

Tensões e Desafios na Relação de Consumo na Sociedade Contemporânea: Uma Análise da Responsabilidade Civil, Dano Eficiente e a Evolução do Dano Moral no Contexto

Jurídico Brasileiro

Marcos Alberto Carvalho de Freitas¹

Matheus Martins Alves Pereira²

RESUMO: Este artigo aborda a relação de consumo na sociedade contemporânea, onde os consumidores adquirem produtos e serviços de fornecedores. Ele examina o dano eficiente à relação de consumo, destacando elementos-chave como contratos abusivos, responsabilidade civil e a evolução do dano moral no contexto jurídico brasileiro. A análise inclui a teoria do Dano Eficiente e do Dano Ineficiente em ações contra prestadores de serviços e fornecedores, com ênfase na perspectiva da Análise Econômica do Direito. São discutidos desafios na quantificação de danos morais, a falta de critérios claros de reparação e complexidades na determinação de valores de indenização. O artigo enfatiza a importância de equilibrar o direito do consumidor com a eficiência empresarial, respeitando a ética e os direitos das partes envolvidas.

Palavras-chave: Relação de Consumo. Responsabilidade Civil. Dano Moral, Dano Eficiente, Dano Ineficiente, Análise Econômica do Direito, Proteção do Consumidor, Eficiência Econômica, Poder Judiciário.

¹ Marcos Alberto Carvalho de Freitas, Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor nos cursos de Direito e Administração da Universidade do Vale do Itajaí. Atua no Escritório Modelo de Advocacia – EMA. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior SINAES/INEP/MEC. Advogado.

² Matheus Martins Alves Pereira, Mestre em Direito na linha de Acesso à Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA/RJ com ênfase em Responsabilidade Civil e Direito Comparado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal Fluminense – UFF, Certificado em Direito Societário e Mercado de Capitais, Princípios de Direito do Trabalho e Direito Empresarial do Trabalho pela FGV/RJ, Graduado em Direito pela UNESA/RJ, Professor na FGV/RJ e Advogado.

A relação de consumo é uma parte intrínseca da vida moderna, moldando a forma como os indivíduos interagem com produtos e serviços em uma sociedade cada vez mais globalizada para Bauman (2012, p. 16) “é a transformação dos consumidores em mercadorias.” É estabelecida quando um consumidor adquire produtos ou serviços de um fornecedor, seja uma empresa ou um indivíduo, e envolve uma série de direitos e responsabilidades que são regidos por leis e regulamentações específicas em muitos países. Neste texto, serão abordados a natureza da relação de consumo, seus elementos-chave e sua importância na sociedade contemporânea, pautada nas normas do na Lei nº 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Natureza da Relação de Consumo

A relação de consumo é uma interação econômica e social na qual um indivíduo ou organização (o consumidor) busca satisfazer suas necessidades ou desejos adquirindo bens ou serviços de um vendedor, fornecedor ou prestador de serviços. Ela abrange até a contratação de serviços profissionais, como assistência médica ou consultoria jurídica.

Aponta Hobsbawm, (1995, p. 257) “que o rápido crescimento da economia capitalista resultou na introdução no mercado global de uma ampla variedade de produtos e serviços, transformando até mesmo itens outros tidos como específicos em produtos de uso cotidiano”.

Para tanto, é necessário estabelecer os elementos-chave da relação de consumo para uma melhor compreensão do direito do consumidor.

Elementos-Chave na Relação de Consumo

Consumidor: O consumidor é a parte que adquire produtos ou serviços. Pode ser uma pessoa física ou jurídica, dependendo da natureza da transação. Os consumidores têm direitos que visam proteger as práticas injustas ou enganosas por parte dos fornecedores. Entre esses direitos estão a informação clara e precisa sobre produtos e serviços, a segurança dos produtos oferecidos, a escolha livre e consciente, e a garantia de assistência técnica e peças de produtos defeituosos. No art. 2º do CDC define consumidor como “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990).

Fornecedor: O fornecedor é a parte que oferece produtos ou serviços ao consumidor. Isso pode ser uma empresa, um indivíduo ou até mesmo o governo em alguns casos, como serviços públicos. Os fornecedores devem cumprir padrões de qualidade e segurança e

fornecer informações claras e precisas sobre o que estão oferecendo, cumprindo garantias, oferecendo um atendimento pós-venda adequado e evitando práticas abusivas. O art. 3º do CDC dispõe que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL, 1990). Vale dizer, ainda que fornecedor é toda pessoa que fornece produto ou serviço no mercado com habitualidade e fins lucrativos.

Produto ou Serviço: Este é o objeto de transação. Pode ser qualquer coisa, desde um produto físico, como um carro, até um serviço intangível, como uma consulta médica. Os produtos devem atender às expectativas do consumidor quanto à qualidade e desempenho. São os chamados elementos objetivos da relação de consumo, o art. 3º § 1º diz que o “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Existente no mercado de consumo e no art. 3º § 2º que serviço “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. (BRASIL, 1990).

Contratos: Muitas relações de consumo envolvem um contrato, que é um acordo legal entre o consumidor e o fornecedor que estabelece os termos e condições da transação. Os contratos devem ser claros, justos e não conter cláusulas abusivas. Para MARQUES (2013, p. 237) “são aqueles negócios que se consolidam de forma continuada no tempo, baseados na estrita confiança depositada pelas partes por anos a fio.”

É evidente que existe uma notória desigualdade e desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor nessa relação. Por um lado, temos o consumidor, muitas vezes em uma posição vulnerável, buscando proteção e garantias para garantir seus direitos em um mercado frequentemente desigual.

Neste sentido o consumidor:

[...] é o sujeito vulnerável na relação jurídica de consumo e um dos motivos para tanto é a sua condição de não profissional, de não detentor das informações a respeito de produto ou de serviço disponibilizados no mercado. Por isso, não é capaz de

formular, previamente, um refletido juízo de oportunidade e de conveniência da contratação, do seu efetivo custo-benefício, da sua real utilidade. Logo, não se pode dizer que a sua manifestação de vontade, em casos tais, seja esclarecida, consciente. (CAVALIERI, 2019, p. 120).

Por outro lado, para Nunes (2018, p. 122) “temos os fornecedores detentores cada vez mais dos meios de produção escolhendo o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.”

Observa-se que, a proteção dos direitos dos consumidores é essencial para garantir que as interações comerciais sejam justas e que os consumidores não sejam prejudicados em suas escolhas.

Importância da Relação de Consumo

A relação de consumo desempenha um papel crucial na economia e na sociedade como um todo. Ela estimula a produção e a inovação, à medida que os fornecedores buscam atender às necessidades e demandas dos consumidores. Além disso, a relação de consumo desempenha um papel importante na proteção dos direitos dos consumidores. Os governos em todo o mundo estabelecem regulamentações rigorosas para garantir que os consumidores não sejam prejudicados por práticas comerciais desleais ou produtos defeituosos.

A conscientização sobre os direitos do consumidor é essencial para garantir relações de consumo justas e equitativas. Os consumidores devem estar informados sobre os seus direitos e responsabilidades, bem como sobre os meios disponíveis para resolução de conflitos, como órgãos de proteção ao consumidor e sistemas de resolução de litígios. Em síntese, a relação de consumo é uma parte fundamental de nossa vida cotidiana, moldando-se de forma interagimos com o mundo econômico. Ela exige transparência, respeito pelos direitos dos consumidores e a aplicação de regulamentações rigorosas para garantir que as transações sejam justas e seguras para todas as partes envolvidas.

A importância da Positivação das Indenizações Punitivas na Relação de Consumo

A partir do princípio fundamental da vulnerabilidade, que visa garantir a igualdade substantiva entre os participantes de uma relação jurídica de consumo, chegamos ao cerne da discussão central deste artigo. O foco principal é a necessidade de estabelecer legalmente as indenizações punitivas e sua aplicação pela jurisdição, especialmente no que diz respeito aos danos efetivos.

É insuficiente que o Estado apenas defina os sujeitos envolvidos na relação de consumo; é imperativo considerar que uma das partes é intrinsecamente mais vulnerável. Portanto, torna-se essencial a existência de mecanismos que reduzam essas vulnerabilidades, promovendo uma relação de consumo equilibrada e justa, (ALMEIDA, 2020).

Esta abordagem (Miragem, 2019) enfatiza a necessidade de legislar sobre as indenizações punitivas, que têm o propósito de dissuadir comportamentos negligentes ou abusivos por parte dos fornecedores de bens e serviços. Essas indenizações não apenas compensam o consumidor prejudicado, mas também desempenham um papel crucial na prevenção de incidentes futuros e na promoção da conformidade por parte dos fornecedores.

Com isso, a positivação das indenizações punitivas na relação de consumo é essencial para alcançar uma justiça eficaz e garantir que os consumidores não sejam prejudicados por práticas comerciais injustas. É uma medida que visa não apenas proteger os direitos dos consumidores, mas também criar um ambiente de consumo mais equitativo e responsável.

Partindo do princípio da vulnerabilidade, cujo objetivo é garantir a igualdade formal e material entre os envolvidos na relação jurídica de consumo, abordamos a questão central abordada neste artigo. Destacamos a necessidade de legislar sobre as indenizações punitivas e sua aplicação na indenização, especialmente no contexto de danos graves. Meramente conceituar os participantes da relação não é suficiente para o Estado; é crucial considerar a existência de uma parte frágil. Torna-se indispensável a implementação de mecanismos que reduzam tais incidências, promovendo um consumo equitativo.

No próximo item cabe analisar os contratos abusivos e venda casa no âmbito da jurisprudência do STJ.

Os contratos são pilares fundamentais nas relações comerciais e de consumo, instalados como instrumento de acordo e garantia de direitos e deveres entre as partes envolvidas.

Os contratos são acordos legais entre consumidores e fornecedores que estabelecem os termos e condições de transação. Quando um consumidor adquire um produto ou serviço por meio de um contrato, tanto o consumidor quanto o fornecedor têm obrigações legais a cumprir (GRINOVER, 2019).

No entanto, quando esses contratos ultrapassam os limites da razoabilidade e impõem condições desequilibradas aos consumidores, caracterizam-se como contratos abusivos.

Dois conceitos fundamentais dentro desse contexto são os contratos abusivos e a venda casada, que são práticas ilegais que prejudicam os consumidores e estão sujeitos a regulamentações rigorosas no Brasil.

Os contratos abusivos são acordos que contêm cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem excessiva, ferindo princípios básicos de equilíbrio contratual e boa-fé. Tais contratos podem ser considerados nulos ou anuláveis, dependendo da gravidade da abusividade das cláusulas.

Segundo (TARTUCE; NEVES, p. 248, 2021) “Não se pode aceitar o contrato da maneira como antes era consagrado; a sociedade mudou, vivemos sob o domínio do capital, e com isso deve mudar a maneira de ver e analisar os pactos, sobretudo os contratos de consumo.”

Os referidos autores salientam que “o regramento em questão pode ser abstraído do art. 46 da Lei 8.078/1990, segundo o qual:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (BRASIL, 1990).

Para (TARTUCE; NEVES, p. 248, 2021) tal fato, ocorre quando “o consumidor sequer tem o devido conhecimento do conteúdo do contrato mantido com a instituição financeira, pois não lhe é dada a devida oportunidade para tanto.”

Todavia, pode-se interpretar pela nulidade das cláusulas de infringência ao preceito, conjugando-se o art. 46 com o art. 51, inciso XV, da Lei 8.078/1990 (BRASIL, 1990), que consagra como abusiva qualquer cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais [...]

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; [...]

Essa parece ser a melhor solução, pelos problemas que a inexistência pode gerar, já que a teoria da inexistência do negócio jurídico não foi adotada expressamente pelo sistema civil brasileiro.

A prática de venda casada, ocorre quando o fornecedor condiciona a venda de um produto ou serviço à aquisição de outro, sem que haja uma justificativa razoável para essa exigência. A venda casada viola os princípios da livre escolha e da liberdade

contratual. Isso limita a liberdade de escolha do consumidor e cria um desequilíbrio na relação de consumo.

A prática de contratos abusivos e venda casada é combatida pelo CDC (BRASIL, 1990), vejamos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

[...]

Esclarece (MIRAGEM, 2019, p. 63)

O artigo 36, XVIII, da Lei 12.529/2011, de sua vez, classifica como infração à ordem econômica “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

Note-se que nas duas normas não se cogita de benefício ao consumidor individualmente considerado. A única regra de autorização que admitirá a venda casada se dá quando com justa causa subordine os termos da oferta a determinados limites quantitativos. Ao mesmo tempo, note-se que dizem respeito não apenas à oferta em si de um produto ou serviço, mas também às condições desta oferta.

O Tribunal da Cidadania considera ainda que “ao compelir o consumidor a comprar dentro do próprio cinema todo e qualquer produto alimentício, o estabelecimento dissimula uma venda casada (art. 39, I, do CDC), limitando a liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, do CDC), o que revela prática abusiva.” (REsp 1331948/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 05/09/2016). (BRASIL, 2016).

Nos últimos anos, a questão dos contratos abusivos e de venda casada tem sido objeto de preocupação crescente no âmbito do direito do consumidor. Essas práticas comerciais prejudiciais podem variar com os consumidores, prejudicando seus direitos e minando a confiança nas relações de consumo.

Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo

A responsabilidade civil nas relações de consumo é um tema essencial no direito contemporâneo, especialmente ao considerar o contexto dos contratos. A dinâmica entre consumidores e fornecedores é regulada por acordos que estabelecem direitos e obrigações para ambas as partes. Nesse cenário, a responsabilidade civil emerge como

um pilar para garantir a equidade e proteção dos interesses envolvidos. (TARTUCE; NEVES. 2021).

A relação entre a responsabilidade civil e os contratos de consumo é especialmente evidente quando consideramos a Lei nº 8.078/90, no Brasil. Esta legislação estabelece as bases para a proteção dos consumidores e traz diretrizes específicas para a responsabilidade civil nas relações de consumo. A principal ligação entre responsabilidade civil e contratos de consumo é a noção de que os consumidores têm o direito de receber produtos ou serviços que atendam aos padrões de qualidade e segurança estabelecidos no momento da compra. Portanto, quando um produto ou serviço não atende a esses padrões ou causa danos aos consumidores devido a defeitos ou informações prejudiciais, surge a responsabilidade civil.

O CDC estabelece critérios para a reposição de danos, garantido que os consumidores sejam indenizados especificamente.

Existem algumas formas comuns em que a responsabilidade civil se relaciona com os contratos de consumo:

Vício ou Defeito de Produto ou Serviço: Se um produto ou serviço adquirido não atender às expectativas do consumidor ou tiver defeitos que prejudiquem seu uso adequado, o fornecedor pode ser considerado responsável e obrigado a reparar os danos causados ao consumidor.

Informações Enganosas ou Omissões: Se o consumidor for induzido ao erro por informações enganosas ou se informações importantes forem omitidas durante a negociação do contrato, o

fornecedor poderá ser responsabilizado por qualquer dano resultante dessa falta de transparência.

Descumprimento de Garantias Contratuais: Se um contrato especifica garantias sobre um produto ou serviço e essas garantias não foram previamente cumpridas, o fornecedor pode ser responsabilizado por não cumprir o que foi acordado.

Responsabilidade Objetiva: Em algumas jurisdições, as leis de consumo estabelecem a responsabilidade objetiva, onde o fornecedor é responsável pelos danos causados independentemente da culpa, especialmente em casos de produtos defeituosos. (GRINOVER, 2019).

É importante ressaltar que a responsabilidade civil nas relações de consumo não se limita apenas ao fornecedor direto do produto ou serviço, mas também pode se estender a outros elos da cadeia de produção e distribuição, quando aplicável. (TARTUCE; NEVES. 2021).

Em suma, a responsabilidade civil desempenha um papel crucial nas relações de consumo, garantindo que os consumidores tenham meios eficazes para buscar peças quando seus direitos são violados em contratos de consumo. Atua como um mecanismo de equilíbrio, garantindo que as partes contratantes cumpram suas obrigações e que os consumidores recebam produtos e serviços de qualidade e seguros.

O dano moral³ sempre foi um tema de grande relevância no contexto jurídico brasileiro. No entanto, sua evolução e aplicação ao longo dos anos trouxeram à tona uma série de questionamentos sobre sua eficácia como instrumento de tutela dos direitos do consumidor. Para melhor compreender este fenômeno, se faz necessário analisar a teoria do Dano Eficiente⁴ e do Dano Ineficiente no âmbito das ações judiciais em face de prestadores de serviços e fornecedores, bem como discutir o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, na construção dessa narrativa, sob a ótica da AED – Análise Econômica do Direito.

O instituto do dano moral foi desenvolvido com a influência e a adaptação de sistemas e doutrinas oriundos de países de common law, transplante de normas⁵. Contudo, essa transição não foi isenta de desafios. A dificuldade intrínseca em mensurar monetariamente os danos morais, a ausência de uma tabela legal que estabeleça critérios claros para sua reparação e a complexidade enfrentada pelo judiciário ao determinar a

3 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

4 OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

5 O termo "transplante de normas" não é amplamente utilizado na teoria jurídica, mas pode se referir à aplicação de normas legais de um sistema jurídico em outro. Isso pode ocorrer em várias situações, como quando um país adota leis ou regulamentos de outro país como modelo, quando normas internacionais são incorporadas ao sistema legal de um país ou quando um tribunal considera jurisprudência estrangeira ao interpretar suas próprias leis. Não há uma lista específica de juristas que se concentram exclusivamente no conceito de "transplante de normas", mas vários acadêmicos e juristas escreveram sobre a aplicação de normas de um sistema jurídico em outro. Alguns desses juristas e acadêmicos incluem:

Alan Watson: Watson é um renomado estudioso do direito comparado e escreveu extensivamente sobre a transferência de normas legais entre sistemas jurídicos.

Joseph Raz: Raz é conhecido por seu trabalho em filosofia do direito e discutiu questões de autoridade legal e legalidade, que são relevantes para a aplicação de normas em diferentes contextos.

Lon L. Fuller: Fuller, em seu trabalho sobre jurisprudência, explorou questões relacionadas à aplicação coerente de normas legais em diferentes contextos legais.

Hans Kelsen: Kelsen é um teórico jurídico conhecido por sua teoria pura do direito e escreveu sobre a estrutura normativa das ordens jurídicas, o que também é relevante para a discussão sobre a aplicação de normas em sistemas diferentes.

Philippe Nonet e Philip Selznick: Em sua obra "Law and Society in Transition," esses autores abordam a adaptação e transformação das normas legais em diferentes contextos sociais e culturais.

O estudo do transplante de normas muitas vezes se insere no campo mais amplo do direito comparado, que se concentra na análise de sistemas jurídicos diferentes e na identificação de semelhanças e diferenças entre eles. Portanto, para pesquisar sobre o transplante de normas, se faz necessário também explorar o campo do direito comparado e autores que se especializam nessa área.

quantia necessária para restaurar a lesão à dignidade da pessoa humana são fatores que impactam significativamente as condenações sob esse título.

Nesse contexto, a maioria das decisões judiciais envolvendo dano moral frequentemente deixa insatisfeitos os autores das demandas, que não veem suas expectativas plenamente atendidas, bem como pode parecer desproporcional aos réus, que muitas vezes se deparam com valores considerados elevados.

Essas influências e práticas adotadas em relação ao dano moral, importadas de sistemas jurídicos estrangeiros, têm perdurado ao longo dos anos, graças ao árduo trabalho dos magistrados brasileiros. Entretanto, o cenário que se observa atualmente reflete um quadro de incertezas e, em certos casos, uma rejeição à aplicação do instituto do dano moral.

A busca pela segurança jurídica no que concerne ao dano moral ainda está em fase de construção, por incrível que pareça, pois o marco temporal do referido instituto se faz em sintonia com a promulgação da Constituição de 1988 no artigo 186. Isso ocorre porque casos semelhantes são frequentemente julgados de maneira discrepante, o que se deve às peculiaridades das nossas bases socioeconômicas, culturais e jurídicas. A variedade de interpretações e entendimentos sobre o tema demonstra a necessidade contínua de aprimorar a jurisprudência e estabelecer parâmetros mais sólidos para a reparação dos danos morais no contexto brasileiro.

Uma das soluções poderia ser a difusão da análise econômica do direito, pois esta desempenharia um papel fundamental ao oferecer aos juízes uma abordagem embasada e criteriosa na fundamentação das condenações por dano moral. Ao adotar essa perspectiva, os magistrados poderiam avaliar de forma mais precisa o impacto financeiro das lesões à dignidade e à integridade psicológica das vítimas, permitindo uma quantificação mais justa e equitativa dos danos morais. Além disso, a análise econômica do direito oferece uma estrutura que considera os incentivos econômicos das partes envolvidas, os comportamentos responsáveis por parte dos infratores e assegurando que as indenizações cumpram seu papel de desestímulo à práticas abusivas, promovendo, assim, a justiça e a eficácia das decisões judiciais em casos de dano moral.

Porém o dano moral, no tempo, sofreu um grande revés com o fomento da discussão sobre a sua industrialização⁶, este fato remete-nos a um período em que os tribunais brasileiros, lidavam com uma grande quantidade de demandas relacionadas a

6 OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

determinados prestadores de produtos e serviços e fornecedores⁷. Naquela época, não haviam estudos que confirmassem a existência desse fenômeno, mas os números de ações judiciais eram inegavelmente expressivos.

A expressão "indústria do dano moral" não encontra uma definição clara nos tratados doutrinários ou na jurisprudência pátria⁸. No entanto, é um termo amplamente disseminado tanto entre os acadêmicos do direito quanto entre aqueles que o aplicam na prática jurídica. É frequentemente mencionado nos julgamentos dos tribunais brasileiros, notadamente no contexto das demandas relativas ao dano moral, sobretudo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis⁹.

O dano moral passou a ser frequentemente alegado pelos consumidores, muitas vezes com fundamentação precária, e as consequentes sentenças positivas condenando os fornecedores e prestadores de serviços a pagarem indenizações tornaram-se uma constante. Entretanto, o que se esperava que fosse uma medida pedagógica para coibir práticas abusivas, acabou por surtir um efeito reverso.

A ideia de que as decisões judiciais, ao condenarem os fornecedores e prestadores de serviços a pagarem indenizações, teriam um efeito pedagógico sobre eles revelou-se equivocada. Pelo contrário, o que se viu foi uma diminuição gradual do valor das indenizações, à medida que os tribunais passaram a enxergar muitas dessas demandas como meras "aventuras jurídicas" ou "meros¹⁰ aborrecimentos¹¹".

7 Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>; <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5192060>

8 Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.700.582628-6>.

9 Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.54>.

10 Súmula Nº. 75 “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.” Referência: Uniformização de Jurisprudência nº. 2004.018.00003 na Apelação Cível nº 2004.001.01324. Julgamento em

22/11/2004. Relator: Des. Luiz Zveiter. Votação unânime. Registro de Acórdão em 01/03/2005. A mesma foi cancela pelo Órgão Especial do TJRJ no processo: 0056716-18.2018.8.19.0000.

11 Súmulas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, parametrizando a não caracterização do dano moral: Nº 149: NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DA CONTRATAÇÃO DO "CARTÃO MEGABÔNUS", OS DANOS MORAIS NÃO PODEM SER CONSIDERADOS IN RE IPSA, CUMPRINDO AO CONSUMIDOR DEMONSTRAR A OFENSA À HONRA, VERGONHA OU HUMILHAÇÃO, DECORRENTES DA FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE SUA UTILIZAÇÃO COMO CARTÃO DE CRÉDITO

Nº 199: NÃO CONFIGURA DANO MORAL O SIMPLES AVISO, AINDA QUE SEM AMPARO LEGAL, DE INTERRUPÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL, SALVO EM CASO DE COMPROVADA REPERCUSSÃO EXTERNA.

Nº 205: A LIMITAÇÃO JUDICIAL DE DESCONTOS DECORRENTES DE MÚTUO BANCÁRIO REALIZADOS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONTA-CORRENTE, NO ÍNDICE DE 30%, NÃO ENSEJA AO CORRENTISTA O DIREITO À DEVOLUÇÃO DO QUE LHE FOI ANTES COBRADO ACIMA DO PERCENTUAL, NEM A CONDUTA CONFIGURA DANO MORAL.

Nº 228: O SIMPLES AVISO ENCAMINHADO POR ÓRGÃO RESTRITIVO DE CRÉDITO, DESACOMPANHADO DE POSTERIOR INSCRIÇÃO, NÃO CONFIGURA DANO MORAL.

A Teoria do Mero Aborrecimento é identificada como uma mera contrariedade nas vicissitudes cotidianas, incapaz de afetar o âmago da esfera personalíssima do indivíduo. Ela tem sido aplicada de maneira rotineira nas justificativas judiciais proferidas pelo Poder Judiciário com o intuito de indeferir pleitos indenizatórios em favor dos consumidores.

A justificativa por trás dessa postura estava na tentativa de coibir o número crescente de ações judiciais, visto que muitas delas eram consideradas excessivas e frágeis do ponto de vista jurídico. No entanto, essa abordagem acabou por minimizar a eficácia do dano moral como mecanismo de proteção dos direitos do consumidor.

Um dos pilares do Estado de Direito é o acesso à justiça¹², que deve ser garantido a todos os cidadãos. No entanto, a criação de inúmeros juizados especiais, embora tenha tido a intenção

de facilitar esse acesso à justiça, também fomentou o conflito. Mesmo existindo audiências prévias de conciliação, ao longo do tempo, essas audiências foram suprimidas em muitos casos, dando muito mais chancela as sentenças, do que as tentativas de acordo.

Essa mudança na dinâmica processual contribuiu para que o dano eficiente ganhasse espaço. Empresas começaram a enxergar vantagem no cenário em que o judiciário passou a negar o pleito indenizatório ao consumidor com maior frequência. Isso criou um ambiente propício para que os prejuízos causados aos consumidores fossem chancelados pelas baixas indenizações, enquanto o acesso à justiça não era feito de forma pedagógica.

O fenômeno do dano eficiente se manifesta quando se revela mais conveniente para o agente suportar eventuais indenizações do que adotar medidas preventivas para evitar o dano. No contexto em que um litigante habitual nega um direito à toda uma coletividade, ele está, de fato, obtendo vantagens econômicas ou economizando recursos que podem ser traduzidos em termos financeiros, ao calcular o montante monetário do direito negado multiplicado pelo número de indivíduos prejudicados.

Nº 230: COBRANÇA FEITA ATRAVÉS DE MISSIVAS, DESACOMPANHADA DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO, NÃO CONFIGURA DANO MORAL, NEM RENDE ENSEJO À DEVOLUÇÃO EM DOBRO.

Nº 280: O SIMPLES DISPARO DO ALARME ANTIFURTO EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS, SÓ POR SI, NÃO CARACTERIZA LESÃO EXTRAPATRIMONIAL, RESSALVADOS OS EPISÓDIOS DE DESNECESSÁRIA E INCONVENIENTE EXPOSIÇÃO OU GROSSEIRA ABORDAGEM DA PESSOA, A SEREM AFERIDOS CASO A CASO.

12 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Antes mesmo de iniciar um litígio, o agente tem a clara ciência de que nem todos os lesados buscarão o caminho judiciário contra ele. Ele também pondera que, dentre aqueles que efetivamente intentarem ação, alguns não lograrão êxito ao término do processo, seja devido a representação inadequada, insuficiência de provas ou, simplesmente, por não comparecerem às audiências designadas.

O dano ineficiente, por sua vez, configura-se como o dano eficiente que se torna ineficaz devido à intervenção do Poder Judiciário. A questão concernente ao dano ineficiente envolve o desafio de equilibrar ambas as perspectivas. De um lado, é necessário que o montante da condenação seja significativo, de modo a tornar o dano verdadeiramente ineficiente para aquele que o causou. Por outro lado, é fundamental evitar que a indenização se transforme em uma fonte de enriquecimento, assegurando que sua função primordial seja a de reparar danos e desencorajar a reincidência.

Um aspecto essencial na análise do dano eficiente e ineficiente é a relação entre os entes consumeristas. O Código de Defesa do Consumidor, CDC, estabelece um sistema de proteção, que envolve não apenas o Poder Judiciário, mas também órgãos de fiscalização e regulamentação, como por exemplo, o Procon.

Apesar de não ser possível evitar que o dano aconteça é viável adotar medidas concretas que visem reduzir sua incidência, principalmente quando se percebe facilmente a reiteração de sua ocorrência, como no direito do consumidor. O que não se pode admitir é que os grandes conglomerados empresariais permitam que o dano aconteça porque é mais caro melhorar os meios de produção do que arcar com eventuais indenizações.

Nessa linha de raciocínio cria-se a Indústria do Dano Eficiente é resultado e/ou consequência da Indústria do Dano Moral, ou seja, institutos que permeiam a plena eficácia da aplicabilidade de uma garantia fundamental tutelada pela Constituição brasileira.

Caso o dano eficiente fosse nulificado pelo Judiciário este não teria sua eficácia, seria ineficiente. A problemática relativa ao dano ineficiente é equacionar as duas posições. De um lado, o valor da condenação há de ser substancial, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. De outro, deve-se evitar que a indenização seja fonte de enriquecimento, apenas cumprindo seu papel como reparadora de danos e repressora de reincidência.

O problema de difícil solução, merecedor de profunda reflexão da comunidade jurídica. No Brasil, em patente contradição, litigar habitualmente no polo passivo das

demandas consumeristas se transformou de possibilidade de perda para subjetividade do êxito em maior proporção.

Para Cappelletti e Garth a litigância habitual é um sério obstáculo ao acesso à justiça. A litigância contumaz traz vantagens estratégicas sobre as demais partes, denominadas eventuais, que não participam de lides judiciais com a mesma frequência¹³. O problema da

litigância habitual já havia sido identificado por Galanter, que distingua os litigantes eventuais e litigantes habituais. Galanter conceitua litigantes habituais aqueles que participam de diversas causas similares constantemente e de litigantes eventuais aqueles que apenas utilizam o sistema judicial com pouca frequência¹⁴.

A litigância habitual indica atitude de quem se considera acima das leis e/ou de quem entende que a observância das leis depende do lucro decorrente deste cumprimento ou descumprimento. A litigância habitual sugere que não cumprir a legislação de regra é mais lucrativo do que inverso.

Resumindo os benefícios do litigante ou litigado contumaz são diversos: a) maior experiência com a demanda que lhes possibilita melhor planejamento e estratégia de atuação; b) litigância com economia de escala; c) oportunidade de desenvolver relações informais com serventuários da justiça; d) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos; e) possibilidade de testar estratégias visando a um melhor desempenho em casos futuros¹⁵.

Importante se faz a Análise Econômica do Direito, sem a pretensão de exaurir o tema, para fins de verificação do êxito financeiro da conduta adotada pelos litigados reiterados. Pois a Análise, resumidamente, é a técnica de estudo da teoria econômica principalmente voltada para as consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e normas legais em determinada situação, in casu, o mercado de consumo. Originou-se por conta da multiplicidade de doutrinas econômicas que estudavam o impacto de questões jurídicas no ambiente econômico¹⁶.

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

14 GALANTER, Marc. Whay the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the limits of legal change.

Law and Society Review, Amherst, n. 9, p. 3, 1974. Disponível em:

<<http://jan.ucc.nau.edu/~phelps/Galanter%201974.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2018.

15 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

16 OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

O Poder Judiciário tem que se preocupar cada vez mais com as consequências de suas decisões no mundo da economia. Pesquisa realizada pelo Anuário da Justiça 2015 do Conselho Nacional de Justiça aponta que a extensa maioria dos ministros das cortes superiores (61%) considera que ao julgar o juiz deve levar em consideração os impactos de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade¹⁷.

Desta forma, devemos observar o direito também sob a ótica das ciências econômicas, conforme proclama a Constituição Federal (BRASIL, 1988, n/p):

O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, [...] Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República¹⁸.

O maior objetivo de qualquer empresa é aperfeiçoar seus procedimentos em busca de eficiência e melhores resultados. A busca pela competitividade não tolera perda de espaço no mercado, muito pelo contrário impõe ao fornecedor eterno aperfeiçoamento da qualidade dos bens e serviços ofertados. O mundo dos negócios não permite estagnação ou relutância na tomada de decisões, principalmente aquelas que não contribuam para a conquista de novos espaços mercadológicos.

Todavia, a busca pela eficiência econômica ou empresarial encontra limites claramente estabelecidos pela legislação consumerista, ou seja, não vale e não pode tudo pelo lucro. A ponderação deve ser justamente essa. Deve-se perquirir até que ponto a política de comercialização ultrapassa a fronteira ética e o dever de lealdade entre comerciante e consumidor.

Não se pode afastar que os contratos de consumo são regidos pelo princípio da boa-fé objetiva¹⁹, que destaca a importância da transparência nas relações comerciais e atua como instrumento limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade²⁰. O

17 SADEK, Maria Teresa. Dez anos do Anuário da Justiça: muito a comemorar e a preservar. Revista Consultor Jurídico, 23 abr. 2016

18 PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

19 Art. 4º , inciso III da Lei 8078/90

20 Art. 4º, inciso III da Lei 8078/90 combinado com Art. 5º, inciso XXXII e Art. 170, caput e inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil

interesse social e o bem-estar da população tem maior importância do que a simples busca pelo lucro.

A busca pela lucratividade deve sempre vir acompanhada da ética de mercado. Os preceitos constitucionais devem ser preservados, a despeito da concorrência cada vez mais acirrada entre as empresas, que incentiva condutas que atingem o liame da legalidade.

Teóricos da Análise Econômica do Direito defendem:

O que se pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuá-la ou não, [...] Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses²¹.

O ordenamento jurídico visa justamente balizar a condução dos negócios, incentivando a inovação, mas evitando exageros que violem a lei. É de extrema importância a realização de estudos estatísticos para se analisar até que ponto as decisões judiciais e normais legais impactam na economia das empresas e do mercado, assim, deve-se harmonizar o interesse econômico e o respeito à legislação:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações

práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a escola de Direito e Economia de New Haven buscou consagrar a ética consequencialistas da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz, as necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum²².

O Poder Judiciário é o guardião da defesa da cidadania, tem papel decisivo para que sejam sanadas as deformidades mercadológicas. A fixação de valor ínfimo das indenizações implicará no simples provisionamento deste custo nos balanços das grandes

21 PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

22 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV, v. 5, p. 24, 2008.

corporações, não colaborando para a melhoria dos serviços prestados à população brasileira. A relação entre esses entes deve ser de colaboração e harmonia, visando à proteção efetiva dos direitos do consumidor. No entanto, a abordagem adotada pelos tribunais, ao diminuir as indenizações por dano moral, muitas vezes pareceu estar em desacordo com o objetivo do CDC.

O papel do Judiciário, como um dos pilares do sistema de proteção ao consumidor, deve ser o de aplicar a lei de forma justa e eficiente, garantindo que as violações aos direitos do consumidor sejam reparadas de maneira adequada. No entanto, a busca por soluções rápidas e a redução das indenizações acabaram por prejudicar a eficácia desse sistema.

Diante do cenário descrito, é necessário repensar o papel do dano moral nas relações de consumo e sua eficácia como instrumento de proteção dos direitos do consumidor. O dano

moral não deve ser encarado como um meio de enriquecimento ilícito por parte do consumidor, nem de vantagem por parte das empresas, mas sim como uma ferramenta que visa a reparar danos efetivamente causados.

Uma abordagem mais equilibrada e fundamentada na análise econômica do direito pode contribuir para uma melhor compreensão da real relação entre os entes consumeristas. É preciso considerar que, em algumas situações, o dano moral pode ser a única forma de reparação para o consumidor, especialmente quando não há solução amigável na esfera administrativa.

Em sua essência, o dano moral deve ter um efeito pedagógico, não apenas para os fornecedores e prestadores de serviços, mas também para a sociedade como um todo. Deve servir como um alerta para que práticas abusivas sejam evitadas e para que os direitos do consumidor sejam respeitados.

No entanto, esse efeito pedagógico somente será alcançado se o dano moral for aplicado de maneira consistente e proporcional. É fundamental que os tribunais considerem as circunstâncias de cada caso e apliquem o dano moral de forma justa, sem excessos, mas também sem minimizá-lo a ponto de torná-lo ineficaz.

O debate sobre o dano eficiente e ineficiente no contexto das demandas em face de prestadores de serviços e fornecedores é complexo e multifacetado. É importante reconhecer que o dano moral desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos do consumidor, mas sua aplicação deve ser equilibrada e fundamentada.

O judiciário, desempenha um papel crucial na construção dessa narrativa. Suas decisões têm o potencial de moldar a interpretação e a aplicação do dano moral nas relações de consumo. Portanto, é essencial que os tribunais considerem o impacto de suas decisões não apenas no presente, mas também no futuro, visando à eficácia do sistema de proteção ao consumidor.

A análise econômica do direito pode ser uma ferramenta valiosa para ajudar a entender a real relação entre os entes consumeristas e encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos do consumidor e a prevenção de abusos. Em última análise, o objetivo deve ser o de garantir que o dano moral cumpra sua função pedagógica, contribuindo para um ambiente de consumo mais justo e equilibrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado. Coleção Esquematizado. Coordenador Pedro Lenza. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Zahar, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1331948 – SP. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ART. 39, I, DO CDC. VENDA CASADA. VENDA DE ALIMENTOS. ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRÁFICOS. LIBERDADE DE ESCOLHA. ART. 6º, II, DO CDC. VIOLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM OUTRO LOCAL. VEDAÇÃO. TUTELA COLETIVA. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985. SENTENÇA CIVIL.

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EFICÁCIA ERGA OMNES. LIMITE TERRITORIAL. APLICABILIDADE. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC3>. Acesso em: 30 set. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GALANTER, Marc. Whay the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the limits of legal change. Law and Society Review, Amherst, n. 9, p. 3, 1974. Disponível em:
<http://jan.ucc.nau.edu/~phelps/Galanter%201974.pdf> Acesso em: 30 jun. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HOBBSAWN, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. Volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV, v. 5, p. 24, 2008.

SADEK, Maria Teresa. Dez anos do Anuário da Justiça: muito a comemorar e a preservar. Revista Consultor Jurídico, 23 abr. 2016.

Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/. ; http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia-/visualizar-conteudo/5111210/5192060>

Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.700.582628-6>.

Fonte:

<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.54>