

TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Francini Fraga Brum¹

Paulo Renato dos Santos Ferrony²

RESUMO

O presente artigo discorre sobre a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, uma espécie de dano extrapatrimonial gerado por uma situação de mau atendimento, em que o consumidor desperdiça o seu tempo e desvia seus esforços para tentar solucionar um problema criado pelo fornecedor. Os argumentos mais conservadores são de que a admissão dessa teoria abriria precedente para um grande número de ações, que resultaria em sobrecarga dos tribunais. O grande problema está em classificar este dano no caso concreto, uma vez que a perda de tempo de vida e o desvio produtivo não estão expressos na legislação atual. Neste contexto, surge o questionamento da pesquisa: Será possível confirmar-se a existência do desvio produtivo como consequência do mau atendimento? Dessa forma, a pesquisa busca entender como os doutrinadores classificam esses danos e como ele se faz presente nas decisões nos tribunais brasileiros. O método a ser empregado no objeto em estudo será o dedutivo, pois, o raciocínio partirá da análise do geral para o específico, iniciando pelo estudo da Teoria do Desvio Produtivo, ao fim, ao analisar o reconhecimento do novo dano ou não. Em relação ao método de procedimento empregou-se o bibliográfico, haja vista a pesquisa ter sido realizada por meio de obras doutrinárias, e o estudo de caso, porque foram realizadas pesquisas jurisprudenciais. Analisando as jurisprudências, resta claro o reconhecimento do Desvio Produtivo do Consumidor e a classificação deste como dano moral, em consequência do mau atendimento e da demora para solução dos problemas causados aos consumidores pelos fornecedores, fazendo com que eles sofram algum tipo de prejuízo, ainda que a perda do tempo que poderia estar sendo empregado para outra competência ou o tempo livre. Por fim, é possível concluir que não se trata de um novo dano, mas sim, de uma variação do dano moral.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Dano Extrapatrimonial. Mau Atendimento. Reconhecimento do Novo Dano.

ABSTRACT: This paper discusses the Theory of Consumer Productive Deviance, a kind of off-balance sheet damage generated by a situation of poor service, in which the consumer wastes his time and divert his efforts to try to solve a problem created by the supplier. The most conservative arguments are that the admission of this theory would set precedent for a large number of actions, which would result in court overload. The big problem is to classify this damage in the present case, since the loss of life and the productive deviation are not expressed in the current legislation. In this context,

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). E-mail: francinibrum04@gmail.com.

² Professor orientador. Mestre em Direito: Constitucionalismo Contemporâneo e Políticas Públicas. Curso de Direito, Universidade Franciscana (UFN). E-mail: pauloferrony@gmail.com.

the research question arises: Is it possible to confirm the existence of productive deviation as a consequence of poor care? Thus, the research seeks to understand how the indoctrinators classify this damage and how it is present in the decisions in the Brazilian courts. The method to be employed in the object under study will be deductive, because the reasoning will start from the analysis of the general to the specific, starting with the study of the Theory of Productive Deviation, in the end, when analyzing the recognition of the new damage or not. Regarding the method of procedure, the bibliographic method was used, given that the research was conducted through doctrinal works, and the case study, because jurisprudential research was conducted.

Analyzing the jurisprudence, it is clear the recognition of Consumer Productive Deviance and its classification as moral damage, as a result of poor service and the delay to solve problems caused to consumers by suppliers, causing them to suffer some kind of damage, even that the waste of time that could be being employed for another skill or free time. Finally, it can be concluded that this is not a new damage, but a variation of moral damage.

KEYWORDS: Consumer Productive Deviation Theory. Off-Balance Sheet Damaga. Bad Service. Recognition Of Nem Damage.

INTRODUÇÃO

No presente artigo será analisada a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor conceituada pelo autor chamado Marcos Dessaune como sendo um novo dano, o qual denomina como uma espécie de dano extrapatrimonial gerado por uma situação de mau atendimento, práticas abusivas, além de tentativas de insistência na continuação do serviço, em que o consumidor desperdiça o seu tempo e desvia as suas competências para tentar solucionar um problema criado pelo fornecedor.

Conforme se observa, a hipervulnerabilidade do consumidor, faz com que ele seja refém das empresas, muitas vezes se submetendo a contratos abusivos ou obscuros, postos dessa forma para que o consumidor seja ludibriado e muitas vezes aceite as práticas abusivas para solucionar o problema ou sair de uma situação criada pela empresa.

Desse modo, o estudo proposto se mostra pertinente porquanto se faz necessária uma análise bibliográfica sobre o tema, bem como uma análise da legislação atual e jurisprudencial, analisando o enquadramento do chamado “novo dano”, para que ao final se consiga verificar a aplicabilidade, ou não, da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, teve sua promulgação no ano de 1990, portanto, há quase três décadas, de modo que já se mostra desatualizado diante das

novas relações de consumo, as quais se estabelecem muito rapidamente ao longo dos anos, dadas as inovações tecnológicas e de mercado de consumo. Além disso, deve ser ressaltado que os próprios Tribunais na elaboração das jurisprudências, por intermédio de decisões vinculantes, demonstram que não conseguem acompanhar a velocidade em que se estabelecem as diversas relações consumeristas entre consumidor e fornecedor.

Diante disso, o presente trabalho procura abordar a existência ou não de um terceiro dano, que não o dano material ou moral. Para tanto, busca-se embasamento na teoria do Desvio Produtivo do consumidor, que sugere a existência de um terceiro dano, o extrapatrimonial, que não está atrelado à categoria de dano moral conforme amplamente conhecido, e sim relacionado ao tempo desperdiçado pelo consumidor ao tentar resolver um impasse causado pelo fornecedor.

Importante referir que as novas tecnologias surgiram para facilitar as interações e as relações de consumo, acontece que as empresas usam destes mecanismos para prejudicar o consumidor. O objeto abordado no trabalho visa demonstrar que o consumidor sofre um dano quando há uma situação, onde o fornecedor dificulta a solução de um problema ou não quer realizar o cancelamento de um serviço que o próprio ofereceu.

Frise-se, que a dificuldade de cancelar um serviço ou solucionar um problema, na grande maioria das vezes fica caracterizada, perante os Tribunais, como mero aborrecimento, sem que seja feita a análise do tempo desperdiçado pelo consumidor, do horário, de quantas vezes entrou em contato, das atividades que deixou de fazer, bem como do valor despendido para entrar em contato com o fornecedor ou acionar os órgãos de defesa do consumidor e Poder Judiciário.

Assim, a partir dessa análise, verificar-se-á a existência de norma regulamentadora para o descaso específico de cada consumidor, para só assim, monetizar o dano extrapatrimonial sofrido pelo mesmo.

No primeiro tópico será abordada a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor explicando a teoria, o seu surgimento e o autor criador dela. Já no segundo tópico será observado a existência ou não de um terceiro dano e por fim, no último tópico serão analisadas jurisprudências do Tribunal de São Paulo, em que é possível constatar a dificuldade de mensurar e também de configurar o dano do Desvio Produtivo do consumidor.

Um dos possíveis motivos para esta resistência, certamente é o temor em não criar um mercado de dano moral, verificando a real existência do mesmo. Diversos tribunais já aplicam a Teoria do Desvio Produtivo, porém, não a colocam como um terceiro dano, distinto do dano moral tipificado no Código Civil.

Outrossim, cabe salientar, que o estudo vem ao encontro com a linha de pesquisa do Curso de Direito: Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização, pois, com este trabalho, visa-se contribuir com o debate de um tema atual, que permeia toda a sociedade, afeto às relações de consumo cada vez mais presentes devido ao processo de globalização em que estamos inseridos. Portanto, analisar criticamente a efetividade do sistema judiciário, em relação a proteção dos consumidores que sofrem dano extrapatrimonial corriqueiramente e, ao mesmo tempo, estudar uma nova teoria – a do Marcos Dessaune – evidentemente é de grande valia à comunidade acadêmica universitária desta instituição.

1. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Inicialmente, deve-se atentar ao fato de que, com o processo tecnológico, centenas de recursos, soluções, produtos e serviços foram e são criados com o objetivo de poupar tempo e facilitar as tarefas dos indivíduos da sociedade, para que os mesmos desfrutem de mais tempo livre e de lazer. Com as revoluções industriais e o incremento das tecnologias na maior parte dos setores do mercado, ocorreu a divisão do trabalho, resultando na especialização e na interdependência dos indivíduos da sociedade, tais características resultam no ato de consumir diversos produtos e serviços, de diferentes empresas fornecedoras especializadas, criando inúmeras relações de consumo.

Assim, o fornecedor torna-se responsável por fornecer produtos e serviços de qualidade, a fim de garantir ao consumidor o emprego de seu tempo livre, que anteriormente seria gasto na produção do produto ou serviço adquirido, com atividades de sua escolha. No entanto, essas relações nem sempre são fáceis e satisfatórias, gerando aborrecimentos ao consumidor, que mesmo nas situações onde o problema não fora causado por ele, precisa dispor do seu tempo livre ou que seria destinado aos seus compromissos para a resolução do conflito na prestação de serviço ou referente ao produto que comprou.

Desta forma, surgiu o desvio produtivo, que se caracteriza justamente quando o consumidor, diante do descaso no atendimento ou mediante práticas abusivas da empresa, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências, perdendo tempo útil tentando resolver um problema criado pelo fornecedor. A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor revela-se como um dos maiores avanços da defesa do consumidor no século XXI, pois o seu criador foi um dos primeiros autores a defender tal tese e escreveu o primeiro a escrever sobre o tema, a obra intitulada “Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado”.

Conforme Dessaune (2019, p.15), o desperdício de tempo gasto pelo consumidor diante de uma situação de mau atendimento, ao tentar resolver um problema originado de uma relação de consumo, caracteriza prejuízo ao indivíduo que adquiriu o bem ou o serviço, e que, sobretudo, esse fato deve ser reparado. Nas palavras do autor,

Como a todo o dever jurídico se contrapõe um direito subjetivo, o consumidor, para não experimentar maiores prejuízos, se sente então forçado a desperdiçar o seu tempo e a desviar as suas competências – de atividades como trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para exigir do fornecedor que satisfaça seu mais legítimo interesse: a resolução do problema de consumo, que impõem ao consumidor um custo de oportunidade de natureza irreversível, por ele indesejado. Ou seja: transgredir sua missão e cometer ato ilícito, independente de culpa, o fornecedor acaba onerando indevidamente os recursos produtivos do consumidor (DESSAUNE, 2011, p.130)

Com efeito, nas relações de consumo, não faz sentido, tampouco é tarefa do consumidor perder seu tempo pessoal para tentar resolver problemas decorrentes dos bens concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo, principalmente se o problema não é resolvido de forma rápida e eficaz pelos fornecedores, o que ocorre frequentemente diante da resistência daqueles em resolver as demandas dos consumidores.

Marcos afirma que, na sociedade atual, ocorre a prevalência de especializações. Desta maneira, cada indivíduo dedica-se a apenas uma atividade, necessitando assim recorrer às “trocas” (atividades de consumo) para satisfazer as outras necessidades (2019, p.17).

Portanto, para que um indivíduo possa tornar-se um especialista, ou para que desempenhe qualquer atividade, o mesmo necessita dispor de tempo e de

competências. Por sua vez, em relação ao fornecedor que atua no mercado de consumo, este tem como competências, além do dever de colocar no mercado produtos e serviços que apresentem padrões adequados de qualidade, de durabilidade, de segurança e de desempenho, uma missão implícita que é a de liberar os recursos produtivos do consumidor. Isso significa: “dar ao consumidor condições de empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência”. (DESSAUNE, 2011, p. 42).

Desse modo, desviar de suas atividades existências, dispor do tempo livre do consumidor deve ser protegido legalmente pois altera o andamento da rotina da pessoa consumidora indicando um dano. Conforme define o autor estudado,

(...) as atividades existenciais – estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial -, enquanto expressões individuais, sociais ou coletivas da liberdade de ação em geral, são direitos fundamentais cuja violação caracteriza ato antijurídico. Ocorre que cada atividade existencial planejada ou desejada, cuja realização a pessoa consumidora se vê forçada a alterar, em regra poderá ser realizada mais tarde, porém em prejuízo de uma segunda atividade que poderá ser realizada noutro momento, só que em detrimento de uma terceira atividade que poderá ser realizada noutra ocasião, e assim sucessivamente. Logo, quando a pessoa consumidora precisa submeter-se ao “modus solvendi” abusivo do fornecedor e assim adiar ou suprimir uma atividade existencial planejada ou desejada – para resolver o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ou para evitar ou reparar o prejuízo decorrente dele -, ocorre uma alteração prejudicial do cotidiano e do projeto de vida da pessoa consumidora, evidenciando, desse modo, um prejuízo de natureza existencial com efeitos individuais e potencial repercussão coletiva (DESSAUNE, 2011,p.248).

Todavia, o que acontece, na maior parte das vezes, é que os fornecedores acabam, seja por despreparo, por desatenção, por descaso ou até mesmo por má-fé, descumprindo suas obrigações e, conseqüentemente, as normas dispostas do Código de Defesa do Consumidor. Evidentemente que tais práticas submetem o consumidor a práticas abusivas, a má qualidade dos produtos e mau funcionamento dos serviços, pois ao tentar resolver a situação, o consumidor enfrenta, para além de um mau atendimento, total descaso com sua demanda.

Ocorre que toda vez que isto acontece, o consumidor é obrigado a desviar seu tempo e suas competências para tentar resolver um problema de consumo ao qual não deu causa, mas que está lhe causando algum tipo de prejuízo. Aí está a razão pela qual Dessaune denomina como “desvio dos recursos produtivos do consumidor ou desvio produtivo do consumidor” (2019, p.23)

Neste sentido, referido autor elenca as seguintes situações nocivas ou práticas abusivas ao consumidor que conseqüentemente acabam sofrendo algum tipo de dano.

Ter que retornar à loja (quando não se é redirecionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;

Esperar demasiadamente por atendimento e, consultório médico ou odontológico ou em hospital, ou ter um procedimento que o médico requisitou (como exame mais moderno ou sofisticado) reiteradamente negado pelo plano de saúde;

Telefonar insistentemente para Serviço e Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado. (...) (DESSAUNE, 2011, p.47).

Portanto, mesmo que determinada conduta se caracterize por um mero aborrecimento ao consumidor, e se comprovado que o consumidor realmente perdeu seu tempo valioso, em desrespeito a condutas não adversárias, acabará por atingir os direitos da personalidade, e por isso, não só irá transpassar para o dano moral indenizável como, igualmente, potencializará as balizas da extensão do dano e o grau de culpa do ofensor.

Em outras palavras, é também dever dos fornecedores não empregar práticas abusivas no mercado, de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor e, sobretudo, quando ocorrer defeitos no produto ou no serviço disponibilizado, sanar estes e, em não o fazendo de forma satisfatória, reparar os danos causados, de modo espontâneo, rápido e efetivo.

Ao contrário disso, o consumidor, que já é a parte hipossuficiente da relação de consumo, diante da recusa ou demora do fornecedor em resolver seu problema, torna-se ainda mais lesado, visto que o fornecedor, indevidamente, lhe imputa duas opções: assumir o prejuízo ou dispor de seu tempo livre para tentar resolver a situação. Em verdade, não se tratam de opções, mas sim imposições em que o fornecedor induz o consumidor a renunciar seus próprios direitos. Sem dúvidas, que tal conduta é passível de reparação eis que descumpre em absoluto as regras consumeristas.

Compete ainda dizer que a aparente escolha que o consumidor é levado a fazer, lhe trará duas conseqüências, conforme já dito: o prejuízo direto, dado que terá que

arcar sozinho com o mesmo, ou o desperdício de tempo na busca pela resolução, extrajudicial ou judicial do problema apresentado.

No que diz respeito a segunda “opção” o contato com o fornecedor, geralmente, se inicia de forma direta, sendo que na maioria das vezes não obtém sucesso. Isso obriga o consumidor a buscar vias administrativas - como os órgãos de defesa do consumidor - para tentar resolver o conflito em virtude do mau atendimento e descaso dos fornecedores. Frise-se que algumas vezes, nem em vias administrativas o problema é resolvido, obrigando o consumidor a ingressar com ações perante o Poder Judiciário, a fim de ter reconhecido seus direitos de reparação dos danos causados na relação de consumo.

Conseqüentemente, todas essas etapas resultam em meses de envolvimento, em diversas horas despendidas para conseguir a resolução do conflito gerado pela própria empresa que forneceu o produto ou serviço, ao não observar seus deveres mediante os consumidores. O tempo despendido muitas vezes refere-se ao horário de trabalho ou então as folgas semanais, horários de almoço - justamente pela dificuldade em conseguir liberação para resolver tal assunto - e demais tempo livre do consumidor, que, de fato, deveria estar usufruindo da maneira que julgasse mais adequada e não sendo obrigado a gastá-lo para a resolução do conflito advinda da relação do consumo, relação esta que fora criada justamente para que o consumidor dispusesse de mais tempo livre e para facilitar sua rotina.

Portanto, ao ser obrigado a renunciar de seu horário de almoço, de uma folga semanal ou de seu tempo livre para buscar meios de resolução dos danos sofridos - causados pelo fornecedor - o consumidor tem mais direitos atingidos, incluindo o direito fundamental da dignidade humana, não sendo este novo dano passível de encaixar na esfera do dano material e nem do dano moral, necessário, portanto, o reconhecimento de um novo dano.

2. (IN) EXISTÊNCIA DO NOVO DANO?

Notoriamente, diante das inovações tecnológicas e do mercado consumerista, os elementos do direito estão em constante movimento e atualização, pois toda e

qualquer relação está atrelada às mazelas da sociedade atual, razão pela qual a cada dia surgem novos conflitos e diferentes relações.

No entanto, estas mudanças ocorrem de forma mais dinâmica na sociedade do que na esfera legislativa e judiciária. Nas relações de consumo o cenário é o mesmo, conforme o aparecimento de produtos e serviços cada vez mais cotados pelos indivíduos da sociedade, novos empecilhos passam a ser rotineiros, criando uma série de transtornos ao consumidor quando precisa cancelar ou alterar um produto ou serviço.

No mesmo sentido, é ultrapassada a ideia da existência de apenas um patrimônio físico a ser protegido juridicamente, posto que, as relações humanas ultrapassam a esfera patrimonial e necessitam de uma tutela para regradar e amparar outros tipos de dano. Para tanto, o legislativo e o judiciário precisam romper as barreiras tradicionais, isto é, a dificuldade de entender que questões como o tempo desperdiçado pelo consumidor, ao tentar resolver um problema causado pelo fornecedor, é passível de sanção jurídica.

Neste sentido, cabe rememorar a hipótese legal da assistência promovida ao consumidor a partir da reparação por danos morais nas relações consumeristas. Destaca-se o inciso VI e o inciso VII do Art. 6º, da Lei nº 8.078/1990, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (BRASIL, 1990).

Nessa senda, o entendimento do Art. 12³ do Código de Defesa do Consumidor, que responsabiliza o fabricante, o produtor, o construtor e/ou o importador a responderem pelo dano causado pelo produto ou pelo serviço.

Em um primeiro momento, diante de tais fatos, pode-se pensar que o dano causado pelo fornecedor ao consumidor poderia se encaixar no instituto do dano

³Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...)

moral, o qual não possuía previsão legal até a Constituição Federal de 1988, com a finalidade de reparação pecuniária. Apesar de ter previsão legal desde a Constituição Federal de 1988, ainda há dificuldade em definir o que é dano moral, pois a partir da sua criação e utilização na fundamentação das decisões judiciais, muitos juristas entendem que o dano moral passou a ser banalizado, isto é, passou a ser empregado para tutelar qualquer situação desagradável, gerando o que se chama de “a indústria do dano moral”.

Na visão de Ferreira (2012, p. 46), existem alguns elementos que contribuem para o aumento das demandas por danos, como por exemplo a facilidade e o direito do acesso à justiça, a própria assistência gratuita da justiça, a lei dos juizados especiais e, especialmente, a falta de conhecimento da população da função pedagógica e punitiva do dano moral. Diz o autor referindo:

São inúmeras as causas que colaboram para a banalização do dano moral, contudo, arriscaremos falar de forma clara e resumida sobre apenas três delas, as quais entendemos ser as principais a contribuir para esse fenômeno, quais sejam: a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95), e a assistência jurídica gratuita, a falta de conhecimento da população a respeito do instituto e a função pedagógica e punitiva do dano moral. (FERREIRA, 2012, P.46)

No pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral são violações causadas por situações tidas como ilícitas, contra os direitos fundamentais, contra a dignidade e honra do indivíduo, corroborando com o exposto:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONÇALVES, 2008, p. 359).

Por certo que, ao lado de casos nos quais o pleito é legítimo, existem inúmeros casos abusivos, que degradam as relações sociais, contudo tal fato não pode ser empecilho ao reconhecimento de novos direitos, como é o caso do tema trabalhado no presente artigo.

Mas, é importante destacar que a doutrina não encontra problemas quanto a aceitabilidade deste instituto – dano moral, sendo a resistência maior dentre dos

tribunais brasileiros, especialmente quanto ao conceituá-lo e, a partir disso, em aplicá-lo aos casos concretos.

Apesar disso, é importante ratificar o entendimento de Maria Helena Diniz, que diz que “o dano moral é a lesão de interesses que não são patrimoniais, que atinge tanto as pessoas físicas e jurídicas, que normalmente está atrelado a violação aos direitos da personalidade, tais como, a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a vida privada, etc (2011, p.59).

Diante disso, tem-se que a distinção do dano moral e do dano patrimonial vincula-se na questão de o primeiro ser considerado apenas quando afeta a dignidade da pessoa humana ou os direitos inerentes a personalidade, enquanto que o segundo deve ser considerado quando tutela interesses imateriais da pessoa, o que abrange não somente direitos da personalidade e dignidade, mas também a perda de uma chance, e o desperdício do tempo que o consumidor consome ao tentar resolver problema causado pelo fornecedor de um produto e/ou serviço.

Com esta concepção de dano extrapatrimonial, a doutrina de Dessaune considera o dano do desvio produtivo como um dano autônomo, já que candidato a ser considerado de interesse imaterial do indivíduo. No sentido da teoria desenvolvida pelo autor supracitado, há uma discussão inédita, posto que o mesmo discute a possibilidade de tutela de uma nova espécie de dano extrapatrimonial, o qual estabelece novas proteções e que tal dano ocorre *in re ipsa*⁴. Tem-se, assim, uma terceira esfera na natureza jurídica do dano, denominado dano por desvio do tempo produtivo.

Importante referir que o autor não entende que não se trata de um terceiro dano, mas sim, de uma ramificação do dano moral. Tendo em vista que o bem lesado nas situações de Desvio Produtivo do consumidor é o tempo vital, que este tempo que é perdido fere a integridade psicológica de pessoa consumidora (DESSAUNE, p. 262, 2017)

Não obstante, Dessaune (2011, p.136) defende que no momento em que o consumidor é submetido a situações de demora no atendimento e estas causam um certo desconforto e sobretudo ocasiona um desvio dos recursos produtivos desse, há

⁴ Para maiores explicações e conceituação consultar: <http://www.normaslegais.com.br/noticias/dano-moral-presumido.htm>

uma cadeia produtiva, onde o tempo é o principal recurso produtivo, sem esse tempo, ocorre a interferência direta no capital do consumidor e conseqüentemente, interfere no decurso do próximo componente da cadeia.

A partir dessas considerações, conclui que, ao descumprir sua missão e cometer ato ilícito, o fornecedor rouba o tempo do consumidor, bem valioso da pessoa, e compromete o desenvolvimento das competências asseguradas constitucionalmente.

O tempo é o suporte implícito de todo pensamento de gênese, de origem, de história e de destino. Ele é o principal responsável pelas inquietações da vida humana. Toda evocação de tempo está carregada de angústias, de tristezas, de fantasmas, de esperanças. (DESSAUNE, 2011, p. 49-50)

Diante disso, vale rememorar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe acerca da proteção das competências atingidas pelas pessoas, formadas pelo conjunto de conhecimentos, habilidades e atitude adquiridas ao longo da vida. Essas competências são protegidas através da conjugação do direito à educação, direito à liberdade de aquisição e transmissão de conhecimento⁵, liberdade de informação⁶, bem como do direito à liberdade profissional⁷, culminados com outros direitos também fundamentais.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A partir dos fatos expostos, mostra-se necessária uma análise jurisprudencial acerca do assunto abordado, para que por fim, seja possível verificar a (in) existência de uma nova modalidade de dano, de natureza extrapatrimonial ou então enquadrá-lo como mero dano moral.

Para tanto, devido ao fato de que o estado de São Paulo é onde está situado um dos maiores mercados consumidores do país e, conseqüentemente, onde mais surgem problemas relacionados a relação consumidor x fornecedor, optou-se por realizar a pesquisa no site do TJ deste Estado. Além disso, ao se observar que muitas

⁵ Art. 206, II da Constituição Federal(BRASIL, 1988).

⁶ Art. 5ºXIV e art. 220 da Constituição Federal(BRASIL, 1988).

⁷ Art. 5º, XIII da Constituição Federal(BRASIL, 1988).

das demandas acabam sendo também objeto de discussão do Superior Tribunal de Justiça, dado que muitos fornecedores são empresas de grande porte e, dadas as condições que possuem, recorrem até as últimas instancias, inevitavelmente, a pesquisa também se realizou perante o sítio do referido tribunal.

Para as buscas realizadas nos sites desses tribunais foram empregadas as seguintes palavras chave: “dano moral” “desvio produtivo do consumidor”. O lapso temporal utilizado foi do ano de 2017 (dois mil e dezessete) a 2019 (dois mil e dezenove). De pronto, é possível afirmar que são poucos julgados encontrados para a pesquisa realizada, tendo sido necessário a seleção do Agravo em Recurso Especial número 1.271.452, que teve como relator o Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, em que, no relatório do Relator, é citada a teoria do desvio produtivo, in verbis:

APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - MANUTENÇÃO DO JULGADO - DANOS MORAIS - 'QUANTUM'. - A conduta e a frustração em desfavor da discente viola elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. 'Quantum' arbitrado de acordo com a extensão do dano e dos paradigmas jurisprudenciais artigo 944, do Código Civil. Falha na apreciação do pleito da discente que justifica a condenação imposta; - Manutenção da decisão por seus próprios e bem lançados fundamentos artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo; RECURSO NÃO PROVIDO.

Na situação acima o consumidor fez a matrícula na instituição de ensino superior e começou os estudos, alguns meses depois a empresa prestadora do serviço de ensino verificou que o consumidor não havia entregue o certificado de conclusão do ensino médio. O fato só foi verificado após alguns meses de início dos estudos, o que poderia ter sido verificado antes mesmo do início. A partir do ocorrido o STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu que a prestadora de serviço tardou em verificar a falha na averiguação de documentos apresentados pelo consumidor, dessa forma demonstrando uma desorganização da empresa, bem como o abuso de direito, fazendo com que o consumidor sofra danos morais pelos transtornos causados pela empresa.

No julgado supracitado, o relator reconheceu a teoria, sendo um dano indenizável, no entanto, não classificou o Desvio Produtivo como um novo dano, mas sim como dano moral. Desta forma, não foi aplicada a teoria defendida por Dessaune, em que pese estar evidente a necessidade de reconhecimento desta nova modalidade de dano.

Conforme se verá a seguir, este entendimento estava sendo discutido no Tribunal de Justiça de São Paulo, tanto que o ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do AREsp 1.260.458/SP, na 3ª Turma, conheceu o Agravo em Recurso Especial, porém rejeitou o Recurso do Banco Santander e utilizou como fundamento da sua decisão o acórdão do TJ-SP que reconheceu, no caso concreto, a ocorrência de danos morais com base na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor:

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo em Recurso Especial 1.260.458/SP (2018/0054868-0). Agravante: Banco Santander. Agravada: Marcia Renata de Nobre. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília - DF, 05 de abril de 2018.

EMENTA AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. 1. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 2. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MESMO ÓBICE SUMULAR. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

O acórdão do qual se utilizou na decisão, fora proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme julgado a seguir elencado:

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo em Recurso Especial 1.260.458/SP (2018/0054868-0). Agravante: Banco Santander. Agravada: Marcia Renata de Nobre. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze Brasília - DF, 05 de abril de 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem imóvel. Lançamento indevido de encargos bancários, porque resultantes exclusivamente de falha operacional do banco. Situação que extrapolou o mero aborrecimento do cotidiano ou dissabor por insucesso negocial. Recalcitrância injustificada da casa bancária em cobrar encargos bancários resultantes de sua própria desídia, pois não procedeu ao débito das parcelas na conta corrente da autora, nas datas dos vencimentos, exigindo, posteriormente, de forma abusiva, os encargos resultantes do pagamento com atraso. Decurso de mais de três anos' sem solução da pendência pela instituição financeira. 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 aprovesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados. Preservação da indenização arbitrada, com moderação, em cinco mil reais. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze ainda se utiliza da decisão agravada para fundamentar sua decisão, interessante ressaltar a utilização da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de Dessaune:

(...) Com efeito, tem-se como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos fundamentadamente impugnados pela consumidora, notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitado, cumprindo prestigiar no caso a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilhar o entendimento de que a "missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência.

Ainda, importante o reconhecimento de que o mau atendimento é corriqueiro em nosso país e que não há na legislação e nem decisões que tenham dado a devida importância para esses acontecimentos, que ultrapassam o mero dissabor:

(...) Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei. Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências - de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer - para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar. Tais situações corriqueiras, curiosamente, ainda não haviam merecido a devida atenção do Direito brasileiro. Trata-se de fatos nocivos que não se enquadram nos conceitos tradicionais de 'dano material', de 'perda de uma chance' e de 'dano moral' indenizáveis. Tampouco podem eles (os fatos nocivos) ser juridicamente banalizados como 'meros dissabores ou percalços' na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais."

No caso em comento, a autora havia tentado resolver o problema de inadimplência ainda em 2011, no entanto, por erro da fornecedora que não descontou os valores devidos, novos problemas surgiram. A empresa, por três anos descontou encargos bancários indevidos, sempre contestados pela consumidora, que não obteve satisfação da empresa. Assim, a autora ingressou com uma primeira ação judicial, onde houve composição amigável, que não fora respeitada pela empresa, obrigando a consumidora a ingressar com nova ação, em face do mesmo problema.

Com a decisão do Ministro do STJ sobre a lide, em 2018, sete anos se passaram desde o início do conflito consumerista entre as partes, que se originou, especificamente, por erro da fornecedora. Reconhecendo, tanto o tribunal estadual, quanto o Supremo Tribunal de Justiça, a necessidade de indenização aplicando a

Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, em virtude do erro e do mau atendimento da instituição bancária, classificando a indenização como moral.

Assim, resta claro que, atualmente, nas decisões que abarcam a Teoria do Desvio Produtivo, matéria do presente trabalho, os magistrados a compreendem e englobam como dano moral, ressaltando a importância do consumidor utilizar-se do tempo livre como preferir e do fornecedor cumprir e observar seus deveres para com os consumidores, acerca dos produtos e serviços ofertados. A observância dos deveres pelos fornecedores não só diminuiria os conflitos, como os resolveria de forma eficaz e rápida, caso surgissem, pois, isto também é um dos deveres dos fornecedores na relação consumerista.

CONCLUSÃO

Na atualidade, existe uma grande concentração de riquezas e diferenças alarmantes na sociedade, no entanto, a cada dia mais produtos e serviços são produzidos e ofertados, por empresas especializadas, com o intuito de facilitar a rotina e para que os consumidores possam usufruir de mais tempo livre. De forma específica, na relação consumerista, a proteção do consumidor hipossuficiente, em relação aos grandes conglomerados econômicos, torna-se essencial, visto que mesmo em face de pequenas empresas ou profissionais autônomos o consumidor é a parte hipossuficiente da relação.

O trabalho em questão aborda a Teoria do Desvio Produtivo do consumidor, tese que se revela como um dos maiores avanços da defesa do consumidor no século XXI e caracteriza-se pela perda do tempo livre do consumidor, que é um bem jurídico, em virtude do mau atendimento das empresas na resolução de conflitos advindos de falhas e vícios de produtos e serviços por elas fornecidos. Ocorre que, os serviços e produtos adquiridos pelos consumidores, serviriam justamente para facilitar sua rotina e conseqüentemente obter um maior tempo livre ou para dedicar às suas competências, revelando, inclusive certa ironia, ao obrigar o consumidor a abdicar de seu tempo para resolver problemas causados pelos fornecedores.

Por conseguinte, o estudo desse assunto leva a análise de que a perda de tempo de vida para a solução de um problema gerado por um fornecedor, caracteriza-se, segundo o dotrinador Marcos Dessaune, criador da Teoria do Desvio Produtivo do

Consumidor, uma terceira espécie de dano. Esse dano abrangendo a questão da extrapatrimonialidade, e não se confunde com o dano moral, que remete a dignidade da pessoa humana. No entanto, a análise jurisprudencial comprova que, atualmente, os Tribunais - apesar de aplicar a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor - a tipifica como dano moral, não seguindo o entendimento dos doutrinadores acerca do tema.

Contudo, indiferente da classificação, resta claro que o mau atendimento das empresas na resolução de conflitos - estes causados pela não observância e cumprimento de seus deveres - resulta em danos ao consumidor em virtude do tempo despendido, indiferente se tempo livre ou dedicado à outra competência. Não se pode mais admitir que situações de usurpação do tempo livre do consumidor sejam repetidas, todos os dias, em nossa sociedade. Isso tudo porque esta agressão silenciosa e invisível dos fornecedores ao tempo livre asfixia, aos poucos, a liberdade que o consumidor possui de destinar o tempo para o que deseja viver. E é exatamente esta liberdade que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor anseia proteger.

Ainda, em toda e qualquer lide que envolve relações de consumo, deve-se observar a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, em face disso a importância da análise do caso concreto. Pois, apesar da jurisprudência estar em constante mudança, face à maior dificuldade de modificar as normas, por não vincular as demais decisões, há uma insegurança jurídica quanto à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e o bem tutelado, qual seja, o tempo.

Este fato, também é reconhecido pelos magistrados em suas decisões, onde alegam que o mau atendimento dos fornecedores é situação corriqueira em nosso país e não recebe a devida atenção, o que resulta na continuidade do mau atendimento e das práticas abusivas dos fornecedores em face dos consumidores. As decisões acerca do assunto vêm justamente para auxiliar os consumidores na proteção de seus direitos, nesse caso o tempo e a dignidade da pessoa humana, mas também como forma de repreender os fornecedores nas condutas e práticas abusivas, com o intuito de que a forma de tratamento para com os consumidores seja revista e que os fornecedores, de fato, cumpram com os deveres que lhe são atribuídos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 novembro 2019.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF, 12. set. 1990. Disponível em: . Acesso em: 26 novembro 2019.

CREPALDI, Thiago. **STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>>. Acesso em: 07 de nov de 2019.

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

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 7**. 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2002. p. 81-83 apud Melo, Nehemias Domingos de. Dano moral nas relações de consumo. Saraiva, 2011.

FERREIRA, Thiago Soares. **A Banalização do Dano Moral**. Monografia apresentada à Universidade Católica de Brasília. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2012.

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

REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO DA EMERJ. **Direito em Movimento** – Volume 17 – Número 1 – 1º semestre/2019.

Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.260.458 - SP (2018/0054868-0)**. Brasília. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-min-bellizze-teoria-desvio.pdf>>. Acesso em: 07 de nov de 2019.