



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

MARCOS ALEXANDRE LEAL BEZERRA

**DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A OBRIGAÇÃO DE
INDENIZAR**

Recife, 2019

MARCOS ALEXANDRE LEAL BEZERRA

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Monografia apresentada como requisito parcial para Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela UFPE.

Área de Conhecimento: Direito do Consumidor. Direito Civil.

Orientador: Paulo Bandeira

Recife, 2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Marcos Alexandre Leal Bezerra

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pela vida, pelo consolo nas horas de dificuldade, pela inspiração e pela força para seguir na trajetória.

A minha esposa Camilla, principal incentivadora do meu ingresso no Curso de Direito, e as minhas filhas Lara e Lívia, que são os presentes mais valiosos que Deus me deu.

Aos meus professores da Faculdade de Direito do Recife que com empenho se dedicaram à arte de transmitir o conhecimento.

À Polícia Federal, instituição que tenho a honra de defender desde 2008.

Aos meus pais Ubirajara e Marília, meus irmãos Márcio e Zilá, pelo apoio nas horas de dificuldade.

EPÍGRAFE

“I believe God made me for a purpose, but he also made me fast. And when I run, I feel His pleasure.”

“Deus me fez com um propósito, mas também me fez rápido. E quando eu corro, eu sinto Seu prazer”

Eric Liddell – missionário presbiteriano e corredor britânico campeão olímpico nas Olimpíadas de 1924, imortalizado pelo filme Carruagens de Fogo.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise da perda do tempo útil enfrentado por alguns consumidores nas relações de consumo. Esses problemas são gerados por maus fornecedores que agem de forma contrária à lei, exercendo uma prática abusiva no mercado de consumo, muitas vezes de forma reiterada. O consumidor perde seu precioso tempo tentando resolver problemas decorrentes da relação de consumo, gerados por práticas abusivas de fornecedores. O mau fornecedor, além de não cumprir sua missão que seria dar ao consumidor produtos ou serviços de qualidade, ainda cria uma série de dificuldades para a resolução dos problemas. Esta situação faz com que o consumidor deixe de empregar seu tempo e suas competências em atividades de seu interesse, fazendo com que gaste seu tempo já escasso na resolução desses problemas. Os fornecedores têm deveres de conduta, onde sua forma de agir deveria ser pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, em conformidade com o CDC. Neste trabalho é feita uma análise se o tempo injustamente desperdiçado pelo consumidor é passível de reparação em forma de indenização por danos morais. São analisados julgados da jurisprudência tradicional que tratam a situação como mero dissabor da vida cotidiana, portanto não sendo passível de indenização. Em contrapartida, também é feita análise da jurisprudência recente que vem reconhecendo o Desvio Produtivo do Consumidor como a perda de tempo útil e passível de indenização por danos morais.

Palavras-chave: Desvio Produtivo do Consumidor; Perda do Tempo Útil; Prática Abusiva; Responsabilidade Civil; Dano Moral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/ES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TJ/PE – Tribunal de Justiça de Pernambuco

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TEORIA GERAL.....	12
1.1 TEORIA GERAL DO DIREITO DE CONSUMO.....	12
1.2 DIREITO DO CONSUMIDOR COMO NORMA DE ORDEM PÚBLICA.....	13
2 DEVERES DO FORNECEDOR NAS OBRIGAÇÕES NEGOCIAIS.....	15
2.1 DEVERES GERAIS DE CONDUTA.....	15
2.2 BOA-FÉ OBJETIVA NAS OBRIGAÇÕES.....	17
2.3 DOS DEVERES CONTRATUAIS.....	21
2.4 INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO.....	23
2.5 INADIMPLEMENTO – PERDAS E DANOS.....	24
2.6 DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	26
2.7 DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
2.7.1 Responsabilidade Civil nas Relações Consumeristas.....	31
2.7.2 Responsabilidade nas Relações de Consumo no Direito Argentino.....	33
3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR.....	36
3.1 MAL FORNECEDOR – UMA REALIDADE.....	37
3.2 CONSEQUÊNCIA DO MAU ATENDIMENTO: DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR	39
3.2.1 Prática Abusiva.....	41
3.3 MERO DISSABOR DA VIDA COTIDIANA.....	42
3.4 ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR.....	45
3.5 DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA (JULGADOS).....	48
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em uma sociedade em que o tempo tem um custo inestimável. Estamos vivendo na época da velocidade da informação, onde tudo acontece muito rápido e cada vez mais o ditado popular “tempo é dinheiro” torna-se verdadeiro. Nossa sociedade tenta criar maneiras de otimizar o tempo das pessoas. Centenas de recursos, soluções, produtos e serviços foram e continuam sendo criados exatamente com o objetivo de se poupar tempo para que o homem desfrute de mais momentos junto a familiares, amigos, dedique-se ao lazer, enfim disponha de mais tempo livre ou mesmo otimize seu tempo vinculado ao trabalho ou às obrigações cotidianas.

Então, se cada vez mais se busca uma forma mais eficiente de se otimizar o tempo das pessoas, não faz o menor sentido que nas relações de consumo, o consumidor perca seu tempo tentando resolver problemas decorrentes de maus fornecedores, que deveriam fornecer bens e serviço exatamente para poupar tempo.

Contudo, sabemos que é muito comum em nosso país que empresas e profissionais forneçam produtos e serviços defeituosos de maneira reiterada, exercendo uma prática abusiva de mercado, de forma contrária à lei, especialmente quanto ao código de defesa do consumidor. Muitas vezes o consumidor é submetido à um verdadeiro calvário para conseguir que a empresa simplesmente repare o dano ou interrompa uma cobrança indevida. O mau fornecedor além de não cumprir sua missão que seria dar ao consumidor produtos ou serviços de qualidade, ainda cria uma séria de dificuldades para a resolução dos problemas. Isso faz com que o consumidor deixe de empregar seu tempo e suas competências em atividades de seu interesse, fazendo com que gaste seu tempo já escasso na resolução de problemas gerados por um mau fornecedor ou mau profissional.

Para tentar evitar prejuízos, o consumidor é obrigado a desperdiçar o seu valioso tempo e se desviar de suas atividades habituais como: compromissos profissionais, estudo ou lazer para tentar resolver problemas de consumo. Essas atitudes do fornecedor são consideradas fatos nocivos na relação de consumo.

Devemos ter em conta que esses fatos nocivos não podem ser banalizados como “meros dissabores”, como entende boa parte da jurisprudência nacional. De certo que não pode haver uma banalização do instituto do dano moral.

Inicialmente, tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral.¹

A grande dúvida ocorre quando da análise da responsabilidade civil dos fornecedores, acerca de quais situações ensejariam o reconhecimento de indenização por dano moral. Analisando o caso concreto, o magistrado deve verificar se a reparação pelo dano imaterial é cabível ou não. Por óbvio, não seria qualquer dissabor ou angústia da vida cotidiana que ensejaria o pagamento de indenização por danos morais. Seriam passíveis de indenização por danos morais apenas os dissabores que ultrapassassem os limites dos acontecimentos rotineiros da vida humana.

Assim, não é todo e qualquer desgosto ou aflição que pode ensejar o pagamento de indenização por danos morais, mas apenas aquele que ultrapasse os limites dos acontecimentos rotineiros da vida humana.²

Toda essa perda injustificável de tempo pode e deve ser passível de uma reparação por dano moral. Nos dias atuais podemos verificar o surgimento de uma corrente jurisprudencial que defende a caracterização de dano moral pela perda de tempo útil. Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça condenou fornecedores a indenizar em danos morais por desvio produtivo do consumidor³. A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor define que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui um dano indenizável. O desvio produtivo do consumidor pode ser entendido como um comportamento realizado por maus fornecedores que se eximem da sua responsabilidade por problemas de consumo gerados por eles próprios, agindo de forma abusiva e reiterada no mercado. O autor desta teoria é o advogado Marcos

¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 2014, P. 259.

² BUENO, Luiza Zacouteguy. **Do dano moral indenizável**. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,do-dano-moral-indenizavel,589313.html>. Acesso em: 08 jul., 2018.

³ DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.11

Dessaune, que segundo o qual o desvio produtivo acarreta um dano existencial indenizável para o consumidor.

Neste trabalho de graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE vamos analisar a possibilidade de caracterizar a indenização por dano moral referente à perda de tempo útil, aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor, em detrimento do entendimento que seria “mero dissabor da vida cotidiana”. Desta forma, vamos contrapor a perspectiva que a jurisprudência tradicional apresenta, onde reduz todo o tempo desperdiçado pelo consumidor a um “mero dissabor ou aborrecimento” da vida cotidiana, podendo gerar uma receita adicional injusta para o fornecedor.

1 TEORIA GERAL

1.1 TEORIA GERAL DO DIREITO DE CONSUMO

A Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo pode ser considerada como um tema muito importante em nossos dias atuais. Muito embora apenas após a promulgação da Constituição de 1988 é que foi introduzido o direito do consumidor nos currículos dos cursos jurídicos brasileiros. Segundo o autor argentino Carlos Gherzi⁴, desde os anos sessenta do século passado, e com maior intensidade no presente século, as relações de consumo tornaram-se preponderantes e quase excludentes, havendo a necessidade de se delinear a sua teoria geral. Os tempos contemporâneos apontam tendências à um Direito Protetivo, e sendo necessário para sua compreensão se fazer um retrospecto histórico da proteção do consumidor, sujeito de direito, e a relação jurídica na qual ele participa.

Segundo o supracitado autor argentino, para se elaborar “*la disciplina del derecho del consumo*”, deve-se construir a base sistêmica de uma teoria geral. Para atingir este feito deve-se estabelecer um conjunto de elementos proprietários, estruturas diferenciadas e categorizáveis e uma lógica de reprodução. Para construirmos as bases de uma teoria geral, precisamos estabelecer uma lógica sistemática de elementos e categorias, e que possam produzir um efeito reprodutor de amplo alcance e com consequências imediatas.

Escribir las bases de una teoría general, requiere establecer una lógica sistemática de elementos y categorías y que se produzca un efecto reproductor, de amplio alcance, algunas consecuencias inmediatas (permitir un mejor estudio sobre este especial derecho) y otras mediatas (producir nuevas investigaciones a nivel interregional y globalizado).⁵

No direito argentino, o direito de consumo (*el derecho del consumo*) é um modelo estrutural e funcional. Neste sentido, temos a premissa de que o direito de consumo hoje tenha em sua história uma vocação integradora (como antes tinha o direito civil) na medida em que abrange um conjunto de papéis e funções do ser

⁴ GHERZI, Carlos A. **Manual de los derechos de usuarios y consumidores**: 3ª edición actualizada y ampliada / Carlos A. Gherzi y Celia Weingarten – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 01.

⁵ GHERZI, Carlos A. **Manual de los derechos de usuarios y consumidores**: 3ª edición actualizada y ampliada / Carlos A. Gherzi y Celia Weingarten – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 02.

humano, interagindo em uma estrutura objetivada, diferente do direito civil e comercial argentino.

De forma objetiva, uma teoria geral de direito do consumidor pode ser entendida como um sistema⁶ que possui seu próprio conjunto de elementos, variáveis e constantes que definem o campo de estudo desta disciplina. Sendo este sistema aberto, pois deverá ser capaz de incorporar novos conteúdos, regionais ou globais. Também introduz um novo parâmetro, que é a conexão com direitos tradicionais como civil, trabalho e empresarial, bem como com ciências modernas como ecologia e meio ambiente.

No direito argentino foi elaborada uma teoria do contrato de consumo logo após a reforma da Constituição Argentina em 1994, tendo como foco as relações de consumo e sua complexidade. Os vários elementos de convalidação permitem sustentar a ideia de um novo direito, o direito de consumo, que para se desenvolver e se consolidar precisa de uma teoria geral de consumo.

1.2 DIREITO DO CONSUMIDOR COMO NORMA DE ORDEM PÚBLICA

A doutrina dominante hoje no Brasil entende que desde a promulgação da Constituição de 1988 passou a vigorar um novo direito privado permeado pela função social e tripartide⁷, tendo em sua composição o direito civil, o direito empresarial e o direito do consumidor. Podendo-se inferir que o direito do consumidor é formado por normas de direito privado, embora sejam indisponíveis, pois são de ordem pública e interesse social, conforme previsto no CDC. Essas normas são cogentes e não podem ser alvo de renúncia por convenção, tampouco podem ser afastadas por instrumento particular.

O Código de Defesa do Consumidor é permeado por normas principiológicas, que veiculam valores e fins a serem alcançados. O CDC reúne normas de direito público e de direito privado com o objetivo primordial de proteger o consumidor em suas relações de natureza privada. Desta feita, temos que as normas do direito do

⁶⁶ GHERSI, Carlos A. **Manual de los derechos de usuarios y consumidores**: 3ª edición actualizada y ampliada / Carlos A. Gheri y Celia Weingarten – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 09.

⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Teoria Geral das Relações de Consumo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23829/a-teoria-geral-das-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 30/10/2019.

consumidor são de direito privado, pois o objeto de tutela é o consumidor, que é sujeito de direito privado, vulnerável e complexo.

Anteriormente à Constituição de 1988, algumas situações jurídicas envolvendo consumidor eram disciplinadas pelo Direito Civil. Com a CF/88, o consumidor ganha projeção constitucional, pois em situação que haja conflito entre direito fundamental do consumidor e exigências do mercado livre, o direito do consumidor tem prevalência. Neste cenário, pode-se aplicar horizontalmente os direitos fundamentais para garantir o equilíbrio nas relações de consumo.

O que fundamenta a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de consumo é a existência de uma desigualdade fática entre os sujeitos da Relação Jurídica Consumerista. Neste contexto, corroboro com a doutrina mais moderna ao salientar que os direitos fundamentais não se prestam apenas à defesa do cidadão contra o Estado, devem também proteger o indivíduo em suas relações privadas. Daí pode-se concluir que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode e deve ocorrer nas relações de direito privado, seja por meio da atuação dos indivíduos na sociedade, ou pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, bem como pela construção do direito através da aplicação das cláusulas gerais, da boa-fé, função social, no caso concreto.⁸

⁸ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Teoria Geral das Relações de Consumo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23829/a-teoria-geral-das-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 30/10/2019.

2 DEVERES DO FORNECEDOR NAS OBRIGAÇÕES NEGOCIAIS

2.1 DEVERES GERAIS DE CONDUTA

Nas obrigações negociais existem deveres que estão intimamente ligados ao dever de prestação, especialmente nas obrigações negociais. Estes deveres, que poderiam ser entendidos como deveres de conduta, podem ser resultantes do princípio da boa-fé objetiva, da forma como foi estipulado pelas partes ou ainda das circunstâncias que regem a obrigação.

Esses deveres resultam naturalmente da relação jurídica obrigacional, mas se diferenciam por seu caráter secundário ou complementar do dever primário de adimplemento. Toda obrigação recebe seu caráter distintivo (sua configuração como contrato de locação, de compra e venda, de empreitada) precisamente através do dever primário de adimplemento. Toda obrigação recebe seu caráter distintivo (sua configuração como contrato de locação, de compra e venda, de empreitada) precisamente através do dever primário de adimplemento, mas seu conteúdo total compreende, ademais, deveres de conduta mais ou menos amplos.⁹

Esses deveres gerais de conduta têm ligação íntima com a evolução do direito e deixaram de ter caráter secundário ao dever de adimplemento. Não há que se falar que os deveres de conduta sejam anexos ao dever de prestar adimplemento. Pelo contrário, eles devem ser entendidos como deveres gerais de conduta, sendo imposto tanto ao devedor quanto ao credor, podendo até alcançar terceiros. Estes deveres podem ser entendidos como limites externos ou negativos, bem como limites internos ou positivos e não derivam da relação jurídica obrigacional nem do dever de adimplemento. Eles derivam diretamente dos princípios normativos e tem sua área de atuação nas relações jurídicas obrigacionais e seus efeitos. Sendo de suma importância a interpretação dos efeitos e alcances dos deveres gerais de conduta, bem como conjugar com os princípios de onde promanam.

No código civil os princípios assumem primazia, com enunciados frequentes no conteúdo de suas regras, às vezes ao lado de conceitos indeterminados. Os conceitos indeterminados (p. ex., "desproporção manifesta" e "valor real da prestação", do art. 317) complementam e explicitam o conteúdo das regras jurídicas, mas não têm autonomia normativa. Já os princípios são espécies de normas jurídicas, mas não tem autonomia normativa. Já os princípios são espécies de normas jurídicas, hierarquicamente superiores, podendo ter enunciações autônomas ou estar contidos como expressões em outras normas jurídicas. No art. 187, as expressões "boa-fé" e "bons costumes" são

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 83.

princípios, pois o ato jurídico que exceder os limites por eles impostos será considerado ilícito e, conseqüentemente, nulo. Relativamente ao contrato, o Código Civil faz menção expressa à "função social do contrato" (art. 421) e, nesse ponto, foi mais incisivo que o Código de Defesa do Consumidor. Consagrou-se, definitivamente e pela primeira vez na legislação civil brasileira, a boa-fé objetiva, exigível tanto na conclusão quanto na execução do contrato (art. 422).¹⁰

O Código de Defesa do Consumidor pode ser classificado como uma lei eminentemente principiológica, onde podemos destacar alguns: da boa-fé, da harmonia das relações de consumo, da vulnerabilidade do consumidor, da equidade, da reparação objetiva e da interpretação favorável ao consumidor. Os deveres gerais de conduta nas relações jurídicas de consumo são derivados desses princípios e dos demais constantes do CDC.

Merece destaque que os deveres gerais de conduta não dependem da manifestação de vontade dos participantes, devendo ser levado em consideração o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação. Devendo ser analisada a situação concreta para que possa ser interpretada as circunstâncias que objetivamente se apresentam. Em hipótese alguma deve ser confundido com sentimentos ou juízos de valor subjetivos do intérprete. Tendo o lugar e o tempo importância determinante para o intérprete, onde o mesmo deve considerar os valores sociais dominantes na época e no espaço da concretização do conteúdo do dever de conduta.

Acerca do tema deveres gerais de conduta nas relações negociais, podemos observar decisão do STJ¹¹ em caso envolvendo mutuário do sistema financeiro de habitação que em seu contrato de aquisição de imóvel tentava fazer valer o plano de equivalência salarial como critério de reajustamento do saldo devedor, em detrimento aos índices de poupança. A decisão do referido tribunal superior foi fundamentada nos deveres de boa-fé, de função social, de equivalência material, de equidade e de informar.

Devemos entender que violar o dever geral de conduta vai além do conceito tradicional de responsabilidade negocial, se aproximando do dever geral de incolumidade, sendo oponível a todos.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 85

¹¹ STJ, REsp 85521/PR 1996/0001473-6, rel. Min. José Delgado. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2019.

2.2 BOA-FÉ OBJETIVA NAS OBRIGAÇÕES

A boa-fé objetiva nas obrigações pode ser entendida como um dever jurídico, um dever geral de conduta que atinge tanto devedor quanto o credor. É um dever de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, principalmente nos contratos.

Conduta honesta, leal e correta são pressupostos da boa-fé objetiva. Nas relações contratuais e consumeristas o princípio da confiança está presente de forma latente, sendo a boa-fé objetiva ligada diretamente à conduta obrigacional típica. Por seu turno, a boa-fé subjetiva seria a demonstração da dimensão interna, ou seja, se baseia na possibilidade real e concreta na existência do direito pretendido.

Nas relações obrigacionais devem ser considerados o momento e o lugar onde se realizam, pois há um juízo de valor extraído do ambiente social. Valendo salientar que este juízo de valor não é subjetivo, pois não se insere nas convicções morais do intérprete. Sendo o critério de justiça algo refletido na consciência do povo ou setor social em que os participantes estejam vinculados, como comerciantes por exemplo.

Analisando o Código Civil de 2002 verificamos em seu art. 113:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

De forma clara verificamos que tanto credor como devedor na relação obrigacional devem se comportar de forma obrigatória com boa-fé, sendo uma regra cogente. O Código Civil brasileiro classifica em seu artigo 187 como ato ilícito quem exerce direito contrariando a boa-fé:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo 422 do supracitado código trata do princípio da boa-fé para ambos os contratantes do contrato comum civil ou empresarial:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Pela lição de Paulo Lôbo:

Não podendo o princípio da boa-fé ser aplicado exclusiva ou preferencialmente ao devedor. Essas normas jurídicas revelam três dimensões da boa-fé no direito positivo brasileiro: 1. Critério de interpretação; 2. Requisito de validade; 3. Dever geral de conduta.¹²

O Direito do Consumidor brasileiro tem na boa-fé objetiva um de seus princípios basilares, trazendo-o de forma expressa no inciso III do art. 4º do CDC:

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:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com **base na boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (grifo nosso)

Diferentemente do Código Civil de 2002, verificamos pelo exposto acima que o princípio da boa-fé é aplicado a consumidores e fornecedores, contudo verificamos que é imposto de forma principal aos fornecedores, tendo em vista a vulnerabilidade dos consumidores.

Devemos ressaltar que apesar de não estar explícito no inciso III do art. 4º do CDC, onde consta apenas a expressão “boa-fé”, em Direito do Consumidor entende-se como boa-fé objetiva. Pois, não se preocupa com questões de ordem subjetiva, procurando apenas preocupar-se em analisar a relação no plano dos fatos para identificar quem dos sujeitos da relação de consumo está agindo ou não com boa-fé.¹³

Já no art. 422 do CC/2002 o princípio da boa-fé vem associado ao princípio da probidade.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 88.

¹³ TAYAMA, Gilmar. A boa-fé objetiva no direito consumerista. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34039/a-boa-fe-objetiva-no-direito-consumerista>>. Acesso em 24/08/2019.

A probidade está ligada no direito público ao princípio constitucional da moralidade, à que todos os agentes públicos estão ligados. Podemos entender que boa-fé e probidade estão intimamente ligadas, onde pode-se inferir que não **há** boa-fé sem probidade.

A boa-fé não se confunde com o dever de observância dos bons costumes, os quais têm sentido mais amplo de condutas socialmente aceitas, como tradução da moral comunitária dominante no plano jurídico, que lhe empresta juridicidade. A boa-fé objetiva oferece dimensão mais específica, como dever de conduta dos participantes da relação obrigacional segundo fundamentos e padrões éticos. Sabe-se que a moral e as normas morais, existentes em cada comunidade, não se confundem com ética, sublimada como padrões ideais de conduta. A moral extrai-se da realidade social, com suas contingências e vicissitudes (por isso fala-se de moral cristã e moral burguesa, por exemplo), enquanto a ética é um dever-ser otimizado, ideal, que orienta a conduta humana à máxima harmonia e perfectibilidade. Com risco de simplificação dizemos que os bons costumes estão mais próximos da moral e a boa-fé da ética.

Para Judith Martins-Costa a relação entre consumidor e fornecedor impõe uma maior intensidade da boa-fé¹⁴. A boa-fé indica a maneira pela qual a conduta deve ser desenvolvida.

Veremos abaixo um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que foi utilizada as funções da boa-fé objetiva para fundamentar a decisão. O caso em análise consta do Informativo 506 STJ.

DIREITO DO CONSUMIDOR. VÍCIO OCULTO. DEFEITO MANIFESTADO APÓS O TÉRMINO DA GARANTIA CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA DA VIDA ÚTIL DO PRODUTO.

O fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após o término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem. O fornecedor não é, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita, pura e simplesmente, ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Cumpre ressaltar que, mesmo na hipótese de existência de prazo legal de garantia, causaria estranheza afirmar que o fornecedor estaria sempre isento de responsabilidade em relação aos vícios que se tornaram evidentes depois desse interregno.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999, p.247

Basta dizer, por exemplo, que, embora o construtor responda pela solidez e segurança da obra pelo prazo legal de cinco anos nos termos do art. 618 do CC, não seria admissível que o empreendimento pudesse desabar no sexto ano e por nada respondesse o construtor. Com mais razão, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para a hipótese de garantia contratual. Deve ser considerada, para a aferição da responsabilidade do fornecedor, a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, são um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto, existente desde sempre, mas que somente vem a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco, certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, todavia não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, o prazo para reclamar a reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, mesmo depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem, que se pretende "durável". A doutrina consumerista – sem desconsiderar a existência de entendimento contrário – tem entendido que o CDC, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual. Assim, independentemente do prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam elas de consumo, sejam elas regidas pelo direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. Os deveres anexos, como o de informação, revelam-se como uma das faces de atuação ou 'operatividade' do princípio da boa-fé objetiva, sendo quebrados com o perecimento ou a danificação de bem durável de forma prematura e causada por vício de fabricação. Precedente citado: REsp 1.123.004-DF, DJe 9/12/2011.¹⁵

¹⁵ REsp 984.106-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/10/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2019.

2.3 DOS DEVERES CONTRATUAIS

O princípio da boa-fé tem limites objetivos nos contratos, sendo a mesma aplicada não só à conduta dos contratantes durante a execução de suas obrigações, como também ao comportamento adotado antes da celebração do contrato ou após a extinção do mesmo. Em suma, a boa-fé objetiva alcança os comportamentos dos contratantes não só durante a execução do contrato, mas também antes e após sua celebração. Isto pode ser bem observado em nosso Código de Defesa do Consumidor, onde é imposto ao fornecedor o dever de informar previamente ao consumidor o conteúdo do contrato, conforme art. 46 CDC:

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

Também observamos no art. 30 o dever do fornecedor de ter uma publicidade precisa que inclua toda informação necessária ao consumidor.

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Como exemplo da obrigação do contratante após a execução do contrato, podemos observar o art. 32 do CDC que exige a oferta de componentes de reposição mesmo após o contrato de aquisição do produto.

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Pela lição de Paulo Lôbo, independente do alcance da norma codificada, o princípio geral da boa-fé obriga, aos que intervierem em negociações preliminares ou tratativas, o comportamento com diligência e consideração aos interesses da outra parte, respondendo pelo prejuízo que lhe causarem. A relação jurídica pré-contratual

submete-se à incidência dos deveres gerais de conduta.¹⁶ Inclusive, conforme mostrado acima, o CDC apresenta de forma explícita em seu art. 30 que toda informação constante da divulgação do produto ou serviço integra o contrato a ser celebrado, isto é, as informações são parte integrante do mesmo.

No caso dos deveres pós-contratuais, estes também são embasados na boa-fé, permanecendo mesmo após a extinção formal do contrato. Como alguns exemplos podemos citar a guarda de segredo por profissional liberal recebido pelo cliente ou dever de não prestar informações que prejudiquem a atividade comercial da outra parte envolvida no contrato extinto.

Podemos verificar a existência de uma responsabilidade pós-contratual, embasada na boa-fé, principalmente por parte do fornecedor. A extinção dos contratos não extingue certos deveres gerais de conduta para ambos contratantes. No caso dos contratos de consumo de produtos ou serviços, os fornecedores respondem pelos vícios apresentados pelos mesmos conforme arts. 18 e 20 do CDC:

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.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 91

Pelo exposto, a existência de uma responsabilidade pós-contratual perdura mesmo após a extinção do contrato. A extinção contratual não impede o surgimento de certos deveres gerais de conduta para ambas as partes. Estes deveres gerais de conduta são embasados pelo princípio da boa-fé. A violação desses deveres de conduta deve acarretar em reparação por danos materiais e morais.

2.4 INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO

Pelo Direito Civil o inadimplemento de uma obrigação é ato ou omissão imputável ao devedor, podendo ser entendido como o não cumprimento da obrigação acordada no todo ou em parte. Pelo lado do fornecedor pode ser entendido como o dar, fornecer ou fazer de forma incompleta ou insatisfatória. Também se o fornecedor realiza o serviço ou fornece material fora do tempo contratado estará incorrendo em adimplemento insatisfatório. A entrega fora do prazo, em lugar diferente do acordado, em quantidade inferior ou qualidade inferior também é considerado inadimplemento da obrigação.

De acordo com o art. 389 do Código Civil, o inadimplemento conduz à responsabilidade do devedor pelas perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado, estes apenas exigíveis se houver ação judicial ajuizada pelo credor e efetiva atuação profissional. A atualização monetária “segundo índices regularmente estabelecidos”, na redação legal, não pode ser considerada rigorosamente acessório ou acréscimo, como os juros, nem consequência do inadimplemento, como as perdas e danos; tem por finalidade corrigir monetariamente o valor da dívida líquida, inclusive da dívida em dinheiro, desde o instante de sua fixação ou liquidação até o momento do pagamento.¹⁷

Devemos explicitar que o inadimplemento de uma obrigação pode ser absoluto ou relativo. No caso em que a obrigação não puder mais ser cumprida, por questões de tempo, lugar e forma convencionados, por exemplo, no caso de um fotógrafo contrato para realizar as fotos de um casamento e falta ao evento. Esse é o típico caso que mesmo que o profissional se disponha a comparecer em outra data, não haverá mais o interesse do contratante.

Por seu turno, se ainda houver a possibilidade do cumprimento da obrigação descumprida com utilidade para a outra parte, então estaremos diante do

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 256

inadimplemento relativo. Sendo este atraso no adimplemento da obrigação é chamado de mora. Pela lição de Paulo Lôbo:

Mora é o atraso ou falta do adimplemento no tempo, lugar e forma previstos, por ato ou omissão imputável ao devedor ou ao credor. Na definição legal (CC, art. 394), “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebe-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. O decorrer do tempo, o atraso em se fazer o adimplemento, é o tempo da mora. As consequências pela mora são impostas a quem deu causa. Daí classifica-se em mora do devedor e mora do credor. Credor e devedor, para os fins de mora, são o que pode exigir a obrigação e o que já é obrigado, porque não há mora se o crédito não está munido de pretensão e o débito não pode ser exigível. A mora não impossibilita a prestação; se já não pode ser feita, há impossibilidade superveniente e não mora. Diferentemente do que ocorre com a impossibilidade superveniente, na hipótese de mora a prestação pode ser adimplida e, no geral, tem valor e interesse para o credor ou para o devedor. A mora distingue-se do inadimplemento absoluto, porque nela o cumprimento da prestação é possível.¹⁸

Pelo exposto, pode-se concluir que entre os dois conceitos (inadimplemento absoluto e relativo) a diferença não está relacionada a possibilidade de seu cumprimento, mas sim ao aspecto da utilidade para o credor, de acordo com o critério a ser aferido em cada caso de modo quase objetivo.¹⁹

2.5 INADIMPLEMENTO – PERDAS E DANOS

Para Schreiber o dano pode ser conceituado como sendo a “lesão a um interesse juridicamente tutelado”.²⁰ O dano pode ser entendido como de duas espécies: o dano evento e o dano resultado. O dano evento é o acontecimento social tutelado pelo Direito. Já o dano resultado seria a consequência juridicamente tutelada. A definição de dano por Schreiber tem o foco no objeto atingido ou o interesse lesado, que pode ser a honra, a saúde, a integridade física, etc., e não nas consequências econômicas ou emocionais da lesão.

Pela lição de Cavalieri Filho o dano pode ser conceituado como sendo:

¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 261

¹⁹ VIDAL, Priscilla. **Inadimplemento Contratual**. Disponível em <<https://priscillavidal.jusbrasil.com.br/artigos/454196034/inadimplemento-contratual>> Acesso em 03 ago., 2019.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 104

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.²¹

Em síntese, podemos entender o dano como sendo a lesão a um bem ou interesse, desde que juridicamente protegido. Sendo interesse a importância que certos bens (coisas e fatos) têm para as pessoas, no sentido de que podem satisfazer necessidades de ordem material, intelectual ou moral.

Dentre a definição de diversos autores, há uma convergência para um ponto comum:

Buscando o traço comum entre os diversos autores acima analisados é possível dizer, em suma, que dano (resultado) é a lesão a um interesse ou a um bem material ou imaterial juridicamente tutelado.²²

Já a perda pode ser entendida como o dano total do bem prejudicado por fato lícito, ilícito ou pelo inadimplemento²³. Tanto a perda como o dano têm consequências idênticas aos olhos da lei, pois ambas configuram lesão aos bens juridicamente tutelados.

O devedor, o mau fornecedor e o mau prestador de serviços respondem por perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação contratual. A reparação será devida caso haja ofensa a pessoa ou a seu patrimônio, causando-lhe prejuízo ou caso ocorra inadimplemento de uma obrigação negocial. Ocorrendo o dano, haverá a constituição do inadimplemento e da mora de forma simultânea. Podem ser passíveis de sofrer danos: as coisas, o corpo humano e os direitos de personalidade.

O direito à reparação surge com a ocorrência do dano, sendo a indenização uma espécie de reparação. Em nosso ordenamento a indenização é supletiva, pois só será exigida se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, conforme art. 947 Código Civil

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. Ver. e ampl. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

²² DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.110.

²³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 272.

A ideia inicial é que o devedor possa prestar a coisa certa, e se caso a restauração em natura não for possível é que será exigível a reparação em dinheiro. Essa reparação em dinheiro deve ser entendida como a indenização, sendo delimitada pela extensão do dano material ou quando o dano for moral pela compensação equitativa. O objetivo dessa reparação em dinheiro é garantir ao credor ofendido o equivalente à situação anterior ao dano ou fornecer uma compensação caso não seja possível medir o dano, como no caso de um dano moral.

Pelo que foi observado, o descumprimento de uma obrigação contratual por parte de um fornecedor de produtos ou serviços acaba gerando um inadimplemento da obrigação. E este inadimplemento pode acarretar em um dano para o consumidor, devendo a reparação por parte do fornecedor levar em consideração toda extensão do dano. Não apenas o dano em si, mas também as repercussões negativas na esfera jurídica do consumidor. Pela lição do professor Paulo Lôbo a expressão “perdas e danos” tem sentido abrangente de danos totais, com perda da coisa, e danos parciais, que não a excluem. Mas não há danos apenas às coisas, pois as pessoas os sofrem, nos planos físico e moral.²⁴

2.6 DANO EXTRAPATRIMONIAL

A denominação de dano patrimonial, que é sinônimo de dano material, nos remete à destruição ou deterioração de um bem. Já o dano extrapatrimonial atinge o ser humano e viola direitos da personalidade ou valores não econômicos.²⁵ Sendo comum no Brasil denominar os danos extrapatrimoniais como “danos morais” com um significado abrangente. Tanto que em nosso país se convencionou chamar de “dano moral” todo dano não patrimonial.

O dano extrapatrimonial depende de uma composição, pois pode atingir o sofrimento de uma pessoa que teve sua honra ofendida, a sua intimidade afetada, bem como sua vida privada. Podemos destacar como bens jurídicos extrapatrimoniais a vida, a saúde e a integridade física.

Conforme ensina Paulo de Tarso Sanseverino:

²⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 274.

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 274.

No direito brasileiro, talvez em função da demora na aceitação da indenizabilidade do dano extrapatrimonial, em face da resistência da jurisprudência do STF em admiti-la fora dos casos expressamente previstos em lei, os prejuízos sem conteúdo econômico têm sido abrangidos pela denominação genérica de dano moral.²⁶

Podemos verificar que existe um grande rol de diferentes modalidades de prejuízos extrapatrimoniais. Em um caso concreto de dano extrapatrimonial o juiz deve tentar alcançar um ressarcimento mais completo para a vítima, levando-se em conta os danos efetivamente sofridos em toda sua extensão.

A compensação pecuniária não segue critérios rígidos, salvo os da razoabilidade e proporcionalidade, que o juiz deve observar, na análise de cada caso concreto, de modo a encontrar o justo equilíbrio entre o valor que repercute no patrimônio do ofensor e o que desborda para o enriquecimento sem causa do ofendido²⁷.

Podemos observar que há uma ausência de parâmetros materiais seguros para aplicação dos danos extrapatrimoniais. Ficando os mesmo à mercê de um arbítrio do juiz e à verificação de um fator psicológico que seria a dor moral. Os danos extrapatrimoniais esbarram na dificuldade de se encontrar uma forma viável de se tutelar juridicamente a ocorrência da lesão.

Com a ocorrência da reforma trabalhista no Brasil houve grande destaque para a positivação, no texto da CLT, de regras referentes ao dano extrapatrimonial. Segundo a legislação alterada:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Assim, pela ótica da nova regra das leis trabalhistas, pode-se afirmar que ocorrerá dano de natureza extrapatrimonial quando os valores e direitos inerentes à pessoa natural forem violados, causando-lhe uma dor moral.

²⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral: indenização no código civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 280.

2.7 DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

A ocorrência do dano moral está geralmente ligada à uma violação aos direitos de personalidade, que podem ser entendidos como os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, conforme disposto expressamente no inciso X do art. 5º da CF/88:

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;

O dano moral é imaterial ou não material, pois sua ocorrência não se caracteriza por perda ou redução patrimonial. Tendo os danos morais uma relação bem estreita com os direitos de personalidade.

Pela lição de Yussef Said Cahali, o dano moral pode ser entendido como:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.²⁸

O dano moral atinge a vítima de forma pessoal e não o seu patrimônio material. Pelo contrário, causa uma lesão aos bens que integram os direitos de personalidade. Contudo, o dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a humilhação ou o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a consequência do dano²⁹.

Os bens lesados pelo dano moral não são economicamente mensuráveis, tampouco podem ser precificados. Não há que se falar em reparação do valor econômico, apenas se tenta compensar o infortúnio sofrido pela lesão ao direito de personalidade. Tenta-se restaurar a felicidade humana atingida pelo dano moral, em tese podendo ser alcançada com bens materiais.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: vol. IV, responsabilidade civil. 4ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359

Pela lição do professor Paulo Lôbo:

O dano moral não se confunde com o dano oriundo de ato imoral, tal o que se considerava lesivo aos bons costumes. O mesmo fato ilícito pode determinar a responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral. Se o banco encerra a conta do correntista, indevidamente, causa danos materiais (prejuízos materiais que o lesado passou a ter) e morais (abalo de crédito e de sua reputação ou consideração social). Se a ofensa foi indireta, mas causada pelo mesmo fato, dá-se o dano moral, como no caso do pai que sofre com a calúnia dirigida ao filho (pode haver também dano material, se, por exemplo, teve de ser hospitalizado)³⁰.

E na ocorrência do dano moral, haverá na esfera civil uma responsabilidade civil, um dever de reparação. Conforme já explanado, só há que se falar em responsabilidade se houver ocorrência de dano, sob pena de ocorrer o enriquecimento sem causa da vítima. A responsabilidade de reparar o dano segue o princípio da equivalência, ou seja, o responsável pelo dano deve prestar uma prestação equivalente à vítima. A responsabilidade civil tem uma função reparatória, nunca punitiva.

Para Cavalieri Filho³¹ o dano não é elemento meramente constitutivo, mas determinante do dever de indenizar. Para o autor a presença do dano é condição necessária para a responsabilidade civil, pois sem o dano não haverá o que ser reparado. Se não há prejuízo não há que se falar em dano, e se não houver dano não há responsabilidade civil, mesmo que a conduta do pretense ofensor seja dolosa. Nessa situação estamos diante da responsabilidade civil subjetiva.

Nos dias atuais verificamos uma evolução da responsabilidade civil, pois os riscos estão em toda parte e discutir a culpa em um mundo novo, moderno, repleto de avanços e riscos torna-se algo inconcebível. Verificamos uma evolução da responsabilidade civil subjetiva para responsabilidade civil objetiva. Segundo Wesley Louzada Bernardo³² o esforço de romper com a tradição da culpa como único fator de imputação tinha o claro escopo de proporcionar à vítima do dano maiores chances de ver recomposto seu patrimônio. A culpa assumiu protagonismo na responsabilidade civil por influência das doutrinas cristãs e do jusnaturalismo. O dever de reparar era

³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 351 e 352.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. Ver. e ampl. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70-71

³² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Responsabilidade Civil Automobilística**: por um sistema fundado na proteção da pessoa. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81-82.

vinculado à culpa, devendo a conduta ter reprovação moral. Segundo a lição do professor Paulo Lôbo acerca da evolução da responsabilidade civil:

Nos dias atuais, nota-se uma viragem em direção à responsabilidade objetiva, máxime em virtude dos riscos provados pelo desenvolvimento científico, tecnológico e econômico. A teoria clássica, individualista, assentava-se no princípio da independência dos indivíduos, ou autonomia privada, e na culpa extra-negocial. O período de transição é marcado pela expansão da industrialização e do uso das máquinas e aparelhos, potencialmente perigosos, no cotidiano das pessoas, e da maior frequência dos acidentes. Passou-se a dar maior atenção às vítimas e aos que são expostos aos riscos dessas atividades. A doutrina cogita do dever geral de evitar riscos ou perigos. Porém, a vida moderna faz com que o direito não vede atividades que criam riscos, mas imponha a reparação dos danos originados nesses riscos, como no caso de automóveis, aeronaves, estradas de ferro, fábricas. Tem-se então a dita responsabilidade pelo risco, que não depende da ilicitude (afinal, essas atividades são lícitas) ou de atos de vontade para que haja a reparação do dano; é espécie do gênero responsabilidade objetiva³³.

Essa aludida evolução da responsabilidade civil pode ser observada na ampliação do rol de imputáveis para responder solidariamente, isto é, aumentando o número de hipóteses de obrigação solidária. Sendo essa solidariedade benéfica à vítima, podendo representar contra qualquer um dos responsáveis, ou contra todos. O foco principal dos legisladores e aplicadores do direito está voltado para indicar como o dano será reparado, e não mais apontar o responsável pelo dano. A prova da culpa ou do nexo causal perdeu parte da importância, onde outrora a vítima precisava demonstrar a culpa do ofensor e o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano.

Importa pontuar que o instituto da responsabilidade civil sofreu evoluções a fim de acompanhar os avanços econômicos, tecnológicos e sociais. Elementos que outrora eram rígidos foram flexibilizados dando origem a novos danos e novas proteções. Apesar das especificidades das novas modalidades de dano, o que eles têm em comum é que são frutos da maior preocupação com a pessoa da vítima. Os novos conceitos de dano visam a mais ampla e integral tutela do indivíduo.³⁴

³³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 328.

³⁴ SAMPAIO, Ingrid Costa Melo de Souza. **Responsabilidade Civil por Perda do Tempo Útil: aplicabilidade e efeitos nas relações de consumo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39449/responsabilidade-civil-por-perda-do-tempo-util-aplicabilidade-e-efeitos-nas-relacoes-de-consumo>>. Acesso em 30/09/2019.

Nesse cenário podemos observar o aumento da importância dada à pessoa humana, pois fica evidente a preocupação com a vítima em detrimento da culpa. Podendo ser verificado nas relações de consumo, onde o tempo perdido ou desperdiçado pelo consumidor na resolução de problemas de consumo seria uma nova modalidade de dano.

2.7.1 Responsabilidade Civil nas Relações Consumeristas

A relação jurídica consumerista pode surgir com a oferta, com a publicidade, com a informação ou de maneira mais formal com um termo de contrato. Mesmo que o consumo não tenha se concretizado, a relação jurídica é tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Podemos observar que as relações de consumo aumentam cada dia mais, principalmente após a popularização da internet. As relações de consumo estão arraigadas em nosso dia-a-dia. De forma muito rápida realizamos compras de produtos e serviços, bem como firmamos contratos de consumo pela internet. O consumidor é exposto a diversas situações em que o fornecedor deixa de cumprir obrigações contratuais, violando os direitos básicos do consumidor.

É notório que os fornecedores de produtos e serviços investem de forma maciça em propaganda, sendo o consumidor “*bombardeado*” por campanhas publicitárias que visam angariar clientes. Contudo, quando surge um problema, o fornecedor não tem a mesma postura quando da fase inicial de contratação. Toda a facilidade propagada pelo fornecedor nas campanhas publicitárias se transforma com o aparecimento de um problema. Os recursos do fornecedor parecem sempre escassos nessa hora, onde muitas vezes são apresentadas desculpas como o sistema está fora do ar ou não existe área de assistência nessa região.

Cavaliere Filho³⁵ leciona que praticamente tudo se relaciona com consumo nos dias atuais, sendo possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor instituiu uma nova área da responsabilidade civil. Sendo esta nova área a responsabilidade civil nas relações de consumo. Essa responsabilidade civil está em consonância com o princípio consumerista da confiança, presente de forma sistematizada no CDC. Os

³⁵ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Ver. e ampl. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

consumidores têm a confiança de que os produtos e serviços ofertados no mercado atendem a padrões de segurança razoáveis.

Nesse diapasão o CDC se afasta do conceito de culpa, focando na responsabilidade objetiva, mostrando uma evolução no conceito de responsabilidade civil, conforme explanado no item 2.7 deste trabalho. O Código de Defesa do Consumidor acolheu o postulado da responsabilidade objetiva, desconsiderando a conduta do fornecedor como critério de prova. Onde o principal objetivo da responsabilidade civil é o pronto ressarcimento da vítima³⁶. Pelo CDC o fornecedor de produtos ou serviços tem a responsabilidade extracontratual pelos danos causados ao consumidor, seja por produtos defeituosos ou serviços mal prestados.

O CDC impõe aos fornecedores um critério de qualidade para os produtos ou serviços ofertados no mercado, devendo proporcionar segurança e adequação para o consumidor. O CDC infere deveres próprios aos fornecedores, como a solidariedade entre os mesmos em relação a todos os consumidores. O produto ou serviço deve corresponder à legítima expectativa do consumidor, não podendo comprometer a sua prestabilidade ou servibilidade³⁷. Podendo ser considerado defeituoso caso apresente algum vício de qualidade ou defeito, bem como possa colocar em risco a segurança do consumidor e/ou terceiros. Deve-se falar também dos vícios de informação, pois o produto ou serviço pode não apresentar vício de qualidade, mas apresenta uma quantidade de informação insuficiente sobre utilização e possíveis riscos.

Conforme leciona Marcos Dessaune:

No mesmo sentido é o ensinamento de Denari: a responsabilidade por danos causados ao consumidor, chamados de acidentes de consumo, decorre da propagação de um vício de qualidade, podendo alcançar não só o consumidor como também terceiros, vítimas do evento (art. 17, do CDC). Sua caracterização exige, adicionalmente ao dano resultado, a ocorrência concomitante de três pressupostos: (1) um defeito no produto, (2) um evento danoso e (3) a relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso³⁸.

³⁶ DIAS JÚNIOR, Nélito Silveira. **A Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo e a Facilitação do exercício Deste Instituto**. Disponível em: <<https://silveiradias.adv.br/a-responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-consumo-e-a-facilitacao-do-exercicio-deste-instituto-de-direito/>> Acesso em 05/10/2019.

³⁷ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2000, p. 153.

³⁸ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.118.

Desta forma, o CDC adotou o risco do empreendimento, transportando do consumidor para o fornecedor os riscos da relação de consumo. Pela teoria do risco do empreendimento o fornecedor assume a responsabilidade por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços, independentemente de culpa³⁹. Em síntese, todo o risco da relação de consumo é suportado pelo fornecedor, sendo o consumidor a parte hipossuficiente. O fornecedor assume o papel de garante dos produtos e serviços que o mesmo oferece no mercado de consumo. Valendo ressaltar, conforme já mencionado, que a responsabilidade é solidária, sendo imputada a todos os que compõem o elo básico na colocação de produtos no mercado.

Por fim, também devemos destacar o fato de que a responsabilidade do fornecedor não pode ser excluída por cláusula contratual. As cláusulas de exclusão de responsabilidade são consideradas abusivas pelo CDC, devendo ser nula a cláusula contratual que exonerar ou limitar a responsabilidade civil do fornecedor por vícios de qualquer natureza.

2.7.2 Responsabilidade nas Relações de Consumo no Direito Argentino

A responsabilidade derivada nas relações de consumo no direito argentino segue as mesmas regras de responsabilidade contratual e extracontratual. Além disso, o sistema de proteção do consumidor tem suas regras próprias aplicadas aos contratos de consumo, bem como às relações de consumo não contratuais.

Pela lei de Defesa do Consumidor da Argentina (*ley 24.240, modif. por ley 26.361*), o legislador se ocupou em analisar as causas de dano ao consumidor, estabelecendo três regimes de responsabilidade⁴⁰ conforme a origem do dano. O primeiro seria os descumprimentos contratuais, começando desde a oferta do produto e alcançando até a inexecução do término do contrato. O segundo para os danos decorrentes do risco ou vício do produto ou serviço fornecido, e que causem danos pessoais ao consumidor ou aos seus bens. O terceiro seria um sistema de garantias

³⁹ DIAS JÚNIOR, Nélío Silveira. **A Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo e a Facilitação do exercício Deste Instituto**. Disponível em: <<https://silveiradias.adv.br/a-responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-consumo-e-a-facilitacao-do-exercicio-deste-instituto-de-direito/>> Acesso em 05/10/2019.

⁴⁰ Borda, Alejandro. **Derecho Civil y Comercial**: contratos – 2ª ed. ampliada. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 1001.

em que o produto ou serviço possui deficiências que não transcendem a esfera do bem ou serviço.

As possíveis ações do consumidor por descumprimentos contratuais estão previstas no artigo 10 da *“ley de defensa del consumidor”*. Essas ações podem ser tanto por descumprimento da oferta ou do contrato, dando a faculdade ao consumidor de decidir: exigir o cumprimento forçado da obrigação sempre que for possível, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente, e rescisão contratual com restituição do valor pago, sem prejuízo dos efeitos produzidos. Todos sem prejuízo da ação de *danos e prejuízos* correspondente.

Com relação aos danos decorrentes do risco ou vício do produto ou serviço fornecido, a *Constitución Nacional* prevê em seu artigo 42º que a segurança nas relações de consumo é um dos direitos essenciais do consumidor. Esta garantia constitucional está regulada legislativamente na *“ley de defensa del consumidor”*. Essa é uma obrigação de resultado, onde o fornecedor deve reparar todo o dano sofrido pelo consumidor devido ao vício do produto ou serviço.

La obligación allí consagrada consiste pues, en una obligación de resultado, en la que el proveedor debe reparar todo daño que sufra el consumidor a raíz del vicio que padecía el producto o el servicio, o del riesgo propio que conlleva.⁴¹

Esta obrigação tem sua origem no princípio da boa-fé (*principio general de la buena fe*). Responde pelo risco ou vício toda a cadeia de comercialização, principalmente quando se tratar de uma infração ao dever de segurança.

Com relação às garantias devidas ao consumidor, está previsto na lei de defesa do consumidor um regime legal de tutela que estabelece as garantias mínimas e obrigatórias que devem ser outorgadas pelo vendedor. São responsáveis pela prestação da garantia todos componentes da cadeia de produção e distribuição. Pela legislação argentina o consumidor pode optar pelo regime de vícios redibitórios previstos no art. 18 do *Código Civil y Comercial*.

A lei de defesa do consumidor ainda prevê os danos punitivos, um instrumento controverso introduzido com a modificação da referida lei. Este instituto concede poderes ao juiz para impor sanções em favor do consumidor por até cinco milhões de

⁴¹ Borda, Alejandro. Derecho civil y comercial: contratos – 2ª ed. ampliada. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 1003.

pesos. Este instrumento serve como uma ferramenta para prevenir condutas abusivas que afetem os direitos dos consumidores. Este instituto é definido como uma *multa civil*, ou seja, uma sanção que deriva de uma reprovação da conduta do fornecedor. Para a aplicação dos danos punitivos não basta um mero descumprimento contratual, mas sim uma atitude clara de desrespeito aos direitos do consumidor. Conforme doutrina e jurisprudência, são três os requisitos para imposição dos danos punitivos: grave desrespeito aos direitos do consumidor, intenção de obter lucro indevido e existência de um dano ao consumidor.

3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Em nossos dias atuais, verificamos que o tempo é um dos nossos bens mais preciosos. O decurso do tempo é algo inevitável, contudo devemos fazer todo o possível para não o desperdiçar. Com a vida moderna, a otimização do tempo é uma tarefa primordial, sendo mais difícil para as pessoas que habitam os grandes centros.

Contudo, verificamos que nas relações de consumo, muitas vezes o consumidor tem seu precioso tempo desperdiçado tentando solucionar problemas causados pelo fornecedor. Problemas estes no qual o fornecedor tem a responsabilidade de não causar, pois assume todo o risco na relação de consumo, conforme tópico anterior.

Esse tempo desperdiçado pelo consumidor na tentativa de solucionar problemas da relação de consumo na qual o fornecedor não deveria causar, se afastando do princípio da boa-fé objetiva e causando infortúnio ao consumidor, dá-se o nome de *desvio produtivo do consumidor*⁴². Esta teoria é de autoria do advogado Marcos Dessaune, que segundo o mesmo se caracteriza quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor.

A teoria do desvio produtivo do consumidor vem tomando força com o surgimento de uma corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo a caracterização do dano moral pela perda do tempo útil do consumidor. O Fato do fornecedor descumprir o contrato acarreta uma desnecessária perda de tempo ao consumidor, devendo a mesma ser reparada.

A teoria do desvio produtivo do consumidor vem sendo reconhecida e aplicada por tribunais brasileiros, tendo sido inclusive reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o precedente do ministro Marco Aurélio Bellizze que confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo na AREsp 1.260.458/SP:

Necessidade de ajuizamento de duas ações judiciais pela autora. Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a

⁴² DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.11.

solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados.⁴³

3.1 MAL FORNECEDOR – UMA REALIDADE

Apesar do que já foi explanado, que os fornecedores assumem os riscos da relação de consumo, pois têm deveres de conduta ligados ao princípio da boa-fé, corriqueiramente submetem o consumidor a situações de descumprimento contratual. Sendo esse descumprimento contratual entendido como uma situação de mau atendimento por parte do fornecedor.

Segundo Marcos Dessaune:

Embora seja mais comum e frequente na fase pós-contratual, o mau atendimento também pode ocorrer na fase pré-contratual assim como na fase contratual propriamente dita. O mau atendimento ainda pode evidenciar-se em um ato extracontratual. [...] Em termos gerais, as principais causas de mau atendimento são o despreparo, a desatenção, o descaso e/ou má-fé do fornecedor. As três primeiras causas estão no âmbito da conduta culposa do fornecedor, enquanto a última reflete um comportamento doloso dele no mercado de consumo⁴⁴.

O mau atendimento do fornecedor muitas vezes acarreta em perda do tempo útil do consumidor, pois o mesmo se vê compelido a sair de sua rotina para resolver problemas gerados pelo comportamento abusivo do fornecedor quando não realiza o atendimento de forma adequada.

Conforme já mencionado neste trabalho, o mau atendimento fica evidenciado quando o fornecedor entrega um produto final defeituoso ou emprega uma prática abusiva no mercado. Deve-se deixar claro que o problema gerado pelo mau atendimento na relação de consumo não é causado pelo consumidor, sendo este apenas o sujeito passivo de um problema que legalmente não deveria existir.

Vale salientar que o consumidor, na maioria das situações, faz uma reclamação direta ao fornecedor pelos caminhos disponibilizados pelo mesmo, formalizando sua insatisfação, bem como dando a oportunidade ao fornecedor realizar a devida reparação, sanando o problema de forma amigável. O pronto atendimento de uma

⁴³ STJ, AREsp 1.260.458/SP 2018/0054868-0, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 24/08/2019.

⁴⁴ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.65 e 66.

reclamação legítima do consumidor tende a deixá-lo satisfeito, bem como reforça o bom conceito que ele tem do fornecedor, gerando uma relação de confiança.

Em contrapartida, atitudes deliberadas do fornecedor para se eximir da resolução do problema tendem a aumentar a insatisfação do consumidor, conforme preceitua Marcos Dessaune:

Afinal, atitudes deliberadas do fornecedor tais como se esconder, silenciar, omitir-se, demonstrar descaso, transferir responsabilidade ou eximir-se dela, dificultar ou protelar soluções, encobrir, distorcer ou inverter fatos, mentir, induzir a erro, enganar, desafiar, intimidar ou ameaçar o consumidor, especialmente diante de uma reclamação legítima, produzem tamanha insatisfação no consumidor que geram alguma reação dele assim como acarretam alguma consequência negativa para o fornecedor.⁴⁵

Vale ressaltar que grande parte dos consumidores insatisfeitos ou lesados por situações de mau atendimento sequer entram nas estatísticas, pois simplesmente não formalizam a reclamação por diversos motivos: falta de tempo, falta de fé na resolução do problema, falta de informação do fornecedor quanto aos canais disponíveis para reclamação e conformismo ou comodismo.

Conforme lição de Vitor Guglinski, o mau atendimento leva o consumidor à uma perda de tempo útil:

A ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre⁴⁶.

Pode-se dizer que essa situação de mau atendimento é agravada e até estimulada pela morosidade e pelas módicas condenações⁴⁷ que os fornecedores esperam da justiça do nosso país. Muitos fornecedores têm consciência que seu comportamento é danoso ao consumidor, contudo adotam a postura de esquivar-se de sua responsabilidade para resolução dos problemas na relação de consumo. Esse

⁴⁵ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.67.

⁴⁶ GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 17/10/2019.

⁴⁷ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.67.

comportamento dos fornecedores é encorajado por essa perspectiva de impunidade, deixando para o consumidor o custo de sanar o problema.

Uma consequência dessa conduta desleal do fornecedor⁴⁸, que geralmente é verificada na fase pós-contratual, é uma diminuição em seus custos operacionais, gerando um lucro extra à custa de contrariedade e prejuízo pessoal dos consumidores. No cenário atual brasileiro, verifica-se que muitos fornecedores ao invés de disponibilizar produtos e serviços de qualidade que atendam às necessidades e expectativas dos consumidores, atendem mal e criam problemas de consumo, esquivando-se de resolvê-los. Pode-se ter a percepção distorcida de que o mau atendimento e práticas abusivas ao consumidor aumentam a receita e potencializam o lucro do fornecedor.

3.2 CONSEQUÊNCIA DO MAU ATENDIMENTO: DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A consequência quando determinado fornecedor deixa de cumprir sua missão precípua, qual seja, realizar um bom atendimento e prezar pela satisfação do consumidor, é criar um problema de consumo, podendo se tornar efetivamente danoso e gerar prejuízos ao consumidor.

Com esse comportamento abusivo do fornecedor, o consumidor se vê obrigado a despendar uma parcela do seu tempo ou suprimir alguma atividade previamente planejada do seu dia a dia para tentar resolver o problema de consumo gerado de forma indevida e ilegal pelo fornecedor. O consumidor acaba assumindo deveres e custos que seriam de atribuição do fornecedor, contudo seu comportamento desleal na relação de consumo gera esse desvio do consumidor. Essa situação força o consumidor a agir de forma a tentar buscar uma solução imediata para o problema, na tentativa de evitar ou diminuir o prejuízo que poderá advir.

O consumidor ao enfrentar o problema gerado pelo mau atendimento do fornecedor tem uma perda de tempo útil, onde essa perda de tempo útil seria o desvio produtivo do consumidor. Segundo Marcos Dessaune:

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e

⁴⁸ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.68.

desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável⁴⁹.

A esquiva do fornecedor em resolver problemas de consumo gerados por ele próprio pode se configurar como uma prática abusiva, que poderá ser evidenciada quando a prática reiterada do fornecedor atingir uma coletividade de consumidores, causando danos aos mesmos. Pela lição de Marcos Dessaune:

Em suma, nessas situações em que o fornecedor atende mal, cria um problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo e não dá a ele uma solução espontânea, rápida e efetiva, o consumidor, premido por seu estado carência e por sua condição de vulnerabilidade, é induzido a incorrer em um prejuízo extrapatrimonial que apresenta efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, enquanto o fornecedor faltoso, em princípio, obtém um lucro extra à custa de exploração abusiva do consumidor vulnerável⁵⁰.

Segundo o próprio autor, esse mau atendimento gera consequências ao consumidor que ultrapassam o mero dissabor, trazendo aborrecimentos e contratempos. Este fato transforma-se em um fenômeno socioeconômico e tem se revelado um evento novo para o Direito, onde o autor inicialmente denominou de desvio dos recursos produtivos do consumidor. Conforme preceitua João Daniel Correia de Oliveira⁵¹, diversos julgados no Brasil vêm admitindo a reparação civil de danos morais pela perda do tempo útil na situação em que consumidores são compelidos a sair de sua rotina para solucionar problemas nas relações de consumo, causados por condutas abusivas de fornecedores, sempre que evidenciadas situações intoleráveis de mau atendimento.

Em muitas situações o consumidor tem uma verdadeira *via crucis* para conseguir a reparação ou a devida prestação contratual do fornecedor, que por vezes extrapola a esfera do razoável, acarretando uma experiência amarga ao consumidor, qual seja, uma perda injustificada de tempo útil. Tempo este que o consumidor poderia utilizar para desfrutar de sua família, realizar uma prática esportiva, uma atividade de

⁴⁹ GUGLINSKI, Vitor. **Você sabe o que é “desvio produtivo do consumidor?”**. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/114536742>>. Acesso em 17/10/2019.

⁵⁰ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.88.

⁵¹ OLIVEIRA, João Daniel Correia de. **Dano moral em razão da perda do tempo útil**: análise de decisões judiciais. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52490/dano-moral-em-razao-da-perda-do-tempo-util-analise-de-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 12 out 2019.

lazer ou até mesmo um compromisso profissional. Essa situação pode ser verificada de forma corriqueira no dia a dia. Como exemplo podemos citar os diversos *Call Centers* e *SACs*, onde muitas vezes é realizado um atendimento virtual e tem-se a impressão que toda dificuldade para resolução de uma demanda é proposital. O consumidor se visualiza em 2 situações: desistir e aceitar o prejuízo ou insistir para tentar conseguir o atendimento do seu pleito mesmo que acarrete uma enorme perda de tempo. A situação pode ser ainda pior quando se trata de serviço prestado em regime de monopólio, como serviço de água e esgoto, energia elétrica etc., onde o consumidor não tem nem a opção de buscar o fornecedor concorrente.

3.2.1 Prática Abusiva

Pela lição de Rizzato Nunes⁵² a prática abusiva pode ser entendida como uma conduta do fornecedor que age com abuso de um direito e podendo ser considerada uma atitude ilícita tendo o rol exemplificativo disposto no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor. A prática abusiva de mercado seria uma conduta do fornecedor, que contrariando a lei, age de forma que gera prejuízos ao consumidor e o compele à desperdiçar seu valioso tempo.

Segundo o autor supracitado, essa prática abusiva seria o uso irregular e desviante de um direito por parte do fornecedor. E ainda acrescenta que essa conduta abusiva do fornecedor é sempre ilícita, mesmo que não haja um consumidor efetivamente lesado. Mesmo que nenhum consumidor se sinta diretamente afetado, o simples fato do fornecedor praticá-la já pode ser considerado uma ilicitude.

Como exemplo podemos citar a inobservância do art. 39, III do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas
III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

Um caso dessa inobservância à norma acima seria a situação de envio de cartão de crédito para residência do consumidor sem a sua solicitação, pois é vedado expressamente tal conduta conforme demonstrado acima.

⁵² RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código de defesa do Consumidor: direito material {arts. 1º a 54}. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 476.

Por seu turno, Marcos Dessaune define prática abusiva da seguinte forma:

Enquanto gênero, prática abusiva é a conduta desleal, não cooperativa e danosa do fornecedor no mercado, que provoca um desequilíbrio na relação de consumo apto a causar prejuízo ao consumidor. Ou seja, é a atividade empresarial ofensiva aos princípios do CDC e desrespeitosa à confiança e à lealdade exigidas nas relações de consumo, que ocorre extracontratualmente ou em qualquer fase contratual, gerando uma vantagem excessiva para o fornecedor e uma consequente desvantagem exagerada para o consumidor. Para ser abusiva, enfim, a prática deve atentar contra os princípios do CDC, estar carente de boa-fé e induzir ao desequilíbrio da relação de consumo capaz de causar danos ao consumidor⁵³.

Temos que salientar que o Código de defesa do Consumidor é matéria de ordem pública, sendo sua matéria cogente e não podendo ser suprimida ou excluída por estipulação contratual, não podendo ser afastada por vontade das partes. O CDC tem o condão de estabelecer o equilíbrio na relação de consumo, de forma a compensar a vulnerabilidade do consumidor. Desta feita, sendo a prática abusiva um ato antijurídico, o fornecedor que praticá-la deve ser responsabilizado civilmente.

3.3 MERO DISSABOR DA VIDA COTIDIANA

Como podemos observar, atitudes reiteradas de mau atendimento e atuação no mercado de forma desleal pelo fornecedor, utilizando de uma prática abusiva vem levando consumidores a ter uma perda de seu tempo útil. Esse cenário tem levado diversos consumidores a tentar buscar na Justiça a devida reparação civil por essa indevida perda do tempo útil. Seria uma forma de indenização por dano moral pela perda do tempo livre do consumidor. O consumidor é forçado a sair da sua rotina e desperdiçar seu tempo livre para solucionar problemas gerados pela prática abusiva ou mau atendimento de fornecedores, sendo essas situações intoleráveis.

Esse tempo injustamente desperdiçado pelo consumidor caberia alguma reparação em forma de indenização por danos morais. Tal situação extrapola o mero aborrecimento ou dissabor da vida cotidiana, pois o fornecedor atua de forma desidiosa e privando o consumidor de tempo relevante de sua vida privada. Contudo, ainda verificamos na jurisprudência pátria que ainda há grande resistência em admitir

⁵³ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.121.

que a perda e tempo útil possa ser caracterizado como dano moral. É no sentindo de admitir que o desvio produtivo do consumidor é reduzido a “mero dissabor da vida cotidiana” que se posiciona a jurisprudência tradicional brasileira, conforme a seguir:

[...] CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA PROCEDENTE. IRRESIGNAÇÃO LIMITADA À EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. COBRANÇA INDEVIDA. MERO DISSABOR. DANOS MORAIS AFASTADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA 1. Tanto a declaração de inexistência do débito quanto a ordem de abstenção de realização de cobranças relativas ao contrato nº 2108578194 não foram objeto do apelo, razão pela qual o exame recursal se restringirá aos limites da irresignação, ou seja, sobre a efetiva existência de danos morais e, subsidiariamente, a adequação de sua fixação. 2. Embora afirme a requerente que vinha sendo indevidamente cobrada por serviços que não contratou, não consta das alegações autorais nenhuma menção de que houve inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito. 3. A cobrança indevida, isoladamente, não se constituiu em fato extraordinário do qual tenha decorrido conseqüências negativas à apelada, considerando, principalmente, que a empresa apelante sequer se insurgiu quanto à declaração de inexistência do débito. 4. Não se observa, assim, que da cobrança tenha resultado qualquer consequência mais gravosa à recorrida, não ensejando, pois, a condenação da empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais em razão do evento em comento. 5. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada⁵⁴.

CIVIL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se restringe. Recurso parcialmente conhecido, e, nessa parte, provido⁵⁵.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE AUTOMÓVEL NOVO. DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE OLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. [...] DANOS MORAIS. [...] DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DESDE LOGO. QUANTUM. MEROS DISSABORES E ABORRECIMENTOS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Na espécie, o valor do dano moral merece redução, por não ter o autor sofrido abalo à honra e nem sequer passado por situação de dor, sofrimento ou humilhação. Na verdade, os fatos ocorridos estão incluídos nos percalços da vida, tratando-se de meros dissabores e aborrecimentos. [...] ⁵⁶

⁵⁴ TJES, AC 0000578-97.2015.8.08.0014, Relator: DES. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/08/2016, Disponível em <www.tjes.jus.br>. Acesso em 12/09/2019.

⁵⁵ STJ - REsp: 215666/RJ 1999/0044982-7, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 21/06/2001, Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12/09/2019.

⁵⁶ STJ - REsp: 402356 MA 2001/0192783-3, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 25/03/2003, T4 - QUARTA TURMA, Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12/09/2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. RELACIONAMENTO BANCO/CLIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SAQUE. MERO DISSABOR. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA/STJ. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 182 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESPROVIDO. [...]II - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, "mero receio ou dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige". III - Se o agravo interno não traz argumento hábil a reformar a decisão impugnada, mantém-se o desprovido⁵⁷.

Apesar do entendimento jurisprudencial acima, não nos parece razoável classificar todo o calvário sofrido pelo consumidor, com uma perda de tempo útil, como mero dissabor ou aborrecimento e não fazendo jus a devida reparação por dano moral. As situações de perda do tempo útil do consumidor, ou seja, desvio produtivo do consumidor, acarretam uma efetiva lesão ao consumidor.

Pelos ensinamentos de Marcos Dessaune:

O entendimento de que o consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores sofre “mero dissabor ou aborrecimento” e não dano moral indenizável, revela um raciocínio construído sobre premissas equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão falsa⁵⁸.

Não podemos compactuar com a ideia que o desvio produtivo do consumidor seja enquadrado como um mero dissabor. Não pode ser considerado como um mero contratempo na vida do consumidor. O tempo é um bem valioso na vida de cada pessoa, podendo até mesmo ser considerado um bem econômico. O “tempo de que cada pessoa dispõe na vida possui características singulares que o tornam um recurso precioso - que não admite atitude perdulária em tão efêmera existência humana”⁵⁹. E sendo efêmero, o tempo é finito, escasso e não pode ser repostado. Não existe uma fórmula mágica que “devolva” o tempo perdido. Conforme preceitua Vitor Guglinski citando o Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

⁵⁷ STJ - AgRg no REsp: 489187/RO 2002/0157388-4, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 13/05/2003, QUARTA TURMA. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/10/2019.

⁵⁸ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.135.

⁵⁹ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.88.

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 indenização⁶⁰.

Como pudemos observar, o tempo do ser humano tem um valor incomensurável devido às suas características peculiares, principalmente pelo fato de ser finito. Talvez possa ser considerado o bem finito mais valioso do ser humano. O tempo tem duas características marcantes: não pode ser recuperável e não pode ser acumulável. Segundo dados oficiais do IBGE o brasileiro vive em média 75,5 anos ou 661.380 horas. Se olharmos por este enfoque, cada hora desperdiçada pelo consumidor, será uma hora a menos de vida.

3.4 ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A grande dificuldade quanto à perda de tempo útil do consumidor seria encontrar critérios objetivos para se definir quando deve ser considerado desvio produtivo do consumidor e o quanto deve ser indenizado. Pelo exposto aqui vimos a importância do tempo na vida do consumidor e quão valioso ele é. O desvio produtivo impede o consumidor de utilizar seu tempo da maneira que melhor lhe convenha.

Também na análise do valor da reparação civil, o julgador deve atentar para o caráter pedagógico de sua decisão, pois servirá de exemplo para nortear a conduta dos fornecedores, fazendo com que cada prática abusiva seja repensada. Conforme lição de Ingrid Sampaio:

Em segundo plano, a decisão visa promover respeito ao tempo do consumidor (coletividade), uma vez que o reconhece como bem carecedor de tutela e cuja violação enseja reparação civil. Assim, ao condenar o fornecedor, deixa claro que sua conduta não está de acordo com os princípios norteadores das relações de consumo, estimulando-o a adoção de outra postura, o que implica na prevenção de danos futuros. É o chamado caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil⁶¹.

⁶⁰ GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 17/10/2019.

⁶¹ SAMPAIO, Ingrid Costa Melo de Souza. **Responsabilidade Civil por Perda do Tempo Útil**: aplicabilidade e efeitos nas relações de consumo. Disponível em:

Além do caráter punitivo-pedagógico, devemos levar em conta o vilipêndio do tempo subtraído do consumidor por uma prática abusiva e reiterada do fornecedor. Isso deve ser levado em consideração na hora da fixação do quantum indenizatório. Deve se considerar a quantidade de tentativas de resolução do problema pelo consumidor prejudicado.

Conforme já explanado neste trabalho, o tempo é um bem precioso para o ser humano, tendo um valor que extrapola a dimensão econômica. Qualquer perda de tempo na vida das pessoas constitui um bem irre recuperável. Com base nisso, a perda deste bem valioso deve dar ensejo à uma reparação civil em forma de indenização. Embora haja resistência jurisprudencial em caracterizar o dano moral pela perda do tempo livre, conforme demonstrado no item 3.3 deste trabalho, a lição de Vitor Guglinski reverbera o contrário:

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 abusos⁶².

De toda sorte, o juiz para calcular o quantum de indenização no caso de danos extrapatrimoniais deve utilizar a equidade e a razoabilidade. Deve ser analisada se a conduta ilícita do fornecedor é reiterada ou não, bem como deve ser levado em conta o “tamanho” do fornecedor. Segundo a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (SENACON), foram realizadas 2.532.652 demandas administrativas levadas aos PROCONs por consumidores brasileiros durante o ano de 2015⁶³. Dentre estas demandas, foi verificado que os campeões de reclamação são fornecedores de grande porte dos seguintes segmentos: telefonia celular (13,4%), telefonia fixa (9,5%), cartão de crédito (7,3%), TV por assinatura (6,9%) e Banco comercial (5,7%). Ainda segundo esta análise, 42,8% das reclamações foram contra empresas consideradas gigantes.

<<https://jus.com.br/artigos/39449/responsabilidade-civil-por-perda-do-tempo-util-aplicabilidade-e-efeitos-nas-relacoes-de-consumo>>. Acesso em 30/09/2019.

⁶² GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 27/10/2019.

⁶³ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.79.

Conforme preceitua Marcos Dessaune para se quantificar o valor da indenização deve-se analisar o interesse jurídico lesado⁶⁴, que em nosso estudo seria o tempo, que é o bem jurídico atingido pelo evento danoso. Além do interesse jurídico lesado, o juiz deve levar em consideração a culpabilidade do agente e a condição econômica do ofensor. Nesse sentido deve-se analisar se houve dolo na conduta do ofensor e qual sua intensidade ou qual o grau de culpa. A condição econômica também é relevante, pois a dosimetria aplicada a um fornecedor de grande porte não pode ser compatível com a aplicada a um empresário individual, por exemplo. Acrescentamos, que além dessas características apontadas, seria de bom alvitre o julgador verificar se o fornecedor é reincidente e se propaga a conduta danosa reiteradamente a outros consumidores.

Como forma de ilustrar veremos a decisão abaixo do TJ/RJ que condenou uma empresa de transporte público a indenizar morador que teve o muro da sua residência destruído por um ônibus da mesma. A empresa concessionária se recusou durante 7 anos a realizar os reparos, apesar do morador ter buscado resolução junto a empresa e o problema ser de fácil solução.

[...]AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. COLISÃO DO COLETIVO DA CONCESSIONÁRIA NO MURO DA RESIDÊNCIA DO AUTOR. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. [...] PERDA DO TEMPO ÚTIL. CARÁTER PUNITIVO. [...]1. Na presente hipótese, a empresa ré não nega o fato, pretende apenas a exclusão da condenação nos danos morais ou sua redução, bem como alteração do termo a quo para incidência dos juros moratórios. 2. O fato ocorreu em 15/06/2004.3. Evidente a resistência da empresa/ré, que, recusando-se a pagar os orçamentos apresentados e/ou fazendo exigências ao autor, outra alternativa não lhe restou do que a de acertadamente recorrer ao judiciário.4. Decorridos mais de sete anos de luta para recuperar o muro de sua residência, se encontra escoreita a indenização fixada.5. A perda do tempo útil na busca de solução para recuperar o muro danificado de tão fácil solução, conduz à fixação de dano moral.6. Precedentes jurisprudenciais.7. O dano moral, além de compensar o tempo perdido pelo apelado, também, possui cunho punitivo, com o fito de evitar a reiteração da conduta por parte da empresa/ré apelante.8. Comprovada a reprovabilidade da conduta da apelante, os danos morais merecem ser imediatamente reparados, não havendo como acolher a pretensão de redução do seu valor, que foi arbitrado em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).9. [...] ⁶⁵

⁶⁴ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.262.

⁶⁵ TJ-RJ, APL 0001210-29.2006.8.19.0210, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Leticia Sardas, julgado em: 27/03/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/10/2019.

No presente julgado foi levado em consideração o bem jurídico lesado (perda do tempo útil), a conduta dolosa do agente que se esquivou durante 7 anos da sua responsabilidade civil, bem como o caráter punitivo-pedagógico, com “*cunho punitivo, com o fito de evitar a reiteração da conduta por parte da empresa/ré*”.

O caráter preventivo e punitivo da indenização pela perda do tempo útil tem uma dupla função: desestimular o fornecedor a repetir a conduta danosa e realizar a devida reparação ao consumidor conforme condição financeira do ofensor. Conforme já explanado, o juiz deve sopesar no caso de uma grande empresa que pratica o evento danoso, bem como se esta prática é reiterada. Nessa situação o julgador deve elevar o valor da indenização. Até para se evitar que grandes fornecedoras de produtos ou serviços ajam com condutas danosas ao consumidor movidas pela ideia de buscar lucrar sempre mais a qualquer custo. Não há dúvidas que as grandes empresas têm calculado o custo de suas demandas administrativas e judiciais, e enquanto o custo-benefício de sua inercia perante a resolução de problemas de consumo for vantajosa, vão continuar a agir de forma danosa ao consumidor. As grandes empresas vão continuar a resistir às legítimas demandas dos consumidores enquanto esta prática for vantajosa em termos econômicos.

3.5 DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA (JULGADOS)

Neste tópico vamos mostrar que a jurisprudência pátria tem evoluído no sentido de reconhecer a responsabilidade civil pela perda do tempo útil ao aplicar a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Diversos Tribunais de Justiça estaduais já vêm aplicando esta teoria em diversos acórdãos oriundos de câmaras cíveis e de turmas recursais. Entre o período de novembro de 2011 até 01/02/2017 o TJPE apresentou 20 acórdãos contendo a expressão “desvio produtivo”, enquanto que o TJSP apresentou 304 acórdãos, estando no topo na lista, perfazendo um total de 852 acórdãos em todo país.⁶⁶

⁶⁶ DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017, p.281.

Da análise dos julgados podemos verificar o brotar de uma jurisprudência nacional aplicando a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, contrapondo o antigo posicionamento do “mero dissabor da vida cotidiana”. Os tribunais vêm demonstrando uma evolução ao valorizar o tempo do consumidor e suas atividades existenciais ao reconhecer como indenizável o desvio produtivo.

Abaixo seguem quatro julgados em que foi aplicada a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, sendo dois do TJ/SP e dois do TJ/PE:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VÍCIO DO PRODUTO - Máquina de lavar – Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos – Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas – Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor – Nítida ocorrência do “Venire contra factum proprium” - Fixação de cláusula penal – Dano material que não se confunde com o dano moral - Tempo demasiado sem o uso do referido produto – Desídia e falta de respeito para com o consumidor – Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável – Inteligência da tese do **Desvio Produtivo do Consumidor**. Danos morais configurados. Afronta à dignidade da pessoa humana Caso dos autos que não se confunde com um “mero aborrecimento” do cotidiano Indenização fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido.⁶⁷

CONSUMIDOR – SERVIÇOS DE TERCEIRO TELEFÔNICA DATA – PARCIAL PROCEDÊNCIA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Reclamações formuladas pelo consumidor, constantes em fls. 46/47, que não foram observadas no v. Acórdão. Contradição. Existência não apenas de um, mas vários protocolos. Perda do tempo, que poderia ser empregado no lazer, trabalho, estudos, aperfeiçoamento cultural, convivência com a família. Teoria do **Desvio Produtivo do Consumidor**. Dano moral configurado. Indenização, em R\$ 5 mil, que atende aos parâmetros da razoabilidade, com a dupla função de compensar a vítima e punir o ofensor. Recurso provido. Acórdão parcialmente modificado.⁶⁸

RECURSO INOMINADO. COBRANÇA INDEVIDA FEITA NO CARTÃO DE CRÉDITO. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PRÁTICA ABUSIVA. Repetição do indébito que se impõe. Transtorno que ultrapassa o que se convencionou chamar de mero aborrecimento do cotidiano. Dano moral evidenciado. Sentença reformada. Recurso do autor provido. [Os recorridos prestaram serviço de forma inadequada, fazendo com que

⁶⁷ TJSP, APL: 0007852-15.2010.8.26.0038, Araras, j. 13/11/2013, v.u., 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fábio Podestá. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

⁶⁸ TJSP, RI: 1000958-32.2016.8.26.0414, Palmeira D'Oeste, j. 27/01/2017, v.u., 1ª Turma Cível e Criminal do Col. Recursal de Jales, rel. Juiz Fernando Antonio de Lima. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

uma pessoa absolutamente idônea e sem qualquer débito para com a instituição tivesse que procurar o Poder Judiciário para impedir que seu nome fosse jogado ilicitamente em cadastro de inadimplentes. Perdeu horas ao telefone, teve de pagar por um valor considerável, que não devia, não recebendo a devida atenção que merecia, principalmente por parte do banco do qual é cliente. Deve-se aqui aplicar a teoria do **Desvio Produtivo do Consumidor**, pois este teve de gastar o seu tempo para resolver uma pendência causada por terceiros, deixando, assim, de usufruir de seu precioso tempo de forma mais produtiva. Tal transtorno excede em muito o mero aborrecimento do cotidiano, configurando dano moral].⁶⁹

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FILA DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DEMORA NO ATENDIMENTO. LEI ESTADUAL. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO. DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. PERDA DE TEMPO ÚTIL. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. Apelação a que se dá provimento. 1. Hipótese na qual restou comprovada a espera excessiva em fila de banco de mais de 1h e 20, contrariando a lei estadual que estipula 30 (trinta) minutos com prazo máximo de atendimento. 2. O “desvio produtivo do consumidor” se configura quando este, diante de uma situação de mau atendimento, é obrigado a desperdiçar seu tempo útil e desviar-se de seus afazeres, gera o direito à reparação civil. 3. Quanto ao arbitramento da indenização, deve o magistrado tomar todas as cautelas para que o valor não seja fonte de enriquecimento sem causa, ao mesmo tempo que não seja meramente simbólica. 4. Desta feita, o quantum indenizatório deve ser fixado em R\$ 2.000,00, por atender às balizas da razoabilidade e da proporcionalidade no intuito de retribuir o dano moral sofrido pelo apelante. 5. Apelação a que se dá provimento à unanimidade.⁷⁰

⁶⁹ TJPE, RI: 0033005-83.2012.8.17.8201, J. 31/05/2015, v.u., 1ª Turma Recursal, rel. juíza Anamaria de Farias Borba Lima Silva. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

⁷⁰ TJPE, AC: 0103190-74.2013.8.17.0001, J. 17/11/2016, v.u., 3ª Câmara Cível, rel. Des. Eduardo Sertório Canto. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

4 CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho, temos que ter em mente que quem atua no mercado de consumo como fornecedor assume os riscos do empreendimento, conforme a tese inspiradora da teoria da responsabilidade civil objetiva do fornecedor⁷¹. Diante disso, o fornecedor é responsável pelos danos causados ao consumidor, principalmente os decorrentes do desvio produtivo.

Conforme já explanado, o tempo é um bem precioso e irrecuperável, por isso discordamos da jurisprudência que considera a perda de tempo útil do consumidor como mero dissabor ou aborrecimento. Entendemos que deve haver uma ampliação do conceito de dano moral para englobar as situações de desvio produtivo do consumidor. Não é mais aceitável que em uma sociedade evoluída, onde cada vez mais a informação circula em uma velocidade absurda, onde literalmente tempo é dinheiro, que o consumidor perca seu precioso tempo com práticas abusivas de fornecedores desleais.

Entendemos ser válido o caráter punitivo-pedagógico das decisões que reconhecem que o desvio produtivo do consumidor configura dano moral, bem como afronta a dignidade da pessoa humana, sendo devida a indenização equivalente ao vilipêndio do tempo subtraído. Para o fornecedor, tempo pode custar dinheiro, mas para o consumidor tempo é dinheiro, mas também é vida. O fornecedor tem responsabilidade civil objetiva quanto ao dano gerado pelo desperdício de tempo (de vida) do consumidor.

Caso a responsabilização civil dos maus fornecedores pelo desvio produtivo gerado em seus consumidores vire uma rotina no judiciário brasileiro, entendemos que haverá uma proteção mais efetiva aos consumidores, bem como poderemos vivenciar um avanço considerável na tutela coletiva. Vale lembrar que os consumidores são a parte hipossuficiente do mercado de consumo, sendo o risco do negócio jurídico suportado pelo fornecedor, conforme as premissas contidas no Código de Defesa do Consumidor. Sabemos que um dos princípios norteadores previstos no CDC é que o consumidor é o lado vulnerável na relação de consumo. Em virtude disso, não é razoável que o mesmo suporte práticas abusivas ou mau atendimento dos fornecedores, gerando prejuízos econômicos e perda do seu tempo

⁷¹ GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 27/10/2019

útil. E quando um fornecedor age dessa forma, age com a falta do princípio da boa-fé, contrariando seu dever de conduta.

A ideia de reconhecer o desvio produtivo do consumidor como um dano moral indenizável não quer dizer que se esteja admitindo a banalização do instituto do dano moral. Muito pelo contrário, a ideia é tornar o mercado de consumo mais amistoso e proteger o lado vulnerável da relação de consumo. Pois, entendemos exatamente o contrário, que condutas nocivas dos fornecedores não podem ser banalizadas como “meros dissabores”. Devem sim, ser desencorajadas através de um judiciário eficiente, que não só reconheça as situações indenizáveis de desvio produtivo, como também adote mecanismos para que os processos decorrentes das relações de consumo sejam julgados de forma mais ágil. Pois, uma demora excessiva em um processo judicial decorrente de relação de consumo pode também beneficiar o mau fornecedor. Desta feita, o órgão julgador poderia prejudicar duplamente o consumidor ao não reconhecer o desvio produtivo e ainda demorar excessivamente para decidir a demanda judicial.

Pelo exposto neste trabalho fica explícito que o tempo é um bem jurídico que merece tutela, sendo dever do Estado-juiz fazer a intervenção estatal caso ocorram práticas nocivas e desleais no mercado de consumo. Uma forma eficiente de impedir que maus fornecedores perpetuem comportamentos abusivos que prejudicam consumidores e desperdiçam seu precioso tempo é condená-los civilmente, reconhecendo que a perda de tempo útil não se trata de mero dissabor, mas de um dano moral indenizável.

Concluimos que apenas quando a resistência de alguns julgadores for quebrada e que a perda do tempo útil do consumidor for reconhecida como passível de indenização por dano moral, teremos uma maior valorização do consumidor. Através de reiteradas decisões reconhecendo que o desvio produtivo do consumidor é um dano extrapatrimonial ressarcível é que poderemos pôr um fim na eterna *via crucis* percorrida por alguns consumidores ao se deparar com problemas na relação de consumo gerados por maus fornecedores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Responsabilidade Civil Automobilística**: por um sistema fundado na proteção da pessoa. São Paulo: Atlas, 2009.

Borda, Alejandro. **Derecho Civil y Comercial**: Contratos – 2ª ed. ampliada. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018

BUENO, Luiza Zacouteguy. **Do Dano Moral Indenizável**. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,do-dano-moral-indenizavel,589313.html>. Acesso em: 08 jul. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Ver. e ampl. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2000.

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

_____. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES, 2017.

DIAS JÚNIOR, Nélcio Silveira. **A Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo e a Facilitação do Exercício Deste Instituto**. Disponível em: <<https://silveiradias.adv.br/a-responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-consumo-e-a-facilitacao-do-exercicio-deste-instituto-de-direito/>> Acesso em 05/10/2019.

GHERSI, Carlos A. **Manual de Los Derechos de Usuarios y Consumidores**: 3ª edición actualizada y ampliada / Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: vol. IV, responsabilidade civil. 4ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 17/10/2019.

_____. **Você sabe o que é “desvio produtivo do consumidor?”**. Disponível em: < <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/114536742> >. Acesso em 17/10/2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, vol. 2, Obrigações – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999.

NASCIMENTO, Abrahão. **Consumidor: dano moral pela perda de tempo**. Disponível em: <abrahaonascimento.jusbrasil.com.br/artigos/162582853/consumidor-dano-moral-pela-perda-de-tempo?ref=serp>. Acesso em: 08 jul., 2018.

OLIVEIRA, João Daniel Correia de. **Dano moral em razão da perda do tempo útil: análise de decisões judiciais**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52490/dano-moral-em-razao-da-perda-do-tempo-util-analise-de-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 12 out 2019.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material {arts. 1º a 54}. São Paulo: Saraiva, 2000.

SAMPAIO, Ingrid Costa Melo de Souza. **Responsabilidade Civil por Perda do Tempo Útil**: aplicabilidade e efeitos nas relações de consumo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39449/responsabilidade-civil-por-perda-do-tempo-util-aplicabilidade-e-efeitos-nas-relacoes-de-consumo>>. Acesso em 30/09/2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no código civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STJ, **REsp 85521/PR 1996/0001473-6**, rel. Min. José Delgado. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2019.

STJ, **REsp 984.106-SC**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/10/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2019.

STJ, **AREsp 1.260.458/SP 2018/0054868-0**, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2019.

STJ - **REsp: 215666/RJ 1999/0044982-7**, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 21/06/2001, Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12/09/2019.

STJ - **REsp: 402356 MA 2001/0192783-3**, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 25/03/2003, T4 - QUARTA TURMA, Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12/09/2019.

STJ - **AgRg no REsp: 489187/RO 2002/0157388-4**, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 13/05/2003, QUARTA TURMA. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/10/2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 2014.

TAYAMA, Gilmara. A boa-fé objetiva no direito consumerista. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34039/a-boa-fe-objetiva-no-direito-consumerista>>. Acesso em 24/08/2019.

TJES, AC **0000578-97.2015.8.08.0014**, Relator: DES. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/08/2016, Disponível em <www.tjes.jus.br>. Acesso em 12/09/2019.

TJPE, RI: **0033005-83.2012.8.17.8201**, J. 31/05/2015, v.u., 1ª Turma Recursal, rel. juíza Anamaria de Farias Borba Lima Silva. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

TJPE, AC: **0103190-74.2013.8.17.0001**, J. 17/11/2016, v.u., 3ª Câmara Cível, rel. Des. Eduardo Sertório Canto. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

TJ-RJ, **APL 0001210-29.2006.8.19.0210**, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Leticia Sardas, julgado em: 27/03/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/10/2019.

TJSP, **APL: 0007852-15.2010.8.26.0038**, Araras, j. 13/11/2013, v.u., 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fábio Podestá. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

TJSP, RI: **1000958-32.2016.8.26.0414**, Palmeira D'Oeste, j. 27/01/2017, v.u., 1ª Turma Cível e Criminal do Col. Recursal de Jales, rel. Juiz Fernando Antonio de Lima. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 30/10/2019.

VIDAL, Priscilla. **Inadimplemento Contratual**. Disponível em <<https://priscillavidal.jusbrasil.com.br/artigos/454196034/inadimplemento-contratual>> Acesso em 03/08/2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Teoria Geral das Relações de Consumo**. Conteudo Juridico, Brasília-DF. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23829/a-teoria-geral-das-relacoes-de-consumo>> Acesso em: 30/10/2019.