



CENTRO UNIVERSITÁRIO REDENTOR – AFYA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUSTAVO MACHADO DO CANTO

**A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: RESPONSABILIDADE
CIVIL DECORRENTE DO TEMPO PERDIDO**

ITAPERUNA - RJ

2021

GUSTAVO MACHADO DO CANTO

**A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: RESPONSABILIDADE
CIVIL DECORRENTE DO TEMPO PERDIDO**

Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado como
requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito
ao Centro Universitário
Redentor – AFYA.

Orientador: Prof.^a Esp. Renata Alfradique Carpi Paiva

Itaperuna - RJ

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autor: GUSTAVO MACHADO DO CANTO

Título: A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR:
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO TEMPO PERDIDO.

Natureza: Trabalho de Conclusão de Curso

Objetivo: Título de Bacharel em Direito

Instituição: Centro Universitário Redentor - AFYA

Área de Concentração: Direito do Consumidor

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof.^a M.Sc. Líbia Kicela Goulart

Instituição: Centro Universitário Redentor - AFYA

Prof.^a Esp. Naira Silva Marinho

Instituição: Centro Universitário Redentor - AFYA

Prof.^a Esp. Renata Alfradique Carpi Paiva

Instituição: Centro Universitário Redentor - AFYA

AGRADECIMENTOS

Ao meu bom Deus que me sustentou durante toda minha caminhada acadêmica, me protegendo durante todas as viagens feitas para assistir às aulas, e me concedendo saúde e força para vencer todas as etapas.

À meus pais, Sheila e Valdenir, pelo privilégio de ser seu filho, pois desde sempre ambos estiveram ao meu lado em todas as situações, me dando todo o suporte necessário para que pudesse obter não apenas uma graduação, mas sim uma formação completa como cristão e cidadão.

À minhas tias Neusa e Shirléia, por estarem presentes nos principais momentos de minha vida. À meu tio Paulo, por todos os momentos de descontração e ensinamentos sobre música.

À meus tios Ranis e Alberto, por toda a ajuda que me deram durante meu período de graduação, estando sempre disponíveis quando precisei. À meu tio Ailton, pelo exemplo de profissional do direito que é, e por ter me influenciado, junto a meu pai, a trilhar o caminho do Direito.

À meu primo Rafael, por toda a ajuda e amizade, assim como à todos os meus primos, que tenho como irmãos.

À meus avós, Maria Auxiliadora (*in memoriam*) e José (*in memoriam*), por todo o conhecimento adquirido no convívio que tive. Agradeço também à minha avó Eunice pelo exemplo de pessoa que é em minha vida.

À todos os professores que me ajudaram em minha formação enquanto operador do direito, em especial à minha orientadora Renata Carpi, pelas excelentes ideias e ótimo auxílio na produção deste trabalho, e ao Professor César Pimentel, pelo incentivo em seguir a carreira jurídica. Também sou grato aos demais funcionários da UniRedentor que me atenderam com boa vontade durante esses anos.

E, por fim, agradeço à todos os amigos que fiz durante esse período de graduação, e por Deus ter colocado boas pessoas em meu caminho.

“O SENHOR é o meu pastor,
nada me faltará.”
(Salmos 23:1)

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os principais aspectos que permeiam a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, através de uma pesquisa qualitativa, feita mediante revisão bibliográfica e análises jurisprudenciais. Estabelecendo a evolução do conceito de Responsabilidade Civil Objetiva adotado no Brasil, o estudo irá perpassar pelas características das principais modalidades de danos indenizáveis, demonstrando, com isso, o caráter aberto desse instituto jurídico, além de uma exposição das funções que a responsabilidade civil exerce no direito consumerista brasileiro, e como isso interfere na fixação do valor dos danos. O ponto principal deste estudo será demonstrar que o tempo de vida do ser humano é protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo, dessa forma, ser considerado um bem jurídico fundamental, e como as falhas na prestação de serviço provocam um dano a este bem, gerando, com isso, o direito à indenização pelo tempo perdido em decorrência do desvio produtivo do consumidor.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Tempo Perdido. Dano Indenizável.

ABSTRACT

ABSTRACT: The present work aims to analyze the main aspects that permeate the Theory of Consumer's Productive Deviation, by means of a qualitative research, made through bibliographical review and jurisprudential analysis. Establishing the evolution of the concept of Strict Civil Liability adopted in Brazil, the study will go through the characteristics of the main modalities of indemnifiable damages, thus demonstrating the open character of this legal institute, in addition to an exposition of the functions that civil liability exercises in the Brazilian consumer law, and how this interferes in fixing the value of damages. The main point of this study will be to demonstrate that the human being's vital time is protected by the Brazilian legal system, and should, therefore, be considered a fundamental legal asset, and how failures in the provision of services cause damage to this asset, thus generating the right to compensation for lost time as consumer's productive deviation.

Keywords: Civil Liability. Lost Time. Indemnifiable Damage.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
1 INTRODUÇÃO	9
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	12
2.1 Esboço histórico.....	12
2.2 O Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Objetiva.....	13
2.3 Dos danos indenizáveis	16
2.4 Da dupla função da responsabilidade civil no CDC	19
3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR.....	22
3.1 Do tempo como Bem Jurídico Tutelável	22
3.2 Do valor econômico do tempo	23
3.3 Da tese do advogado Marcos Dessaune	24
4 O TEMPO DESPERDIÇADO E A VIDA ALTERADA: RECONHECIMENTO DO DANO TEMPORAL PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	28
5 CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

1 INTRODUÇÃO

No âmbito das relações de consumo, o conceito de consumidor, definido pelo Artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, on-line), tem sido interpretado à luz da teoria finalista mitigada, difundida pelo Superior Tribunal de Justiça em um de seus julgados, que preconiza que consumidor seria toda pessoa natural ou jurídica que, além de ser destinatário final de um produto ou serviço, possui uma vulnerabilidade técnica, informacional, jurídica e fática em relação à um fornecedor de produto ou serviço. (ALMEIDA, 2020, p. 83).

É importante destacar que a referida vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência econômica e técnica. A vulnerabilidade é um elemento dentro do direito do consumidor que possui presunção legal absoluta, isto é, todo aquele que for identificado como consumidor é automaticamente vulnerável em relação ao fornecedor. Já a hipossuficiência é um termo de cunho processual que é mais amplo, podendo, inclusive, qualificar o consumidor, mas que possui caráter relativo, necessitando de comprovação em cada caso específico. (THEODORO, 2020, p. 10).

Em relação aos fornecedores de produto e prestadores de serviço, incide sobre eles o chamado risco da atividade ou do empreendimento, ou seja, quando a pessoa natural ou jurídica opta por fornecer um produto ou prestar um serviço, recai sobre ela a responsabilidade objetiva sobre aquilo que será fornecido, de modo que eventuais danos ao consumidor devem ser reparados pelo fornecedor, independente se houve ou não dolo ou culpa. (ALMEIDA, 2020, p. 369).

Apesar da proteção conferida ao consumidor pela legislação consumerista, as falhas na prestação de serviço se tornaram algo rotineiro nos últimos tempos. Como a maioria dos prestadores de serviço atualmente prezam mais pelos números do que pela qualidade, a má prestação de serviço veio como consequência lógica, e com ela o alto índice de ajuizamento de ações de reparação de danos perante o Poder Judiciário. (DUARTE, 2019, on-line).

Contudo, com o ajuizamento em massa de ações indenizatórias, surgiu a discussão a respeito de que tipo de conduta daria ensejo à indenização. O Código de Defesa do Consumidor define as condutas danosas ao consumidor como fato ou vício do produto ou serviço, sendo o fato aquilo que pode trazer risco à integridade psicofísica do consumidor, e vício aquilo tem potencial de prejudicar a integridade

econômica e a confiança do consumidor. (NADER, 2016, p. 524).

No que diz respeito aos danos materiais, sua caracterização é mais objetiva, ou seja, uma vez comprovada a existência do dano e de seu nexo causal com a conduta praticada, a indenização se faz necessária sem demais discussões. O embaraço nesta temática é em relação aos danos morais, que estarão configurados no caso concreto quando houver uma ofensa aos direitos da personalidade do consumidor. (BOLSON, 2002, on-line).

Embora o judiciário brasileiro atualmente não encontre problemas em reconhecer a existência dos danos morais, o caráter aberto desta modalidade de dano pode, de certa forma, acabar banalizando a existência do dano, de modo que toda conduta seria considerada danosa, fazendo com que o chamado *quantum debeatur* dessas ações indenizatórias não correspondesse ao dano efetivamente provocado. (KHOURI, 2013, on-line).

Em meio a toda essa discussão a respeito da configuração dos danos morais, surgiu a chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, elaborada pelo advogado Marcos Dessaune, que dispõe sobre a ocorrência de danos morais passíveis de indenização quando algum fornecedor de produto ou serviço agir de forma leniente na relação de consumo, de modo que é transferido ao consumidor o ônus de resolução de algum problema decorrente da má prestação de serviço, havendo a perda do tempo útil do consumidor. (DESSAUNE, 2017, p. 234).

A referida teoria se mostra extremamente atual e relevante, posto que uma das formas que os fornecedores mais lesam o consumidor é, de fato, através da transferência de responsabilidade durante a resolução de um problema, obrigando o consumidor a despender uma parte considerável do tempo útil de seu dia, ou até mesmo de sua semana. O consumidor, enquanto lado mais vulnerável na relação de consumo, se vê numa situação em que recai sobre ele deveres operacionais que vão além de sua capacidade, e que, principalmente, não deveriam ser de sua responsabilidade, mas sim daquele que está prestando o serviço. (DESSAUNE, 2017, p. 235).

Assim sendo, este estudo tem como objeto abordar a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, assentado na seguinte questão-problema: As situações aborrecedoras que geram perda de tempo útil do consumidor decorrente de uma falha na prestação de serviço ou de um produto são suscetíveis indenização? Deste modo, o trabalho tem como objetivo geral abordar a Teoria do Desvio Produtivo do

Consumidor analisando seus requisitos, apontando sua origem e aplicabilidade no mundo jurídico.

Portanto, pontuamos os seguintes objetivos específicos que têm como função desvelar a questão-problema e atingir o objetivo geral de estudo, a saber: Apresentar uma evolução histórica sobre o direito do consumidor, evidenciar a responsabilidade civil como instrumento de defesa contra falhas nas prestações de serviço ou vício dos produtos, abordar quais são os danos tuteláveis e os bem jurídicos a serem defendidos, apresentar a teoria do desvio produtivo do consumidor, e, por fim, analisar sua aplicabilidade jurisprudencial.

Em síntese, o presente estudo pretende lidar com a caracterização de danos extrapatrimoniais no que tange à perda do tempo útil do consumidor por culpa de problemas na prestação de serviços, que são criados pelos próprios fornecedores. Tal problemática precisa ser enfrentada e discutida, a fim de que o consumidor não seja lesado, e que condutas abusivas sejam identificadas e indenizadas, para que haja um desincentivo em relação a sua prática.

O trabalho baseia-se em metodologia qualitativa, de cunho bibliográfico, assentada em estudos recentes de autores/pesquisadores, posicionamentos jurisprudenciais, dentre outros autores que atribuam ao trabalho relevância e confiabilidade.

Com o objetivo de facilitar a leitura, o trabalho será dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro a introdução ao tema, o segundo referente à responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo, o terceiro sobre a teoria do desvio produtivo do consumidor, e o quarto a respeito da adoção da tese do desvio produtivo pela jurisprudência brasileira.

Após, seguem as considerações finais no quinto capítulo, e as referências bibliográficas. Espera-se que o estudo traga contribuições que venham consubstanciar o acervo científico, bem para aqueles que estejam envolvidos com esses questionamentos doutrinários.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 Esboço histórico

A formação do conceito de responsabilidade, enquanto instituto jurídico de reparação por danos causados, é oriunda de uma evolução histórica que remonta à tempos remotos, quando o homem começou a codificar as normas. A chamada Lei das Doze Tábuas, um dos primeiros registros escritos de uma norma jurídica, trazia em seu bojo dispositivos que demonstravam uma preocupação em reparar danos causados a outrem, ainda que de forma rudimentar. (JÚNIOR, 2017, on-line).

Durante o governo do imperador romano Justiniano, aproximadamente dois séculos antes do nascimento de Cristo, foi criada a chamada *Lex Aquilia de Damno*, que viria a ser um marco fundamental para a concepção de responsabilidade civil que se tem atualmente. A edição desta norma trouxe para a análise da responsabilidade o conceito de culpa, isto é, a intenção do agente agora passou a ser considerada, além de que a indenização pecuniária passou a ser a forma principal de restituição de danos. (DINIZ, 2002, p. 10).

O marco seguinte de maior relevância para a concepção moderna de responsabilidade civil é o Código Napoleônico, editado durante a primeira metade do Século XIX, que apresentou os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, tais como a comprovação da conduta e do dano sofrido, bem como do nexo causal entre conduta e dano, e um conceito de culpa mais amplo do que o anterior, abarcando tanto a culpa propriamente dita, assim como o dolo. (TARTUCE, 2017, p. 373).

Ainda no Século XIX, durante o período da Segunda Revolução Industrial, a industrialização em massa, além do aumento da atuação do estado na sociedade, fez com que surgisse a discussão de como um indivíduo comum, quando sofresse um dano decorrente de algum produto ou serviço coletivo, conseguiria comprovar a culpa do autor do dano, tendo em vista que os processos tecnológicos empregados eram muito complexos. (DUARTE, 2019, on-line).

Dessa forma, em virtude desta problemática, surge uma nova espécie de responsabilidade civil, denominada de responsabilidade objetiva, em que não haveria a necessidade de se comprovar o elemento subjetivo de culpa por parte do agente

causador do dano. A fim de corroborar tal possibilidade, os juristas franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand criaram a chamada ‘teoria do risco’, aplicada até os dias atuais, que estabelece que todo aquele que fornece um produto ou serviço assume os riscos de sua atividade, devendo responder pelos possíveis danos dela decorrentes. (TARTUCE, 2017, p. 373).

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, havia previsão do conceito de responsabilidade civil, porém apenas aquele cuja comprovação de culpa era necessária. A responsabilidade objetiva só veio a ser consagrada, num primeiro momento, pelo Código Civil de 1916, em que havia a responsabilização do estado por atos comissivos de seus agentes. Em complemento à esta previsão legal, a Constituição Federal de 1988 também previu expressamente a modalidade objetiva de responsabilidade no parágrafo sexto de seu artigo trinta e seis. (TARTUCE, 2017, p. 374).

No âmbito das relações consumeristas, até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1990, não havia de forma expressa na legislação brasileira alguma disposição no sentido de que se aplicava a responsabilidade objetiva por danos provocados por fornecedores.

Com o advento do CDC, a responsabilidade objetiva se tornou a regra dentro das relações de consumo, o que representou um equilíbrio do particular para com o fornecedor, no sentido de acesso à justiça, posto que uma pessoa comum não dispõe do mesmo arcabouço técnico, jurídico e informacional que uma empresa fornecedora de produtos ou serviços possui. (TARTUCE, 2017, p. 375).

2.2 O Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Objetiva

O Código de Defesa do Consumidor, enquanto norma protetora dos direitos e garantias do consumidor, representou uma quebra de paradigmas considerável dentro das relações de consumo, haja vista a prevalência anterior, neste campo, dos princípios da autonomia de vontade e da igualdade. Este novo diploma legal fez com que a abordagem da legislação sobre as normas consumeristas fosse pautada pelo interesse social e a ordem pública, não se aplicando mais o individualismo que deixava o consumidor desnivelado juridicamente em relação ao fornecedor, em razão de sua vulnerabilidade. (NADER, 2016, p. 517).

Neste sentido, com a finalidade de equilibrar a relação entre fornecedor e

consumidor, o Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo a chamada Responsabilidade Objetiva, consagrada nos artigos doze e catorze deste diploma legal, que faz com que o consumidor possa requerer indenização, decorrente de falhas na prestação de serviço, sem que haja necessidade, para tal, de comprovação da intenção ou negligência do fornecedor, propiciando uma forma de responsabilização mais compatível com a situação de vulnerabilidade em que o consumidor está inserido quando se encontra numa relação de consumo. (ALMEIDA, 2020, p. 368).

É importante frisar que a previsão de responsabilidade objetiva no CDC decorre de uma série de fatores que levaram o legislador a optar por tal modelo de responsabilização. Dentre as diversas variáveis que levaram à essa escolha legislativa, pode-se destacar, além dos precedentes legislativos, a intensificação de produções em massa no Brasil, o que levou ao crescimento da iniciativa privada e, com isso, a uma distância técnica e econômica do fornecedor para com o consumidor, tornando esse último o mais vulnerável, visto que quem detém os meios de produção é, justamente, o fornecedor. (FILOMENO, 2010, p. 192-193, apud ALMEIDA, 2020, p. 368-369).

Em que pese os fatores históricos supracitados, o principal motivo que fez o legislador consumerista atribuir a responsabilidade objetiva como regra nas relações de consumo adveio de um raciocínio doutrinário denominado “Teoria do Risco”, teoria essa que preceitua que se por um lado o fornecedor explora a atividade econômica e com ela tem a possibilidade de auferir ganho econômico, nada mais justo do que se exigir que ele assuma a responsabilidade pela sua atividade. (ALMEIDA, 2020, p. 369).

É uma lógica que decorre do binômio risco-proveito, isto é, o fornecedor, ao escolher explorar determinada atividade econômica que lhe gere um proveito econômico, deve estar ciente dos riscos inerentes à esta atividade, assim como possíveis prejuízos ao consumidor.

É de senso comum entre os juristas que o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva, uma vez que faz previsão expressa da mesma. Todavia, em razão de uma imprecisão do legislador, há uma pequena celeuma em relação à aplicação deste modelo de responsabilidade. (NADER, 2016, p. 524).

O CDC prevê expressamente tal modalidade de responsabilização apenas nos

artigos que tratam do fato do produto ou serviço – que seriam as falhas que trazem risco à vida, saúde e segurança do consumidor –, não o fazendo nos artigos que tratam do vício do produto ou serviço, que são as falhas cujo prejuízo tem relação com a integridade econômica do consumidor, isto é, quando o produto ou serviço perde o seu valor, ou fica impróprio para consumo. (NADER, 2016, p. 524-530).

Entretanto, em que pese tal falha técnica do legislador, a maior parte dos juristas entende que a responsabilidade objetiva também é regra nas hipóteses de vício do produto ou serviço, seja porque o próprio CDC adota o sistema de responsabilidade objetiva, ou mesmo porque o Código Civil, ao disciplinar os vícios redibitórios – matéria semelhante aos vícios do produto ou serviço –, também aplica a responsabilidade objetiva, de modo que não aplicá-la no CDC configuraria um retrocesso legal. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 380, apud THEODORO JR., 2020, p. 69).

Acerca da configuração da responsabilidade objetiva no caso concreto, o consumidor lesado deve demonstrar que estão presentes três elementos essenciais, a dizer: a existência de um defeito no produto ou na prestação do serviço; a ocorrência efetiva do chamado *eventus damni* (evento danoso), ou seja, que houve um prejuízo concreto; e a relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso. (ALMEIDA, 2020, p. 370).

Ressalte-se que, durante o processo judicial, é possível que o juiz aplique a inversão do ônus da prova, isto é, transfira o encargo da comprovação dos fatos ao réu, desde que haja indícios de veracidade na narrativa autoral, ou no caso de hipossuficiência do requerente, nos termos do Artigo 6º, VIII, do CDC (BRASIL, 1990, on-line).

Embora a responsabilidade objetiva seja a regra nas relações de consumo, o CDC traz uma exceção, prevista no parágrafo quarto do artigo catorze desta norma, que mitiga tal modalidade de responsabilidade, qual seja a hipótese de responsabilização de profissionais liberais, em que há necessidade de comprovação de culpa. É considerado profissional liberal todo aquele que exerce, de forma permanente e sem subordinação, alguma atividade profissional relacionada à aplicação de conhecimentos técnicos especializados, como os médicos, advogados e engenheiros. (ALMEIDA, 2020, p. 412-413).

Vale destacar ainda que o CDC traz no parágrafo terceiro de seus artigos doze e catorze, causas que excluem a responsabilidade do fornecedor caso ocorra um fato

do produto ou serviço. Tais causas envolvem, em suma, o produto não ter sido colocado à disposição do consumidor no mercado, ou, se colocado, o defeito inexistir, bem como quando a falha na prestação do serviço inexistir, ou quando a culpa for exclusiva do próprio consumidor lesado, ou de terceiros. (THEODORO JR., 2020, p. 80).

2.3 Dos danos indenizáveis

No âmbito da responsabilidade civil, um dos elementos que definem a sua caracterização, como já mencionado neste trabalho, é a ocorrência de um dano que acarreta prejuízos à vítima, de forma que desse prejuízo surge o dever de indenizar aqueles que foram prejudicados.

No entanto, o dano indenizável deve ser interpretado como um gênero cujas espécies se encontram num rol exemplificativo, isto é, não há delimitação de quais são as espécies de dano passíveis de reparação. Isso ocorre pois, na sociedade atual, há uma necessidade de que este conceito seja o mais abrangente possível, tendo em vista a impossibilidade de se prever, através de espécies dispostas num rol taxativo, quais danos trarão prejuízo de fato às pessoas, sob pena de que alguma ocorrência fática, embora passível de indenização, não se enquadre nas espécies de dano já existentes. (NORONHA, 2003, p. 540, apud SILVA, 2013, p. 73).

Considerando tal caráter aberto dos danos indenizáveis, é possível deduzir que há possibilidade de que numa mesma situação ocorra a ofensa a mais de uma espécie de dano, o que possibilitaria um ressarcimento cumulativo dos danos causados. Ocorre que esta cumulação, em virtude de ausência de regulamentação legal neste sentido, pode ser objeto de controvérsia, tanto que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 37 preconizando que é possível a cumulação, numa mesma ação, de pedidos de reparação de danos morais e materiais. (TARTUCE, 2017, p. 469).

Embora a súmula do STJ supracitada não faça menção à cumulação de outros tipos de dano numa mesma ação, a jurisprudência do próprio tribunal tem admitido que sejam cumuladas outras espécies de dano junto aos pedidos de dano moral e material, inclusive o dano estético:

[...] A jurisprudência da 3.^a Turma admite que sejam indenizados, separadamente, os danos morais e os danos estéticos oriundos do mesmo fato. Ressalva do entendimento do relator. [...]. (STJ, 2007, on-line).

Passando à análise das principais espécies de dano indenizável, o dano material ou patrimonial, espécie clássica de dano, seria todo prejuízo físico, corpóreo, tangível, que uma pessoa natural ou jurídica possa sofrer, gerando o dever, dessa forma, de ressarcimento pelo dano causado. O Código Civil traz em seu Artigo 402 (BRASIL, 2002, on-line) a definição do dano material, de modo que pode-se extrair da leitura desse dispositivo que esta espécie de dano se subdivide em dois elementos, denominados pela doutrina como: dano emergente e lucros cessantes. (TARTUCE, 2017, p. 471-472).

O dano emergente constitui a perda efetiva do patrimônio, ou seja, é aquilo que se perdeu no ato danoso, como um automóvel com avarias após um acidente. Já o lucro cessante significa a quantia econômica que a vítima deixou de obter em razão do dano provocado, o que ocorre, normalmente, quando o bem danificado é utilizado para o sustento econômico da vítima, como no caso de um taxista que tem seu carro inutilizado em função de um acidente. (TARTUCE, 2017, p. 472).

Outra espécie de dano que é importante destacar é o dano moral, espécie essa que no passado não era considerada passível de reparação. A doutrina entendia que apenas os danos físicos seriam passíveis de indenização, uma vez que somente eles poderiam ser avaliados economicamente, não se podendo avaliar o abalo psicológico. Porém, a doutrina evoluiu no sentido de admitir os danos morais sem que estes necessitassem de precificação, mas entendendo que é preciso uma compensação por prejuízos morais, até mesmo para que a conduta danosa seja desestimulada. (NADER, 2016, p. 28).

A lógica da compensação financeira por danos morais decorre do raciocínio de que, como o dano nesse caso constitui ofensa aos direitos da personalidade, direitos estes constitucionalmente protegidos, é preciso que se tenha algum mecanismo que possa auxiliar a compensar o dano. É evidente que não é possível reparar totalmente a integridade psicológica da mesma forma que se é feita com a integridade física, mas uma indenização econômica teria uma função, além de desestimulante como já mencionado, de atenuar o dano causado. (THEODORO JR., 2016, p. 2).

O caráter punitivo de desincentivo à prática de ato ilícito, que faz parte da lógica dos danos morais, por vezes, não consegue atingir o seu objetivo através desta espécie de dano. Durante a análise de responsabilização objetiva percebe-se que o elemento anímico é dispensado para sua caracterização, o que não impede, entretanto, que a extensão do dolo ou da culpa sejam considerados quando da

quantificação do dano. (FISBERG, 2021, p. 175-176).

Por conseguinte, a depender do caso concreto, pode ocorrer que o dano causado extrapole a esfera individual, atingindo toda a coletividade, tendo em vista que:

um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge, a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. (grifos originais) (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009, p. 380, apud FISBERG, 2021, p. 176).

Acontece que, em casos como esse, não é possível compensar o dano causado através dos mecanismos de configuração do dano moral, pois, como o Artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002, on-line) diz que o valor da indenização deverá ser medido de acordo com a extensão do dano, haveria desproporcionalidade em se fixar, no âmbito individual, uma indenização que busca compensar danos coletivos.

Dessa forma, para que tal imbróglio fosse resolvido sem que o ato ilícito contra a coletividade ficasse impune, a doutrina estabeleceu uma nova espécie de dano, denominado Dano Social, que busca ressarcir a sociedade quando ocorre um dano que vai além do indivíduo lesado, reduzindo a qualidade de vida geral da população. (FISBERG, 2021, p. 176-177).

A respeito da definição do Dano Social, Junqueira de Azevedo (2009, p. 382) assim preconiza:

Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população. (grifos originais) (apud FISBERG, 2021, p. 177).

Sobre a forma de reconhecimento e aplicação do dano social no caso concreto, é admissível que essa espécie de dano seja cumulada com outros danos, tais como o dano moral e material, visto que, além da prática jurisprudencial respaldar tal entendimento, a compatibilização na fixação de danos neste caso pode ser solucionada através de uma cisão temporal, isto é, separa-se a extensão do dano individual do prejuízo maior e prolongado que justifica a lesão coletiva. (FISBERG,

2021, p. 177).

É de suma importância destacar também que os danos sociais não se confundem com os danos morais coletivos, sendo este último subespécie dos danos morais. Embora ambos estejam presentes em situações em que o dano extrapola a esfera individual, os danos sociais tem uma função punitiva, e que é proporcional à gravidade do dano. Já os danos morais coletivos buscam uma compensação à violação de um direito personalíssimo, não importando a extensão do dano para que ele esteja configurado. (POLI, 2014, on-line, apud FISBERG, 2021, p. 181).

Como dito anteriormente, os danos indenizáveis fazem parte de um rol exemplificativo, o que faz com que o termo 'dano', previsto no Artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002, on-line), seja lido da forma mais ampliativa possível, possibilitando a existência de diversas espécies de dano.

Dentre as variadas espécies de dano, além daquelas citadas até aqui, destaca-se o Dano Estético, modalidade autônoma de dano indenizável, que se faz presente quando ocorre um ferimento, lesão, corte, cicatriz, amputação, enfim, tudo que prejudique o corpo humano de forma transitória ou permanente, atingindo, dessa forma, a dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2017, p. 530).

Vale dizer também que, embora haja semelhança entre o dano estético e outras modalidades de dano, há autonomia em relação ao dano estético, de modo que é possível requerer indenização deste em cumulação com a reparação de outros danos. Tal entendimento é majoritário na doutrina e jurisprudência, sendo sedimentado, inclusive, pelo STJ através da edição da Súmula nº 387. (TARTUCE, 2017, p. 528).

A última espécie de dano indenizável a ser abordada neste tópico é o dano pela perda de uma chance, modalidade que tem sido amplamente adotada pela jurisprudência, e que obteve destaque doutrinário nos últimos anos, a ponto de ter sido criado o Enunciado n. 444, da V Jornada de Direito Civil, enunciado doutrinário este que equipara a perda de uma chance à outras modalidades de dano. A perda de uma chance pode ser vislumbrada toda vez em que alguém vê uma expectativa ser frustrada em razão da não realização de um evento futuro, que ocorreria normalmente, numa análise razoável, caso não houvesse a intervenção do autor do dano. (TARTUCE, 2017, p. 531).

2.4 Da dupla função da responsabilidade civil no CDC

No tópico anterior foi demonstrado que a reparação pecuniária pela ocorrência de danos parte de uma lógica não apenas ressarcitória, mas também desestimulante, prevenindo a população de possíveis danos. Tal raciocínio decorre de uma construção doutrinária feita sobre as falhas de prestação de serviço nas relações consumeristas.

Observou-se que, como as grandes empresas prestadores de serviço dominam o mercado e detém grande poderio econômico, a mera incidência de multas administrativas aplicadas pelo poder público era incapaz de coibir a má prestação de serviço, surgindo a necessidade de um aumento pontual nas indenizações, a fim de constranger as empresas a melhorarem sua prestação de serviço. (THEODORO JR., 2020, p. 146).

Dessa forma, a responsabilidade civil adquiriu duas novas funções, além da tradicional função reparatória, a dizer: função preventiva e função punitiva. A respeito da função preventiva, é notório que a legislação tem como um de seus objetivos implícitos desestimular a prática de atos ilícitos, inclusive com a cominação de sanções. Ocorre que, por ineficiência prática de tal intimidação legal, faz-se necessário que o poder judiciário utilize da responsabilização civil para evitar que as pessoas sejam lesadas novamente. (NADER, 2016, p. 14).

Destarte, para que esta função preventiva da responsabilidade fosse justificada, foi criada pela doutrina a chamada 'Análise Econômica do Direito', uma teoria que demonstra, através de três postulados, a necessidade e viabilidade da majoração de indenizações com base na prevenção de danos. (NADER, 2016, p. 14).

O primeiro deles parte do pensamento de que a responsabilidade deve buscar não apenas a reparação imediata, mas também o ressarcimento contra potenciais danos, seja de cunho moral ou patrimonial. O segundo postulado aduz que deve ser analisado pontualmente o custo-benefício desta majoração, isto é, se os possíveis prejuízos evitados justificam o aumento indenizatório. Por fim, o último postulado explica que, se for observado que o custo da indenização é inferior ao valor do dano evitado, a majoração se faz necessária. (CAMPOS, 2002, p. 36, apud NADER, 2016, p. 14).

A função preventiva exerce um papel semelhante a de outros institutos de outros ramos do direito que, inclusive, já se encontram positivados na legislação pátria. Na área cível, por exemplo, as medidas liminares fixadas em sede de processos cautelares buscam coibir, de forma preventiva, determinados comportamentos ilícitos, assim como no campo criminal, onde há a figura do *habeas*

corpus, remédio constitucional que visa garantir o direito à liberdade ambulatorial, e que pode ser proposto tanto para cessar uma ameaça concreta à este direito, como também para garantir, preventivamente, que tal direito não seja violado. (NADER, 2016, p. 15).

Em relação à função punitiva, esta é usualmente aplicada na esfera criminal, na forma de penalizações, não sendo comum a sua aplicação no âmbito cível, sendo necessário se reportar à sua origem dentro do campo do direito civil. Os primeiros registros remontam ao Direito Romano, quando era possível condenar o causador de um dano a pagar até quatro vezes o valor do que fora danificado. Inspirado em exemplos históricos como este, surgiu no direito contemporâneo, nos Estados Unidos da América, uma teoria denominada *punitive damages*, que consiste na adição de uma parcela punitiva ao valor fixado a título de indenização compensatória. (NADER, 2016, p. 16).

Esta majoração da indenização tem objetivo similar ao da função preventiva, que seria desestimular o infrator a provocar o dano cometido novamente, cumprindo, além disso, uma função educativo-pedagógica, isto é, os infratores seriam condicionados à evitar que o dano ocorresse novamente. Deste modo, a teoria seria aplicável, visto que, na visão de Andrade (2006, p. 137), “o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão”. (apud NADER, 2016, p. 16).

No direito brasileiro há certo receio em relação à ampla aplicação desta função punitiva em conjunto com a preventiva e reparatória, pois existe aqui a ideia de que isto induziria ao enriquecimento ilícito, além de configurar uma punição dúplice, o que é vedado no ordenamento jurídico pátrio. A jurisprudência apenas tem admitido tal cumulação quando o caráter pedagógico atua como acessório à reparação, não sendo uma modalidade autônoma de aumento de indenizações. (TARTUCE, 2017, p. 516).

A doutrina majoritária entende que a principal função do arbitramento de indenização por danos é reparatória, ou seja, em primeiro lugar deve-se buscar a reparação do dano, e, subsidiariamente, busca-se uma punição extra que evite a reincidência do ato ilícito. Na verdade, a aplicação da função punitiva tal qual é aventada pela teoria dos *punitive damages* tem sido questionada, até mesmo, nos Estados Unidos, em razão das vultuosas quantias que tem sido arbitradas em demandas reparatórias. (NADER, 2016, p. 17).

3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

3.1 Do tempo como Bem Jurídico Tutelável

Diante de toda a construção jurídico-conceitual até aqui feita, pode-se inferir que a responsabilidade civil surge em decorrência de um dano causado a determinado bem jurídico, gerando, assim, o dever de indenizar. O bem jurídico, neste caso, pode ser entendido como todo e qualquer bem da vida que seja juridicamente protegido.

A questão é que a doutrina, de um modo geral, normalmente atribui como bem o patrimônio físico da pessoa, ou ainda o seu estado psicológico, esquecendo-se, todavia, do tempo. (STOLZE GAGLIANO, 2013, on-line, apud DESSAUNE, 2017, p. 164).

O tempo deve ser interpretado sob duas óticas: o tempo dinâmico, enquanto fato jurídico em sentido estrito ordinário, isto é, o fenômeno natural do decurso de tempo; e o tempo estático, pessoal, vital, que é o tempo de vida que cada ser humano possui. Diferente do tempo dinâmico, o tempo vital merece proteção especial, uma vez que o tempo de vida de cada ser humano é finito, não sendo possível recuperá-lo ou acumulá-lo.

Para tudo que o indivíduo faz ou produz é preciso que se gaste o tempo pessoal, e, não sendo possível tê-lo de volta, este pode ser considerado bem econômico, e todo bem econômico é considerado um bem jurídico. (STOLZE GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015, p. 306, apud DESSAUNE, 2017, p. 165).

Deste modo, o tempo vital deve ser entendido como o capital pessoal do indivíduo, isto é, algo que pode ser convertido em outros bens materiais ou imateriais, de acordo com as escolhas livres e voluntárias de cada pessoa. Trata-se de algo que condiciona a própria existência humana, visto que a vida tem a sua duração pautada justamente no tempo, o que faz com que o “direito à vida”, previsto no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, on-line), proteja o tempo vital por este ser algo inerente à vivência do indivíduo. (DESSAUNE, 2017, p. 180).

A fim de corroborar este entendimento de que o tempo pessoal é interligado à vida e, por isso, possui respaldo constitucional, Silva (2007, p. 197-198) assim apregoa:

[...] *vida*, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas

no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. [...] Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. [...]

Neste sentido, considerando que o tempo é parte integrante do direito à existência, e que este integra o rol dos direitos personalíssimos, pode-se dizer que o tempo vital é um direito extrapatrimonial indisponível, irrenunciável e intransmissível, além de ser oponível contra todos. Por esta razão, condicionar a forma como o indivíduo dispõe de seu tempo significa atentar contra um bem juridicamente tutelado, cuja proteção legal se faz presente não apenas na Constituição Federal, mas também em normas internacionais de proteção aos direitos humanos. (DESSAUNE, 2017, p. 185-186).

3.2 Do valor econômico do tempo

Uma vez que o tempo é considerado um bem jurídico passível de ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, é preciso entender quais são as razões que o levam a possuir tamanho valor econômico e social, a ponto de integrar o rol de direitos da personalidade.

Conforme já mencionado, o tempo é condição fundamental para que as pessoas desenvolvam qualquer atividade em suas vidas, o que o torna algo escasso, haja vista a constante necessidade das pessoas em investir numa qualidade de vida melhor, sendo que o tempo vital é algo finito e passageiro. Logo, pode-se estabelecer um paralelo entre o tempo e o modelo econômico de determinação de preços chamado “Lei da Oferta e da Procura”. (DESSAUNE, 2017, p. 159).

O referido modelo econômico se baseia no brocardo latino *raritas pretium facit*, isto é, “a escassez faz o preço”, de modo que, com base nesta ideia, o preço de um produto é estabelecido conforme a disponibilidade que se tem dele no mercado. Logo, se há grande quantidade disponível de um produto, o seu preço será baixo. Todavia, se este produto obtiver uma alta demanda, ocorrerá a sua escassez, e, por consequência, o seu valor irá aumentar. (DESSAUNE, 2017, p. 160).

Da mesma forma ocorre com o tempo de vida que as pessoas dispõem, pois ao se considerar o tempo como um recurso produtivo necessário para o desempenho de qualquer atividade, e que a demanda sobre este é sempre grande, pode-se concluir

que, além de possuir um valor, o tempo é um bem de alto valor, haja vista a sua escassez.

Contudo, a finitude não é a única característica que define a valoração do tempo. É preciso levar em consideração ainda que o tempo é algo que não se pode tocar, e, portanto, não se pode guardar, além de que não é possível interrompê-lo, ou ainda revertê-lo, o que o torna um bem especial, diferente dos bens materiais comuns. A respeito deste fato, Dessaune (2017, p. 160) assim preceitua:

[...] pode-se asseverar que o tempo revela-se o bem econômico primordial e, possivelmente, mais valioso de que cada pessoa humana dispõe em sua existência - só comparável à sua saúde física e mental, necessária para gozá-lo plenamente.

A relevância econômica do tempo também pode ser observada através do raciocínio feito pelo economista William Stanley Jevons, que estabeleceu uma relação entre o tempo e o capital. Segundo o economista britânico, o capital nada mais é do que um instrumento que possibilita ao homem exercer determinada atividade de forma antecipada. Dessa forma, o investimento de capital resultaria, além da execução da atividade desejada, num ganho de tempo. (JEVONS, 1988, p. 138, apud DESSAUNE, 2017, p. 160-161).

No mesmo sentido, o economista brasileiro Rogério Arthmar sintetiza o pensamento de Jevons dizendo que “Se capital é tempo, e investe-se capital hoje para ter mais dele amanhã, é porque, em última instância, o que se busca sempre é conquistar mais tempo, a medida suprema da riqueza.” (ARTHMAR, 2009, on-line, apud DESSAUNE, 2017, p. 161).

3.3 Da tese do advogado Marcos Dessaune

Através do raciocínio até aqui feito, pode-se dizer que o tempo é considerado um bem de notável valoração econômica, o que o torna algo essencial à sobrevivência humana, e, por conseguinte, um bem jurídico tutelado pelo próprio direito fundamental à vida. Compreendida esta ideia, o cerne da questão proposta no presente estudo reside na forma como as pessoas utilizam seu tempo, se com liberdade, ou condicionadas por fatores alheios à sua vontade.

Uma das características fundamentais de um estado democrático de direito é

que as pessoas que nele residam possam gozar de igualdade e liberdade na escolha de como e quando realizar as atividades cotidianas, tais como: trabalhar, estudar, usufruir de um momento de lazer, etc. (DESSAUNE, 2017, p. 219).

Dentre todas as diversas atividades que um ser humano pode fazer, destaca-se uma das mais recorrentes durante a sua existência, que é o consumo de produtos ou serviços como destinatário final. Em relações como essas, de um lado se encontra o consumidor, sujeito vulnerável protegido pela legislação consumerista, e do outro lado se encontra o fornecedor, personagem que possui vantagem em relação a quem consome. (DESSAUNE, 2017, p. 219).

Durante esse processo de livre escolha do indivíduo em que ele contrata determinado produto ou serviço, além de um gasto do seu tempo pessoal e de seus bens financeiros, há uma renúncia na prática de outras atividades, posto que não é possível realizar outra atividade diferente quando já se está fazendo algo. Deste modo, esta escolha em realizar uma atividade em detrimento de outra decorre de um ato de vontade, vontade esta que, perante uma concepção democrática, deve ser livre. (DESSAUNE, 2017, p. 222).

Assim sendo, olhando para o âmbito consumerista, nota-se que o Código de Defesa do Consumidor, de um modo geral, confere proteção especial à pessoa do consumidor, justamente por haver um desequilíbrio na relação de consumo. É exigido do fornecedor um atuar pautado na boa-fé, livre de abusividades, a fim de que os produtos ou serviços ofertados possuam um padrão de qualidade adequado, sem que isso provoque danos ao consumidor. (DESSAUNE, 2017, p. 228).

Ocorre que, por mais que a legislação consumerista confira toda essa proteção e respaldo, são incontáveis os casos de falhas na prestação de serviço desde que o CDC entrou em vigor em 1991, sendo que, na maioria das vezes, tais falhas são provocadas por grandes empresas que, agindo de má-fé, ofertam um serviço de má qualidade para obter mais lucros. Além disso, quando o consumidor questiona o serviço mal prestado, normalmente o *modus solvendi*, isto é, a solução do problema, é transferida como obrigação do próprio consumidor, e não do fornecedor que deu origem ao problema. (DESSAUNE, 2017, p. 235).

Esta transferência de responsabilidade que ocorre diante de um problema faz com que o consumidor seja penalizado não apenas com a não-solução da questão, mas também com o tempo que ele perde tentando resolvê-la. A respeito deste caráter punitivo da perda do tempo, pode-se afirmar que:

[...] o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade [...] a pena é tempo e o tempo é pena, isto é, pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. (LOPES JR., 2009, p. 142-143, apud DESSAUNE, 2017, p. 237).

Neste sentido, após a constatação empírica das reiteradas condutas abusivas por parte de grandes fornecedores, o que se tornou algo corriqueiro e normalizado no Brasil, o advogado Marcos Dessaune elaborou, com base em estudos próprios e de terceiros, uma teoria denominada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Com relação ao objeto do dano abordado pela teoria, Dessaune (2017, p. 275) assim estabelece:

[...] Ao sucumbir ao modus solvendi do problema veladamente imposto pelo fornecedor, o consumidor incorre então, independentemente do resultado do seu esforço, na perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, na alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora. [...] O tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade. [...]

O objetivo desta teoria é responsabilizar o fornecedor pelo desvio dos recursos produtivos do consumidor, isto é, situações em que há uma falha na prestação de serviço por culpa do fornecedor, e que este, dissimuladamente, transfere ao consumidor o ônus da solução, fazendo com que ocorra uma perda do tempo vital do indivíduo, que, ao buscar a solução do problema, deixa de realizar outras atividades cotidianas, provocando, assim, um dano extrapatrimonial pela perda do tempo útil. (DESSAUNE, 2017, p. 274).

É importante destacar uma pesquisa feita pelo próprio advogado idealizador da referida teoria, em uma faculdade na cidade de Vitória/ES, no ano de 2008. O objetivo da pesquisa era perguntar às pessoas quais atividades cotidianas elas deixavam de fazer ao tentar solucionar um problema de má prestação de serviço criado pelo próprio fornecedor.

O resultado obtido foi que a maior parte dos entrevistados (33,8%) deixava de trabalhar, enquanto 21,2% deixava de estudar, e 20,7% abdicava de seu tempo de descanso. Vale ressaltar que todos os entrevistados consideraram seu tempo vital como algo de suma importância, fundamental à vida. Ao final da pesquisa, foi perguntado o que esses desvios produtivos representavam, sendo que apenas 7,5%

respondeu que configurava mero dissabor, enquanto todo o resto considerava um dano efetivo passível de indenização. (DESSAUNE, 2017, p. 277).

A pesquisa realizada demonstra que as principais atividades que os consumidores renunciam, na tentativa de solução dos problemas, são atividades tidas como essenciais na vida humana, como o trabalho, estudo, e que, além disso, estão atreladas de alguma forma ao ganho econômico. Portanto, o consumidor deixa de realizar atividades que lhe confeririam algum proveito econômico para buscar a solução de problemas que não compete a ele solucionar.

O advogado ressalta ainda que o consumidor também pode sofrer, além da perda de seu tempo e abalos psicológicos, uma diminuição patrimonial efetiva, pois a busca pela solução, normalmente, envolve a assunção de deveres operacionais e custos materiais para solucionar problemas cuja complexidade só poderia ser debelada pelo próprio fornecedor, que causou o problema. (DESSAUNE, 2017, p. 277).

Sobre a aplicação prática de indenizações decorrentes do desvio produtivo, por se tratar de um dano extrapatrimonial, a jurisprudência tem exigido que seja comprovado o interesse jurídico do lesado, e as circunstâncias que levaram ao evento danoso. Uma vez comprovados tais requisitos, o juiz irá analisar o grau de culpa e a condição econômica do infrator, isto é, irá elevar o valor indenizatório de acordo com a capacidade financeira do fornecedor, e com a intenção e reincidência deste, alcançando, assim, os efeitos preventivo e punitivo, desestimulando a repetição do ato ilícito. (DESSAUNE, 2017, p. 279).

4 O TEMPO DESPERDIÇADO E A VIDA ALTERADA: RECONHECIMENTO DO DANO TEMPORAL PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Desde a publicação da primeira edição, em 2011, da obra que estabelece a “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, diversos são os órgãos jurisdicionais que tem adotado a referida teoria, em especial os tribunais de justiça em segunda instância, e os tribunais superiores. (DESSAUNE, 2017, p. 281-282).

Esta crescente adoção da teoria demonstra que o judiciário brasileiro está cada vez mais preocupado com um bom padrão de atendimento ao consumidor, assim como mostra a valorização do tempo vital e das atividades existenciais da população.

Dentre os inúmeros julgados em que a teoria é adotada, é válido o destaque a um precedente do Superior Tribunal de Justiça, tribunal superior de terceira instância, cuja visibilidade de seus julgados influencia inúmeras outras decisões ao redor de todo o país. O julgado deste tribunal a ser analisado no presente trabalho é o Recurso Especial Nº 1.737.412/SE. (STJ, 2019, on-line).

O recurso em questão se originou de uma ação coletiva de consumo, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Sergipe, em face do Banco do Estado de Sergipe S/A, onde fora requerida a condenação da instituição bancária, por danos morais coletivos, em razão de falhas na prestação de serviço relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, além de outras falhas características de uma má prestação de serviço.

Embora a pretensão autoral tenha sido acatada em primeira instância, com a fixação de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) por danos morais coletivos, a sentença veio a ser reformada em segunda instância pelo acórdão nº 201516482, proferido pelo Grupo II da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe (TJ/SE, 2015, on-line), onde foi reconhecida a inexistência de danos morais coletivos.

Após a apresentação do Recurso Especial, o STJ entendeu, acompanhando o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, que ocorreu uma ofensa a direitos transindividuais nas falhas da prestação de serviço pelo banco, sendo necessária a indenização por danos morais coletivos para inibir futuros comportamentos ilícitos similares.

A Ministra fundamentou a existência do dano, e o consequente arbitramento de indenização, com base na “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, estatuinto o seguinte:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. [...] O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. [...] Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. [...] Recurso especial provido. (Resp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019) (STJ, 2019, on-line).

Outro julgado que merece ser destacado é a decisão proferida pela Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ, 2016, on-line), na Apelação Cível nº 0024111-89.2013.8.19.0001. O precedente em questão adveio de uma ação indenizatória em que se pleiteava a condenação da empresa TIM CELULARES S/A à devolução em dobro de valor pago indevidamente, e indenização por danos morais.

O autor relatou em primeiro grau que era cliente da empresa em questão e buscava junto à ela a migração de sua linha telefônica para outro plano, o que não foi possível por ineficiência da própria empresa. A ré ofereceu como solução a troca da linha telefônica original por uma alternativa, para que a migração pudesse ocorrer, o que foi feito. Entretanto, embora a linha tenha sido trocada, a migração não pôde acontecer, sendo oferecido ao cliente o cancelamento da linha, o que foi aceito. Ocorre que a empresa procedeu o cancelamento da linha original ao invés da linha alternativa, sendo que o autor continuou recebendo cobranças da linha não cancelada. (TJ/RJ, 2016, on-line).

A sentença proferida em primeira instância julgou procedentes os pedidos autorais, determinando a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo autor, além de fixar danos morais em oito mil reais. A empresa ré então propôs o recurso de Apelação em face da referida decisão, recurso este que foi admitido e analisado pela 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A relatora do recurso, Desembargadora Andréa Fortuna, entendeu em sua decisão que, como não houve alegação de excludente de responsabilidade por parte

da empresa, se fez presente no caso o dano moral *in re ipsa* (presumido), com base no Artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, on-line).

O dano em questão decorreu, conforme aduz a relatora, do “desvio produtivo do consumo”, uma vez que a empresa de telefonia, causadora do problema de migração de linhas, ofereceu uma forma de solução deste problema que fez com que o cliente desperdiçasse seu tempo e, com isso, se desviasse de suas obrigações habituais. Dessa forma, foi negado provimento ao recurso de Apelação em comento, sendo adotada a tese do desvio produtivo como fundamento da manutenção dos danos morais. A relatora citou a adoção da tese em sua decisão da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. COBRANÇA INDEVIDA. DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMO. DANO MORAL IN RE IPSA. [...] A hipótese dos autos bem caracteriza aquilo que a doutrina consumerista contemporânea identifica como “desvio produtivo do consumo”, assim entendido como a situação caracterizada quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento em sentido amplo precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irreversível. Dever de indenizar. Desprovisionamento do recurso. (0024111-89.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). ANDREA FORTUNA TEIXEIRA - Julgamento: 15/02/2016 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL) (TJ/RJ, 2016, on-line).

Vale ressaltar que a teoria difundida por Dessaune foi adotada, até a data de publicação da segunda edição de sua obra em 2017, por 14 tribunais de justiça ao longo do país, além de tribunais superiores, totalizando 852 acórdãos onde o fundamento utilizado foi a “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”. (DESSAUNE, 2017, p. 281-282).

5 CONCLUSÃO

Após toda a argumentação e exposição feitas no presente trabalho, pode-se concluir que este estudo contribuiu para uma melhor compreensão a respeito do instituto da responsabilidade civil e sua aplicação nas relações consumeristas, principalmente no que toca a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

A responsabilidade civil demonstrou ser um instituto jurídico que obteve considerável evolução, levando em conta os primeiros registros de sua aplicação, na Roma Antiga, perpassando por toda a história moderna, adquirindo uma concepção cada vez mais adequada ao momento em que a sociedade se encontra, culminando no atual modelo de responsabilização objetiva adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no CDC.

A demonstração de que o dano indenizável é um gênero que possui diversas espécies, bem como a exposição conceitual das principais modalidades de dano, auxiliaram a conceber o caráter aberto dos tipos de danos indenizáveis no Brasil, o que possibilita que qualquer ameaça ao direito, que não se enquadre em alguma espécie já existente de dano, possa ser indenizada, como é o caso do desvio produtivo pela perda de tempo do consumidor.

É válido destacar que, apesar da celeuma acerca dos danos indenizáveis, houve no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, considerável evolução jurisprudencial recentemente quando seu órgão especial cancelou a Súmula nº 75 deste tribunal, súmula esta que previa a não incidência de danos morais no caso de simples descumprimento de dever legal ou contratual que gerasse mero aborrecimento. O fato é que tal súmula possuía um conceito aberto, e que poderia ser utilizada em prejuízo do consumidor no caso concreto. (RODAS, 2018, on-line).

Assim sendo, com o cancelamento da referida súmula, evidenciou-se caber aos magistrados, caso a caso, analisar se o inadimplemento contratual ou legal é capaz de causar lesão aos direitos inerentes a personalidade do contratante, dentre eles, o seu tempo útil.

Com a compreensão das diversas espécies de dano e de sua aplicação, o tempo, enquanto algo pessoal e que limita a vida humana, se mostrou algo passível de ser considerado um bem jurídico constitucionalmente tutelado, principalmente pela forma como está inserido no “direito à vida”, direito este personalíssimo e integrante do rol de direitos fundamentais. Além disso, restou demonstrado que o tempo vital

deve ter sua valoração admitida, visto que como sua demanda é sempre alta, sua escassez é inevitável, o que o torna um bem de alto valor.

Portanto, considerando que o rol de danos indenizáveis é exemplificativo, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor demonstra estar relacionada a uma espécie de dano extrapatrimonial, onde o que é prejudicado no ato ilícito é o tempo de vida que o consumidor perde ao ter que buscar soluções para problemas que o fornecedor deu causa.

Por fim, foi constatado que a teoria propagada pelo advogado Marcos Dessaune vem sendo acolhida por diversos órgãos jurisdicionais, incluindo o STJ, órgão máximo para ações com conteúdo infraconstitucional, e cujos julgados repercutem em todo o judiciário, o que faz com que o Recurso Especial nº 1.737.412/SE (STJ, 2019, on-line), de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, seja um marco na valorização do tempo vital, e na busca por melhores prestações de serviço ao consumidor.

A teoria analisada no presente estudo, além de todos os conceitos do direito consumerista aqui esmiuçados, é de grande valia para o cotidiano do povo brasileiro, principalmente porque, na maioria das vezes, a população não tem consciência dos direitos que possui.

É preciso que seja difundido que os abusos de grandes fornecedores – principalmente os que prejudicam o dia-a-dia das pessoas com encargos indevidos – devem ser tidos como provocadores de danos, danos esses que precisam ser devidamente indenizados e desestimulados, a fim de que o consumidor brasileiro desfrute de uma melhor prestação de serviços e tenha seus direitos básicos garantidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Esquematizado - Direito do consumidor**, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ARTHMAR, Rogério. **Teoria de W. S. Jevons**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida via *e-mail* em 18-10-2009.

BOLSON, Simone Hegele. **Direito do Consumidor e Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Brasília, DF, 2002.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL, Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 444**. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 899.869/MG**, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 26/03/2007. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27899869%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27899869%27.su ce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27899869%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27899869%27.su ce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.737.412/SE**, Relatora Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019. DJe 08/02/2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271737412%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271737412%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271737412%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271737412%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 37**. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1992]. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%221%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22100%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%221%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22100%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM>> Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 387**. “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22301%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22400%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22301%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22400%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUMM>> Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0024111-89.2013.8.19.0001**, Relatora Desa. Andréa Fortuna, 24ª Câmara Cível, julgado em: 15/02/2016. DJe 17/02/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046B869AAF B71FE1EDBCCA7333D8F4698EC5044E37494F>> Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula n.º 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.” Uniformização de Jurisprudência n.º 2004.018.00003 na Apelação Cível n.º 2004.001.01324 – Julgamento em 22/11/2004– Votação: Unânime – Relator: Des. Luiz Zveiter – Registro de

Acórdão em 01/03/2005 – fls. 779/798. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. **Acórdão nº 201516482**, Relatora Des. Elvira Maria de Almeida Silva, Grupo II, 1ª Câmara Cível, julgado em 22/09/2015. DJe 28/09/2015. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201500711550&tmp_numacordao=201516482&tmp.expressao=> Acesso em: 20 nov. 2021.

CAMPOS, L. Fernando Reglero. **Lecciones de Responsabilidad Civil**, 1ª edição. Navarra: Arazandi, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo Do Consumidor. O Prejuízo Do Tempo Desperdiçado**, 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2ª edição. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. IV**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, R. F. S. **A evolução histórica da responsabilidade civil e a superação da perspectiva subjetiva nas relações consumeristas consagrada no advento do CDC**. Jus.com.br, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71647/a-evolucao-historica-da-responsabilidade-civil-e-a-superacao-da-perspectiva-subjetiva-nas-relacoes-consumeristas-consagrada-no-advento-do-cdc>> Acesso em: 03 out. 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FISBERG, Yuri. **Dano Social: reparação, aspectos sociais e destinação**. São Paulo: Almedina, 2021.

JEVONS, William Stanley. **A teoria da economia política**. Tradução de Cláudia Laversveiler de Moraes. 3. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

JÚNIOR, G. U. A. **Origens históricas da responsabilidade civil e consumerista**. Conteúdo Jurídico, 25 de set. de 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50707/origens-historicas-da-responsabilidade-civil-e-consumerista>> Acesso em: 03 de out. 2021.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KHOURI, P.R.R.A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, 6ª edição. São Paulo: Atlas, Grupo GEN, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 – Responsabilidade Civil**, 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

POLI, Fabrício Angerami. **O Dano Social**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, 300p.

RODAS, Sérgio. **Dano Objetivo: Leia a decisão do TJ-RJ que cancelou a "súmula do mero aborrecimento"**. Conjur.com.br, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/leia-decisao-tj-rj-cancelou-sumula-mero-aborrecimento>> Acesso em: 16 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 29. Ed. rev. e

atualiz. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi Da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise do direito comparado e brasileiro**, 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

STOLZE GAGLIANO, Pablo. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3540, 11-03-2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23925>> Acesso em: 16 nov. 2021.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2017.

THEODORO Jr, Humberto. **Dano Moral**, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2016.

THEODORO Jr, Humberto. **Direitos do Consumidor**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2020.