido. Enquanto isso, as pessoas que causaram esses danos permanecem ilesas, proliferando cada vez mais a violação do direito da personalidade. No decorrer do presente trabalho serão apresentados os três fatores essenciais para a aplicação correta do dano extrapatrimonial e a melhor maneira para que o mesmo seja quantificado, sendo que, para tanto, foram utilizados os métodos dialético e comparativo, e o tipo de pesquisa não empírica, mais precisamente a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: Dano extrapatrimonial. Tríplice função. Quantificação.

ABSTRACT: Abstract: The finality of this scientific article is to demonstrate the indemnities quantification difficulty, using processed cases from the Superior Court of Justice, as well as the triple function of off-balance sheet damage and its application importance in the consumer area. Due to this gauging difficulty, many people have been and are being harmed, suffering damages related to their personality rights, without even receiving a compensation or a way to minimize and repair the event. Meanwhile, people who have caused this damages remain unscathed, proliferating continuously the personality right violation. In the course of this work, three essential factors will be presented for the correct application of the off-balance sheet damage and the best way to it be quantified. For that, we used the dialectical and the comparative methods, and the non-empirical type of research, more precisely the bibliographic research. dialectical and comparative methods, and the type of non-empirical research , but precisely the bibliographical one.

KEYWORDS: Off-balance sheet damage. Triple Function. Quantification.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CONCEITO DO DANO E A RESPONSABILIDADE CIVIL; 2. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS; 3. MERO ABORRECIMENTO X DANO MORAL; 4. TRÍPLICE FUNÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL; 5. ÍNDICE DAS AÇÕES RELATIVAS À DIREITO DO CONSUMIDOR; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

¹ Graduanda em Direito, da Universidade Católica do Salvador.

² Advogada e Professora da disciplina Direito do Consumidor, da Universidade Católica do Salvador, Mestra em Direito Difuso (PUC/SP) e Especialista em Direito Médico-hospitalar (UCSAL). Orientadora da Pesquisa.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora exposto, tratará da análise e importância da tríplice função do dano extrapatrimonial, abordando assim, o seu caráter punitivo, compensatório e preventivo. O dano extrapatrimonial tem três funções básicas e extremamente fundamentais: punir o agente causador do dano, compensar o agente que sofreu o dano em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima, e, por último, e com suma importância, prevenir novas práticas do mesmo tipo de evento danoso, principalmente em relação ao lesante perante a sociedade em geral.

Dessa maneira, pode-se perceber que o tema que será abordado tem uma grande relevância no ordenamento jurídico pátrio brasileiro, levando em consideração a diversidade e quantificação de empresas prestadoras de serviços na sociedade. Sendo assim, precisando que o dano extrapatrimonial seja efetivado de forma eficaz na área consumerista com a sua tríplice função.

Na tentativa de fazer uma análise na temática apresentada, o presente trabalho se fará instrumento de investigação. O estudo visa abordar os efeitos jurídicos que implicam na aferição e quantificação dos danos extrapatrimoniais, e para atingir tal objetivo se faz necessário direcionar a abordagem se baseando no material teórico levantado.

Por se tratar de um tema consideravelmente polemizado, possuindo diversas opiniões e posições diferentes, foi utilizado como fonte de pesquisa: artigos elaborados por doutrinadores do nosso país. Assim como, as recentes decisões dos Tribunais que aborde o assunto em seu mérito.

A primeira etapa desse artigo é, antes de tudo, expor e explicar em que consiste o objeto de pesquisa, trazer o conceito dos danos extrapatrimoniais no nosso ordenamento jurídico pátrio; Em segundo lugar, analisar o contexto histórico e a evolução do dano extrapatrimonial, apresentando também os direitos e deveres intrínsecos nas relações de consumo; E, por último, expor o valor da tríplice função do dano extrapatrimonial (compensar, punir e prevenir) nas relações de consumo.

Eis que surge a motivação social: inserir no ordenamento jurídico brasileiro o caráter punitivo, pedagógico e preventivo do dano moral tendo em vista que o mesmo é muito pouco aplicado pelos magistrados, deixando assim os consumidores desprotegidos e proliferando as más prestações de serviços.

1. CONCEITO DO DANO E A RESPONSABILIDADE CIVIL:

Antigamente, em 1916 o Código Civil só alcançava a reparação de lesões que atingissem bens patrimoniais, ou seja, bens passíveis de aferição econômica. Baseado nessa linha de pensamento a reparação continha apenas uma mera tarefa de restituição integral do patrimônio do lesado, após ser avaliado o tamanho do prejuízo. Com o passar do tempo pode-se perceber que o referido conceito eminentemente patrimonial de dano era totalmente precário e insuficiente, uma vez que, é extremamente extensa a complexidade das relações no campo da responsabilidade civil, ficando os danos extrapatrimoniais fora da tutela reparatória.

Com o passar do tempo se fez necessário à ampliação do conceito de dano, permitindo assim a tutela e proteção do direito em todas as modalidades de prejuízo que uma pessoa natural ou jurídica, possa sofrer. Evento o qual só fora possível em 1988 com a promulgação da Constituição Federal brasileira, que trouxe em seu texto a possibilidade de reparação do dano moral.³

Assim como, o Código Civil de 2002, em seu artigo 927⁴ concominado com os artigos 186 e 187, positivou o cabimento do dano moral, no que tange à reparação decorrente de sua violação, superando a natureza patrimonial do sistema brasileiro.

Yussef Cahali garante que o instituto do dano extrapatrimonial atingiu a sua maturidade e afirmação sobre a sua relevância, esmaecendo de vez a relutância daqueles juízes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro⁵.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (BRASIL, Constituição Federal, 1998).

⁴ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, Código Civil, 2002).

⁵ CAHILI, Yussef Said. Dano Moral – 3. Ed.rev., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005 p.19

Para o grande doutrinador Orlando Gomes é preciso distinguir a lesão ao direito personalíssimo que pode repercutir no patrimônio e aquele que não repercute: “Ocorrem as duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.”⁶

No que se refere ao conceito de dano o mesmo possui a principal função e obrigação de reparar. Dessa maneira, uma vez ocorrendo o evento danoso, o agente lesante deverá ser responsabilizado e conseqüentemente restituirá a pessoa que sofreu os referidos danos. Sergio Cavaliere Filho traz a seguinte definição de dano:

[...] Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. [...]⁷

Constata-se que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro existem dois tipos de danos: O Dano patrimonial, que é aquele que será avaliado pecuniariamente por critérios objetivos, podendo ser classificado como lucro cessante (aquele que representa a frustração de um ganho) ou dano emergente (aquele que reflete na diminuição efetiva do patrimônio do agente lesado)⁸.

E o Dano extrapatrimonial o qual atinge a esfera além do patrimônio, e que se classificam em Dano estético o qual se encontra ligado as deformidades físicas causadas pelo o agente lesante e o Dano à honra que é quando o valor moral e social da pessoa se encontra violado.⁹

⁶ CAHILI, 2005 p.21

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010 p.73.

⁸ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

⁹ CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil**. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil]. Acesso em 06/06/2018.

Assim sendo, pode-se evidenciar que o dano extrapatrimonial, será evidenciado quando houver prejuízo sofrido pelo agente, vindo este a atingir além da esfera de interesses patrimoniais, os de esfera extrapatrimoniais.

A Responsabilidade Civil possui um padrão de descobertas e que se refina ao logo dos anos, sendo ele a obrigação de reparar os danos infringidos por culpa. Podendo essa culpa ser consequência dos seus atos, contudo, poderá ser também responsável pelos atos de terceiros, uma vez que, estes foram postos perante os seus cuidados.¹⁰

Existe no nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, que é aquela instituída na culpa, sendo derivada da imprudência, negligência, imperícia, ou dolo e a responsabilidade civil objetiva, que é aquela que independe da prova da culpa, sendo aceita com a prova do dano e do nexo de causalidade.¹¹

Considerando-se que para o consumidor é extremamente difícil e complicado a demonstração da referida circunstância de culpa, sendo o mesmo a parte vulnerável nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade Objetiva, deixando isso totalmente evidente no seu art. 12, o qual afirma que a reparação dos danos causados ao consumidor deverá ser efetuada independente da existência de culpa.¹²

A responsabilidade de reparar será decorrente da privação de um bem jurídico o qual o agente lesado teria um referido interesse reconhecido juridicamente. Sendo assim, a pessoa lesada, poderá sim reclamar uma devida reparação pecuniária em razão de dano extrapatrimonial, muito embora não se tenham um valor concreto pela dor que sentiu ou ainda sente, mas poderá de certa maneira reparar a lesão jurídica sofrida.¹³

A lei estipula ainda, no caput do art. 18 do CDC¹⁴ de forma expressa a responsabilidade solidária, a qual fora firmada uma obrigação por todos os

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. – 3.ed.rev e atual – Salvador – Ed. JusPodivim, 2016. p.34.

¹¹ OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso Direito do Consumidor completo** – 01ª Ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2014. p.141/142.

¹² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 11.ed- São Paulo: Atlas, 2012. p. 199.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. Volume 7, 31 ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 157

¹⁴ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem

integrantes na reparação dos danos causados, sendo assim, o consumidor poderá escolher a quem acionar, e simultaneamente todos responderão pelos atos ilícitos causados.¹⁵

O Direito do Consumidor afastou a classificação tradicional entre responsabilidade extracontratual e contratual, dando assim espaço e vertente à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. Esse novo critério nasce do interesse jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, visando à proteção da segurança do consumidor, sendo assim, responderá pelo fato do produto ou do serviço, aquele que não oferecer e resguardar a segurança necessária e esperada, a qual pela ausência causará danos ao consumidor.¹⁶

No que tange as excludentes de responsabilidade civil pelo fato do produto as mesmas estão resguardadas e protegidas no art. 12, § 3º do CDC, que diz que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto no mercado, ou que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito é inexistente e quando a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro. E as excludentes pelo fato do serviço se encontram disciplinadas no art. 14, § 3º do CDC, que diz que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹⁷.

[...] Se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexo causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que a impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado [...]¹⁸.

publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”; (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1991).

¹⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. Ed. – São Paulo; Saraiva Educação, 2018. p. 200.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 566.

¹⁷ Ibidem. p. 601.

¹⁸ CAVILIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil – 12ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 95.

2. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS:

No que concerne aos danos extrapatrimoniais, são aqueles que atingem a esfera afetiva e psicológica de um determinado indivíduo, podendo violar um direito da personalidade ou simplesmente perturbar seu estado de ânimo. Atualmente o direito se posiciona em reparar qualquer lesão sofrida, independentemente da modalidade de dano ocorrido. No entanto, a referida reparação de danos extrapatrimoniais é polêmica e continua enfrentando divergências nas jurisprudências dos Tribunais.¹⁹

Para Cláudia Lima Marques o consumidor é aquele indivíduo não profissional, o qual retira o produto e/ou serviço da cadeia de fornecimento em posição estruturalmente mais fraca, sendo assim o agente mais vulnerável do mercado de consumo e por consequência sendo o destinatário final fático e econômico que precisa ser protegido.²⁰

Para o CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, podendo equiparar-se a consumidor também todas as vítimas do evento e todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.²¹

Não se pode deixar de mencionar que os direitos dos consumidores estão resguardados e protegidos perante o Código de Defesa do Consumidor, principalmente no seu art. 6º, o qual assegura acesso dos consumidores aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção e/ou reparação dos danos morais e patrimoniais, podendo ser ainda, individuais, coletivos ou difusos.²²

¹⁹ FAVARETTO, Cícero. **A tríplice função do dano moral**. Disponível em: [https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral] Acesso em 16/10/2017.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime de relações contratuais*. – 8 ed. rev. Atual. e ampla. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

²¹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.; Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”; (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1991).

²² BRASIL. Lei n.8.078- 1990. Código de defesa do consumidor. São Paulo: Enciclopédia Britânica do Brasil, 1991.

Em síntese, os direitos básicos do consumidor são aqueles interesses mínimos, podendo ser instrumentais ou materiais, mas que tem total relação aos direitos fundamentais universalmente consagrados que, diante de sua relevância econômica e social, quis o legislador, através do CDC, vê-los expressamente tutelados. Para Cavalieri Filho o art. 6º é a coluna dorsal do CDC, contudo, as fontes do direito do consumidor são diversas, múltiplas e variadas, e não se esgotariam apenas no artigo supracitado.²³

A questão da existência do dano extrapatrimonial e/ou a existência de meros aborrecimentos são analisadas de forma particular, sendo possível que no mesmo caso seja proferida indenização de danos extrapatrimoniais por um julgador e não seja por outro, a questão é demasiadamente complexa, pois apesar de existirem os requisitos do surgimento da responsabilidade civil, não existem requisitos certos para se auferir a existência do dano e até mesmo parâmetros para delimitar o seu quantum indenizatório.²⁴

Contudo, existem ainda no ordenamento jurídico brasileiro pensamentos que põem em prática os direitos dos consumidores. Inclusive uma tese que vem sendo introduzida e aplicada por alguns Juízes, à tese em questão chama-se: “Desvio Produtivo do consumidor”, que começou a ser elaborada em 2007, pelo advogado Marcos Dessaune, e fora publicada em 2011 pela editora Revista dos Tribunais.

Para o autor fica caracterizado o desvio produtivo quando o consumidor, diante de uma situação de má prestação de serviço, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas obrigações e afazeres (independente de qual seja a atividade que poderia estar sendo realizada) para tentar resolver um problema o qual não fora criado por ele, e sim pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado e de natureza irrecuperável.²⁵

Em Janeiro de 2014 a 27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou procedente um recurso de Apelação, o qual obrigou uma rede de lojas a indenizar em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) uma consumidora por conta de um defeito em um aparelho celular. A mesma adquiriu o aparelho supracitado e com

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. – 4.ed.- São Paulo : Atlas, 2014 p. 97 e 99.

²⁴ BOSCHOSKI, Juliana. **O descumprimento contratual e a indenização por danos morais**. Disponível em: <https://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/220514354/o-descumprimento-contratual-e-a-indenizacao-por-danos-morais> Acesso em: 20/08/2017.

²⁵ DESSAUNE, Marcos, Desvio produtivo do consumidor. O prejuízo do tempo desperdiçado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

apenas dois dias após a compra o mesmo começou a apresentar defeitos. Nesse sentido, tal decisão foi proferida com base no julgado do TJ-RJ - APL: 22163846920118190021 RJ 2216384-69.2011.8.19.0021, Relator: DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 12/03/2014, VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 18/03/2014 00:00.²⁶

Não obstante, pode-se perceber claramente a diferença entre julgamentos no ordenamento jurídico brasileiro. Faz por bem mencionar o Recurso Especial nº 1705314 RS 2017/0122918-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/02/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2018, que disciplina a inexistência de dano moral para aqueles consumidores que de alguma forma permaneçam sem energia elétrica pelo prazo de 05 (cinco) dias.

O supramencionado processo trata-se de um consumidor de área rural, que ficou sem o fornecimento da energia elétrica durante cinco dias em Dezembro de 2012, por consequência de uma tempestade. Em primeira instância, o processo foi julgado improcedente, o qual fora apelado, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu parcial provimento à apelação para condenar a empresa a pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), referente à indenização de dano extrapatrimonial.

Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através do acórdão, a interrupção da energia por longo período não se configurada em caso fortuito, o qual seria capaz de afastar a responsabilidade da concessionária. Tendo em vista que, o fato trata de acontecimentos corriqueiros e previsíveis por consequência das mudanças climáticas, além do mais, houve demora em restabelecer a energia. Sendo assim, eles acreditam que cabe à empresa a adoção de medidas de adequação da rede elétrica para tais eventos, prevenindo assim novos acontecimentos.²⁷

Já o Superior Tribunal de Justiça seguiu o voto da ministra Nancy Andrichi a qual defende o posicionamento de que: “Dissabores, desconfortos e frustrações de

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Federal (27ª Câmara). Agravo Interno na Apelação Cível nº 2216384-69.2011.8.19.0021. Agravante: Ricardo Eletro Divinópolis Ltda. Agravada 1: Teresa Ramos de Santana. Agravada 2: ZTE Do Brasil Comercio Serviços e Participações Ltda. Relator: Des. Fernando Antonio de Almeida. Rio de Janeiro, 12 de março de 2014. Acesso em: 22/03/2018.

²⁷ RECURSO ESPECIAL: RESp 1.705.314 - RS 2017/0122918-2. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ: 02/03/2018 Acesso em: 22/03/2018.

expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, com renovadas ansiedades e desejos, e por isso não se mostra viável aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária de um indivíduo configure dano moral”.²⁸

A energia elétrica é um bem essencial na vida de uma família, e não se deve permitir que as empresas que possuem lucros onerosos continuem por aí proliferando a sua má prestação de serviço, e sempre com a certeza que se gasta bem menos em ações tramitando no poder judiciário, do que implantando um sistema de aperfeiçoamento para servir com qualidade e maestria.

[...] A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar pérfua a não satisfação dos seus membros (e assim, em seus próprios termos a infelicidade deles). O método explícito de atingir tal efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo do desejo dos consumidores[...] ²⁹.

3. MERO ABORRECIMENTO X DANO MORAL:

A utilização da expressão “*mero aborrecimento ou dissabor cotidiano*” é constantemente e de maneira cansativa repetida em sentenças, acórdãos, decisões pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, afastando assim a reparação civil por danos extrapatrimoniais com fundamentos na expressão supramencionada. É importante ressaltar que a interpretação predita enobrece o descaso com os consumidores, e conseqüentemente encorajando as atitudes destemidas dos maus fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo.³⁰

A proliferação destemidas dos maus fornecedores são conseqüências de decisões como a do REsp 1679431 SP 2015/0260619-9 que tem como relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, a qual sustenta que o atraso na entrega de imóvel

²⁸ GALLI, Marcelo. **Ficar cinco dias sem energia não causa dano moral**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-04/ficar-cinco-dias-seguidos-energia-nao-causa-dano-moral-stj>.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Menezes. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. P.64.

³⁰ BOU-KARIM, Márcia Fabiana Lemes Póvoa e CORDEIRO, Uberth Domingos. **Mero Aborrecimento x Dano Moral**. Disponível em <https://nayrontoledo.com.br/2013/04/09/mero-aborrecimento-x-dano-moral/> Acesso em 15/05/2018.

pouco superior a um ano, não enseja por si só o pagamento de dano moral, define-se quase sempre essas ações como mero aborrecimento do dia a dia.³¹

O Recurso Especial exposto trata-se do atraso na entrega de um imóvel, que deveria ter sido entregue em outubro de 2010, contudo, as chaves do apartamento só foram recebidas efetivamente pelo casal comprador em fevereiro de 2014. A comarca de Belo Horizonte (1º grau), condenou a construtora a pagar R\$ 10 mil reais a cada um pelo atraso injustificado na entrega, porém, a 3ª turma do STJ afastou indenização por danos morais que havia sido proferida. Para a Ministra Nancy não há o que se falar em dano moral indenizável, tendo em vista que não fora invocado *nenhum fato extraordinário que tenha ofendido a personalidade dos recorridos*.³²

Existem doutrinadores que afirmam a existência da chamada “indústria do dano moral”, e como base nisso, há julgadores que vem dando soluções negativas para esses casos, e julgando, em sua maioria, como mero dissabor do dia a dia, acreditando que alcançará a diminuição e as extinções desses tipos de processos. Infelizmente, os mesmos só estão conseguindo uma jurisprudência majoritária e pacífica totalmente desfavorável para a preservação e proteção dos direitos dos consumidores.

[...] É certo que em muitos casos a vítima propõe ação sem base fática ou jurídica. Também é certo que os valores pleiteados, muitas vezes sob os auspícios da justiça gratuita, são muito elevados em comparação com o dano sofrido. Todavia, esses casos não são a regra e cada dia mais os pedidos têm sido feitos em valores compatíveis com os fixados pela jurisprudência. Assim, não existe a “indústria dos danos morais”, e sim, alguns pedidos que discrepam do bom-senso e da proporcionalidade que deve existir entre o dano e o valor da indenização correspondente [...] (ANDRADE, Ronaldo Alves.)³³

³¹ RECURSO ESPECIAL: RESp 1679431 SP 2015/0260619-9. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi DJ: 21/09/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501602938/recurso-especial-resp-1679431-sp-2015-0260619-9> Acesso em 15/05/2018.

³² HOMEM, Vanessa de Menezes. **Atraso na entrega de imóvel não gera dano moral sem prova de fato extraordinário**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI257050,91041Atraso+na+entrega+de+imovel+nao+gera+dano+moral+sem+prova+de+fato> . Acesso em 15/05/2018.

³³ SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral: um estudo sobre seus elementos**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819. Acesso em 17/05/2018

4. TRÍPLICE FUNÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL:

Após os conceitos disciplinados no presente artigo, chega-se ao instituto do dano extrapatrimonial, que possui três funções básicas: compensar alguém em razão da lesão e/ou dano sofrido, punir o agente causador do dano e a prevenção de que essa prática danosa não venha a se repetir. Em síntese, as funções do dano extrapatrimonial podem ser representadas por três verbos: compensar, punir e prevenir.³⁴

[...] O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. [...]³⁵

A função compensatória é extremamente clássica e dominante no campo da responsabilidade civil, o qual é destinatária das razões jurídicas pelas quais o agente será responsabilizado por um dano, que será qualificado no caso concreto como um dano injusto, podendo ser concretizado através do juízo de responsabilidade através da ruptura das regras de coexistência. Percebe-se então, que a referida tutela existe para reparar as más consequências e efeitos dos atos ilícitos, contudo, não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica que fora violada.³⁶

A preocupação deverá sempre ser única e exclusivamente com a vítima, cujo dano se busca minimizar, independente de alguns doutrinadores acreditarem em enriquecimento ilícito, deverá também ser importante à intensidade da culpa do ofensor e principalmente a sua fortuna. A partir daí será estabelecida a responsabilidade e o valor da indenização, que será medido somente pela extensão do dano ou prejuízo.

³⁴ FAVARETTO, Cícero. **A tríplice função do dano moral**. Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral> . Acesso em 16/10/2017.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** – 10ª edição - Editora: Editora Atlas. Edição: 8. Ano: 2008 pg.13.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. – 3.ed.rev e atual – Salvador – Ed. JusPodivim, 2016. p.63

No que se refere à função punitiva a mesma deverá recair sobre o sujeito que a tenha culposamente provocado, transferindo-se ao patrimônio do ofensor a perda do ofendido. A tutela de punição deverá ser baseada nos seguintes fatores: “responsabilidade, a par de outros de natureza objetiva, como garantia, a equidade, o abuso do direito e, sobremaneira, o risco. Não se volta o olhar do civilista para a punição do ofensor, mas para a tutela da vítima do dano injusto. ”³⁷

Um aspecto bastante relevante o qual deverá ser observado na hora de aplicação da punição é a capacidade econômica do responsável pelo dano. Uma vez que, quanto mais poderoso economicamente a referida empresa for, mais se justificará a elevação da quantia pecuniária a ser fixada, para que o ofensor possa sentir os verdadeiros efeitos da indenização que terá que pagar³⁸.

De acordo com Cícero Favoretto, as seguintes ponderações podem servir de auxílio na fixação do *quantum* devido: deve-se analisar qual foi o lucro da empresa com o ato ilícito, quantos consumidores foram potencialmente lesados, se a empresa tomou atitudes preventivas após o ocorrido, se o dano foi reparado espontaneamente, e principalmente se o procedimento que deu origem à lesão foi alterado para evitar outros prejuízos e danos a novos consumidores. Com base nas respostas desses questionamentos, o magistrado poderá avaliar qual o valor necessário para punir e dissuadir a empresa lesante. Se a indenização for fixada em valor muito baixo diante do benefício obtido pela empresa com a venda do produto ou prestação do serviço defeituoso, certamente haverá repetição do evento danoso³⁹.

Rizzato Nunes defende que é preciso analisar e respeitar os princípios constitucionais, os quais garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, sendo eles o respeito à vida, a integridade física e mental, imagem e honra e a partir daí fixar alguns parâmetros para a fixação da indenização dos danos morais quais sejam: “a natureza específica da ofensa sofrida; a intensidade real, concreta efetiva do sofrimento do consumidor ofendido; a existência de dolo – má fé – por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; a situação econômica do consumidor; a prática anterior do ofensor relativa ao

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. p.68.

³⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. Ed. – São Paulo; Saraiva Educação, 2018. p.384.

³⁹ FAVARETTO, Cícero. **A tríplice função do dano moral**. Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-mora> | Acesso em 16/10/2017.

mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; necessidade de punição⁴⁰.

Em relação à função preventiva a mesma deverá ter a precaução em produzir efeitos inibitórios, onde através das sanções serão desestimuladas o exercício das atividades potencialmente danosas. Sendo assim, as empresas deverão tomar providências para não serem submetidas àquilo que não deveria ser surpresa, principalmente porque algumas simplesmente disfarçam a referida surpresa, pois, caso contrário o preço daquilo que era esperado chegará.⁴¹

A função preventiva terá sempre um duplo objetivo: prevenir que outra pessoa pratique o ato ilícito semelhante e afastar a possibilidade do responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação. Um afetará o agente lesante, ao passo que o outro refletirá na sociedade em geral, que através da reação da justiça frente à agressão do direito das personalidades se sentira advertido. Por consequência desses efeitos será aplicada a função pedagógica e educativa.⁴²

[...] Se o evento danoso for daqueles que na relação com o produto /ou serviço pelo responsável tiver boas chances de voltar a ocorrer, isso deve ser motivo para o aumento do valor da indenização. Daí importa saber se aquele mesmo produto ou serviço continuam sendo oferecidos e se, em o sendo, o são nas mesmas condições que levaram ao evento danoso, qual a quantidade efetiva da oferta e etc. [...]⁴³

Presume-se então que a indenização visa à reparação dos danos extrapatrimoniais, decorrentes da ofensa à honra, e que deverá oferecer uma compensação ao lesado para atenuação das suas angústias, sofrimentos,

⁴⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. Ed. – São Paulo; Saraiva Educação, 2018. p.377.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. – 3.ed.rev e atual – Salvador – Ed. JusPodivim, 2016. p. 74.

⁴² FAVARETTO, Cícero. **A tríplice função do dano moral**. Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-mora> | . Acesso em 17/05/2018.

⁴³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. Ed. – São Paulo; Saraiva Educação, 2018. p.386

constrangimentos, situações vexatórias, e no que tange ao lesante, tem o objetivo de aplicar-lhe uma sanção, prevenindo prática de novos atos lesivos.⁴⁴

5. ÍNDICE DAS AÇÕES RELATIVAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR:

Segundo estudo realizado pelo Departamento de Pesquisas judiciárias (DPJ/CNJ) constatou-se que o número de ações relativas a direito do consumidor corresponderam a 13% dos assuntos de processos submetidos aos tribunais. E os principais segmentos acionados na Justiça foram os bancos, as prestadoras de planos de saúde e as empresas de telefonia, com 18% e 8% do total de ações, respectivamente.⁴⁵



A responsabilidade do fornecedor compôs 65% dos assuntos dos processos, por consequência, foi o problema que mais originou as queixas levadas à Justiça. A indenização por dano moral foi exigida como providência nessas causas, tendo sido o objeto de 67% das demandas. Vale ressaltar que a maior parte das demandas

⁴⁴ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003 pg 109.

⁴⁵ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cresce na Justiça número de queixas contra serviços bancários**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84718-cresce-a-judicializacao-de-queixas-de-servicos-bancarios>. Acesso em 21/05/2018.

consumeristas foi apresentada em juizados especiais, sendo 29% dos casos, já na justiça comum foi acionada em apenas 5% dos processos.⁴⁶

Dessarte, nota-se a necessidade da estipulação de uma medida judicial (condenação dos danos morais), para equilibrar a relação de consumo, e principalmente reparar, ainda que parcialmente, os prejuízos suportados pelo consumidor. A condenação do dano extrapatrimonial deverá ser majorada de tal forma que seja capaz de inibir a prática de novos atos abusivos pelos agentes lesantes.⁴⁷

CONCLUSÃO

A tríplice função do dano extrapatrimonial deve ser aplicada cada vez mais na área consumerista, pois a partir do momento em que a mesma for utilizada e aplicada da maneira correta, os consumidores, que são a parte mais vulnerável na relação de consumo, não sofrerão tantos prejuízos.

Deverá ser respeitado o conjunto da tríplice função, aplicando assim os três itens, com total maestria e visando a proteção e benefício aos consumidores em primeiro plano. O agente lesante deve ser punido, contudo, deverá ser fixada de maneira proporcional em relação a cada tipo de empresa, e conseqüentemente não prejudicando o prosseguimento da atividade comercial.

A partir das devidas punições severas as empresas irão se conscientizar, aumentando assim a qualidade nas prestações de serviços e diminuindo os prejuízos aos consumidores, e por consequência minimizando as demandas judiciais. Diante do que foi o exposto, o poder judiciário estará cumprindo o caráter pedagógico.

O caráter pedagógico é o mais importante dos três, tendo em vista que, se o mesmo for aplicado corretamente, as empresas não cometerão os mesmos ilícitos.

⁴⁶ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cresce na Justiça número de queixas contra serviços bancários**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84718-cresce-a-judicializacao-de-queixas-de-servicos-bancarios>. Acesso em 21/05/2018.

⁴⁷ SILVA, Thiago. **O dano moral e o crescimento de demandas judiciais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56640/o-dano-moral-e-o-crescimento-de-demandas-judiciais>. Acesso em: 21/05/2018.

Contudo, se o valor indenizatório for fixado em um valor muito abaixo diante do lucro obtido pela empresa, à consequência indireta é que elas voltem a cometer o ato danoso, uma vez que, o lucro permanecerá em um valor aceitável, sendo mais vantajoso arcar com as despesas judiciais do que com o aperfeiçoamento na qualidade do produto ou prestação de serviço.

Não obstante, o magistrado jamais poderá deixar de compensar o consumidor pelo dano sofrido, compensando sempre com base no lucro da empresa, e não o punindo pensando somente no fator de enriquecimento ilícito inexistente. Fechando assim o ciclo, pois as três funções estão totalmente interligadas.

Sendo assim, não há que se falar em indústria do dano moral, e sim em indústria de maus fornecedores de empresas de prestações de serviços, que a cada dia mais subestimam o consumidor, que é parte mais hipossuficiente na relação de consumo, e tudo isso aplaudido pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS:

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Menezes. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Federal (27ª Câmara). Agravo Interno na Apelação Cível nº 2216384-69.2011.8.19.0021. Agravante: Ricardo Eletro Divinópolis Ltda. Agravada 1: Teresa Ramos de Santana. Agravada 2: ZTE Do Brasil Comercio Serviços e Participações Ltda. Relator: Des. Fernando Antonio de Almeida. Rio de Janeiro, 12 de março de 2014. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 22/03/2018.

BRASIL. Lei n.8.078- 1990. **Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Enciclopédia Britânica do Brasil, 1991.

BOSCHOSKI, Juliana. **O descumprimento contratual e a indenização por danos morais**. Disponível em: <<https://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/220514354/o-descumprimento-contratual-e-a-indenizacao-por-danos-morais>>. Acesso em: 20/08/2017.

BOU-KARIM, Márcia Fabiana Lemes Póvoa e CORDEIRO, Uberth Domingos. **Mero Aborrecimento x Dano Moral**. Disponível em <<https://nayrontoledo.com.br/2013/04/09/mero-aborrecimento-x-dano-moral/>>. Acesso em 15/05/2018.

CAHILI, Yussef Said. **Dano Moral** – 3. Ed.rev., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. – 4.ed.- São Paulo : Atlas, 2014 pg 97 e 99.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** – 10ª edição - Editora: Editora Atlas. Edição: 8. Ano: **2008**.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** – 12ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil**. Disponível em: [<https://jus.com.br/>]. Acesso em 06/06/2018.

DESSAUNE, Marcos, **Desvio produtivo do consumidor**. O prejuízo do tempo desperdiçado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. Volume 7, 31 ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 11.ed- São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. – 3.ed.rev e atual – Salvador – Ed. JusPodivim, 2016.

FAVARETTO, Cícero. **A tríplice função do dano moral**. Disponível em: [https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral] Acesso em 16/10/2017.

FAVARETTO, Cícero. **A reparação dos danos morais na relação de consumo**. Disponível em: [https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/114233257/a-reparacao-dos-danos-morais-nas-relacoes-de-consumo]. Acesso em: 30/09/2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12. Ed. ver. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

HOMEM, Vanessa de Menezes. **Atraso na entrega de imóvel não gera dano moral sem prova de fato extraordinário**. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI257050,91041Atraso+na+entrega+de+imovel+nao+gera+dano+moral+sem+prova+de+fato]. Acesso em 15/05.108.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime de relações contratuais**. – 8 ed. rev. Atual. e ampla. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cresce na Justiça número de queixas contra serviços bancários**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84718-cresce-a-judicializacao-de-queixas-de-servicos-bancarios>. Acesso em 21/05/2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. Ed. – São Paulo; Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso Direito do Consumidor completo** – 01ª Ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2014.

RECURSO ESPECIAL: RESp 1.705.314 - RS 2017/0122918-2. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 02/03/2018. Disponível em: [<https://www.jusbrasil.com.br/>]. Acesso em: 22/03/2018.

RECURSO ESPECIAL: RESp 1679431 SP 2015/0260619-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi DJ: 21/09/2017. Disponível em:[<https://stj.jusbrasil.com.br/>] Acesso em 15/05/2018.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral: um estudo sobre seus elementos.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819> . Acesso em 17/05/2018.

SILVA, Thiago. **O dano moral e o crescimento de demandas judiciais.** Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/56640/o-dano-moral-e-o-crescimento-de-demandas-judiciais>]. Acesso em: 21/05/2018.