



A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A MITIGAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO TEMPO

JANAINA FARIA¹

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a Responsabilidade Civil nas relações de consumo introduzida no ordenamento pátrio pelo Código do Consumidor. Além disso, verificar como tal instituo tem sido aplicada na contemporaneidade. Nesse contexto serão abordadas as mudanças de posicionamento do judiciário quanto aos danos morais punitivos aplicado aos fornecedores de produtos e serviços. Posteriormente analisar a origem da súmula 75 do TJRJ- que diz a respeito do “mero aborrecimento”, o seu cancelamento. E por fim abordar a mitigação dos efeitos dessa súmula pelo surgimento da tese desenvolvida por Marcos Dessaune, a teoria do “desvio produtivo do tempo” e como a jurisprudência tem se comportado a cerca dessa tese.

Palavras Chaves- Responsabilidade Civil- Dano Moral Punitivo- Mero aborrecimento. Teoria do Desvio Produtivo.

ABSTRACT: The present research aims to analyze the Civil Liability in the consumer relations introduced in the national order by the Consumer Code. In addition, we will see how such an institution has been applied in contemporary times. In this context, changes in the judiciary's positioning regarding the punitive moral damage applied to suppliers of products and services will be addressed. Subsequently, analyze the origin of the 75th TJRJ- which says about the “mere annoyance”, its cancellation. And finally to address the mitigation of the effects of this summary by the emergence of the thesis developed by Marcos Dessaune, the theory of the “productive deviation of time” and how the jurisprudence has behaved around this test.

¹ Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO, orientado pela professora Lucia Helena Ouvernei Braz de Matos.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o importante papel de explanar a Responsabilidade Civil nas relações de consumo dando enfoque ao dano moral no sistema Brasileiro, este é o sistema que ofende o direito do indivíduo, confrontando a personalidade, a honra, a moral, o intelecto, sendo ferida em seu ânimo psíquico, entre outros aspectos.

Será analisada a responsabilidade civil, após será feita as devidas elucidações do conceito, da sua origem, dos elementos constitutivos. Será feita uma breve explanação a cerca dos danos materiais e extrapatrimonial, e nesse último será realizado uma conexão entre a reparação do dano moral e a responsabilidade civil.

Dando seguimento a sequência, serão abordadas as funções do dano moral, apresentando as suas incidências e características diante do poder judiciário, e suas áreas de atuações dentro da sentença. A partir desse momento será possível realizar uma conexão do dano moral punitivo e a responsabilidade civil

A pesquisa demonstra a necessidade da proteção ao consumidor diante da sua hipossuficiência, a maioria dos consumidores não possuem condições e os fornecedores que deveriam garantir um serviço de qualidade e preços adequados, não o faz, agindo muitas vezes com negligência e desleixo na prestação de serviço.

Ainda no estudo deste tema observasse-a origem da sumula 75 do Tribunal de Justiça, e ao seu cancelamento, quais foram os argumentos e justificativas acerca do tema “mero aborrecimento”. Assim sendo, observar a tese que defende o advogado Marcus Dessaune que de certa forma faz uma conexão com a queda da referida sumula e traz equilíbrio nas decisões judiciais.

Existem fatores de extrema relevância sobre chamada “indústria do dano moral”, esse termo foi utilizado com o intuito de banalizar o dano moral no Brasil, dando descrédito a este e transformando-o em mero aborrecimento e apontando como forma de enriquecimento ilícito.

Desta forma, faz-se necessário uma análise minuciosa do tema, a finalidade de afastar quaisquer possibilidades e argumentos que caminham pela inconstitucionalidade do instituto, tendo em vista que sua aplicabilidade é garantia da ordem constitucional.

Por fim, concluir com as considerações finais, acerca de hipóteses e problemas que foram levantados na pesquisa, com o reforço sobre a importância da reparação do dano moral punitivo nas relações de consumo no sistema jurídico brasileiro.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pablo Stolzer conceitua responsabilidade civil como sendo:

para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada um dever jurídico sucessivo de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados²

A responsabilidade civil nasce em razão de um descumprimento de uma obrigação, por uma regra estabelecida em um contrato ou por deixar de observar alguma regra normativa que regula a vida³. Ela é capaz de fomentar diversos campos e situações nas relações jurídicas, principalmente nas relações de consumo. O objetivo da Responsabilidade civil é ocasionar o dever e obrigação das consequências prejudiciais de uma relação jurídica entre a parte fornecedora de serviços e produtos e a parte lesionada.

No código civil anterior, de 1916, era uma responsabilidade subjetiva que deveria ser comprovada com culpa, esta era prevista em seu artigo 159 do código de 1916, pois o código em sua essência tinha essa característica subjetiva. A sua evolução aconteceu de forma substancial ao longo do século XX onde o ponto de partida foi da responsabilidade subjetiva com culpa comprovada até os dias atuais com a responsabilidade objetiva.

2.1 BREVE HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Mas a origem da responsabilidade civil tem seu início no Direito de Romano com o sentido de punir de forma vingativa aquele que descumprisse as regras contratuais da vida.⁴

O conceito de reparação de dano causado de forma injusta sempre existiu, e nas civilizações mais antigas era forte a cultura de o homem pagar com o seu próprio corpo sendo permitida a retaliação por parte de quem foi lesado contratualmente, a chamada “Lei de talião” que consistia em ” olho por olho, dente por dente”.⁵

Ao passar dos anos a Roma desenvolveu a Lei das XII Tábuas, que um foi marco para o Direito romano, mas ainda era utilizada a lei de Talião. Entretanto o poder público começou a regular das relações jurídicas contratuais, permitindo ou proibindo tal pratica de punição, regulamentando ainda uma possibilidade de auto composição na Lei das XII Tábuas

²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo F. **Novo curso de direito civil, volume 3 - responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2019, p. 55.

³TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 371.

⁴GAGLIANO;PAMPLONA FILHO. Op. cit., p.62.

⁵ Ibidem, p. 63.

nas relações contratuais:”e alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”⁶

Após esse período, com o desenvolvimento da civilização foi possível verificar o poder público a regular o quantum da indenização nas relações aplicando de acordo com o caso concreto, não sendo mais permitido o pagamento com que ultrapassasse o devedor, devendo ele responder com o seu patrimônio as dívidas contraídas.

2.2 RESPONSABILIDADES CIVIL SUBJETIVA X OBJETIVA

A responsabilidade civil é o principal instituto nas relações de consumo no que tange a reparação do dano sendo este caráter moral ou patrimonial, ele passa a existir a partir do surgimento do ato ilícito ou preposto, e o dever de reparar o dano, voltando a ser o que era antes de ser afetado⁷.

A responsabilidade civil pode ter natureza subjetiva e ou objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é formada pela culpa em seu sentido *lato sensu*, pois essa engloba a culpa em sentido *strito sensu* e o dolo⁸. Essa teoria desrespeita ao sujeito, pois para que ocorra a responsabilidade subjetiva deverá ficar comprovado que o agente agiu com culpa em seu sentido estrito, isso é, o agente comete com culpa quando comete ato com omissão, negligência ou imperícia, ou com dolo que é quando o agente tem a intenção de praticar ato ilícito.

Essa teoria é a amparada pelo código civil, em seu artigo 186:⁹

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Na responsabilidade subjetiva o ônus probatório é de quem acusa, a vítima é quem deve provar que o agente agiu com culpa, ou seja com imperícia, negligência ou imprudência. Por esse motivo com desenvolvimento da sociedade nas relações de consumo foi verificado que a responsabilidade subjetiva não era suficiente para todas as demandas, pois existia casos que era quase impossível comprovar a culpa do fornecedor, foi nesse momento em surge da teoria da responsabilidade objetiva.

Na teoria de responsabilidade objetiva o dever de reparar independe de culpa ou de dolo bastando que haja o dano e o nexo de causalidade. Nessa teoria é o fornecedor assume o risco da atividade, a denominada Teoria do risco, de forma sintetizada significa que

⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit., p. 63.

⁷ Ibidem, p.62.

⁸ Ibidem, pg 66.

⁹ Ibidem, pg 67.

todo aquele que toda aquele que lucra com alguma atividade, deve assumir os prejuízos que pode decorrer desta. Nas palavras de Sergio Cavalieri, “Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa”¹⁰

Nessa teoria o consumidor não tem que provar que lhe foi apresentando um serviço com vício para entrar valer se de uma demanda, deve ser relatado o vício ou o fato e o dano, o dever de comprovar que não houve responsabilidade civil é do fornecedor e não do consumidor.

Insta salientar que o código civil não aboliu a responsabilidade civil subjetiva, mas trouxe uma novo olhar no que tange as relações de consumo, estabelecendo que esta seria regulada pela teoria objetiva, utilizando o parágrafo único do artigo 927 do código civil, que diz: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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”.¹¹

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL X EXTRA CONTRATUAL

Na responsabilidade civil contratual é fruto de um acordo feito entre as partes, que anteriormente já tiveram algum contato, criando um vínculo jurídico, o que não ocorre no extracontratual, pois na responsabilidade civil contratual a identificação da culpa do agente se torna mais fácil, tendo em visto a que o próprio agente se obrigou ao cumprir a obrigação quando adimpliu com o contrato, basta ele descumprir alguma norma contratual para presumir a culpa. De maneira que essa agora o lesante deveria pagar proporcionalmente ao dano causado.

No que tange a evolução da responsabilidade civil, a Lex Aquilia, conhecia também por extracontratual, foi um dos marcos mais importante no instituto, pois foi nesse advento que surge a denominação de “Responsabilidade Civil Extracontratual ou Delitual”, trouxe a ideia clara da reparação do dano e a noção de culpa que é um dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil, pois agora era imposto ao agente causador do dano que suportasse com a sua reparação se infringisse a norma legal, ainda que essa fosse cometida sem culpa, de maneira que anteriormente a esse período o dano deveria vir precedido de culpa para que o agente lesante tivesse o dever de indenizar.

¹⁰ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2, p. 137

¹¹ Ibidem, p. 152

Para os grandes doutrinadores foi com o advento da Lex Aquilia, que a responsabilidade civil passou a investigar se o ato que gerou o dano teve como base a culpa do agente, a partir da violação direta de uma norma legal.¹²

2.4 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Um conjunto de fatores precisa existir para que seja configurado a responsabilidade civil e haja o dever de indenizar, esses são chamados de pressuposto. A grande doutrina acredita que são três os pressupostos que compõe a responsabilidade civil: a ação ou omissão, o nexo causal e o dano sofrido pela vítima. Todavia existe uma outra corrente de doutrinadores que acredita na existência de um quarto pressuposto: o dano e a culpa, esse último existente apenas na teoria subjetiva.

2.4.1 Conduta do agente

A conduta do agente é a conduta humana que pode ser considerada o principal elemento, pois a partir dela que é possível desenvolver um comportamento que gere ação ou omissão capazes de produzir danos nas relações jurídicas. A responsabilidade civil é a expressão obrigacional que mais ganha destaque nas relações jurídicas. No entendimento de Pablo Stolze a conduta humana pode ser “positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.”

Na conduta humana o agente dotado de discernimento para usufruir de sua liberdade de escolha exerce a conduta de forma voluntaria esta citada no artigo 186 ora mencionada.

2.4.2 Dano

O Dano é um pressuposto indispensável para que haja responsabilidade civil, pois seria possível falar em reparação se não houver dano, ainda que na relação contratual quando a parte inadimplente deixa de cumprir com uma obrigação presume-se a ocorrência do dano.

Segundo Maria Helena Diniz “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”¹³

Desta maneira a existência do dano deverá ser certa e efetiva, pois não haverá punição para supostos danos e que haja incerteza. O dano pode ser dividido dano em dois, patrimonial ou extrapatrimonial, Pablo Stolze afirma que “Nesses termos, poderíamos

¹² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit. p.11.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 2006, vol. , p. 48.

conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”¹⁴

2.4.3 Nexa de causalidade

O nexa de causalidade é indispensável para que haja a responsabilidade civil o ponto que irá unir o dano com a conduta praticada pelo agente, devendo haver essa relação de conduta e resultado, causa e efeito¹⁵. Nesse sentido afirma Silvio Venosa:

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.¹⁶

Algumas teorias foram desenvolvidas para tentar explicar o nexa de causalidade, as mais citadas pela doutrina são: a teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos.

Talvez a mais famosa das teorias dentro do nexa de causalidade, esta também conhecida por *sine qua non*, essa teoria foi desenvolvida Von Buri para essa teoria todos os fatos de que resultarem em dano se equivale, por esse motivo o nome de “*equivalência das condições*”, pois havendo resultado, não há diferença entre antecedentes do resultado se ele concorreu para a produção do dano.

De acordo com essa teoria desenvolvida pelo alemão Von Kries para considerar uma causa adequada ela deverá ainda que de forma abstrata provocar o resultado. Nessa teoria somente será considerada os antecedentes como causa, aquele que provar ser objeto que determine um resultado, devendo haver uma lógica do razoável. Nesse sentido afirma Pablo Stolze que “para se considerar uma causa ‘adequada’, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado”¹⁷. Portanto, será considerado causa, dentre os vários antecedentes existentes.

Essa teoria admite-se a indenização somente nos casos em que houver um relação direta ou indireta com o dano ocorrido. Aqui o dano deverá ser resultado do ato que está sendo analisado, não importando o decurso do tempo desde que seja provado que o dano é consequência do ato.

2.4.4 Dolo ou culpa

¹⁴ GAGLIANO; PAMPLONA. Op. cit., p. 89.

¹⁵ TARTUCE. Op. cit., p. 371.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.46

¹⁷, GAGLIANO; PAMPLONA. Op. cit., p. 137.

Nesse pressuposto haverá a incidência de dolo, quando o agente de forma consciente quanto a sua conduta, conseguindo o resultado esperado. O desejo do agente em ofender o bem jurídico é eficaz.

Na culpa em seu sentido estrito, ao contrário ao dolo, o agente não deseja o dano ao bem jurídico mas a sua ação dotada de imprudência, imperícia ou negligência constitui um dano ao bem jurídico com dever de reparação.¹⁸

Tendo em vista as peculiaridades que permeiam a temática pelo direito privado contemporâneo, se faz necessária uma análise pormenorizada e individual desta ramificação da responsabilidade civil.

2.4.5 Causas de excludente da responsabilidade civil

Existem causas capazes de excluir um dos pressupostos da responsabilidade civil e romper o nexo causal¹⁹, e a ausência de pressuposto faz com que perca a possibilidade de indenização. São elas: legítima defesa, exercício regular de um direito, estado de necessidade, caso fortuito e força maior culpa exclusiva da vítima, e fato de terceiro.

Caso a conduta não seja causa de excludente tem responsabilidade civil gerando o dever de indenização.

2.5 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como antes mencionado, a responsabilidade civil tem como seu objetivo restaurar as relações jurídicas econômicas afetadas através de um quantum indenizatório.

No mencionado instituto gera o dever de indenizar, além disso, a parte lesionada deve retornar ao status anterior ao qual se encontrava antes da ofensa do bem jurídico.

"Neste sentido, temos o conceito de Responsabilidade Civil definido por Savatier, que define a responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam."²⁰

A doutrina costuma classificar como três as funções da responsabilidade civil: a função reparatória, a função preventiva e função punitiva.²¹

2.5.1 Função reparatória

¹⁸ TARTUCE. Op. cit., p. 435-438;

¹⁹ GAGLIANO; PAMPLONA. Op. cit., p. 169.

²⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4. Pg.6

²¹ GLAGLIANO; PAMPLONA. Op. cit., p. 67.

A função reparatória talvez seja a função mais semelhante ao objetivo da responsabilidade civil como um todo, pois é o clássico objetivo do mencionado instituto de reparar o bem, restabelecendo o bem a situação anterior ao dano.

Nesse plano a função não visa reparar o comportamento do autor do dano, mas fazer a reparação do dano causado. Nessa mesma perspectiva de efetuar uma reparação faz-se necessário dizer quem em um primeiro momento a reparação é feita para que volte ao estado anterior como se nunca antes houvesse sido lesionado. Em segundo plano esse bem nunca voltará a ser o que era originalmente natural, acarretando uma indenização pecuniária. Todavia se faz importante mencionar o fato de que a função reparatória perde sua eficácia com o restabelecimento do bem lesionado ao seu estado original.²²

2.5.2 Função preventiva

A função preventiva tem o objetivo de conscientizar o agente mas toda a sociedade. Pois a indenização para a reparação do dano, tem o condão de ser visto como uma forma de prevenir tanto o agente como a sociedade de tais práticas, com uma indenização que evite que o ato que gerou dano seja mais benéfico do que a responsabilidade civil pelo dano. Evitando assim que atos ilícitos compense frente as relações jurídicas.

2.5.3 Função punitiva

Talvez seja a mais polêmica entre as funções da responsabilidade civil, isso porque existe uma discussão no meio doutrinário se essa função existe na responsabilidade civil brasileira, pois em nosso sistema jurídico há uma separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, e nessa última é onde há aplicação da função punitiva.

Nos Estados Unidos essa função é bastante aplicada na responsabilidade civil, através do nome “punitive damages”, que tem como objetivo que o causador do ato ilícito seja punido além do ressarcimento do dano com o intuito de desestimular tal prática.²³

Todavia no ordenamento jurídico a punitive damages não é aplicada por falta de previsão em lei.

2.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

²² GONÇALVES. Op. cit., p. 19-20,

²³ LONGUI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. **A função punitiva da responsabilidade civil: uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil**. In: CONPEDI / UFSC; coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Rafael Peteffi da Silva, Otávio Rodrigues Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 03 Disponível em: Acesso em: 04 abr. 2020.

No Código de Defesa do Consumidor encontra-se dois tipos de responsabilidade civil: a responsabilidade por fato do produto ou do serviço e a responsabilidade por vício do produto ou serviço.

Como anteriormente explanado acima existem dois tipos de responsabilidades, a subjetiva que é aquela que foi criada pelo Código Civil de 1916 que reconhecia a responsabilidade somente com culpa comprovada, e a Responsabilidade Objetiva criada no Código civil de 2002, prevista no artigo 927 combinado com art. 186, o que não exclui a Responsabilidade subjetiva, podendo ser aplicada ambas dependendo do caso concreto.

Na modalidade de Responsabilidade objetiva não é necessário a comprovação de culpa, basta o nexo de causalidade dentre a conduta e o dano para que a responsabilidade seja caracterizada.

As regras são: responsabilidade objetiva; Solidariedade passiva entre fornecedores; Inexistência de limite para indenização; Impossibilidade de excluir ou atenuar contratualmente a indenização (clausula abusiva - nula); Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica; Limitadas possibilidades de exclusão da responsabilidade; equiparação de todas as vítimas aos consumidores; Indenização de danos morais e materiais. Está vedada a denúncia da lide, porém pode haver o chamamento ao processo.

Reponsabilidade pelo fato do produto e do serviço decorre de danos causados pelo produto ou serviço, um acidente ocorre quando um produto ou dano psíquico/ físico ao usuário ou a terceiros mesmo quando utilizado ou manuseado corretamente, de acordo com as instruções de uso. Modalidade de fato do produto, art. 12 CDC são defeitos na criação, na produção (fabricação, construção, montagem), defeitos na informação ou insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos. O defeito não é o defeito estético, mas o defeito é substancial relacionado com a segurança que dele legitima-se espera.

A responsabilidade dos fornecedores é solidária, exceto o comerciante, este tem reponsabilidade subsidiária quando o fabricante/ produtor ou construtor não for identificado, caso o produto seja fornecido sem identificação clara de seu fabricante, e por fim o consumidor não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Neste sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que é necessário tão somente “a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.”²⁴ No mesmo norte, Carlos Roberto Gonçalves que explica ainda o postulado da teoria objetiva:

²⁴ GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit., p. 90.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa.²⁵

O artigo 6º, 12º e 14º do Código de Defesa do Consumidor garantiu o direito básico a prevenção e reparação por danos morais, nas relações entre consumidor e fornecedores.

O CDC protege o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, numa sociedade de produção e consumo em massa. O âmbito de aplicação do CDC é apenas em relações de consumo, ou seja, atividade exclusiva entre fornecedor e consumidor. Não relações de compra e venda entre particulares não se enquadra.

3 . DO DANO MORAL

Nas Palavras de Carlos Roberto Gonçalves o conceito de dano moral:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.²⁶

Existe o dano patrimonial que é aquele que causa lesão ao patrimônio, sendo diminuindo o valor econômico da vítima da relação jurídica. O dano patrimonial é quantificável, tendo o seu quantum apurado, é conhecido também como dano material.

Todavia nem todo o dano é quantificável, alguns são de valores imensuráveis por se de difícil identificação o tamanho da lesão ou por não ser possível a reparação do dano, voltando ao estado anterior antes de ter sido lesionado. pela a vítima. Nesse sentido Sérgio Cavalieri Filho afirma:

[...]o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza, e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou *não patrimonial*, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.²⁷

O dano moral é apenas mais um dos variados tipos de dano extrapatrimonial existentes e o seu conceito está ligado intimamente a defesa dos direitos que extrapolam a esfera patrimonial, os quais abrangem direitos da personalidade, a vida, a honra, a liberdade, sigilo

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.pg 30

²⁷ CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 101-102.

entre outros bens jurídicos. São garantias Constitucionais que buscam fortalecer a proteção dos valores morais das relações jurídicas. O dano moral nada mais é do que a violação do direito a dignidade.

No artigo 5º da Constituição foi assente e tornou-se inquestionável a reparação de danos morais e materiais, que são recorrentes da violação a intimidade e a vida privada. Seguindo a mesma ideologia o Código civil de 2002 também dispôs sobre o dano moral em seu artigo 86 combinado com o artigo 925 que estabelece a reparação da violação ao direito atingido.

Assim a Constituição Federal e o Código Civil junto ao Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma legítima prevenção a reparação de danos morais e patrimoniais para as relações de consumos, na qual o fornecedor de serviços e produtos possui responsabilidade civil e dever de resguardar o consumidor que é parte hipossuficiente nessa relação.

De forma geral, o dano moral é uma ofensa ou violação ao consumidor no âmbito psíquico, moral ou intelectual de uma pessoa. Ou seja, os atos ilícitos do lesivo não só atingem os direitos materiais, mas sim aqueles que ferem a liberdade, a honra e a saúde mental ou física da pessoa.

Aduz Carlos Roberto Gonçalves que além da compensação, o dano moral exerce uma segunda função, a de punição ao agressor com função pedagógica. Ou seja, visa, por meio da sanção aplicada, desestimular o agressor a reiteração da prática abusiva. Senão vejamos:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatória para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem²⁸

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, a função da reparação do dano moral não é desfazer a dor causada pelo dano, mas compensá-la. Ainda de acordo com o ilustre autor:

O único instrumento, na sociedade democrática dos nossos tempos, que pode servir como resposta ao anseio da vítima de ver também este aspecto do evento danoso equacionado é o dinheiro. O devedor da obrigação de indenizar paga ao credor certa quantia com o objetivo específico de compensar a dor. O pagamento da indenização não repõe os danos morais, apenas os compensam. Não há ressarcimento, mas enriquecimento patrimonial. O aumento do patrimônio da vítima é a única forma, atualmente desenvolvida pelo Direito, para que sua indenização seja a mais justa possível.

²⁸ CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 376.

A indenização no dano moral é vista como uma compensação pelo bem que foi ofendido. Cabe ressaltar que a este instituto não possui caráter sancionatório e sim compensatório para a vítima. O bem atingido não pode ser recomposto, porém a restituição em pecúnia subtrai os danos causados pelo ofensor. Está é a principal função da indenização por danos morais.

A indenização por dano moral deve ser compensatória, punitiva e pedagógica. Ela deve compensar a vítima pelo abalo sofrido, deve punir o agressor pelo ato ilícito praticado e acima de tudo deve adverti-lo de que a violação aos direitos da personalidade viola não apenas a vítima, como também toda sociedade. Este instituto tem por base "educar" o violador do direito a personalidade de modo a conscientizá-lo a não mais praticar o dano.

3.1 FUNÇÕES DO DANO MORAL

Como já vimos anteriormente a principal função da responsabilidade civil é a reparação do dano, fazendo com que volte ao estado anterior antes de ser lesionado. Todavia bem é sabido que não tem como se reparar danos imateriais, pois não são economicamente mensuráveis, esses conhecidos por dano moral

Nesse sentido diz Hector Valverde:

É possível, em sede de indenização do dano patrimonial, a busca de uma equivalência absoluta entre a diminuição material sofrida pela vítima e a parcela de bens ou valores que será destacada do patrimônio do ofensor para cumprir o dever de indenizar. Diversamente, cuidando-se de lesão aos direitos da personalidade, não há como orientar o dever de reparar com apoio em uma equivalência absoluta entre prejuízo experimentado pela vítima e o montante devido pelo ofensor. O operador do direito deve buscar a reparação do dano moral em uma equivalência relativa, a fim de que o montante em dinheiro cumpra as suas finalidades.²⁹

Desse modo devemos diferenciar dano moral do dano material, dentre outro fins que deverão ser vistos para que o dever de reparar se torne o mais eficiente a ser extraído. Dentre as funções existente ao dano moral estão: a compensatória, a preventiva e a punitiva.

3.1.1 Função Compensatória do Dano Moral

Essa função é para compensar a vítima que sofreu o dano moral, tem seu objetivo diretamente ligado ao instituto que a integra, isto é, de responsabilidade civil. A compensação se dar pelo motivo dos abalos ordem psicológicas sofridas pela vítima, que jamais poderá voltar ao status anterior ao dano. Nesse sentido afirma Burno Miragem:

Em primeiro lugar, foi construída e desenvolvida a função compensatória da indenização, partindo do pressuposto que, tendo sofrido um dano que, conceitualmente, é irreparável, cumpre à pessoa o direito de receber, via

²⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Trinunais, 2009.P. 190

indenização, um conforto material de natureza pecuniária, de modo a permitir, na impossibilidade fática da reparação, uma compensação pelo dano sofrido.³⁰

Essa função teve bastante resistência por parte da doutrina e da jurisprudência até que fosse inteiramente aceita, pois os argumentos utilizados foi no sentido de que a dor e o sofrimento não se podem ser atribuídos caráter econômicos.³¹

3.1.2 Função Preventiva do Dano Moral

A função preventiva tem como objetivo inibição de condutas que gere dano, pois em um primeiro momento o causador do dano ao lesar um patrimônio saberá que deverá arcar economicamente, tendo reflexo indenizatório, desestimulando a realizar novamente a mesma conduta. E num segundo no momento, conscientizando a sociedade a cerca das consequências que lhes serão atribuídas, as inibindo de agirem da mesma forma, assim mencionado em jurisprudência.

Acerca dessa afirmação, Bruno Miragem diz:

ao tratar da função preventiva da indenização por danos morais no direito do consumidor, ressalta que essa finalidade está consagrada no Código de Defesa do Consumidor, conforme disposto em seu art. 6, VI, que preceitua o direito à prevenção de danos. Segundo o doutrinador, esta prevenção não se refere apenas a ações para reduzir ou eliminar riscos de produtos e serviços no mercado de consumo. A sua finalidade de desestimular a repetição da conduta também deve ser considerada no momento da fixação do quantum indenizatório.³²

3.1.3 Função Punitiva do dano moral

Essa talvez seja a função que mais gere polêmica no meio doutrinário e jurisprudencial, pois discute-se essa função no nosso ordenamento jurídico. Sua aplicação consiste em obrigar o agente a suportar a ofensa cometida, através de uma indenização com valor indenizatório capaz de punir o ofensor pelo dano e promover a ideia de que a conduta praticada não será aceita pela justiça e nem ficará impune.

O caráter punitivo aplicado no direito brasileiro não se confunde com o “punitive damages” que pode ser compreendido como uma ação indenizatória de valor expressivo bem acima da compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade, de prevenção e punição³³. Nesse direito o exemplo de utilização da punição servirá como exemplo para desestimular a

³⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 331]

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

³² MIRAGEM. Op. cit., p.332-333.

³³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva** (punitive damages e o direito brasileiro). Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/643/823>>. Acessado em: 04 JUNH. 2020.

sociedade a repetir tal conduta do ofensor, o que diverge do direito brasileiro, onde terá o próprio direito penal para punir nas condutas tipificadas em lei.

É impetuoso destacar que a função punitiva não se refere ao dano ocasionado a vítima mas a conduta reprovável do ofensor, afim de reprimir novos comportamentos lesivos.

Na Responsabilidade Civil Brasileira existe a aplicação da função punitiva no dano moral, mas esta é uma função inerente ao próprio danos morais, sendo aplicado de forma razoável não podendo a vítima se beneficiar por enriquecimento sem causa, deve ser aplicada com moderação, levando em conta o critério da perda da última chance que trataremos um pouco mais adiante.³⁴

Os tribunais brasileiros têm se manifestado no sentido de aplica a função punitiva do dano moral um quantum indenizatório que tem uma combinação de dois a três critérios, são eles: o grau de culpa do agente, a condição financeira do agente ofensor e o enriquecimento obtido com fato ilícito.³⁵

Existe uma função punitiva mista, que pode ser considerado um desdobramento da função punitiva. A essa pode ser considerada um terceiro, quarto critério: a intensidade e o tempo de duração do sofrimento sofrido pela vítima, podendo existir um quinto que é a perda da última chance.

3.2 DO DANO MORAL PUNITIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O SURGIMENTO DO MERO ABORRECIMENTO

A mudança significativa nas relações de consumo ocorreu após constituição de 1988 consagrou a atividade econômica como garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica, reconhecendo expressamente a vulnerabilidade do consumidor. O artigo 48 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) determinou a criação do Código de Defesa do Consumidor.

A tendência natural foi que os Tribunais não mediocrizassem os danos sofridos pelo consumidor, e sim que tornassem as sentenças mais severas, a fim de desestimular as condutas lesivas dos fornecedores, com sentenças sócio educativa com caráter punitivo-pedagógico³⁶. Dessa forma passou se a usar o termo “Dano moral punitivo”

Desde tão o judiciário vem apresentando mudanças assombrosas quanto o que se refere a defesa do consumidor.

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem

³⁶ COLLARES, AC; Dano Moral Punitivo: **A relação do mero aborrecimento com a teoria do desvio produtivo**, Rio de Janeiro. Pg 7.

Diante do sistema garantidor dos consumidores e do crescimento das demandas judiciais pela má prestação de serviço oferecida pelos fornecedores cresceu a ideia de que estaria havendo uma banalização do referido instituto, o que convenceu alguns julgadores acerca do uso excessivo desta prerrogativa legal, ao entendimento de que muitos consumidores na intenção de obter ganhos facilmente estivessem ‘vulgarizando’ a represália do Estado ao fornecedor faltoso. De tal comportamento surgiu a expressão “indústria do dano moral”, para caracterizar os casos em que, de forma recorrente, os lesados não correspondiam ao que estava sendo narrado e provado no processo.

Nos últimos anos chamo atenção para a mudança de posicionamento do judiciário quanto a sumula que foi criada denominada como "mero aborrecimento", como uma resposta a um entendimento distorcido do judiciário pela crescente acesso ao judiciário. Foi uma “solução criada pelo tribunal de justiça afim de deixar de reconhecer a existência de indenização por dano moral, sobre a tese que em de descumprimento contratual seria julgado apenas como um aborrecimento cotidiano, isto é aquela conduta lesiva do ofensor não ensejaria qualquer reparação. Em outras palavras, seria um fato que não foge a normalidade, que é possível a pessoa suportar tal intento.

Em verdade, a sociedade impôs que a tese seja superada, pois o julgador deve reparar adequadamente por meio de justa reparação aquele que foi ofendido e lesado pelo litígio. A sociedade precisa ter noção que aquele causador da lesão teve punição pelo ato praticado, para acabar com essa sensação de impunidade a qual se encontra o judiciário com a criação de uma súmula equivocada.

Como mencionado anteriormente o papel do dano moral punitivo tem o papel de conscientizar o ofensor a não repetir o ato ilícito. No entanto é crescente o número de consumidores movendo ações no judiciário por serem vítimas frequentes de práticas abusivas.

O ato ilícito praticado por estes se torna vantajoso, pois ainda que seja crescente a quantidade de demandas contra a má prestação de serviço cometida pelas empresas, ainda é um número inexpressivo diante do lucro obtido pelas grandes prestadoras de serviço a quantidade de consumidores, que sofrem irregularidades mas se calam.

É possível perceber que as empresas acionadas são constantemente recorrentes dos mesmos casos, o que enfatiza o fato que tal indenização perdeu sua eficácia.

O número de reclamações extrajudiciais também aumenta cada vez mais, e é ainda maior o número de ações judiciais nesse mesmo sentido Flavio Tartuce diz a respeito do assunto:

Por derradeiro, fazendo uma análise crítica, este autor entende que muitas vezes os valores fixados a título de reparação moral pelos magistrados são irrisórios ou de pequena monta, não tendo o caráter pedagógico ou até punitivo muitas vezes alegado. Por isso, muitas empresas acabam reiterando suas condutas de desrespeito a direitos perante a sociedade. Fica o tema para a devida reflexão e para que o panorama de desrespeito seja alterado.³⁷

Todo esse mecanismo facilitador para as empresas leva a obtenção da não celeridade dos processos, o judiciário está cada vez mais abarrotado, tornando cada vez mais ineficiente as punições e consequentemente a prestação de serviços e produtos.

O Judiciário de equilibrar a esfera da celeridade e a justiça, não perdendo de vista o objetivo maior que é satisfazer o interesse social. O que vemos é um judiciário tentando suprimir os direitos dos consumidores através de uma postura ilegal e injusta, na tentativa de diminuir o número de demandas, causando um total desequilíbrio entre o lesivo e consumidor, ora parte hipossuficiente.

3.3 DO ENUNCIADO 75 DO STJ

Em 2005 O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ editou a súmula 75:³⁸ que dispõe: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

A sumula já iniciava trazendo uma proteção significativa a má a grandes empresas e um encorajamento em manterem a má qualidade de serviço ao consumidor ao informar que “o simples descumprimento de dever legal ou contratual não configurava dano moral.

Foram geradas muita polêmica em vista dessa súmula pois criou uma distorção no cenário jurídico. Os juízes passaram a analisar as demandas não de forma individual, verificando cada caso mas de forma genérica, uma vez que entendiam que não havia indenização por dano moral e sim mero dissabores do cotidiano³⁹.

O ministro Humberto Gomes de Barros, da 3ª Turma do STJ, ao julgar recurso especial (REsp 731.967-MA) contra empresa de telefonia escreveu:

[...]O dissabor com o desgaste de interrupções frequentes na prestação de serviço de telefonia é mero aborrecimento que não acarreta dano moral porque não há gravame à honra, apesar da obrigação de a empresa de telefonia fornecer o serviço com continuidade e sem paralisações. Com esse

³⁷TARTUCE. Op. cit., p. 307.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula nº 75**. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019

³⁹ COLLARES, AC.Op. cit., p. 9.

entendimento, a Turma excluiu a condenação por danos morais, provendo o recurso da empresa de telefonia.[...] ⁴⁰

Esse era o grande panorama do judiciário, grandes empresas continuavam em práticas abusivas sabendo que haveria a afastamento de responsabilidade pelo ato ilícito, que agora estava orientado pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No ano de 2018, foi aberto processo administrativo⁴¹, pela Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Rio de Janeiro OAB/RJ, referente a tal súmula, que foi julgada pelo órgão especial do TJRJ, que a cancelou⁴².

O cancelamento da súmula 75 do TJRJ não significou dizer que as empresas responderiam civilmente pelos seus atos ilícitos e seriam condenados a dano moral diante das praticas abusivas cometida pelos fornecedores de serviços, mas significou que agora o juiz deveria analisar caso a caso fundamentando suas decisões analisando a existência do dano, embora submetido ao poder discricionário de livre convencimento.

Nesse sentido afirma Flavio Tartuce :

Inicialmente, tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral. ⁴³

4. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Após a análise da Responsabilidade Civil nas relações de consumos, já é possível observar os impactos decorrente da desvalorização do consumidor e o retrocesso garantidores da relação de consumo que foi desencadeado por um fenômeno conhecido por “Indústria do mero aborrecimento”, e compreender ao que significa a teoria do Desvio produtivo do tempo e os impactos..

Marcos Dessaune, sobre a desvio produtivo do consumidor conceitua:

Fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital, que é um recurso produtivo e se desvia das suas atividades cotidianas, que geralmente são existenciais. Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia

⁴⁰ BRASIL. STJ.RECURSO ESPECIAL: **REsp 731.967-MA**.Relator: Humberto Gomes. JusBrasil. Disponivl em:<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=MERO+E+ABORRECIMENTO&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>>acesso **em 04 jun. 2020.**

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD>>

⁴² COLLARES, AC; Op. cit., p. 9

⁴³TARTUCE. Op. cit., p. 259.

a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.⁴⁴

A proteção exagerada aos fornecedores por parte do judiciário era fundamentada na teoria do mero aborrecimento, que trazia em sua fundamentação que algumas condutas irregulares era considerada meros dissabores cotidiano ,acarretando a irresponsabilidade civil das empresas diante das diversas falhas, a teoria do desvio produtivo do tempo tem como objetivo equilibrar essa relação⁴⁵., pois esta veio na contra mão do mero aborrecimento, valorizando o tempo vital que deveria ser gasto com atividades existenciais mas acaba sendo gasto para a resolução de problemas provocados pela própria fornecedora.

A contemporaneidade nas relações de consumo, traz ao mundo jurídico constantes interpretações a cerca da responsabilidade civil e isso inclui a valorização de elementos, que não devem ser ignorado, como o tempo. Pablo Stolzer⁴⁶ afirma que compreender o tempo de cada um como um bem jurídico tutelável é um dos novos desafios da contemporaneidade

Essa tese nos chama atenção ao dano causado ao consumidor, tendo em vista que ninguém pode realizar mais de uma atividade ao mesmo tempo, há um desgaste do tempo do consumidor no sentido de ter suas atividades regulares ou desejada suprimida⁴⁷ esperança de solucionar os problemas decorrente de má prestação de serviço. Por muitas vezes, este, que ainda é considerado parte hipossuficiente utiliza-se de ferramentas que extrapolam a sua comodidade , procurando solução para algo que não é de sua responsabilidade dos fornecedores.

O Desvio produtivo do tempo possibilita a indenização ao consumidor. Mas atenta-se que não todas as situações que geram a perda do tempo útil do consumidor, pois isso poderia fomentar em a vertente da teoria do abuso de direito, apenas que aquelas que podem ser consideradas “ injustas e intoleráveis” poderá reparação pelo dano material e moral sofrido⁴⁸.

Notam-se práticas corriqueiras em relação ao desvio do tempo produtivo do consumidor, o fato de ter que enfrentar horas na fila de um banco, ao perder seu dia de trabalho em busca de assistência técnica, problemas em compras de sites da internet e etc. Pois, diversas das vezes o consumidor se programa para efetuar uma compra ou às vezes é instigado a comprar através de propaganda publicitária, e quando de fato ocorre aderência do produto ou serviço ocorre o vício ou defeito do mesmo, sem qualquer amparo do fornecedor.

⁴⁴ DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 201.pg 23

⁴⁵ Idem, ibidem, pg20

⁴⁶ GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit., p. 157.

⁴⁷ DESSAUNE. Op. cit., p 23.

⁴⁸ GLAGLIANOSTOLZE; PAMPLONA FILHO. Op. cit.,p.114.

Quando por falha na prestação de serviço de serviço, o consumidor é orientado a fazer o primeiro contato de forma administrativa pelo Serviço de Atendimento ao Consumidor –SAC. Todos que já tiveram essa experiência sabe o quanto tempo se perde na espera de um atendimento por um atendente nessas ligações, e que por muitas vezes não são nem concluídas, tendo o consumidor refazer todos os passos de atendimento, ou quando atendidos por profissionais despreparados com alternativas ineficazes.

Dessa forma fica comprovado que as empresas se aproveitam das situações de vulnerabilidade do consumidor, para agir de má fé.

O tempo é capaz de criar, modificar e extinguir direitos no âmbito jurídico⁴⁹. Desse modo, ao decorrer da evolução da sociedade em meios tecnológicos estes buscam alternativas que visam diminuir o tempo gasto com tarefas e obrigações com o intuito de resguardar o seu valioso tempo para atividades de lazer, família, desejando apenas viver, aproveitar o seu tempo de vida.

A teoria do desvio produtivo do consumidor sustenta que nas situações em que o consumidor desperdiça tempo, e precisa se desviar de suas atividades existências como trabalho, lazer, estudos, entre outras tarefas sofrem um dano extrapatrimonial de natureza existencial que é chamado de dano lato senso, e o consumidor também sofre conseqüentemente dano material, pois contrata advogado, utiliza meios de comunicação entre outros mecanismo que geram custos pecuniários.⁵⁰

Na teoria do desvio produtivo do tempo, o bem jurídico ofendido é o tempo, aquele existencial, portanto a jurisprudência que defendia o mero aborrecimento estava equivocada pois está atentando contra o tempo vital da funcionalidade existencial do consumidor, e não a integridade psíquica.

Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências – de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar.

É indubitável a complexidade que as relações consumeristas apresentam na sociedade. Por décadas na história os danos morais não tinham a participação estatal na

⁴⁹ FIRMEZA, JULIANE. **Aplicabilidade Atual do Desvio Produtivo do Consumidor Nas Relações de Consumo**.2019. Disponível,em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/aplicabilidade-atual-do-desvio-produtivo-do-consumidor-nas-relacoes-de-consumo/>>acesso em 04.junh2020

⁵⁰ DESSAUNE. Op. cit., p 28.

normatização destas questões, mas a Constituição Federal de 1988 e a lei 8.078/90 Código de Defesa do Consumidor. Deve-se observar a importância social da indenização, não só tutelar a compensação mas de uma forma eficaz diminuir esses atos ilícitos por parte das grandes empresas.

Há quem diga que tempo é dinheiro, possui de fato uma valia na modernidade. Contudo, é corriqueiro contratempos que os consumidores passam para resolver atos ilícitos dos fornecedores de serviços e produtos. Este tempo poderia ser dedicado em outras atividades.

Alguns tribunais já vêm aplicando o entendimento de que o tempo é útil, valioso, e considerado um bem jurídico tutelado, e ainda o tempo é algo que não pode ser devolvido. Porém esse entendimento não é solidificado, uns tribunais aplicam e outros não, tribunal do Rio de Janeiro é um dos pioneiros nesse entendimento.

Por razão de não haver segurança jurídica em relação a aplicação ou não de indenização por perda de tempo útil é que existe um projeto de lei 5.221/2016 que versa exatamente sobre a proposta de incluir no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, lembrando que o artigo referido trata sobre a proteção ao consumidor. A proposta diz que o fornecedor deve indenizar o consumidor pela perda do tempo útil e tempo livre, portanto havendo a previsão normativa já haveria maior segurança jurídica para que os tribunais aplicassem tal ato entendimento.

5. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho foi possível observar o papel do instituto da Responsabilidade civil nas relações de consumo e sua importância sociedade capitalista em que vivemos.

Apesar das normas legais que protegem a parte hipossuficiente da relação, isso é, o consumidor, a pesquisa constata que nosso judiciário tem constantes mudanças de posicionamento ao aplicar a lei e que existe um desequilíbrio recorrente entre essa relação, de uma ponta o consumidor parte frágil e hipossuficiente e na outra ponta os fornecedores de serviços e produtos. O judiciário deveria estar acima dessa relação, aplicando as lei e mantendo um equilíbrio nessa relação, por muitas vezes se posiciona no lado da parte mais forte que são os fornecedores.

Essas atitudes fazem com que o as grandes empresas não busquem a melhora da qualidade do serviço e consigam se esquivar da responsabilidade civil de indenizar o consumidor. Nesse sentido o dano moral com a função punitiva-pedagógica perde sua eficácia, pois essa que deveria funcionar também como um exemplo para o agente causador da conduta

ilícita, para que este não a praticasse novamente, serviria também de exemplo educativo a toda sociedade. Mas o que se observa é a conduta reversa, eles continuam nas práticas abusivas, pois ainda que indenizem é um valor ínfimo, diante dos lucros auferidos na permanência da má prestação de serviço. Para tanto não basta só compensar a vítima, deve desestimular a prática do ofensor.

Apesar do cancelamento da sumula 75, muitas são as falhas cometida na prestação de serviço que deveria ensejar em dano moral, mas é sentenciada como “dissabores do cotidiano”. Em vista disso, a teoria do “Desvio produtivo do Tempo”, desenvolvida por Marcos Dessaune buscou mostrar o equívoco do posicionamento jurídico, trazendo como fundamento que todas as vez que o consumidor desperdiça tempo de vida resolvendo problemas de consumo que não deveriam existir, ele sofre o dano moral, pela perda de tempo existencial de vida. Essa teoria tem sido aceita por muitos tribunais. Conclui-se que o instituto da responsabilidade civil apesar de bem estruturado, está longe de ser aplicado de forma efetiva , há um desequilíbrio muito grande nos cumprimento de deveres e obrigações por parte de consumidores e fornecedores e com as constantes evoluções em novas sociedade, o “tempo” deve ser considerando um bem precioso, pertencente ao dano moral, ao ser violado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. STJ.RECURSO ESPECIAL: **REsp 731.967-MA**. Relator: Humberto Gomes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=MERO+E+ABORRECIMENTO&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11> >. Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo administrativo nº **0056716-18.2018.8.19.0000**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula nº 75**. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf> .Acesso em: 22 fev. 2019

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2.

COLLARES, AC; **Dano Moral Punitivo**: A relação do mero aborrecimento com a teoria do desvio produtivo, Rio de Janeiro.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, 2006.

FIRMEZA, JULIANE. **Aplicabilidade Atual do Desvio Produtivo do Consumidor Nas Relações de Consumo**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/aplicabilidade-atual-do-desvio-produtivo-do-consumidor-nas-relacoes-de-consumo/>> .Acesso em 04 junho 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo F. **Novo curso de direito civil**, volume 3 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2012.

LONGUI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. **A função punitiva da responsabilidade civil**: uma análise da indenização punitiva por dano social no brasil. In: CONPEDI / UFSC; coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Rafael Peteffi da Silva, Otávio Rodrigues Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 03 Disponível em: Acesso em: 04 abr. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/643/823>>. Acessado em: 04 JUNH. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: reponsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.