

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O TEMPO
COMO UM DIREITO INDENIZÁVEL**

LUIZA ROMI DE SANT'ANNA FLORIANO ARMOND

Rio de Janeiro

2022

LUIA ROMI DE SANT'ANNA FLORIANO ARMOND

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O TEMPO
COMO UM DIREITO INDENIZÁVEL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.

Rio de Janeiro

2022

LUISA ROMI DE SANT'ANNA FLORIANO ARMOND

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O TEMPO
COMO UM DIREITO INDENIZÁVEL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

No mundo globalizado do século XXI, é comum reclamarmos de falta de tempo. Com as mudanças da estrutura social bem como o conseqüente avanço da tecnologia, nossas demandas tornaram-se cada vez mais dependentes do relógio, e os afazeres pareceram não caber mais nas 24 horas do dia. Dessa forma, o mercado de consumo voltou sua atenção para essa atual escassez de tempo, oferecendo serviços e produtos capazes de otimizar nossas atividades e poupar-nos esse tão valioso recurso, possibilitando-nos um melhor emprego deste, de acordo com nossas vontades individuais. Entretanto, é normal vivenciarmos situações onde temos que desprender uma grande parcela de nosso tempo existencial para solucionarmos problemas de consumo ocasionados pelos próprios fornecedores. Quando a resolução do problema por parte dos agentes de mercado ultrapassa os limites da razoabilidade, de modo que acabam injustamente se apropriando desse bem, a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo passa a ser justificada com o intuito de proteger a parte declaradamente mais vulnerável da relação jurídica de consumo, uma vez que reconhece o tempo como um direito passível de indenização.

Palavras-Chaves: Responsabilidade civil; Direito do consumidor; Teoria do Desvio Produtivo do consumidor; Danos morais; Dano pelo tempo perdido.

ABSTRACT

In the globalized world of the 21st century, it is common to complain about lack of time. With the changes in the social structure as well as the consequent advance of technology, our demands became increasingly dependent on the clock, and the tasks seemed to no longer fit in the 24 hours of the day. In this way, the consumer market turned its attention to this current scarcity of time, offering services and products capable of optimizing our activities and saving us this very valuable resource, allowing us to better use it, according to our individual wishes. However, it is normal to experience situations where we have to spend a large part of our existential time to solve consumption problems caused by the suppliers themselves. When the solution of the problem by the market agents goes beyond the limits of reasonableness, so that they end up unfairly appropriating this good, the application of the Theory of Productive Deviation becomes justified in order to protect the declaredly most vulnerable part of the relationship, since it recognizes time as a right subject to indemnification.

Keywords: Civil liability; Consumer law; Diversion of the consumer's productive resources theory; Moral damage; Damage for lost time.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR	8
1.1 Funções e classificações da responsabilidade civil.....	9
1.2 Responsabilidade civil pelos vícios e defeitos dos produtos e serviços	13
2. A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL	19
2.1 A indenização por danos morais	20
2.2 Danos morais pela perda do tempo útil.....	25
3. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR	29
3.1 Requisitos para a configuração.....	30
3.2 O papel do fornecedor e do consumidor na relação consumerista	34
4. O TEMPO COMO UM DIREITO INDENIZÁVEL	39
4.1 A lesão ao tempo nas relações de consumo	40
4.2 O menosprezo planejado	45
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

Em uma das cenas do documentário “O Código Bill Gates”, assistimos o multimilionário dizer que não admite atrasos, ressaltando que faz questão que todas as suas reuniões comecem e terminem pontualmente no horário marcado. Com isso, percebemos que, até para aqueles que possuem acesso a todo e qualquer bem material, o tempo é o mais precioso de todos, uma vez que se trata de um recurso escasso que se encontra fora do alcance do poder econômico.

É certo dizer que a grande maioria das pessoas já passaram por situações frustrantes durante o processo de aquisição de algum produto ou serviço. Problemas como filas muito extensas para atendimento, voos ou consultas injustificadamente atrasadas, esperas prolongadas ao telefone, a obrigação de ter que comparecer diversas vezes ao estabelecimento, ou, ainda, a inexistência ou ineficácia de um Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), representam alguns exemplos de cenas corriqueiras que, atualmente, já são consideradas normais e esperadas pelos consumidores.

A falta de uma rápida e efetiva resolução de problemas por parte dos fornecedores acaba afetando diretamente na qualidade de vida dos consumidores. Ao ter que encarar uma verdadeira *via crucis* para valer o seu direito, o consumidor se vê obrigado a desprender muito de seu tempo existencial, desviando-se de suas competências - o que veremos adiante como “recursos produtivos” - inclusive de seu período de ócio e lazer, para sanar questões causadas pela outra parte da relação que, muitas vezes, também dificulta a resolução do problema por meio de um menosprezo planejado. Isso acaba custando aos consumidores um bem de natureza irrecuperável - o seu tempo existencial.

O presente trabalho busca apresentar a chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, uma tese elaborada pelo jurista Marcos Dessaune que é relativamente recente no meio jurídico e por isso ainda pouco discutida. O objetivo desta monografia será o de analisar a responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo pela perda do tempo do consumidor. Até pouco tempo, o Direito brasileiro enxergava tais casos como questões de mero aborrecimento, não concedendo aos consumidores qualquer tipo de indenização. Com as mudanças das relações sociais, surgiram novos danos na jurisprudência, tais como o dano

moral coletivo, dano social, danos punitivos e aquele sobre o qual se trata este trabalho – o dano pelo tempo perdido. Nesse sentido, o tempo ganha reconhecimento jurídico como um bem econômico passível de indenização, esta que, inclusive, vem sendo defendida por alguns juristas como um dano autônomo, isto é, uma vez que o tempo se torna um direito passível de ser infringido, caberia uma indenização à parte do dano material e do dano moral.

Por conta desse tempo perdido do consumidor, a responsabilidade civil modifica seu olhar perante o recurso do tempo, enxergando-o como um bem econômico. Desse modo, passa a atuar de forma mais presente nas relações de consumo, tutelando situações que antes não eram consideradas juridicamente relevantes.

Com o fim de estabelecer uma completa compreensão do tema, será desenvolvido, no primeiro capítulo, um estudo acerca do instituto da responsabilidade civil, pilar da Teoria do Desvio Produtivo, seus fundamentos, funções, classificações e, com enfoque no Direito do Consumidor, sua aplicação específica nos casos onde há vícios ou defeitos de produtos e serviços. O segundo capítulo, por sua vez, versará sobre uma das espécies de danos decorrente da comprovação de responsabilidade civil: o dano moral; sua evolução no Direito, a complexidade de se chegar a um quantum indenizatório por conta de sua natureza jurídica peculiar e sua nova modalidade sobre a qual está debruçado este trabalho de conclusão de curso – o dano moral pelo tempo perdido do consumidor.

Dando continuidade ao estudo, o terceiro capítulo abordará, de forma aprofundada, o tema central deste presente trabalho: a chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, os contornos que vêm tomando na jurisprudência atual e sua crescente relevância, seus fundamentos e requisitos para configuração, bem como os direitos e deveres das partes envolvidas. Por fim, o quarto e último capítulo proporá uma reflexão acerca do recurso do tempo, sua subjetividade, seu reconhecimento enquanto bem econômico e a forma como é frequentemente lesionado nas relações de consumo por um menosprezo planejado dos fornecedores, fato dá origem ao reconhecimento dos danos morais pela perda do tempo do consumidor, além de expor a importância que o recurso representa não apenas no Direito, mas também em nossas vidas.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

A responsabilidade civil é um dever jurídico secundário que surge para recompor um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário, que, neste caso, se caracteriza pelo Direito do Consumidor.

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) defenda que os produtos e serviços ofertados devam possuir um padrão de qualidade, segurança, desempenho e durabilidade, puna certas práticas abusivas dos fornecedores e defina-os como parte invulnerável da relação; situações onde o consumidor é obrigado a desprender grande parte de seu tempo vital na tentativa de solucionar problemas dos quais não possui culpa, são cotidianas. Toda conduta humana que, ao violar um dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil, que, em sua base, é um ato ilícito. Sendo assim, torna-se justificável a reação das normas da responsabilidade civil no Direito do consumidor.

O desperdício do tempo de maneira “injusta e intolerável”, que extrapola os limites da razoabilidade, poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, uma vez que esse tempo injustificadamente perdido pode, inclusive, caracterizar prejuízo na esfera econômica, profissional ou familiar do consumidor.

Com isso, a responsabilidade civil surge com o papel de proteger os interesses da parte mais vulnerável da relação de consumo:

A responsabilidade civil tem ganhado cada vez mais força como forma de justiça social. As bases que fundam o dever de indenizar passaram por diversas transformações ao longo do século como consequência das adaptações necessárias para que situações antes inviáveis em termos de ressarcimento pudessem ser resolvidas de forma satisfatória. (TARTUCE; COELHO, 2017)

No presente capítulo, será analisada a atuação da responsabilidade civil no âmbito do Direito do Consumidor, suas funções, classificações e a forma como é aplicado o regime geral nas relações de consumo.

1.1 Funções e classificações da responsabilidade civil

Há 3 premissas do Direito Romano que são presentes até hoje na nossa noção de justiça, e, também, na responsabilidade civil. São elas: o princípio ético “honeste vivere”, que significa “viver honestamente”; “neminem laedere”, um princípio moral que é exemplificado no artigo 186 do Código Civil, que significa “não prejudicar a ninguém” e “suum cuique tribuere”, que significa “dar a cada um o que é seu”.

A responsabilidade civil, com isso, possui diferentes funções. A principal delas é a função compensatória, ou seja, buscar fazer com que a pessoa esteja na mesma posição jurídica que estava antes da ocorrência do ato ilícito; a função punitiva, que busca pela punição do agente; e a função socioeducativa, aquela em que busca a desmotivação social da conduta, isto é, trazer um caráter educativo à punição, para que o agente não volte a cometer a mesma conduta lesiva e, assim, servir de exemplos para outros. Nelson Rosevald defende que a prevenção de danos seria uma das principais finalidades da responsabilidade civil:

Na função reparatória da indenização é acrescida a uma “prevenção de danos”; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma “prevenção de ilícitos”; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma “prevenção de riscos.” (ROSEVALD, 2014, p. 16/17)

A responsabilidade civil, portanto, é um campo do Direito no qual as suas normas trazem a garantia de que a vítima não arcará com os prejuízos diante de uma lesão ou dano provocado por outrem. Sua principal função é a de prevenção e reparação, na perspectiva de que, quando não for possível reestabelecer o status quo, deve-se buscar restaurar o equilíbrio ao compensar o dano causado, punir o ofensor e desmotivá-lo em relação àquela conduta lesiva. Assim, entendemos que a natureza jurídica da responsabilidade civil decorre da violação de uma norma:

(...) a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze, p.51)

Antigamente, quando vigorava a Lei de Talião, a qual pregava a famosa expressão “olho por olho, dente por dente”, por exemplo, a responsabilidade civil e a penal se confundiam, uma vez que a busca pelo culpado era o que prevalecia dentre suas funções. Com o passar do tempo, esta noção perde o sentido, e o ressarcimento se torna sua principal função:

A rigor, a revolução por que passa, ainda hoje, a responsabilidade civil decorre, em grande medida, da alteração da própria função do instituto, que deixa de ser, definitivamente, a moralização ou a punição de condutas, e passa a ser a proteção da vítima, de acordo com a máxima segundo a qual, verificado o dano injusto, a vítima não deve ficar irressarcida. Volta-se a responsabilidade civil para as consequências do dano, não já para suas causas. (Tepedino e outros, p.7)

A responsabilidade civil nas relações de consumo segue os mesmos princípios gerais da responsabilidade civil que estudamos no âmbito do Direito Civil, portanto, os elementos de ambas são os mesmos: a conduta, o dano – este sendo um dano real, não uma potencialidade – e o nexo causal, que é a relação entre o dano causado e a conduta do agente; bem como os fundamentos: a culpa (responsabilidade civil subjetiva) e o risco (responsabilidade civil objetiva). Entretanto, nesta responsabilidade não se destaca somente o nexo de causalidade (o que liga o dano à conduta do agente), mas, também, o chamado nexo de imputação, que atribui a um sujeito a responsabilidade pela conduta, uma vez que, nas relações de consumo, nem sempre o sujeito que causou o dano será responsabilizado. Além disso, no âmbito do Direito do Consumidor, diferentemente do Direito Civil geral, a responsabilidade civil objetiva é a regra, enquanto que a responsabilidade civil subjetiva é a exceção.

Neste sentido, a responsabilidade civil é classificada pela doutrina tanto em função da culpa (responsabilidade objetiva e subjetiva), como também em função da natureza (responsabilidade contratual e extracontratual), como veremos a seguir.

Se a responsabilidade civil for subjetiva, ela dependerá da existência de culpa; por outro lado, se for objetiva, dependerá da existência do risco, onde o agente responde mesmo se não possuir culpa. Isto se dá pois, com o passar do tempo, a responsabilidade civil tem tirado o foco do causador do dano e dado mais importância ao ressarcimento deste, atuando conforme sua principal função: a compensatória. Ela, então, se preocupa mais com a

reparação dos danos causados do que pela busca do culpado deles. Assim institui o atual Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na responsabilidade subjetiva, a prova da culpa incumbe à vítima do dano. Entretanto, com a Revolução Industrial - período em que o conseqüente aumento dos maquinários industriais trouxe também um aumento do número de danos ao cidadão e principalmente ao cidadão consumidor - e o crescimento populacional, a aplicação exclusiva da responsabilidade subjetiva deixou de traduzir justiça plena, mas, pelo contrário, tornou-se um obstáculo para restabelecimento do status quo e do equilíbrio social buscado pela responsabilidade civil. Dessa forma, desenvolveu-se a ideia de responsabilidade por culpa presumida, ou seja, da responsabilidade independente de culpa, que posteriormente viria a se tornar a responsabilidade civil objetiva que conhecemos hoje. Isto se deu pois, se a vítima do dano tivesse que provar a culpa do causador, na maioria dos casos não haveria qualquer indenização, contrariando o senso de justiça, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor, onde a parte mais vulnerável da relação de consumo é justamente a vítima desses casos.

Ademais, também é importante ressaltar que a responsabilidade civil se classifica em contratual e extracontratual.

A lei impõe à coletividade o dever jurídico genérico de abstenção de causar danos a outrem (conforme defende o princípio moral do *neminem laedere*). A violação desse dever genérico, se causar danos, gerará a responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana. Nesta, não há uma relação negocial prévia entre as partes envolvidas, inexistindo um vínculo obrigacional. Por outro lado, na responsabilidade civil contratual, ocorre o inverso. As pessoas, através da autonomia privada, possuem a liberalidade de criar deveres específicos (pagar, dar, fazer e não fazer), que caracterizam o vínculo obrigacional.

Quanto à responsabilidade civil contratual, conforme ementa apresentada pelo Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira no REsp 1599224/RS, o mero descumprimento do

contrato ou o atraso no cumprimento da obrigação não gera, por si só, o direito à indenização por danos morais. Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor trouxe normas baseadas na Teoria do Risco-Proveito, que defende que o fornecedor responde pelos danos independentemente de comprovação de dolo ou culpa. Ou seja, o CDC desvincula os fornecedores da regra geral estabelecida no Código Civil com o fim de garantir uma maior proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo. Como constata os apontados doutrinadores:

Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento. (TARTUCE e NEVES, 2016)

Dessa forma, observamos que a legislação brasileira se “alinha à tendência europeia de combate à discriminação no mercado e de aplicação da norma mais favorável ao consumidor.” (BENJAMIN. et al., 2017, p. 95). O cunho protetivo ao consumidor existente na codificação do Código de Defesa do Consumidor pode ser exemplificado em seus artigos 12 e 14:

Art.12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Esse dever de indenizar presente nas relações de consumo é baseado na função compensatória da responsabilidade civil, que busca fazer com que o indivíduo esteja na mesma posição jurídica que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. E, como visto que o tempo é um bem econômico irrecuperável, torna-se cabível e justificável a devida indenização pecuniária sobre a perda que extrapola os limites da razoabilidade.

NUNES (2012) defende que, além da teoria do risco-proveito, a responsabilidade objetiva não se sustenta apenas na dificuldade de comprovação da culpa por parte do consumidor, mas também na hipótese de ausência de culpa do próprio fornecedor:

Vê-se, só por isso, que, se o consumidor tivesse de demonstrar a culpa do produtor, não conseguiria. E, na sistemática do Código Civil anterior (art. 159), o consumidor tinha poucas chances de se ressarcir dos prejuízos causados pelo produto ou pelo serviço. (NUNES, 2012)

A Teoria do Risco-Proveito relaciona-se diretamente à responsabilidade civil objetiva, uma vez que defende que, aquele que obtém um proveito ou vantagem em vista de atividade econômica, deve arcar com as consequências do dano causado e repará-lo. Desta forma, em uma relação de consumo, a parte que adquire benefícios e vantagens em razão de exposição de terceiro a um determinado risco, responderá de forma objetiva pelas consequências do agravamento ou realização do dano.

É importante ressaltar, após a análise do regime geral da responsabilidade civil aplicado às relações de consumo, que a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor atua de maneira diferente diante das relações que envolvem profissionais liberais que prestam serviços, pois, nestes casos, a lei exige comprovação de culpa, transformando a responsabilidade que seria objetiva, em subjetiva para estas situações, conforme preconiza o art. 14, parágrafo 4.º, da Lei 8.078/90:

Art. 14.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

1.2 Responsabilidade civil pelos vícios e defeitos dos produtos e serviços

No âmbito do Direito do Consumidor, a responsabilidade civil objetiva engloba todas as hipóteses relacionadas a vício, defeito ou fato do produto e do serviço; enquanto a responsabilidade civil subjetiva tão somente envolve a questão referente aos profissionais

liberais. Logo, temos como regra a responsabilidade objetiva, ao passo em que a subjetiva é tratada como exceção.

De modo a contextualizar a responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo, existem dois níveis de proteção: a proteção à segurança e a proteção ao patrimônio. Aquela será responsável pelos vícios de qualidade por insegurança, também chamados de fatos ou defeitos, enquanto esta trabalha com o vício de qualidade por inadequação e o vício de quantidade.

Importante salientar que, o vício ao qual o fornecedor responde, é tão somente o referente à periculosidade adquirida, não respondendo pela periculosidade inerente. Esta é aquela em que os produtos, por si mesmos, já trazem um risco intrínseco que está ligado diretamente ao seu modo de funcionamento, como, por exemplo, uma faca; logo, o risco existente não é considerado um vício ou defeito. A periculosidade adquirida pela qual respondem os fornecedores, por sua vez, é aquela em que o risco do produto não é algo preexistente, mas resultado de alguma falha do processo de fabricação, concepção ou comercialização do mesmo.

A responsabilidade civil nas relações de consumo é tratada de forma diferente dependendo da relação com seu objeto, que pode ser um produto ou um serviço. Isto se dá por conta da impossibilidade de se ter uma indenização do serviço igual à do produto. Além disso, também é dividida em relação ao vício (problemas de mau funcionamento, quantidade ou informação) ou ao defeito (acidentes de consumo), isto é, se a questão trata de um problema relacionado ao patrimônio ou à segurança, respectivamente.

Afinal, o que constitui um vício? O próprio CDC define o vício com base em três elementos, podendo eles estarem juntos ou separados. O primeiro é a impropriedade ou inadequação do produto ou serviço à finalidade a qual se destina, ou seja, quando a principal função esperada não é cumprida, frustrando as expectativas do consumidor. O segundo é a disparidade informativa, que são as informações falsas. O terceiro, por fim, é a diminuição do valor do produto ou do serviço, podendo ser causada por diferentes situações, como o tipo de material que o compõe, por exemplo. Todas estas situações caracterizam o vício do produto ou do serviço.

Em relação ao vício do produto, considerado um dano menos grave que o defeito, temos uma solidariedade entre todos os fornecedores, uma vez que, dessa forma, a indenização ao consumidor é facilitada. Logo, sempre que o produto ou serviço apresentar

um defeito de informação ou mau funcionamento, o consumidor poderá ser indenizado tanto pelo fabricante que possa ter dado origem a esse vício quanto pelo comerciante, que é a figura com que ele se relacionou diretamente. Essa solidariedade por vício do produto está prevista em lei, no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Quando ocorre um vício do serviço, já não trabalhamos com a questão da solidariedade, uma vez que os serviços possuem uma cadeia de prestação mais reduzida, onde o consumidor se relaciona diretamente com o prestador de serviço, sendo raras as exceções, como, por exemplo, uma cadeia de serviços de seguro ou turismo. Porém, em regra, não há uma cadeia longa de prestação de serviços, logo, não existe uma solidariedade presumida.

Já em relação ao defeito, este é considerado todo o vício que gera dano em função da segurança legitimamente esperada, seja em relação à vida, à saúde física ou psíquica ou ao patrimônio, incluindo a proteção dos dados pessoais. Com isso, existem três tipos de defeito: os defeitos de concepção, relacionados à origem do produto, defeitos de fabricação, relacionados à execução no âmbito das fábricas, ou os defeitos de comercialização, como vender um produto fora da validade, por exemplo. O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor fundamenta o defeito do produto, apontando-o como responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

O defeito do serviço é regulado no artigo 14 da mesma lei, também sendo uma responsabilidade civil objetiva, ou seja, independentemente da existência de culpa, mas exclusivamente vinculada à questão da segurança do consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O fundamento da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo é elencado no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 12 (defeito do produto), 14 (defeito do serviço), 18 e 19 (vício do produto) e artigo 20 (vício do serviço).

É importante separar a responsabilidade civil por vício, defeito, produto ou serviço, para facilitar as questões referentes ao responsável pelos danos e qual tipo de indenização será aplicada à vítima. Com isso, é necessário analisar todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica. Nos casos de vício do produto ou serviço, temos uma cadeia de produção mais longa e por isso diferentes fornecedores, que respondem solidariamente. Já nos casos de defeito, temos somente o fabricante do produto ou o fornecedor do serviço, fazendo-se necessário, então, analisar o caso concreto para saber quem foi o fornecedor que lidou diretamente com o consumidor.

Do outro lado da relação, há o sujeito passivo. Se tratando de vício, temos o consumidor em sentido próprio ou a coletividade que tenha sofrido com vício do produto ou serviço adquirido. Quando se tratando de defeito, ou seja, situações mais graves, também há no polo passivo o consumidor em sentido próprio, a coletividade, e, ainda, todas as demais vítimas como consumidoras equiparadas, mesmo que não em sentido próprio. Logo, nas hipóteses de danos mais gravosos decorrentes de defeitos, a legislação se preocupou com um maior número de pessoas a serem protegidas.

Além disso, nas situações envolvendo defeitos, existe uma exceção, que responsabiliza o comerciante quando o verdadeiro responsável - seja o fabricante, construtor, produtor ou importador - não puder ser alcançado na prática. Dessa forma, dispõe o CDC em seu artigo 13:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Como preceito geral do Direito, a solidariedade é um instituto jurídico que não se presume, apenas sendo possível decorrer de disposição em lei ou contrato. Sendo assim, além da responsabilidade civil solidária prevista no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, referente às hipóteses de vício do produto, a Lei 8.078/1990 também traz outras duas hipóteses de solidariedade, previstas no artigo 25, que são aplicadas quando se consegue provar que mais de uma pessoa causou o dano. Consequentemente, nestas situações, o consumidor recebe um ônus maior, vez que deve provar a culpa de dois fornecedores da cadeia de consumo.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

Como já visto anteriormente, é importante separar as hipóteses de vício de produto ou serviço, uma vez que a forma da reparação será dada de acordo com o dano causado. A reparação do produto por vício, trata de um dano de natureza patrimonial, logo, menos grave, e engloba quatro hipóteses: a substituição do produto por outro da mesma espécie com o funcionamento adequado, abatimento do preço, restituição da quantia paga com a devida devolução do produto ou, a complementação do peso ou da medida quando o produto não possuir as dimensões a que foi apresentado. Quando se trata de serviço, temos como hipóteses de reparação: a reexecução do serviço, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional no preço. Diferentemente dos produtos, nas situações em que envolvem serviços, pode-se haver uma impossibilidade de reexecução, caso o fornecedor se recuse ou não tenha habilidades para tanto, com isso, é restado, então somente as opções de restituição da quantia paga e o abatimento proporcional.

A reparação pelo defeito é feita exclusivamente através de indenização pecuniária por perdas e danos, havendo a possibilidade de cumulação de indenização por defeito e vício dependendo do caso concreto, caso realmente tenha ocorrido as duas situações.

Desta forma, é notável que o Código de Defesa do Consumidor busca garantir uma maior rede de proteção aos consumidores através da aplicação do instituto da solidariedade, da responsabilidade civil objetiva e da priorização da função compensatória, por exemplo; com o fim de equilibrar os atendimentos lentos e ineficazes entregues pelos fornecedores, como aponta Marcos Dessaune:

[...] grandes fornecedores, ao se aproveitar da sua superioridade no mercado para transferir para o consumidor o custo temporal, operacional e material de sanar o vício do seu produto ou serviço, o dano decorrente de um efeito nele ou a consequência danosa de uma prática abusiva, em princípio auferem um lucro extra e injustificado à custa do consumidor. (DESSAUNE, 2017, p. 82)

2. A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL

Nem sempre foram pacíficas a doutrina e jurisprudência brasileiras quanto à possibilidade de indenização por danos morais. Antigamente, violações aos direitos da personalidade eram vistos como casos de mero aborrecimento. Com isso, exsurgiu uma discussão acerca do valor desse tipo de dano, e o questionamento acerca da moralidade em reparar a dor com dinheiro. Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 400/401), nos traz um dos principais argumentos utilizados à época para que os danos morais não fossem indenizados, que seria o da impossibilidade de se “mensurar a dor alheia” através de uma “monetarização”, uma vez que, segundo o autor, naqueles tempos, tal pensamento era algo visto como uma verdadeira imoralidade. Como destaca Caio Mário da Silva Pereira:

Não havia uma disposição genérica no Código Civil, admitindo-a. Clóvis Beviláqua, propugnador da indenização do dano moral, enxergava o suporte legal na regra do art. 76 e seu parágrafo do Código Civil [de 1916], segundo o qual, para propor ou contestar uma ação era suficiente um interesse moral. O argumento, entretanto, não convencia os recalcitrantes. (SILVA PEREIRA, 1990, p. 64).

Com isso, os danos morais perpassaram por uma verdadeira evolução doutrinária para conquistarem o valor que possuem nos dias de hoje. Em um primeiro momento, havia o questionamento da doutrina e jurisprudência que indagavam “como estabelecer um *pretium doloris*?”, uma vez que, naquela época, pagar pela dor era algo considerado imoral. Com o desenvolvimento das relações sociais e um significativo aumento de casos em que os direitos da personalidade eram afetados, passou-se a defender que os danos morais não seriam passíveis de indenização, mas de compensação, desde que sofridos autonomamente, isto é, não seria possível cumular o dano moral com o material, sendo este o que prevaleceria.

Entretanto, com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi definitivamente cunhada a expressão do instituto em seu art. 5º, incisos V e X, tornando-se pacífico o entendimento da indenização por danos morais.

Em vista dessa evolução doutrinária e jurisprudencial, o presente capítulo buscará tratar da noção do dano moral envolvendo suas finalidades, peculiaridades, sua consequente indenização e iniciar uma discussão acerca de sua nova modalidade – os danos morais pela perda do tempo - com o objetivo de estabelecer uma melhor compreensão do tema objeto desta monografia.

2.1 A indenização por danos morais

Os danos morais, que por muito tempo foram tratados como casos de “mero aborrecimento”, hoje apresentam uma definição mais sólida no Direito. Consistem na violação aos direitos da pessoa humana que causa dor, sofrimento, humilhação e constrangimento psicológico e/ou social. Ou seja, é todo e qualquer sofrimento que não é causado por uma perda monetária. Ele atinge os direitos da personalidade e, para ser configurado, a gravidade do dano deve ultrapassar a normalidade, interferindo intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe sentimentos de aflição e angústia. É medido segundo um padrão objetivo, analisando se os sentimentos causados pelo dano ultrapassam a normalidade a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo; ou se são comuns a todos, levando em conta como maioria das pessoas se sentiriam na mesma situação. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

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, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONCALVES, 2009, p.359)

Para requerer indenização por danos morais em juízo, é necessário haver, antes de tudo, a ocorrência de um ato ilícito, que, necessariamente, tenha a capacidade de ferir a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da nossa Constituição, previsto em seu art. 5º, inciso X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Os direitos da personalidade são os direitos necessários para que uma pessoa consiga praticar os atos civis e se inserir em relações jurídicas, são direitos pessoais que compõem um rol subjetivo (nome, imagem, honra, etc.). Quando alguém causa dano a outrem, nasce o dever à reparação, e, em se tratando exclusivamente de direitos da personalidade, surge a indenização subjetiva, relativa a valores extrapatrimoniais, que é a chamada indenização por danos morais. Os artigos 186 e 927 do Código Civil estabelecem a reparação pelos danos:

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A natureza jurídica da indenização por danos morais envolve ainda algumas controvérsias na doutrina. Tal como na responsabilidade civil, aqui há uma corrente de autores que defende a existência de uma natureza predominantemente compensatória, enquanto há outra que defende a presença de uma natureza jurídica de caráter sancionador-pedagógico.

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 405) adota uma postura intermediária, afirmando que, se para a vítima a indenização se apresenta como uma forma de consolo e reparação do dano sofrido, para o ofensor, a indenização possui outro papel, atuando como uma punição, a fim de desmotiva-lo a praticar os mesmos atos lesivos.

Defendendo a posição predominante da doutrina, Flávio Tartuce (2018, p. 445) argumenta que as funções punitivas e pedagógicas presentes na indenização por danos morais coexistem, mas são de caráter acessório, condicionados à existência da verdadeira função principal, a de natureza compensatória:

A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese tem prevalecido na jurisprudência. (TARTUCE, 2018, p. 444).

Em vista disso, o Enunciado n. 279 do CJF/STJ referente a IV Jornada de Direito Civil aduz, nos seguintes termos: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”

Na prática, é possível notar que há uma imensa variação dos valores das condenações a título de danos morais. Inclusive, a doutrina aponta essa disparidade de decisões sobre o mesmo fato como “jurisprudência lotérica”, uma vez que se trata simplesmente de “sorte”, dependendo do entendimento do juiz que irá ser designado para o caso. Há um verdadeiro conflito acerca desse aspecto, pois, por um lado, por violar o princípio da isonomia, a tarifação do dano moral é inconstitucional, devendo ser necessário avaliar o caso concreto para que seja fixado um valor de acordo com suas peculiaridades; enquanto que, por outro lado, o livre arbitramento dos juízes tem dado ensejo a insegurança jurídica. Nesse sentido, dispõe o Enunciado 550 do CJF: “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou valores fixos”.

Em razão dessa controvérsia, o STJ vem apresentando, em diversas decisões, um método bifásico para a fixação da indenização por danos morais com o fim de harmonizar os valores a título da reparação sem que necessariamente se implique em um tarifamento. Na primeira fase, é estabelecido um valor-base de acordo com a relevância do bem jurídico envolvido e o entendimento da jurisprudência sobre o tema, com a devida fundamentação. Já na segunda fase, ocorre a fixação definitiva do valor seguindo as particularidades do caso concreto (gravidade do fato, culpabilidade do agente, culpa concorrente do lesado, condição econômica das partes, etc.) Sobre o tema, consta na Jurisprudência em Teses do STJ, referente a edição 125:

A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

Héctor Valverde Santana (2014, p. 133) nos traz uma diferenciação entre os conceitos de mero aborrecimento e danos morais, defendendo que estes, diferentemente daquele, tratam especificamente de abalos verdadeiramente capazes de atingirem os direitos personalíssimos. Logo, para que seja configurado o “dever de indenizar”, é preciso se tratar de uma lesão relevante o suficiente para que realmente perturbe o estado psíquico da vítima. Nesse sentido, aponta Elvis Jakson Melnisk:

Fato é que existe uma infinidade de situações limítrofes que exigem uma análise percuciente do magistrado a fim de desvendar se se trata de um mero aborrecimento ou um efetivo dano que exija reparação. (MELNISK, 2019)

Com isso, os Tribunais de Justiça, que atualmente contam com inúmeros processos requerendo indenização por danos morais, ao proferirem sentença para um caso concreto, devem buscar a aplicação do Princípio da Razoabilidade, com o fim de harmonizar os pedidos de acordo com a realidade jurídica e evitar, assim, eventual confusão de questões que envolvem os direitos da personalidade com casos de mero aborrecimento.

O termo indenização refere-se à compensação devida a alguém de maneira a torna-la indene, isto é, “sem dano”. Entretanto, a indenização por dano moral é de natureza subjetiva, logo, não é possível mensurar de maneira exata a quantia devida ao lesado. Nesse sentido, percebemos que não há no Código Civil a existência de uma norma que impõe a indenização pecuniária como único meio de reparação por danos morais. Além da reparação monetária, existe o chamado ressarcimento “in natura”, no qual o dano moral pode ser compensado também de modo não pecuniário, caso atenda ao interesse da vítima.

Enunciado n.589 aprovado na VII Jornada de Direito Civil do CJF: A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio.

A ideia geral em torno desse modo alternativo de reparação é desestimular o pensamento de que, quem tem mais poder aquisitivo, poderia, em tese, causar mais danos. Dessa forma, impõe-se ao ofensor uma obrigação que transcende a entrega de recursos exclusivamente pecuniários, garantindo às vítimas a possibilidade de reparação integral dos danos sofridos, o que, muitas vezes, não se satisfaz apenas com o pagamento em pecúnia.

Para fins de exemplificação prática, temos um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em um caso de interrupção indevida de fornecimento de energia elétrica, condenou a concessionária não apenas a pagar uma quantia em dinheiro, mas também a enviar à vítima um pedido de desculpas na fatura seguinte:

(...) no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente os anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação de pedido de desculpa pela falha do serviço prestado e pela consequente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para a composição judicial da lide. Consequentemente, a simples majoração do quantum a ser arbitrado para o dano moral, não inviabiliza, ou justifica, o descarte da retratação pública, nos exatos termos do que foi na inicial pleiteado. Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado. (TJRJ, Apelação Cível 0000961-59.2006.8.19.0087, Rei.Des. Maldonado de Carvalho, DJ 19.6.2009)

Analisando outro aspecto acerca da indenização por danos morais, houve um debate por muito tempo na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de a demora no ajuizamento da ação servir de critério para o arbitramento do valor. Em um primeiro momento, o STJ fixou o entendimento de que o lapso temporal não faria diferença:

A demora na propositura da ação judicial não pode implicar a diminuição da reparação pelo dano moral. Não são raras as vezes em que o sofrimento decorrente de um fato de tamanha gravidade como a morte de um ente querido é tão profundo que retira a capacidade do ser humano de reagir. Assim, a demora pode significar, não um sintoma de que o abalo não foi profundo, mas exatamente o contrário. Além disso, é natural que, com o tempo, o abalo psíquico se reduza. A indenização, todavia, tem de se reportar à época dos fatos. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 686.139/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 13/11/2006)

O julgado acima se apoia em argumentos pertinentes ao defender que o tempo entre o acontecimento do dano e o ajuizamento da ação não necessariamente significaria que a vítima sofreu menos abalo psíquico do que se o fizesse imediatamente, uma vez que, ao sofrer uma perturbação profunda, a pessoa pode não ter condições físicas ou emocionais para lidar com a questão em juízo; além de que o valor da indenização não deve se basear à época do ajuizamento da ação, mas do acontecimento dos fatos.

Entretanto, em um segundo momento, houve uma mudança de posicionamento, entendendo o STJ que a demora no ajuizamento faria, sim, diferença:

A demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do quantum indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação.(EREsp 526.299/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2008, DJe 05/02/2009).

Além disso, a indenização recorrente de danos extrapatrimoniais gerou outra série de debates no Direito Brasileiro, especificamente acerca da possibilidade de cumulação de reparação de danos morais e materiais. Ora, parece claro que um mesmo fato capaz de afetar a nossa esfera patrimonial também possui capacidade de atingir os nossos direitos personalíssimos, basta se tratar de um objeto de grande valor econômico e sentimental, por exemplo. Dessa forma, a promulgação da Constituição Federal de 1988 fixou o entendimento de que ambos os tipos de indenizações merecem reconhecimento jurídico autônomo, de acordo com o disposto no artigo 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Seguindo o mesmo raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça aduziu, em sua Súmula 37, a afirmação: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.”

Com isso, foi pacificado no Direito Brasileiro a possibilidade de cumulação relativa a diferentes tipos de danos (material, moral, estético, etc.), uma vez que, com o avanço das relações sociais e novos danos surgindo na jurisprudência, tornou-se fundamental o reconhecimento de modalidades autônomas de danos para que sejam assegurados os princípios constitucionais referentes a dignidade da pessoa humana que, como veremos a seguir, uma vez infringidos, são capazes de afetar significativamente a parte mais vulnerável de uma relação jurídica.

2.2 Danos morais pela perda do tempo útil

Tendo em vista a crescente frequência de problemas enfrentados pelos consumidores ao adquirirem produtos e serviços, a jurisprudência vem ampliando a compreensão quanto a

relevância do reconhecimento de um novo tipo de dano. A indenização pela perda do tempo do consumidor passou a ser tratada como algo passível de reconhecimento jurídico e, o tempo, como um bem econômico a ser tutelado.

São diversas as situações do cotidiano que nos trazem a sensação de perda de tempo, mas, especificamente no âmbito das relações de consumo, essa perda pode ser considerada uma prática abusiva ao ser oriunda de um comportamento de menosprezo por parte do fornecedor. Os consumidores, ao serem obrigados a desprenderem muito de seu tempo livre para solucionarem problemas gerados e não rapidamente solucionados pelos fornecedores, sofrem uma nova espécie de lesão.

Por muito tempo esses casos foram vistos como situações de mero dissabor. Entretanto, com o aumento da globalização, as relações sociais transformaram-se em uma verdadeira “corrida”, onde é importante que tudo seja feito de maneira rápida a fim de poupar-nos tempo: cartas viraram e-mails, e-mails tornaram-se mensagens, mensagens transformaram-se em símbolos “emojis” e as ligações telefônicas perderam o lugar para mensagens de áudio que podem ser ouvidas em velocidades mais aceleradas. Em razão dessa demanda social pela economia de tempo, o Direito passou a enxergar questões onde os consumidores são compelidos a sacrificarem considerável quantidade desse precioso bem, como algo irrazoável nos dias atuais.

O tempo tem se tornado cada vez mais escasso. Há um sentimento generalizado de que falta tempo para tudo: para dar atenção à família, para comparecer em uma confraternização com os amigos, para fazer cursos de especial interesse do indivíduo para autorrealização pessoal.” (MELNISK, 2019).

Permanecer longas horas em uma fila para atendimento, enfrentar uma série de dificuldades para cancelar cobranças indevidas, ter de retornar diversas vezes ao estabelecimento comercial, e, ainda assim, não ter o problema prontamente resolvido, são situações que ultrapassam os limites da razoabilidade e vão além do simples aborrecimento cotidiano, caracterizando, dessa forma, o dano moral.

No meio jurídico, observamos a importância do tempo exemplificada em diversos aspectos, desde a sua utilização objetiva para criar e extinguir direitos, à sua disposição no princípio constitucional e administrativo da razoável duração do processo, por exemplo. Em vista disso, no Direito do Consumidor tal recurso não poderia receber menos importância,

especialmente quando é injustificadamente apropriado pelos fornecedores, parte mais influente da relação jurídica.

Como visto anteriormente, um dano moral se diferencia de mero aborrecimento pois possui capacidade de ferir os direitos da personalidade. Essa perda de tempo imposta aos consumidores por questões de exclusiva culpa dos fornecedores, ultrapassa o limite de mero aborrecimento e alcança um caráter de dano moral ao ferir a dignidade da pessoa humana. Quando a má prestação de um serviço juntamente com a dificuldade imposta para a sua solução provoca no consumidor sentimentos de raiva, angústia, frustração e ansiedade, há a violação de uma série de direitos, como o direito à prestação adequada do serviço contratado, à paz e a tranquilidade, por exemplo; o que acaba por afetar diretamente a dignidade humana.

Todo e qualquer tempo vital do consumidor que é desprendido exclusivamente para solucionar problemas causados pelo fornecedor é, pelos motivos acima expostos, considerado uma prática abusiva, devendo, portanto, ser reprimida pelo Poder Judiciário. Ao nos abstermos de um tempo que poderia ser destinado ao trabalho, lazer, família, afazeres pessoais, ou simplesmente ao ócio, somos privados de valiosos momentos em que poderíamos estar nos dedicando a outras atividades, oriundas de nossa livre escolha, para sermos obrigatoriamente submetidos a situações de estresse e desgaste, o que prejudica consideravelmente nossa qualidade de vida.

Além disso, é válido se ater ao fato de que toda atividade empresarial apresenta riscos inerentes. Logo, os fornecedores de produtos ou serviços, ao iniciarem uma atuação no mercado de consumo, se responsabilizam, de maneira implícita, pelos riscos provenientes desse empreendimento. Nesse sentido, ao decidir explorar uma empresa, os responsáveis devem assumir as consequências de eventuais danos derivados dessa atuação, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Como assevera o autor Vitor Guglinski:

Sendo assim, se este decide explorar empresa, deve arcar com os danos eventualmente decorrentes de sua atuação, inclusive o dano extrapatrimonial causado ao consumidor por despojá-lo de seu tempo útil. (GUGLINSKI, 2012)

O jurista Marcos Dessaune, autor da tese objeto de estudo desta monografia, tece uma interessante reflexão acerca da nomenclatura utilizada por alguns autores ao tratarem do fenômeno da perda do tempo do consumidor. Muitos doutrinadores utilizam expressões como “tempo útil” e “desvio produtivo”, abrindo precedentes para que a crença de que se

exista um tempo “inútil”, como se não se tratasse de um recurso escasso e valioso. Não devemos exigir qualquer prova de produtividade do tempo perdido para fins de indenização, pois este tipo de pensamento é capaz de cultivar ideias de que se o tempo não fosse utilizado de forma “produtiva”, não haveria o que se falar em dano moral. Porém, a produtividade em questão é algo subjetivo, uma vez que cada titular pode dispor de seu tempo como desejar, e isso não retira a lesão sofrida.

Com um olhar mais atento da jurisprudência a esse tipo de situação, as relações de consumo tendem a ser menos abusivas, e a tese relativa à indenização por danos morais, é fortalecida. Ao tratarmos de danos extrapatrimoniais decorrentes do tempo perdido, é fundamentada uma nova concepção perante todo o ordenamento, onde situações que antes eram vistas como questões de mero dissabor, hoje passam a receber uma maior atenção do Poder Judiciário e tornam-se passíveis de indenização.

3. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, elaborada pelo advogado e autor Marcos Dessaune, surge para confrontar a aplicação da tradicional jurisprudência do mero aborrecimento. Desenvolvida com base na responsabilidade civil empregada ao Direito do Consumidor, a teoria busca garantir o direito à indenização decorrente de danos extrapatrimoniais, de natureza existencial, corriqueiramente chamados de danos morais lato sensu.

Antes da referida teoria ser acolhida pela jurisprudência, a maioria dos casos que envolviam problemas de consumo eram julgados como questões de mero dissabor, o que não garantia às vítimas qualquer tipo de indenização. A lógica por trás da frequente interpretação dos fatos como singelos contratempos sustentava-se em um raciocínio que enxergava a integridade psicofísica do consumidor como o bem que era lesado nessas situações. Contudo, é inegável que tais frustrações, sejam elas de grandes ou pequenas proporções, não deixam de caracterizar sentimento. E, como visto anteriormente, quando ocorre lesão aos sentimentos de alguém, sua integridade psicofísica também é afetada. A diferença, no âmbito da teoria que será analisada neste capítulo, é que o bem jurídico lesado não se trata unicamente da integridade física e psicológica do indivíduo, mas sim de seu tempo vital, juntamente com suas atividades existenciais quanto consumidor.

Com isso, é possível chegarmos ao entendimento de que a clássica jurisprudência do mero aborrecimento é equivocada ao tratar da integridade psicofísica como o principal bem jurídico lesado nessas situações. Veremos que, na verdade, o objeto atingido é o bem da vida, de natureza irrecuperável, cujo valor extrapola a dimensão econômica. Pode-se afirmar, nesse sentido, que o tempo constitui o bem mais valioso existente, uma vez que se trata de um recurso escasso, inacumulável e que se apresenta de maneira igual a todos. Tempo significa, literalmente, vida.

Sendo assim, o presente capítulo irá se debruçar sobre a promissora tese elaborada pelo jurista Marcos Dessaune, que vem sendo cada vez mais acolhida pela jurisprudência,

com o objetivo de demonstrar sua relevância jurídica e importância social através de uma análise aprofundada no âmbito do Direito do Consumidor.

3.1 Requisitos para a configuração

É certo afirmar que é comum vivenciarmos situações do cotidiano que demandam tempo para serem resolvidas, especialmente em se tratando de relações consumeristas, uma vez que, em uma sociedade capitalista massificada pelo consumo, tais relações nascem a cada novo segundo. Logo, sabendo que a vida naturalmente comporta certos transtornos, principalmente relativos a problemas de consumo, não é razoável dizer que a Teoria do Desvio Produtivo seja aplicável a todos os casos.

É natural a existência de circunstâncias que realmente requerem um certo tempo para serem solucionadas, inclusive o próprio Código de Defesa do Consumidor admite a possibilidade de falhas dos fornecedores, como vemos exemplificado em seu artigo 18, parágrafo 1º o direito que têm de tentar sanar o vício de consumo em até 30 dias.

Com isso, o tempo considerado razoável para que casos de mero aborrecimento não se confundam com práticas abusivas dos fornecedores, deve ser analisado caso a caso, uma vez que não são quaisquer 30 minutos de espera em uma fila que são capazes de configurar o dano extrapatrimonial indenizável.

O Código de Defesa do Consumidor exige eficiência e eficácia por parte dos fornecedores ao impor diversos deveres legais advindos do princípio da boa-fé objetiva, como o dever de fornecer produtos e serviços com qualidade, adequação, segurança, resolver eventuais vícios e defeitos, indenizar o consumidor lesado, entre outros. Logo, se existem todos esses deveres e, ainda assim não são devidamente cumpridos, uma nova espécie de dano é gerada e a teoria passa a ser aplicada, trazendo consigo uma mudança nas relações de consumo.

A ocorrência frequente e proposital de mau atendimento prestado ao consumidor é o que tem levado a jurisprudência a admitir uma reparação civil pela perda do tempo a título de danos morais. Em suma, para que a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor seja procedente, o caso concreto deve tratar de uma injustificada apropriação do

tempo existencial do consumidor, de modo que o fornecedor usurpe parte de sua existência ao provocar – e não solucionar – problemas de consumo que não deveriam existir. Como expõe a autora Laís Bergstein:

Se, no caso concreto, o fornecedor não emprega esforços para minimizar os efeitos danosos da sua conduta e não é diligente em reparar os prejuízos materiais e compensar os danos imateriais suportados pelo consumidor, ele gera um terceiro dano, pois impõe ao consumidor o abandono das suas atividades preferidas para buscar a justa e devida reparação dos danos. (BERGSTEIN, 2019, p. 125)

De modo a ilustrar essa injusta lesão ao tempo do consumidor, temos as rotineiras situações onde, ao adentrarmos em uma agência bancária que possui 10 guichês de atendimento, apenas 2 estão em uso para atendimento ao cliente. Por conseguinte, o consumidor, que utilizou de seu tempo livre, como um intervalo de almoço, por exemplo, para buscar solucionar um problema de consumo decorrente de culpa exclusiva do fornecedor, tem lesionada, neste caso, uma de suas atividades essenciais, que seria a de se alimentar. A autora Fabiana Alvarenga de Carvalho é assertiva ao pontuar essa questão:

Nota-se um desestímulo ou falta de incentivo pelas instituições financeiras com relação ao atendimento físico dentro de suas agências. O cliente não consegue organizar seus compromissos num período razoável de tempo, em virtude de ter que aguardar seu atendimento numa fila, o que gera atraso na realização de seus outros compromissos, além do cansaço físico a que é submetido, extrapolando um mero aborrecimento, humilhando e afrontando qualquer pessoa que se sente indignada com tal demora injustificada. (ALVARENGA; CARVALHO, 2014)

Não é razoável que seja exigido do consumidor uma renúncia às suas atividades de interesse para que obrigatoriamente invista seu tempo buscando solucionar questões das quais não deu ensejo. Dessa forma, tem-se perdido um recurso de natureza irrecuperável, e que, por conta de seu caráter extrapatrimonial e subjetivo, a indenização a título de danos morais vem sendo utilizada pela jurisprudência de modo a compensar o consumidor e punir, bem como desmotivar, os fornecedores de produtos e serviços, como reconhecem Fernanda Tartuce e Caio Coelho:

O dano temporal não merece ser reconhecido como simples subcategoria de danos extrapatrimoniais. Na verdade, a reparabilidade do dano temporal não decorre da proteção do tempo em si, mas da liberdade que tem a pessoa de alocar seu tempo -

um recurso que tem à sua disposição - da forma que lhe convier. (TARTUCE; COELHO, 2017)

É necessário, portanto, se ater a alguns detalhes na hora de diferenciar situações de mero aborrecimento e de injusta lesão ao tempo do consumidor, de modo a examiná-las à luz de um juízo de razoabilidade. Assim, Fernanda Tartuce e Caio Coelho obtemperam: “A análise sobre se determinado tempo gasto para a prática de certo ato foi ou não além da situação normalmente esperada deve ser feita em concreto, pelo juiz”. (TARTUCE; COELHO, 2017). Nesse sentido, a autora Laís Bergstein sugere dois diferentes parâmetros que devem ser analisados a fim de concluir se houve ou não a ocorrência de dano moral pelo tempo perdido: o menosprezo inicial por parte dos fornecedores e a postura tomada por eles diante da problemática.

Primeiramente, por menosprezo entende-se “o desrespeito, a desconsideração das legítimas expectativas geradas no consumidor.” (BERGSTEIN, 2019, p. 113). Na prática, esse menoscabo pode ser exemplificado em típicas condutas dos fornecedores: como o já mencionado exemplo dos guichês, a delonga na tomada de atitudes para resolução de problemas, omissão de informações, inexistência de serviços de atendimento ao consumidor, entre outros. Quando o fornecedor de produtos ou serviços não cumpre com os deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé, ele impõe ao consumidor tal responsabilidade, fazendo-o perder tempo de vida para sanar o problema de consumo.

Em relação a esse descaso praticado pelos fornecedores, Bergstein (2019, p. 116/117) aduz que é importante considerar eventuais particularidades de certos grupos sociais, que, quanto consumidores, requerem um atendimento diferenciado. Sabemos que o consumidor configura a parte mais vulnerável da relação de consumo, contudo, existem certos grupos sociais que apresentam essa vulnerabilidade agravada, o que constitui o caso dos chamados consumidores hipervulneráveis, como idosos e pessoas com deficiência, por exemplo. Esses grupos de consumidores, em razão de suas condições, se tornam ainda mais expostos a práticas abusivas no mercado de consumo, o que exige do julgador um olhar atento a tais especificidades.

O idoso tem urgência, não tem tempo a perder, e o paciente demanda um atendimento célere devido à sua frágil situação. Essas circunstâncias de fato, muitas vezes ignoradas pelos fornecedores, devem ser devidamente sopesadas pelo julgador

em uma sociedade que se pretenda justa e solidária. (BERGSTEIN, 2019, p. 116/117)

No que diz respeito ao segundo aspecto proposto por Bergstein como requisito para a configuração do dano extrapatrimonial indenizável, temos o comportamento tomado pelos fornecedores diante de um problema de consumo por eles causado. Sérgio Cavalieri Filho defende a noção de que “decorre do princípio da boa-fé a exigência de um comportamento proativo do fornecedor”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 97). Desse modo, o fornecedor de produtos ou serviços, ao prestar um mau atendimento, bem como não apresentar agilidade às demandas oriundas dessa falha, atenta contra os deveres a ele estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Como vimos anteriormente, os fornecedores possuem o direito de errar, e o CDC admite tais possibilidades. Contudo, ao extrapolar os limites da razoabilidade, o tempo existencial do consumidor é sacrificado, uma vez que ele se vê incumbido da obrigação que deveria ser cumprida pelo fornecedor, que não o fez. Esse tipo de conduta vem sendo frequentemente praticada por fornecedores a fim de aferir-lhes lucro ao economizarem o capital que deveria ser destinado à manutenção ou à existência de centrais de atendimento ao consumidor. Laís Bergstein aponta que, “deixando de investir adequadamente na cadeia produtiva, o fornecedor transfere ao consumidor todo o ônus decorrente de sua inércia, ou melhor dizendo, os riscos inerentes à sua própria atividade.” (BERGSTEIN, 2019, p. 117/118)

Com isso, o julgador, ao avaliar se o caso concreto configura um dano moral pelo tempo perdido do consumidor ou se a questão trata de mero aborrecimento, necessita atestar se a conduta do fornecedor foi abusiva ou não. Diante de um problema de consumo, como o fornecedor agiu? Quais foram as ações tomadas? As demandas do consumidor foram prontamente atendidas? Havia um planejamento pré-existente a ser seguido em casos como esses? São esses tipos de questionamentos que devem ser feitos para ponderar a lesividade do dano causado, como demonstra a autora Laís Bergstein:

“O tempo do consumidor poderia ter sido poupado pelo fornecedor de produtos ou serviços mediante a implementação de mecanismos para a aumentar a segurança das contratações?” (BERGSTEIN, 2019, p. 117)

Portanto, é preciso que, uma vez confirmado o dano, seja feita uma análise acerca da postura do fornecedor diante do contratempo. Se foi caracterizada como ativa, de modo a empregar esforços para seu rápido desenlace, ou passiva, quedando-se inerte e, além disso, dificultando a resolução do problema, prejudicando o direito do consumidor:

Se, no caso concreto, o fornecedor não emprega esforços para minimizar os efeitos danosos da sua conduta e não é diligente em reparar os prejuízos materiais e compensar os danos imateriais suportados pelo consumidor, ele gera um terceiro dano, pois impõe ao consumidor o abandono das suas atividades preferidas para buscar a justa e devida reparação dos danos. (BERGSTEIN, 2019, p. 125)

Em vista do presente exposto, o próximo tópico terá como análise os direitos e deveres das partes inseridas em uma relação de consumo. Será perquirido o encargo dos fornecedores quanto responsáveis pelo cumprimento dos deveres legais dispostos no Código de Defesa do Consumidor referentes à prevenção e reparação de danos, bem como os direitos dos consumidores quanto parte mais vulnerável da relação de consumo, com o fim de estabelecermos uma melhor e mais ampla compreensão acerca dos contornos derivados da Teoria do Desvio Produtivo.

3.2 O papel do fornecedor e do consumidor na relação consumerista

Conforme discorrido no ponto anterior, percebemos que, para que o dano ao tempo indenizável possa ser configurado, é necessário que ambas as partes da relação de consumo preencham alguns requisitos, no sentido de não cumprirem com seus deveres legais, principalmente o fornecedor, uma vez que este caracteriza o elo invulnerável ao ser o detentor do conhecimento técnico da produção e prestação de seu produto ou serviço.

Primeiramente, é fundamental termos conhecimento dos princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor. A partir deles, é possível estabelecer de forma clara todos os direitos e deveres das partes integrantes da relação consumerista, uma vez que norteiam o modo como as partes devem atuar desde a origem até o encerramento do vínculo. O art. 4º, I, do CDC prevê expressamente o já mencionado princípio da vulnerabilidade:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

O principal intuito deste princípio é a criação de uma igualdade material, ou seja, de tornar igual os desiguais. Em uma relação de consumo, os fornecedores possuem o integral conhecimento referente à produção, comercialização, tecnologia, legislação e todas as demais especificidades que envolvem o produto ou serviço que está sendo posto no mercado. Por outro lado, o consumidor, diante da complexidade que envolve o sistema capitalista, ocupa um lugar de sujeito vulnerável, leigo e despreparado em relação ao fornecedor, de modo com que se torna facilmente submetido a quaisquer imposições contratuais, situação esta que é agravada nos casos de monopólio, especialmente quando se trata de serviços essenciais. Por isso, o CDC, ao estabelecer o princípio da vulnerabilidade, traz a presunção absoluta de que todo consumidor é vulnerável, buscando trazer um equilíbrio a esse liame ao proteger a parte mais fraca da relação de práticas abusivas provenientes dessa desigualdade. Assim defende Sérgio Cavalieri Filho:

(...) o CDC trata de maneira desigual o consumidor não para conferir-lhe privilégios ou vantagens indevidas, mas, sim, prerrogativas legais — materiais e instrumentais — para que se atinja o desiderato constitucional da igualdade real. (CAVALIERI, 2010, p.48)

Além do princípio da vulnerabilidade como norteador das condutas nas relações de consumo, temos o importante princípio da boa-fé objetiva, que, em razão de sua relevância, não se restringe somente ao direito do consumidor, mas é aplicado a todo o ordenamento jurídico brasileiro como pilar das relações jurídico-sociais. Esse princípio exige que as partes atuem segundo padrões objetivos adequados aos critérios de honestidade, lealdade e colaboração durante toda a relação. No âmbito do direito do consumidor, a boa-fé objetiva é prevista explicitamente no CDC em seus artigos 4º, III: “(...) sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” e 51, IV:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Desse modo, ao iniciar uma relação consumerista, o consumidor possui a legítima expectativa de que o fornecedor irá agir de acordo com um padrão de conduta baseado em exigências sociais éticas, caracterizadas pelos deveres anexos oriundos do princípio da boa-fé (como proteção, lealdade, confiança, etc.), ainda que não expressamente previstos no contrato, como defende Marcos Dessaune:

[...] o dever ético de agir, especialmente em seu momento como fornecedor, com consciência, efetividade, equidade e responsabilidade, para que todas as pessoas tenham a possibilidade de alcançar uma existência digna, obter bem-estar e ter os seus recursos produtivos liberados por meio das relações de troca. (DESSAUNE, 2017, p. 61/62)

Como decorrência do princípio da boa-fé, existem diversos outros deveres anexos que o CDC estabelece como base para a atuação dos fornecedores, de modo a cumprirem com a legítima expectativa que os consumidores neles depositam. A princípio, o consumidor, ao adquirir um produto ou serviço, espera encontrar informações claras e precisas sobre seu funcionamento, material, políticas de troca, devolução, entre outros. Logo, de acordo com os princípios da transparência e confiança, advindos da boa-fé, os fornecedores devem, necessariamente, manter os consumidores informados acerca de eventuais vícios ou defeitos provenientes de seus produtos ou serviços, segundo os artigos 6º, III, 8º e 9º, do CDC, assim como sobre os riscos imprevistos que podem surgir após o consumo, fenômeno comumente conhecido como “recall”. Portanto, o fornecedor tem o dever de informar, enquanto o consumidor tem o direito à informação:

O direito à informação é essencial e indissociável de toda relação jurídica de consumo. A informação, adequada, clara e precisa, deve contemplar todos os aspectos da prestação dos serviços ou fornecimento de produtos, inclusive o tempo de espera por atendimento (BERGSTEIN, 2019, p. 115/116)

Tal dever e direito à informação também encontra previsão explícita no CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Além do dever de informação e da atuação baseada no princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, o Código de Defesa do Consumidor institui outros encargos aos fornecedores a fim de que as legítimas expectativas dos consumidores sejam satisfeitas, tais quais: a não utilização de práticas abusivas lato sensu (art. 39, CDC); não criação ou incremento de novos riscos ao consumidor (art. 6º, I do CDC); prevenção e saneamento de vícios apresentados pelos produtos ou serviços e a reparação de danos feita de maneira rápida, espontânea e efetiva (art. 6º, VI do CDC).

Miragem (2013, p. 203) divide o dever que os fornecedores tem de prevenir danos em deveres positivos e negativos. Como exemplo daqueles, temos o dever à informação, enquanto que estes são baseados em uma atitude omissiva, onde o fornecedor deve se abster de comercializar produtos ou serviços que possam oferecer riscos à saúde e segurança de quem os possa vir a adquirir. Caso as medidas de prevenção adotadas não alcancem às expectativas do consumidor, o dano moral extrapatrimonial poderá ser justificado, como bem aponta o autor Marcos Dessaune:

[...] o mau atendimento do fornecedor sempre gera algum problema de consumo potencial ou efetivamente danoso que por lei não deveria existir, que não foi causado pelo consumidor e que não é de responsabilidade dele, o que frustra os seus legítimos interesses, expectativas e confiança. (DESSAUNE, 2017, p. 66).

Esse dever de indenizar que surge pela falha na prevenção de danos encontra suporte no chamado Princípio da Reparação Integral de Danos, sejam eles de natureza patrimonial, moral, individual, coletiva ou difusa. Ou seja, além do dever de prevenir danos, os fornecedores também são responsáveis pela sua reparação. O dito princípio está previsto expressamente no art. 6º, VI, do CDC, como um dos “direitos básicos do consumidor”, entretanto, pode-se dizer que a maioria dos consumidores não denunciam formalmente o mau atendimento que lhes é prestado. De acordo com Marcos Dessaune, esse comodismo pode ter como causa diversos fatores, tais como: “falta de tempo, o custo-benefício envolvido, a

desinformação, a vergonha, o temor de represálias, o ceticismo, o conformismo.” (DESSAUNE, 2017, p. 67)

Os direitos básicos do consumidor estão previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, e tratam de um rol exemplificativo, vide o artigo 7º que garante a possibilidade de outros direitos serem utilizados como defesa do consumidor diante de casos de abusos sofridos em uma relação de consumo.

De modo a exemplificar tais direitos básicos, no art. 6º, VIII, temos a facilitação da defesa com a inversão do ônus da prova, tendo em vista que, como parte mais fraca da relação de consumo, muitas vezes o consumidor não dispõe dos meios necessários para a produção de provas. Dessa forma, a incumbência de esclarecer os fatos do caso concreto caberá a quem tem melhores condições de fazê-lo, o fornecedor. Esse e outros dispositivos legais existentes para assegurar um maior anteparo à figura do consumidor são de extrema importância para que seja garantido o equilíbrio da relação e assim evitar a ocorrência de situações de abuso de direito por parte dos fornecedores, como afirma Laís Bergstein:

Não são raros os casos de consumidores que simplesmente desistem de reivindicar direitos resultantes de contratações malsucedidas em face dos enormes obstáculos para contatar os fornecedores. E o efeito dessa prática é perverso nos mercados. Por esse motivo, as práticas que menosprezam o tempo do consumidor, contratante vulnerável, devem ser coibidas de maneira exemplar, para que a falta de planejamento de investimentos no bom atendimento não seja financeiramente mais atrativa para o fornecedor, que sistematicamente sopesa custos e benefícios na sua atividade. (BERGSTEIN, 2019, p. 268)

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor surge como uma maneira de proteger o elo mais fraco da relação jurídica de consumo ao estabelecer direitos e deveres para as partes envolvidas. Porém, a Teoria do Desvio Produtivo surge para agregar essa defesa, uma vez que, danos de natureza patrimonial, como a própria nomenclatura sugere, afetam o patrimônio do indivíduo, são bens materiais que, uma vez recuperados, faz com que a vítima retorne ao seu status quo; contudo, quando tratamos de danos morais de natureza existencial, temos o tempo vital como o bem jurídico afetado, que, como veremos a seguir, configura um recurso valioso que excede o valor econômico - mas representa nossa existência.

4. O TEMPO COMO UM DIREITO INDENIZÁVEL

Pode-se afirmar que o recurso do tempo por muitas vezes fora subestimado no Direito Brasileiro. A Teoria do Desvio Produtivo, por exemplo, é uma tese relativamente recente na jurisprudência, onde antes, casos de lesão ao tempo existencial sequer eram considerados em juízo.

Ao observarmos as mudanças que ocorreram na sociedade, a desvalorização do recurso do tempo à época carrega sentido, uma vez que gerações anteriores utilizavam-se de meios de comunicação muito lentos, por exemplo. Na medida em que o mundo foi se desenvolvendo, tais canais tomaram cada vez mais rapidez, até chegarmos aos dias de hoje, onde a comunicação pode ser feita instantaneamente, de qualquer lugar do planeta. Com base nessa percepção, é assertivo dizer que atualmente, a nossa sociedade enxerga o tempo como um recurso muito mais valioso do que como o tinham no passado.

Em um mundo massificado pelo capitalismo, onde “tempo é dinheiro”, é possível afirmar que todas as nossas atividades são voltadas para a economia de tempo. Ninguém quer perder tempo. Fugimos de trânsito, filas, voos com escalas, e até de ligações telefônicas para darmos lugar ao *home office*, à entrega via *delivery*, compras online, *fast foods* e mensagens instantâneas em áudio; tudo como uma tentativa de encaixar todas as nossas atividades nas céleres 24 horas que o dia nos fornece. Com isso, permanecer em longas filas de espera para ser atendido, por exemplo, não corresponde às legítimas expectativas do consumidor em um atual mundo globalizado.

O cientista Charles Darwin uma vez afirmou: “o homem que tem a coragem de desperdiçar uma hora de seu tempo não descobriu o valor da vida”. Em vista disso, o presente capítulo irá ser dedicado à uma análise do recurso do tempo, à subjetividade que o envolve, sua importância e a conseqüente relevância que têm ganhado na esfera jurídica a ponto de ser-lhe auferido o título de bem indenizável, sobretudo no âmbito do Direito do Consumidor, onde é constante alvo de lesão por fornecedores através de um menosprezo planejado.

4.1 A lesão ao tempo nas relações de consumo

Tempo significa vida. Logo, como temos o direito à vida, também temos o direito ao tempo. No âmbito jurídico, o recurso do tempo se encontra inserido campo dos direitos da personalidade, que apresentam diferentes vertentes, como o direito à imagem, à intimidade, à honra e, dentre eles, à vida – esta que representa a nossa existência, em outras palavras, o nosso tempo vital.

A jurista Laís Bergstein (2019, p. 74/76), insere o recurso em diferentes categorias: apresenta-o como um bem “particular”, uma vez que o tempo é individual e cada titular possui a liberdade de como quiser dele dispor, “infungível”, ou seja, único e finito, “indisponível”, “incorpóreo” e “essencial”. Para a autora, essa classificação é fundamental para delimitar as normas legais das quais o tempo deverá ser submetido enquanto bem jurídico (BERGSTEIN, 2019, p. 74).

Marcos Dessaune (2017, p. 84) defende em sua obra que tal recurso é “limitado”, “inacumulável” e “irrecuperável”. Com isso, a lesão ao tempo constitui um dano extrapatrimonial de natureza existencial, onde o bem jurídico afetado é o nosso tempo de vida. Nas relações de consumo, tal recurso é objeto de constante lesão ao ser injustificadamente apropriado pelos fornecedores de produtos e serviços, parte mais influente da relação. Quando o fornecedor “furta” parte de nosso tempo vital, incumbindo-nos de uma responsabilidade que não nos deveria caber, ocorre um dano moral de natureza existencial, uma vez que o tempo caracteriza vida e, por isso, merece a devida indenização. Nesse sentido, Marcos Dessaune assertivamente aponta:

Tal comportamento principal do consumidor – despender tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida,²¹ que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos (DESSAUNE; MARCOS, 2017).

O autor Pablo Stolze, ao tratar dos danos ao tempo do consumidor, buscou não utilizar a nomenclatura “tempo útil”, mas “tempo livre” ao aduzir a seguinte afirmação: “O

intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata, aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós.” (STOLZE, 2013)

Vitor Guglinski (2015), por outro lado, divide o tempo em duas diferentes perspectivas: (i) tempo útil e (ii) tempo livre. Para ele, o tempo considerado “útil” seria aquele voltado para as nossas obrigações cotidianas, cuja finalidade já estaria pré-determinada à execução de uma tarefa, como trabalho, estudo ou afazeres domésticos. Seria uma espécie de tempo disponível, onde tal disponibilidade pode ser vinculada a perquirição de um valor socioeconômico. Nessa lógica, afirma o autor: “considerando o significado da palavra “útil”, pode-se dizer que o tempo útil é aquele por meio do qual se busca uma vantagem ou a satisfação de uma necessidade.” Já o “tempo livre”, segundo ele, seria aquele detentor do nosso período de lazer e ócio, quando não temos obrigações a cumprir e podemos dispor desses momentos como desejarmos.

Marcos Dessaune (2017), por sua vez, em relação às diferentes nomenclaturas utilizadas pela doutrina civilista, como, por exemplo, as apresentadas pelos autores Vitor Guglinski (Responsabilidade Civil pela Perda do **Tempo Útil**) e Pablo Stolze (Responsabilidade Civil pela Perda do **Tempo Livre**), tece uma crítica a respeito do uso de tais terminologias. Para Dessaune (2017, p. 163), a expressão “tempo útil” carrega a ideia de que existiria um “tempo inútil”, enquanto “tempo livre” caracterizaria um período posterior à realização das obrigações cotidianas, o que, para o autor, não parece coerente, dado o seu caráter “limitado”, “inacumulável” e “irrecuperável” (DESSAUNE, 2017, p. 84).

Vitor Guglinski (2012) levanta a questão dos impactos emocionais causados no consumidor como consequência da imposição de um procedimento padrão de reparação de danos feito pelos próprios fornecedores. Ao usurparem parte do tempo em que poderíamos estar realizando atividades de nosso interesse, mas que por conta da falha na reparação do problema de consumo somos obrigados a adiá-las ou até anulá-las, os fornecedores contribuem para que desenvolvamos sentimentos negativos como raiva, angústia, frustração, etc., o que se traduz como uma verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana. Assim defendem Fernanda Tartuce e Caio Coelho: “A dignidade da pessoa humana é vulnerada porque cada indivíduo tem o direito de empregar o tempo, na medida do possível, de forma a promover seu próprio bem-estar e sua qualidade de vida.” (TARTUCE; COELHO, 2017).

Marcos Dessaune, ao tratar da lesão à dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, é assertivo em suas palavras:

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. (DESSAUNE; MARCOS, 2017)

O princípio da dignidade da pessoa humana possui um conteúdo muito vasto que abarca diversas atividades existenciais do ser humano, inclusive o nosso tempo de ócio, que pode ser demonstrado nos direitos fundamentais ao convívio social, ao lazer e ao descanso, previstos nos artigos 5º, VI, XVI; 6º, 217, §3º e 7º, XIII, XIV, XV e XVII da CFRB, respectivamente.

Nessa perspectiva, João Baptista Herkenhoff (2012) concebe uma importante reflexão acerca da importância do descanso para o nosso desenvolvimento enquanto seres humanos. É comum que, em uma sociedade capitalista, o período de ócio seja frequentemente associado a uma “perda” de tempo, o que, na realidade, não demonstra coerência. O autor defende a ideia de que o repouso é algo humanizador ao nos proporcionar verdadeiros momentos de contemplação e autoconhecimento. Da mesma forma, Cássio Adriano Braz Aquino e José Clerton de Oliveira Martins também afirmam: “Porém, o ócio humanista se diferencia de outras vivências por sua capacidade de sentido e potencialidade de encontros criativos que levam ao desenvolvimento pessoal.”

Nesse sentido, o autor Vitor Guglinski expõe:

Sendo assim, pode-se dizer que o ócio também é um instrumento de promoção da dignidade humana (tempo humanizador), na medida em que o exercício de se dedicar uma parcela do tempo ao autoconhecimento é fundamental para o aprimoramento do indivíduo enquanto pessoa. (GUGLINSKI, 2015)

Elvis Jakson Melnisk (2019) defende a importância do tempo ao argumentar que a indenização a título de danos morais pelo tempo perdido do consumidor merece o devido reconhecimento jurídico, uma vez que a questão vai além do prejuízo material e de meros aborrecimentos cotidianos, pois, diferentemente de bens tangíveis, o tempo, uma vez perdido,

não consegue ser justamente recompensado, “no entanto, pode e deve ser indenizado.” Como também salienta a advogada Jéssica Ferreira Delmoni:

O tempo é bem EXTRAPATRIMONIAL que não pode ser ressarcido, devolvido e recuperado. Sua perda implica em prejuízo íntimo para o seu titular, que ao se ver “sem tempo” não pode cuidar de outras atividades que compõe a sua vida, devendo haver, portanto, a devida repercussão na esfera da responsabilidade civil. (DELMONI, 2015)

Delmoni (2015) aduz que, para que o tempo seja admitido como bem jurídico relevante, é necessário que seja reconhecida a sua influência aplicada no Direito, isto é, se tal recurso apresenta significativa importância no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Vitor Guglinski (2012), demonstra ser um dos doutrinadores que defendem a relevância do tempo na órbita jurídica:

A importância do tempo, no entanto, não se limita à ideia que cada um de nós tem sobre suas implicações, isto é, à subjetividade que envolve a análise de sua influência em nosso cotidiano. Na seara jurídica, o tempo é parâmetro objetivo utilizado para criar e extinguir direitos. (GUGLINSKI, 2012)

O autor exemplifica sua ideia no direito constitucional da razoável duração do processo e os meios que garantem essa celeridade, previstos no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal:

Art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

Ainda como exemplo dessa tutela jurídica do tempo, o autor menciona a criação, pelo CNJ, da campanha intitulada “Meta 2: bater recordes é garantir direitos”, designada para “assegurar o direito constitucional à ‘razoável duração do processo judicial’, o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento”.

Elvis Jakson Melnisk (2019) também defende a relevância do recurso do tempo no Direito, uma vez que, segundo ele, se trata de objeto delimitador das mais diversas relações

jurídicas, tanto no âmbito material quanto processual, e cita, como exemplo: “o decurso do prazo para contestação, o tempo necessário para obtenção de uma usucapião e a ocorrência da prescrição ou decadência.” O autor ainda menciona a importância jurídica do tempo para a “fixação de astreintes pelo magistrado para o caso de atraso no cumprimento de determinada ordem judicial.”

Também nessa perspectiva, Antônio Dinei Aguiar de Araújo Junior e Angel Tomas Castroviejo sustentam que:

Na ciência jurídica deparamos com o fator tempo logo em seus fundamentos. (...) O tempo tem grande influência na aquisição e extinção dos direitos, sendo fundamental para o estudo da prescrição e decadência. Até este ponto, o tempo é um mero coadjuvante na ciência jurídica; quando nos aprofundamos no direito processual constatamos que o tempo se torna fundamental para o exercício do direito. Ao fixar prazos para as partes, a lei faz do tempo uma ferramenta jurídica de garantia de um devido processo legal. (JUNIOR; CASTROVIEJO. 2017)

Diante do exposto, torna-se certo afirmar que o tempo é um bem jurídico relevante devido ao seu caráter primordial, escasso e irrecuperável. Logo, diante de sua indisponibilidade, todos temos o direito de utilizá-lo de acordo com nossas liberalidades individuais. Não é justo que parte desse bem tão precioso seja desviada de nossas competências preferidas contra o nosso arbítrio, dando lugar a sentimentos de estresse e frustração principalmente por não termos recuperado esse valor que nos é usurpado. Dessa forma, parece legítima a existência de uma indenização extrapatrimonial relativa ao tempo perdido nas relações de consumo, uma vez que, além das já mencionadas peculiaridades desse recurso que o conferem caráter inestimável, as vítimas de tais atos lesivos constituem a parte mais fraca da relação jurídica em questão. Nesse sentido, o Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro evidencia:

Esquece-se, entretanto, que o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido em nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dá ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como um sinal de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos.

Pablo Stolze (2013) ainda assevera que, por a Teoria do Desvio Produtivo se tratar de um tema relativamente recente no campo do Direito, nos resta o dever de levantar reflexões acerca da referida tese nos âmbitos acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, buscando, dessa forma, reconhecer cada vez mais sua relevância jurídica e a importância de suas funções compensatória, punitiva e pedagógica; de modo a contribuirmos para que não sejam mais toleradas injustas agressões contra o nosso bem mais valioso.

4.2 O menosprezo planejado

Conforme o exposto no tópico anterior, é inegável afirmar que o tempo possui grande influência não só no Direito, mas na vida pessoal e profissional de todos os indivíduos. Com a globalização do mundo, a tecnologia foi desenvolvida e aprimorada para nos oferecer uma economia de tempo, fato este que pode ser exemplificado desde os meios de transporte, como carros e aviões; aos meios de comunicação, como os telefones celulares. A internet, porém, é o maior exemplo dessa revolução, uma vez que representa uma inovação das relações sociais no século XXI e um verdadeiro divisor de águas entre a pré e a pós modernidade.

Contudo, os próprios fornecedores de produtos e serviços, responsáveis pela comercialização de tais meios que, em tese, nos proporcionariam uma otimização de tempo, são os mesmos que se apropriam indevidamente desse bem através de práticas abusivas nas relações de consumo. Vitor Guglinski (2013) condena esse tipo de comportamento dos fornecedores ao afirmar que: “nas relações de consumo, especialmente, não faz o menor sentido que o consumidor perca seu tempo – já escasso – para tentar resolver problemas decorrentes dos bens concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo.”

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como princípio, em seu artigo 4º, V, o dever de qualidade dos produtos e serviços que são colocados no mercado e, em seu artigo 6º, VI expõe, como encargo dos fornecedores, o dever de prevenção e reparação integral dos danos, sejam eles de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Em vista disso, é evidente que, como um dos preceitos basilares da legislação consumerista, os agentes de mercado são responsáveis por oferecerem produtos e serviços que apresentem boa qualidade e funcionamento, aos consumidores. Assim defende Marcos Dessaune:

(...) o fornecedor deve oferecer as seguintes utilidades no mercado, por intermédio do seu produto final: a satisfação das necessidades, desejos e expectativas do consumidor; preservação dos recursos naturais de uso comum, paralelamente à minimização dos impactos ambientais negativos decorrentes da atuação dele (fornecedor); promoção do bem-estar do consumidor, contribuição para existência digna do consumidor; maximização qualitativa das utilidades individuais que já oferece (DESSAUNE; Marcos. 2017, p.62)

Entretanto, são muitas as vezes em que esse dever não é cumprido. Marcos Dessaune (2017, p. 68/70) exemplifica diversas situações de mau atendimento, tais como: filas prolongadas em bancos que, em razão de um número de funcionários inferior ao número de guichês para atendimento, contribui para que o tempo de espera ultrapasse os limites da razoabilidade; a recorrente demora injustificada para atendimento em hospitais, clínicas, consultórios médicos e odontológicos; atrasos em voos que muitas vezes não vêm acompanhados de qualquer suporte do fornecedor; falhas de Centrais de Atendimento ao Consumidor que apresentam dificuldade na comunicação; a espera, por período indeterminado, por um técnico que vá à residência sem horário específico estabelecido; a necessidade do consumidor ter que se deslocar, com frequência, ao estabelecimento comercial numa tentativa de ter o seu problema de consumo resolvido, ou, então, ter que dirigir-se ao próprio Poder Judiciário para interposição e acompanhamento processual, o que, além do prejuízo material que advém do deslocamento, também ocasiona em desgaste físico e mental, sentimentos inerentes a qualquer parte integrante de um processo judicial.

Marcos Dessaune (2017, p. 66) elenca quatro possíveis causas que justifiquem o mau atendimento dos fornecedores: “despreparo”, “desatenção” e “descaso” sendo estas consideradas condutas culposas, e “a má-fé do fornecedor”, apresentada como uma atitude dolosa; e é sobre estas condutas que incide o chamado menosprezo planejado.

Laís Bergstein (2019, p.72) diferencia as formas de valoração do tempo que são dadas por fornecedores e consumidores: “o tempo do ser humano, da pessoa física, é vida, enquanto o tempo da pessoa jurídica fornecedora representa, sobretudo, capital.” Segundo a autora, o menosprezo planejado está inserido em uma conjuntura contemporânea de “cultura de massas”, caracterizada pelo desinteresse dos fornecedores para com os interesses dos consumidores. Com isso, estes se vêem obrigados a seguir um *modus solvendi* pré-estabelecido pelos agentes de mercado: “deixando de investir adequadamente na cadeia produtiva, o fornecedor transfere ao consumidor todo o ônus decorrente de sua inércia, ou

melhor dizendo, os riscos inerentes à sua própria atividade.” (BERGSTEIN, 2019, p. 117/118)

Nesta lógica, a jurista (BERGSTEIN, p. 2019, p. 117/118) aduz que os serviços de atendimento ao consumidor lentos e ineficazes com o objetivo de economizar verba e auferir lucro às empresas caracterizam um desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. A autora tece uma crítica às situações nas quais o fornecedor, numa tentativa de repassar ao consumidor uma obrigação que lhe é legalmente atribuída, enxerga uma oportunidade de lucro fácil:

Não são raros os casos de consumidores que simplesmente desistem de reivindicar direitos resultantes de contratações malsucedidas em face dos enormes obstáculos para contatar os fornecedores. E o efeito dessa prática é perverso nos mercados. Por esse motivo, as práticas que menosprezam o tempo do consumidor, contratante vulnerável, devem ser coibidas de maneira exemplar, para que a falta de planejamento de investimentos no bom atendimento não seja financeiramente mais atrativa para o fornecedor, que sistematicamente sopesa custos e benefícios na sua atividade. (BERGSTEIN, 2019, p. 268)

É essa conduta ilícita praticada pelos fornecedores de se desincumbirem de deveres que lhes são estabelecidos e repassarem tais responsabilidades para o consumidor, sobrecarregando-o, que a autora vem a denominar de menosprezo planejado: “O menosprezo ao consumidor é verificado nos casos de fornecedores que ignoram os pedidos e as reclamações do consumidor ou não lhe prestam informações adequadas, claras e tempestivas.” (BERGSTEIN, 2019, p.113). Uma vez caracterizado o menosprezo ao consumidor, é evidenciada a responsabilidade civil do fornecedor.

Assim sendo, pode-se afirmar que, os agentes de mercado, ao falharem na prestação e fornecimento de produtos e serviços com qualidade e segurança, descumprem com o dever da prevenção de danos; e, ao agirem seguindo um planejado menosprezo para com o consumidor, também descumprem o dever da reparação integral de danos. Dessa forma, é, então, lesionado um terceiro bem, não aquele cujo qual o consumidor adquiriu, mas aquele cujo valor extrapola a dimensão econômica e, uma vez apropriado pelo fornecedor, não é, de maneira alguma, recuperado. Laís Bergstein assim defende:

Se, no caso concreto, o fornecedor não emprega esforços para minimizar os efeitos danosos da sua conduta e não é diligente em reparar os prejuízos materiais e compensar os danos imateriais suportados pelo consumidor, ele gera um terceiro

dano, pois impõe ao consumidor o abandono das suas atividades preferidas para buscar a justa e devida reparação dos danos. (BERGSTEIN, 2019, p. 125)

Nesse diapasão, a autora (BERGSTEIN, 2019, p. 122/123) expõe alguns exemplos de práticas que devem ser consideradas para que seja avaliado se houve ou não o menosprezo na conduta do fornecedor, tais como: existência de centrais de atendimento para obtenção de críticas e reclamações em linguagem acessível; incentivo a métodos alternativos de resolução de conflitos; se o problema de consumo fora decorrente de acontecimentos imprevisíveis que não possuem relação com a atividade econômica explorada; o tempo, proporcional à complexidade do problema, que o fornecedor leva para prestar esclarecimentos e oferecer suporte, bem como o investimento e manutenção feitos em serviços de atendimento ao consumidor. Nesse sentido, expõe a autora:

É esperado que exsurjam problemas em parte das relações de consumo, mas, nessas hipóteses, o consumidor não pode ser compelido a suportar sozinho, às expensas do seu tempo de vida, todas as contingências negativas das falhas na cadeia produtiva. (BERGSTEIN, 2019, p. 113)

Vitor Guglinski (2012) narra um caso por ele mesmo vivenciado que exemplifica de forma clara tal fenômeno. Diante de um problema de consumo envolvendo serviço de telefonia, o autor, nas tentativas de contatar o SAC da operadora, tinha suas ligações sempre interrompidas ou desviadas de um atendente para o outro, como se nenhum funcionário tivesse tido o devido preparo sobre como portar-se nessas situações ou, então, agindo de modo proposital, com má-fé. Guglinski ainda menciona em seu artigo que tal prática já foi denunciada à imprensa por atendentes de telemarketing que admitiram que essa instrução era dada pelas empresas com o fim de enganar seus consumidores.

É importante afirmar que o próprio CDC estabelece o padrão de conduta que deve ser seguido pelos fornecedores diante de casos como o vivenciado pelo autor Vitor Guglinski, o que também expõe o verdadeiro desprezo de certos agentes de mercado em relação à legislação consumerista:

Art. 10. Ressalvados os casos de reclamação e de cancelamento de serviços, o SAC garantirá a transferência imediata ao setor competente para atendimento definitivo da demanda, caso o primeiro atendente não tenha essa atribuição.

§ 1º A transferência dessa ligação será efetivada em até sessenta segundos.

§ 2º Nos casos de reclamação e cancelamento de serviço, não será admitida a transferência da ligação, devendo todos os atendentes possuir atribuições para executar essas funções.

§ 3º O sistema informatizado garantirá ao atendente o acesso ao histórico de demandas do consumidor.

Dessa forma, constata-se que o menosprezo planejado presente no comportamento dos fornecedores no mercado de consumo não só prejudica os consumidores no âmbito material referente àquele produto ou serviço adquirido, mas também em sua esfera extrapatrimonial, lesionando a vítima em seu tempo vital, seu direito à vida e o princípio da dignidade humana. Além disso, tal prática auferem um enriquecimento sem causa ao ofensor que, ao reduzir custos, obtém lucro através do acúmulo de capital que deveria ser destinado ao cumprimento dos deveres de prevenção e reparação de danos expressamente previstos no CDC. Assim alude o jurista Marcos Dessaune:

Na eventualidade de serem acionados por algum meio, tais fornecedores ainda resistem à legítima reclamação daqueles consumidores que exigem o seu direito, sob a visão estreita e imediatista de que sua inércia operacional aliada à sua estratégia jurídica, é economicamente vantajosa. [...] Como consequência dessa conduta desleal e não cooperativa – geralmente verificada na fase pós-contratual -, tais fornecedores evitam custos que presumidamente se transformam em lucro extra, enquanto submetem os consumidores a uma situação de contrariedade e de prejuízos pessoais. (DESSAUNE, 2017, p. 68)

Marcos Dessaune (2017, p. 362), em vista da habitualidade que a prática do menosprezo planejado tomou nas relações de consumo, elabora a expressão “*modus solvendi*”, que traduz as condutas dos fornecedores que buscam uma desincumbência de seus deveres e obtenção de vantagens econômicas às custas do consumidor. Dessa forma descreve o autor:

Trata-se de expressão criada para designar o “modo” veladamente imposto pelo fornecedor de “solucionar” problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, que se traduz na conduta desleal, não cooperativa e danosa, comumente ainda marcada pela habitualidade, pela qual o fornecedor se vale das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade pelo problema que ele próprio permitiu ou contribuiu para que fosse criado no mercado. (DESSAUNE, 2017, p. 362)

O autor ainda menciona os artigos previstos no Código de Defesa do Consumidor que são infringidos por tais condutas abusivas praticadas pela parte mais influente da relação de consumo, ao tomarem como base de suas atitudes o descaso e desprezo para com o consumidor e seus direitos:

Esse *modus solvendi*, pelo qual o fornecedor subverte a ordem jurídica e veladamente tenta transferir para o consumidor os seus deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, de modo diverso do que o CDC estabelece, configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos artigos. 25, 39, V e 51, I e IV, do CDC. (DESSAUNE, 2017, p. 362/363)

Ainda nessa lógica, Marcos Dessaune (2017, p. 56) aborda uma tese que considera como um dos pilares da Teoria do Desvio Produtivo, que é a ideia de que os fornecedores de produtos e serviços possuem uma “missão implícita” a cumprir: liberar os recursos produtivos do consumidor.

Para o autor (DESSAUNE, 2017, p. 57), o indivíduo, ao realizar suas atividades existenciais, faz uso de seus recursos produtivos, que são: seu tempo e competências, estas que, por sua vez, caracterizam seus conhecimentos, habilidades e atitudes. Diante de um problema de consumo somado ao menosprezo planejado do fornecedor, o consumidor é compelido a desviar tais recursos produtivos de atividades que preferiria estar realizando para investi-los em uma tentativa de solucionar o contratempo causado pela outra parte da relação - aquele que é o verdadeiro detentor de tal incumbência:

[...] Todo fornecedor também tem a grande missão implícita de liberar os recursos produtivos que o consumidor necessitaria para produzir, para seu próprio uso, o produto ou serviço que o fornecedor oferece no mercado. Ou seja, a verdadeira razão de existir de qualquer fornecedor é dar ao consumidor, por meio de um produto ou serviço de qualidade, condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais. (DESSAUNE, 2017, p. 57)

O autor da Teoria do Desvio Produtivo (DESSAUNE, 2017, p. 57/58) busca estabelecer uma relação entre as chamadas “atividades existenciais” e os direitos da personalidade, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, quando o fornecedor libera os recursos produtivos do consumidor ao cumprir adequadamente com seus deveres relativos à prestação de um bom atendimento e fornecimento de produtos de

qualidade, naturalmente concede ao consumidor tempo para que ele realize atividades de sua livre escolha, podendo ser relativas ao lazer, descanso, trabalho, estudo, entre outros. São essas atividades que apresentam um caráter existencial por serem diretamente ligadas ao nosso livre-arbítrio e contribuírem para nosso desenvolvimento pessoal.

Por conta disso, o autor defende que nossos recursos produtivos são valiosos, uma vez que contribuem para a “realização do ser humano”. (DESSAUNE, 2017, p. 84)

Nessa perspectiva, Marcos Dessaune inclusive aponta os dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor que são devidamente cumpridos quando o fornecedor contribui para a liberação dos recursos produtivos:

Ao realizar a sua missão cumprindo integralmente a lei, o fornecedor estará, nas palavras da própria norma jurídica, atendendo às necessidades do consumidor, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, protegendo seus interesses econômicos e contribuindo para a melhoria da sua qualidade de vida – consoante o que prescrevem, entre outros, o art. 4º, caput, II, d, III e VI, o art 6º, I, III, IV e VI, o art. 8º, os arts. 12 a 14, os arts. 18 a 20 e os arts. 37, 39 e 51, todos do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei. 8078 de 1990). (DESSAUNE, 2017, p. 59)

Assim sendo, o autor conclui que é por meio da devida obediência às normas e princípios consumeristas que os fornecedores são capazes cumprir com essa missão implícita de liberar dos recursos produtivos do consumidor, o que contribui não apenas para a esfera individual do indivíduo, mas para o bem-estar da sociedade como um todo. (DESSAUNE, 2017, p. 64)

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXII, afirma que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A partir disso, foi originada então, a Lei 8.078 de 1990 – o nosso Código de Defesa do Consumidor.

A legislação consumerista em muito é assertiva ao estabelecer uma vulnerabilidade presumida do consumidor, princípios como os da boa-fé objetiva, da prevenção e reparação integral de danos, do dever de informar, da solidariedade entre os fornecedores, da facilitação da defesa do consumidor, entre outros. Tudo com o fim de salvaguardar os interesses da parte mais fraca da relação de consumo, uma vez que, devido a sua vulnerabilidade, é facilmente submetida a práticas abusivas pelos agentes de mercado.

Entretanto, constatou-se que somente tais normas não eram o suficiente, uma vez que não tutelavam a proteção de um bem que era constantemente lesionado nas relações de consumo ao ser injustificadamente apropriado pelos fornecedores, como uma verdadeira espécie de usurpação. Além disso, esse bem, alvo de injusta agressão, possui um caráter peculiar que ultrapassa a dimensão econômica, encontrando-se em uma esfera onde o dinheiro não é capaz de alcançar, ou seja, uma vez perdido, é algo irrecuperável devido ao seu caráter finito e efêmero: o nosso tempo de vida.

Com o acolhimento, pela jurisprudência, da Teoria do Desvio Produtivo elaborada pelo advogado Marcos Dessaune, o tempo é reconhecido como um bem econômico digno de tutela jurídica, e sua lesão passa a ser vista como um dano moral lato sensu, de natureza extrapatrimonial, uma vez que integra os direitos da personalidade.

Contudo, os danos morais, devido a sua subjetividade, apresentam um quantum indenizatório complexo de se calcular e, em se tratando do tempo existencial, uma recente modalidade de dano extrapatrimonial, sua devida indenização torna-se ainda mais enigmática. Apesar disso, a jurisprudência vem, cada vez mais, reconhecendo essa nova categoria de dano moral e concedendo indenização pelo tempo perdido do consumidor.

Dessa forma, é possível afirmar que o devido reconhecimento da tese, tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência, demonstra uma inovação no Direito brasileiro que antes enxergava tais casos como questões de mero dissabor. A disseminação da Teoria do

Desvio Produtivo se traduz como uma verdadeira conquista aos direitos dos consumidores, que por muito tempo foram obrigados a arcar com as consequências do descaso dos fornecedores de produtos e serviços, sem haver qualquer punição neste sentido. Ademais, a aquiescência da teoria de Dessaune se manifesta como uma coletiva constatação acerca da importância do tempo, afinal, tempo significa vida, logo, conclui-se que o direito à vida nos garante um direito ao tempo.

Com isso, este trabalho de conclusão de curso teve como objetivo apresentar a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor elaborada pelo advogado e jurista Marcos Dessaune através de uma análise do instituto da responsabilidade civil aplicada ao Direito do Consumidor, expondo seus pilares, fundamentos, aplicabilidade em casos concretos, e, principalmente, sua relevância em nossa atual sociedade massificada pelo consumo e pela escassez de tempo. Destarte, conclui-se que o tempo, por sua natureza “limitada”, “irrecuperável” e “inacumulável” (DESSAUNE, 2017, p. 84), merece não apenas reconhecimento na órbita do Direito, mas também na esfera pessoal de cada um de nós, afinal, a única certeza que temos é que um dia esse recurso irá se esgotar e, como sabiamente citou Victor Hugo: “a vida já é curta, e nós a encurtamos ainda mais desperdiçando o tempo”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Fabiana Cristina da Silveira; CARVALHO, Marco César. Da Espera Excessiva em Fila de Banco: da Afronta ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS. Volume IX, n. 2, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 8. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BERGSTEIN, Laís. O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 686.139/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 13/11/2006

BRASIL. STJ - EREsp: 526299 PR 2005/0017834-3, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 03/12/2008, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 05/02/2009

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0000961-59.2006.8.19.0087, Rei.Des. Maldonado de Carvalho, DJ 19.6.2009

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Vol. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Vol. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempo-util-uma-nova-modalidade>>.

GUGLINSKI, Vitor. Você sabe o que é "desvio produtivo do consumidor? Disponível em:

<<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/114536742/voce-sabe-o-que-e-desvio-produtivo-do-consumidor>>.

MELNISK, Elvis Jakson. O desvio produtivo nas relações de consumo. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10985/O-desvio-produtivo-nas-relacoes-de-consumo>> .

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Rizzato, Curso de Direito do Consumidor, 7.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral no direito do consumidor. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STOLZE, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3540, 11mar. 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direitos das obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki Godeguez. Reflexões sobre a Autonomia do Dano Temporal e a sua Relação com a Vulnerabilidade da Vítima. Revista Brasileira de Direito Comercial, 2017. Disponível em:.000000000000000000000000

TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALVERDE, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil. 4 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2020.