



ISSN Eletrônico: **2525-5908**
ISSN Impresso: **1807-9660**

revista.farol.edu.br
Vol. 17, Nº 17. 2022 - novembro

Contato: revista@farol.edu.br

**A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO
CONSUMIDOR PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Leonardo Zanelato Gonçalves

A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Leonardo Zanelato Gonçalves¹

Resumo: O presente trabalho consiste num estudo analítico acerca da teoria do desvio produtivo do consumidor no direito brasileiro, bem como sobre a evolução de sua aplicação pelo judiciário brasileiro. A teoria do desvio produtivo do consumidor, também conhecida como “desvio dos recursos produtivos do consumidor”, foi criada por Marcos Dessaune, autor do livro Teoria Aprofundada do Desvio produtivo do Consumidor. A teoria versa sobre a valoração do tempo do consumidor, que, não raras vezes, precisa despende seu tempo útil para solucionar problemas oriundos de uma má prestação de serviços por parte de fornecedores de produtos ou bens e cujo problema não foi ocasionado pelo consumidor. É notória e cotidiana entre os brasileiros a má prestação de serviços nas relações de consumo em nosso país, seja pelas empresas de telefonia, fornecimento de luz ou água, dentre outras. Os tribunais pátrios e juízos de primeiro grau, onde tramitam milhares de ações relativas a indenizações por violações ao Código de Defesa do Consumidor, costumeiramente, aplicam a teoria do chamado mero aborrecimento, julgando improcedentes quaisquer pedidos indenizatórios por considerar que as relações de consumo cotidianas geram aborrecimentos que devem ser tolerados pelo consumidor. Mediante pesquisa bibliográfica concluiremos que a teoria do desvio produtivo do consumidor rebate a do mero aborrecimento, valorando o tempo do consumidor e comprovando que o tempo despendido para solucionar problemas ou defeitos não gerados pelo consumidor são indenizáveis, tanto que os próprios tribunais pátrios já começam a aplicar a teoria objeto do presente artigo.

Palavras-chave: Relação de consumo; perda do tempo útil; mero aborrecimento; desvio produtivo do consumidor; dano moral.

THE EVOLUTION OF THE APPLICATION OF THE CONSUMER PRODUCTIVE DEVIATION THEORY BY THE BRAZILIAN JUDICIARY

Abstract: The present work consists of an analytical study on the theory of productive deviation of the consumer in Brazilian law, as well as on the evolution of its application by the Brazilian judiciary. The theory of the productive deviation of the consumer, also known as the “deviation of the productive resources of the consumer”, was created by Marcos Dessaune, author of the book Theory in depth of the productive deviation of the consumer. The theory deals with the valuation of the consumer's time, who, not infrequently, needs to spend his/her useful time to solve problems arising from a poor provision of services by suppliers of products or goods and whose problem was not caused by the consumer. It is notorious and everyday among Brazilians the poor provision of services in consumer relations in our country, whether by telephone companies, electricity or water supply, among others. The national courts and courts of first instance, where thousands of lawsuits related to compensation for violations of the Consumer Protection Code, usually apply the theory of the so-called mere annoyance, dismissing any claims for damages as they consider that everyday consumer relations generate annoyances that must be tolerated by the consumer. Through bibliographic research we will conclude that the theory of productive deviation of the consumer counters the one of mere annoyance, valuing the consumer's time and proving that the time spent to solve problems or defects not generated by the consumer are indemnifiable, so much so that the national courts are already beginning to apply the theory object of this article.

Keywords: Consumption ratio. waste of useful time. mere annoyance. productive diversion of the consumer. moral damage.

¹ Advogado. Professor de Direito. Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil; Direito Penal e Processo Penal; Direito do Consumidor; Direito na Internet; Direito Contratual com Ênfase em Contratos de Seguros; e Metodologia do Ensino Superior e EAD. E-mail: leonardo_zanelato@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade que o homem, por sua própria natureza, sente necessidade de conviver em sociedade, pois chegou a conclusão de que em sociedade seria menos oneroso atingir seus objetivos.

Convivendo em sociedade, e necessitando adquirir bens para atingir seus objetivos, inevitavelmente surgem as relações consumo conforme a evolução da sociedade e do comércio.

As relações de consumo no Brasil são regulamentadas especificamente pelo Código de Defesa do Consumidor, legislação consumerista considerada uma das mais completas do mundo ante a proteção que atribui ao consumidor considerado hipossuficiente e que veio a regulamentar a Constituição Federal de 1988, que previu, expressamente, que o Estado deve promover a proteção e defesa do consumidor.

É comum no Brasil, infelizmente, o consumidor se ver diante de situações abusivas nas relações de consumo. Passar horas no telefone para cancelar um produto não contratado; esperar horas na fila da agência bancária; aguardar meses pelo reparo de um bem adquirido recentemente e que não se prestou para o fim a que se destinava; etc. Certamente que alguma dessas situações, dentre inúmeras outras, já suportamos.

Diante de situações tais, o consumidor se vê diante de duas hipóteses “forçadas” pelo mau fornecedor: ou renuncia a seu direito e suporta o prejuízo material ou despende de seu precioso tempo para tentar resolver um problema que não foi ocasionado por ele.

E em dias atuais, o tempo tem significativo efeito na vida pessoal do cidadão e por via de consequência no mundo jurídico.

A jurisprudência pátria, por muito tempo tem resistido em reconhecer e valorar o tempo do consumidor prejudicado, aplicando em suas decisões a chamada teoria do mero aborrecimento ou dissabor, que basicamente impõe ao consumidor aceitar que nas relações de consumo cotidianas irá passar por dissabores que não são indenizáveis, pois não atingiriam a esfera personalíssima do indivíduo, capaz de gerar dano moral passível de reparação.

A teoria do desvio produtivo do consumidor, também conhecida como “desvio dos recursos produtivos do consumidor”, e do âmbito do Direito do Consumidor, obviamente, é o evento danoso que ocorre quando o consumidor gasta seu tempo útil, desviando-se de suas atividades cotidianas, para resolver um problema que não foi por ele ocasionado, mas por algum mau fornecedor de produtos ou serviços.

No presente trabalho, abordaremos o tempo enquanto bem jurídico tutelado; a responsabilidade civil nas relações de consumo; o mero aborrecimento; o desvio produtivo do consumidor; e a evolução da aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor pelos tribunais pátrios.

Destarte, o presente trabalho científico tem como objetivo geral, demonstrar que a aplicação da teoria do desvio produtivo pelo judiciário apresenta-se como uma solução satisfatória, valorando-se o tempo do consumidor e cooperando para inibir a continuidade das tão comuns práticas abusivas nas relações de consumo no Brasil.

Quanto aos objetivos específicos, estes são: analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos temas colocados à análise; demonstrar por meio da pesquisa que os tribunais, mesmo que timidamente têm começado a valorar o tempo útil do consumidor; e esclarecer que a aplicação da teoria do desvio produtivo é medida necessária para coibir a continuidade de práticas comerciais abusivas, cooperando, inclusive, para a diminuição do ajuizamento de ações judiciais e para uma melhor relação de consumo no país.

Para o alcance desses objetivos, será necessária a utilização do método dedutivo e indutivo. A pesquisa a ser adotada será bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, enfocando as principais obras e autores pertinentes ao tema escolhido.

2 O TEMPO COMO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO

O tempo é a duração relativa das coisas que cria no ser humano a ideia de presente, passado e futuro ou ainda determinado período considerado em relação aos acontecimentos nele ocorridos.

Desde os primórdios da humanidade que o tempo é um bem precioso, irretroatável e irrecuperável. E por assim ser considerado, deve ser protegido juridicamente pelo ordenamento jurídico.

Na vida humana praticamente tudo gira em torno do tempo, já que é dele que precisamos para desempenhar as atividades necessárias à subsistência, incluindo-se aí as relações de consumo.

Na vida ou se perde ou se ganha tempo em tudo que se faz. E muitas das vezes, perder tempo significa perder dinheiro, pois como já diz o ditado “tempo é dinheiro”.

Com a agitação da vida moderna, o homem procura a cada dia mais aproveitar o pouco tempo que lhe resta, utilizando-o da forma mais útil e produtiva possível.

Desta feita, perder tempo, ainda que não se perca dinheiro, enseja uma reparação, haja vista que o tempo útil poderia ter sido utilizado para outra atividade, seja ela de trabalho, de lazer ou puro descanso, bens juridicamente tutelados e direitos garantidos por nossa Constituição Federal.

Em tempos remotos não havia valorização do tempo como atualmente, talvez porque não havia tanta pressa em se realizar os afazeres cotidianos.

Já atualmente, e a cada dia mais, o tempo interfere em nossas vidas. É verdadeiro recurso produtivo, escasso, e que dele precisamos mais e mais.

Segundo Letícia Cristina Vasques da Silva (2017, p. 4):

O transcurso do tempo é um fato jurídico em sentido estrito por se tratar de um acontecimento independente da vontade humana hábil a produzir resultados de cunho jurídico, criando, alterando ou extinguindo direitos, como ocorre com os institutos da prescrição e decadência.

E prossegue ainda lecionando que:

Compete privativamente ao sujeito gozar de seu tempo da maneira que julgar conveniente, seja para trabalhar, estudar, dedicar-se ao convívio familiar. [...] Sendo assim, o abuso para com o tempo alheio por parte de outrem pode vir a lesioná-lo. E essa lesão torna-se ainda mais grave se advém de alguém que deveria atender o sujeito da forma mais eficaz e célere possível, quais sejam, os fornecedores de bens e serviços.

Segundo Pablo Stolze Gagliano (2013):

As exigências da contemporaneidade têm nos defrontado com situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro. E parece que, finalmente, a doutrina percebeu isso, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor.

Como se pode observar, resta inegável que o tempo, com toda sua relevância na vida do homem, é um bem juridicamente tutelado, assim como o direito à vida, ao trabalho, à saúde, e que deve ser valorizado pelo judiciário brasileiro em suas decisões.

E por isso o tempo é existencial, produtivo e irrecuperável, fazendo parte da tutela jurisdicional dos direitos da personalidade do ser humano, estando diretamente ligado a dignidade da pessoa humana.

Leciona DESSAUNE (2017, p. 184), que:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrou então a “dignidade humana como ‘fundamento da liberdade’ e valor central da ordem jurídica internacional”, influenciando as constituições que foram promulgadas mundo afora a partir desse marco histórico, as quais passaram a incorporar tal valor supremo “como verdadeira razão de ser”, de um Estado Democrático de Direito.

A própria Constituição Federal brasileira prevê expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF/1988). Desta forma, é de fácil conclusão que, estando o tempo diretamente relacionado aos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, o tempo também é direito fundamental e bem juridicamente tutelado pela Carta Magna.

E o consumidor, quando desperdiça seu tempo vital, existencial e produtivo para tentar solucionar problema gerado pelo mau fornecedor, há efetivo prejuízo para ele, passível de reparação.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é o privado, ocasião que o prejudicado poderá requerer ou não a reparação do dano eventualmente sofrido. Se a responsabilidade civil é patrimonial, de certo que o patrimônio do devedor responde pela obrigação.

No que diz respeito às teorias da responsabilidade civil, tem-se que o Código Civil pátrio adotou a Teoria Subjetiva ou Teoria da Culpa, segundo a qual há a necessidade de haver dolo e culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.

No entanto, há situações em que a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a necessidade de reparação do dano, mesmo não havendo culpa, é a chamada Teoria Objetiva, também conhecida como Teoria do Risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce atividade que cria risco de danos a terceiros deve responder objetivamente.

O art. 186 do Código Civil preceitua que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Tal dispositivo adotou a Teoria da Culpa, elencando os requisitos básicos que ensejam a obrigação de reparar o dano, sendo eles os seguintes: 1) uma ação ou omissão que viola o direito de outrem; 2) um dano produzido por essa conduta; 3) uma relação de causalidade entre aquela conduta e o dano suportado; e 4) a presença da culpa.

Malgrado o Código Civil de 2002, no artigo 186, tenha adotado a Teoria da Culpa, o ordenamento jurídico pátrio acolhe diversas situações em que o dever de reparar o dano é objetivo, mesmo inexistindo culpa.

Para que surja tal responsabilidade, basta o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido. É o que preceitua o parágrafo único do art. 927 do Código Civil:

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

Tal dispositivo elenca como requisitos para a obrigação de reparação pela Teoria Objetiva, os seguintes: 1) conduta ilícita; 2) dano; e 3) nexos causal entre a conduta e o dano.

Nos dizeres de Brunno Pandori Giancoli (2012, p. 172): “A responsabilidade civil é um mecanismo de resposta a uma determinada falha comportamental, a qual culmina com a imposição de uma sanção, uma pena”.

A proteção e defesa do consumidor brasileiro teve seu marco a partir da Constituição Federal, onde previu no art. 5º, XXXII, que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Por tal razão, e regulamentando o dispositivo, entrou em vigor em 1991, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, criando consigo um novo campo da responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade civil nas relações de consumo.

Leciona Cavalieri Filho (2009, p. 17) que:

Nos dias de hoje, praticamente tudo se relaciona com o consumo. Logo é possível afirmar que o CDC instituiu uma nova área da responsabilidade civil, tão ampla que atualmente se poderia dizer que existe a responsabilidade tradicional e a nova responsabilidade das relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

A contratual está diretamente ligada ao contrato existente entre as partes, pois, para sua caracterização, necessariamente há uma relação de consumo oriunda de um contrato estabelecido entre consumidor e fornecedor.

Já a extracontratual decorre de violação legal, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante.

Para Guilherme Fernandes Neto (2012, p. 15-16), “as relações jurídicas de consumo consubstanciam-se em gênero, que se dividem em relações de consumo contratuais, extracontratuais e relações jurídicas geradas pela prestação de serviço público ou de utilidade pública, *uti singuli*, remunerado por taxa”.

E prossegue:

As relações contratuais de consumo têm como subespécies contratos de consumo, as publicidades e as informações suficientemente precisas, que venham a integrar os contratos (art. 30, do CDC). As relações extracontratuais de consumo têm como subespécies as relações de consumo exdelicto (que se referem às vítimas das relações de consumo *latu sensu*, que são equiparadas aos consumidores, nos termos do art. 17, do CDC), e as práticas comerciais, que, por sua vez, dividem-se em publicidade e informação, insuficientemente precisas, *ipso facto*, não vinculativas”

Por fim, ainda no campo das relações de consumo, nota-se que, em regra, a responsabilidade civil nas relações de consumo é objetiva, ou seja, não depende de culpa, ressalvada a responsabilidade do profissional liberal, cuja responsabilidade deverá ser apurada (art. 14, do CDC).

4 A TEORIA DO MERO ABORRECIMENTO

Convivendo o homem em sociedade, inevitavelmente ele precisa manter relações de consumo para atingir seus objetivos, até porque impossível para o próprio homem produzir tudo o que necessita para sua manutenção.

E girando tudo em torno do tempo, não se pode desmerecer o fato de que atualmente busca-se a cada dia mais uma forma de poupar o tempo para que o homem moderno possa usufruir mais, dedicando-se a família, amigos, lazer e ao que bem entender.

Havendo relações de consumo entre os homens, surgem também os conflitos, seja porque o aumento do consumo não veio acompanhado do zelo e cuidado necessário por parte do fornecedor ou ainda porque o produto adquirido não atingiu seu objetivo final, restando defeituoso.

E nesse impasse entre consumidor e fornecedor, muitas das vezes aliado à negativa de reparo por parte do fornecedor, ou ainda por ele entender que a culpa pelo defeito no produto foi culpa exclusiva do consumidor, surge o dano e por via de consequência a necessidade de acionar o Judiciário para a solução do conflito e reparação do dano.

Além do dano patrimonial, muitas vezes o consumidor se sente ofendido em sua esfera moral, buscando no Judiciário também a reparação desse dano que atingiu seu direito de personalidade além do que possa ser considerado normal.

Com o crescimento do comércio em virtude da evolução da sociedade, evoluíram também os contratos de consumo e, conseqüentemente, os maus fornecedores de bens ou serviços, ocasionado uma avalanche de ações judiciais objetivando além do restabelecimento da ordem no negócio realizado, a indenização pelo dano moral.

E com esse aumento de ações judiciais buscando o recebimento de quantia em dinheiro capaz de “reparar” o dano moral, surgiu também o conceito de banalização do dano moral ou a “indústria do dano moral”, pois ao ver de muitos julgadores, muitas das vezes o consumidor se vale da ação judicial para ganhar “dinheiro fácil”.

Surgiu-se então a teoria do mero aborrecimento ou dissabor, costumeiramente aplicada pelo judiciário.

E por essa questão acabou-se também por relegar a plano inferior o dano moral da pessoa humana, pois os julgadores passaram costumeiramente a negar pedidos de danos morais alegando que o fato ensejador não passa de “mero aborrecimento”, típico do convívio social, e portanto, aceitável.

Por óbvio que os julgadores se valem de fundados argumentos para aplicar o mero aborrecimento.

Para Cavalieri Filho (2009, p. 83), por exemplo:

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades se posicionou aplicando o mero aborrecimento em relações de consumo.

A exemplo:

[...] Civil. Dano moral. Não ocorrência. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exarceba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas alições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (REsp 125666/RJ).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. SINISTRO EM AUTOMÓVEL. COBERTURA. CONSERTO REALIZADO POR OFICINA CREDENCIADA OU INDICADA

PELA SEGURADORA. DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO PELA OFICINA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA E DA OFICINA CREDENCIADA. RECONHECIMENTO. DANOS MATERIAIS ACOLHIDOS. DANOS MORAIS REJEITADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
[...]

4. O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável. No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável essa reparação.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 827.833/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012).

Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a Súmula n.º 75, que diz o seguinte:

O simples descumprimento do dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advier circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

Temos como certa a dificuldade de um julgador em estabelecer o que atinge a dignidade da pessoa, pois, humanos que somos, o que para um lhe parece normal, para outro não o é.

Cada pessoa possui em seu íntimo os princípios morais que lhe regem, e mensurar e decidir se o fato causou ou não abalo à honra da pessoa alheia nos parece até injusto.

Para o criador da teoria do desvio produtivo do consumidor, Marcos Dessaune (2017, p. 135):

[...] não se sustenta a compreensão jurisprudencial de que a via *crisis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor, aborrecimento, percalço ou contratempo normal na vida do consumidor”, não gerando ou configurando dano moral indenizável. Afinal, modernamente o dano moral é definido como “a lesão a um atributo da personalidade humana”. Ademais, as situações de desvio produtivo implicam efetiva lesão ao tempo do consumidor.

E ainda que:

[...] 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 falsa.

Para Gisele Nascimento, em artigo intitulado “A Indústria do Dano Moral Versus a Indústria do Mero Aborrecimento”, publicado na Revista Jus Navigandi em 07/2018, “partimos então de uma ideia de construção da indústria do dano moral para a hipócrita tese da indústria do mero aborrecimento”.

E lança ainda a seguinte pergunta:

Qual seria mais perniciosa para a sociedade: aplicar a sanção da indenização por dano moral “a torto e a direito”, para usar uma expressão coloquial, ou indiscriminadamente deixar de aplicar a referida penalização, ao entendimento de que tudo não passa de mero aborrecimento?

Pois bem, com a devida vênia, entendemos que deixar de punir o mau fornecedor considerando que tudo é mero dissabor da vida cotidiana acaba por incentivar a continuidade da prática da má prestação de serviços e fornecimento de produtos.

Ora, o próprio Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que o consumidor deverá ser considerado hipossuficiente em relação ao fornecedor, pois este, por questão lógica, possui muito mais condições que o consumidor, que sempre será a parte mais fraca na negociação.

E se a própria Lei consumerista assim o diz, não deveria o judiciário instigar a continuidade de práticas abusivas e tampouco incentivar que essas práticas sejam, a cada dia, aprimoradas ante a certeza da impunidade.

Gisele Nascimento registra ainda um ponto relevante, o de que o magistrado, ao considerar que o dano moral experimentado pelo consumidor não passa de mero aborrecimento, acaba por ferir uma segunda vez o consumidor em sua honra.

Constata-se que o próprio Judiciário, sob o argumento de combater a indústria do dano moral, acabou por criar a indústria do mero aborrecimento.

E ao analisarmos a aplicação da teoria do mero dissabor com a Constituição Federal, observamos que o Judiciário ao aplicá-la acaba por violar a própria Constituição, uma vez que deixar de conceder prestação jurisdicional ao consumidor ofendido, relegando a plano inferior o seu direito, acaba por ofender a proteção dada pela Constituição ao direito a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem, elencados na Carta Magna.

Com a devida vênia, mas o que transparece muitas das vezes é que a aplicação do mero aborrecimento veio para desestimular o cidadão a acionar o Judiciário na busca de seus direitos, evitando a sobrecarga de processo, quando deveria punir o violador do direito para que ele sim, não praticasse mais condutas lesivas e abusivas, restabelecendo a ordem e a paz social.

De toda sorte, como veremos adiante, a teoria do desvio produtivo do consumidor, desde 2011, quando publicada pela primeira vez, vem rebatendo o mero aborrecimento, tendendo o judiciário nacional a aplicá-la, valorando o tempo útil do consumidor: bem juridicamente tutelado, escasso, primordial e irrecuperável.

5 O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Para Marcos Dessaune (2017), quando um fornecedor atende mal um consumidor, criando um problema de consumo e ainda foge à responsabilidade de saná-lo espontânea, rápida e efetivamente, ele induz o consumidor em estado de carência e vulnerabilidade a desviar suas competências de atividades planejadas ou desejadas.

E isto porque ou não há solução imediatamente ao alcance para o problema, seja para buscar a solução que na hora se apresenta possível, ou seja, para evitar o prejuízo que poderia advir, ou ainda para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, gerando então um prejuízo existencial para o consumidor.

Para o criador da teoria do desvio produtivo, o tempo é vital, existencial e produtivo. Vital porque é próprio da existência humana, dura certo tempo e é um bem finito individual. Em termos econômicos, é bem produtivo limitado e necessário para desenvolvimento de qualquer atividade, que não pode ser recuperado, mas pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais à livre escolha do detentor do tempo.

Sob a perspectiva do direito, o tempo é um bem jurídico representado pela duração da vida de cada pessoa, na qual ela faz as suas escolhas existenciais.

O ser humano exerce em todo tempo atividades existenciais, consistentes em estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, cuidar de si, conviver socialmente etc.

Desta forma, resta caracterizado o prejuízo existencial todas as vezes que algum desses direitos são lesados por conduta alheia a do indivíduo (DESSAUNE, 2017). E não é diferente nas relações de consumo, pois, todas as vezes que o fornecedor de bens ou serviços viola algum desses direitos, há prejuízo existencial a ser reparado.

Segundo Vitor Guglinsky (2012):

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 livre.

Para DESSAUNE (2017, p. 169), “quando a pessoa consumidora precisa desviar as suas competências de atividades existenciais objetivando enfrentar o problema de consumo lesivo, instala-se na vida dela um período de inatividade existencial”.

Ainda para o autor “[...] o tempo é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, verifica-se, a priori, que esse tempo vital, existencial ou produtivo da pessoa está resguardado pela CF/1988 no âmbito do “direito à vida. [...]”.

A teoria do desvio produtivo do consumidor se caracteriza, resumidamente, pelo fato ou evento danoso que acontece quando o consumidor, sentindo-se prejudicado por uma relação de consumo, tem que gastar seu tempo útil, desviando-se de suas atividades existenciais para solucionar um problema que não foi por ele gerado, mas pelo mau fornecimento de bens ou servidores.

E costumeiramente o problema gerado pela má prestação de serviços ou fornecimento de produtos vem acompanhado da esquiva do fornecedor em se responsabilizar pelo referido problema.

Uma pesquisa realizada pelo criador da teoria do desvio em junho de 2008 (DESSAUNE, 2017, p. 230-233), em uma faculdade particular de Vitória/ES, concluiu que 83,8% das pessoas entrevistadas responderam que costumam ser vítimas de produtos e serviços defeituosos ou de práticas abusivas dos fornecedores.

O objetivo da pesquisa era medir o grau de consciência dos entrevistados com o seu tempo pessoal e com os eventos de desvio produtivo, bem como avaliar o que essas situações de desvio produtivo representavam para eles.

Ao serem indagados sobre o que tais situações lhes ocasionam, 51% disseram que elas lhes causam tanto o “desvio de outras atividades que precisariam ou prefeririam estar realizando”, quanto o “desperdício de tempo”.

Constatou-se ainda que 96,8% dos entrevistados disseram tentar resolver seus problemas de consumo. No entanto, a taxa de êxito na solução do problema cai para 58,9%, sendo que 41,1%, não conseguem resolver o problema.

Relevante revelação da pesquisa mostrou que 33,8%, dos consumidores, ao precisar resolver problemas criados pelos próprios fornecedores, o faz desviando-se do trabalho; 21,2%, afasta-se dos estudos e 20,7%, aparta-se do descanso.

E além disso, 74% dos entrevistados disseram que gastam cerca de 2 a 4 horas por semana tentando solucionar problemas indesejados.

Ou seja, diante de situações de mau atendimento, as pessoas tornam-se improdutivas.

A pesquisa concluiu que, além de grande o índice de desvios produtivos praticados por maus fornecedores de produtos e bens, tornando o consumidor improdutivo, esse desvio gera dano extrapatrimonial indenizável.

Já se observou que o tempo tem grande relevância na vida do ser humano e que possui valor. E notou-se que a violação do tempo útil do consumidor lesa direitos existenciais e que, havendo lesão a direito, há a obrigação de reparar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

O dano patrimonial é o que gera prejuízo material, perda de bens ou recursos financeiros, como por exemplo: há prejuízo patrimonial quando o consumidor, para solucionar um problema oriundo de uma relação de consumo que não ocasionou, teve que despender dinheiro para custear passagens para se dirigir até a loja da empresa fornecedora do produto defeituoso ou ainda teve que custear as despesas de correios para encaminhar o produto defeituoso para a assistência técnica.

Já o dano ou prejuízo extrapatrimonial é assim definido por DESSAUNE (2017, p. 270):

Esse prejuízo extrapatrimonial ocorre como consequência de dois fenômenos imutáveis: o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, simultaneamente duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade. Isto é, o dano resulta da lesão do tempo vital do consumidor que, enquanto bem econômico escasso e inacumulável, nessa situação sofre um desperdício irrecuperável.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 549), “Só se deve reputar dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio ao seu bem-estar”.

Mas como visto, o tempo é um bem juridicamente tutelado, fazendo parte à dignidade da pessoa humana, e sua violação gera dano moral indenizável, tanto que os tribunais pátrios, vem revendo seus posicionamentos e aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor, valorando o tempo útil do consumidor.

Para Marcos Dessaune (2017, p. 47):

Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8,078/1990) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas, ainda são ‘normais’ em nosso País situações nocivas como:

- * Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;
- * Ter que retornar à loja (quando ao se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;
- * Telefonar insistentemente para o Serviço de 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 pra pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado;
- * Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;
- * Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete.

Ousamos dizer que, todo consumidor brasileiro em pleno exercício de suas faculdades já passou por pelo menos uma das situações elencadas acima. E notamos ainda que as poucas decisões judiciais que condenaram os maus fornecedores não foram suficientes para coibir a prática abusiva por parte dessas grandes empresas, restando claro que a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor vem a ser a medida mais acertada para que se valorize o tempo útil do consumidor ao mesmo tempo que coopera para coibir a continuidade ou o aprimoramento de práticas abusivas por maus fornecedores. E isso será demonstrado no próximo tópico.

6 A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PELOS TRIBUNAIS

Estudos dão conta que de alguns anos para cá os tribunais pátrios vêm afastando a teoria do mero aborrecimento e aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor, valorando o tempo útil do consumidor e considerando que há reparação de danos quando o consumidor despende de seu precioso tempo para resolver problemas originados pelo mau fornecimento de produtos ou serviços.

Segundo Marcos Dessaune (2017, p. 281-282), criador da teoria do desvio produtivo do consumidor, sua primeira obra acerca do tema foi publicada em novembro de 2011, sendo

certo que, a partir da publicação começaram a surgir em todo o país as primeiras decisões aplicando a teoria.

Até janeiro de 2017, em pesquisa realizada pelo autor, o TJSP já havia proferido 304 decisões mencionando a expressão “desvio produtivo”.

O TJSE havia citado o “desvio produtivo”, em 201 de suas decisões. E o TJAM, 104 vezes, além de vários outros tribunais que, somados, citaram a teoria 852 vezes a expressão no decorrer de 5 anos de apresentação da teoria para a comunidade jurídica brasileira.

O Superior Tribunal de Justiça, tribunal hierárquico e a quem cabe a palavra final em termos de legislação infraconstitucional, somente de maio a outubro de 2018, aplicou a teoria do desvio produtivo do consumidor em pelo menos cinco casos.

A primeira menção à teoria foi em 12.09.2017, ao julgar o REsp 1.634.851/RJ, onde a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, negou provimento ao recurso interposto pela empresa Via Varejo, registrando que:

À frustração do consumidor de adquirir bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado ou ao menos atenuado, se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.

Após o Superior Tribunal de Justiça iniciar a valorização do tempo útil do consumidor em suas decisões, aplicando a teoria objeto do presente trabalho, tribunais estaduais passaram a considerar que o tempo tem valor indenizável.

De acordo com Thiago Crepaldi, repórter da Revista Digital Consultor Jurídico, em matéria intitulada “STJ reconhece a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, de 1 de maio de 2018, em 25.04.2018, foi publicada a mais recente decisão da aplicação da teoria pelo STJ, onde, em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio Bellize, relator do AREsp 1.260.458/SP, na 3ª Turma, conheceu o Agravo rejeitando o recurso do Banco Santander, reconhecendo em sua decisão a ocorrência de danos morais em virtude do Desvio Produtivo do Consumidor.

Disse o Ministro Bellize em sua decisão que:

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.

E ainda que:

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.

Desta forma, podemos observar a tendência dos tribunais em rechaçar a teoria do mero aborrecimento, reconhecendo o desvio produtivo e valorando o tempo útil do consumidor.

Seguidamente ao Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim registrou em acórdão posteriormente confirmado pelo Ministro Moura Ribeiro, da 3ª Turma do STJ, no último dia 27.09.2018: "O desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este, onerando indevidamente seus recursos produtivos". (REsp 1.763.052/RJ).

No mesmo sentido o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, mantendo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, aplicou a teoria do desvio e condenou uma faculdade a pagar R\$ 15.000,00, de indenização a um aluno que concluiu um curso superior, mas não recebeu o diploma (AREsp 1.167.382/SP).

O acórdão do TJSP mencionou que "a conduta contratual e a frustração em desfavor do consumidor violam elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune".

Para Silvio Venosa (2007, p. 39):

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima [...] não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bônus pater famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.

E o Tribunal de Justiça de Rondônia, assim como os demais, ainda que timidamente, começa a aplicar a teoria do desvio produtivo do consumidor, assim se posicionando:

Serviço de TV a cabo. Falha na prestação. Meses sem sinal. Débito em conta corrente. Solução administrativa. Audiência no PROCON. Dano moral. Desvio produtivo. Configuração. Responsabilidade civil. Verba devida. Valor. Caso concreto. Redução.

Evidenciada a falha na prestação do serviço de TV a cabo, em que o consumidor fica sem sinal por vários meses, porém, com o desconto em sua conta corrente, bem como com tentativa de solução administrativa do problema e com acionamento do PROCON, sem resolução, configura-se hipótese de dano moral com aplicabilidade da tese do desvio produtivo do consumidor.

O arbitramento da indenização decorrente de dano moral deve ser feito caso a caso, com bom senso, moderação e razoabilidade, atentando-se à proporcionalidade com relação ao grau de culpa, extensão e repercussão dos danos, à capacidade econômica, características individuais e o conceito social das partes.

Apelação, Processo nº 0007079-19.2015.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 09/08/2018.

Muitos outros tribunais que aplicaram a teoria e cujas decisões foram objeto de recursos especiais, tiveram as decisões confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, deixando claro que a teoria do mero aborrecimento está com os dias contados em todo o território nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolver do trabalho, pudemos concluir que o tempo é vital, existencial, produtivo, irrecuperável, bem tutelado juridicamente e cada vez mais escasso na atualidade.

O tempo é vital porque é próprio da existência humana, dura certo tempo e é um bem finito individual.

É produtivo porque limitado e necessário para desenvolvimento de qualquer atividade, e não pode ser recuperado.

Sob a perspectiva do direito, o tempo é um bem jurídico representado pela duração da vida de cada pessoa, na qual ela faz as suas escolhas existenciais.

E exercendo o ser humano todo tempo atividades existenciais, consistentes em estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, cuidar de si, conviver socialmente, etc., caracteriza-se prejuízo existencial todas as vezes que algum desses direitos são lesados por conduta alheia a do indivíduo.

Observamos que praticamente tudo na vida moderna gira em torno do tempo, e tudo tende a buscar uma maneira de economizar tempo.

Sendo assim, quando um mau fornecedor de produtos ou serviços ocasiona um problema e se esquivava de solucioná-lo, forçando o consumidor a ter que despender o seu tempo para solucionar o problema que não criou, há patente violação de direitos, e portanto, há dano a ser reparado.

Notou-se ainda que o judiciário brasileiro, em virtude do aumento de ações com pedidos de danos morais em virtude da má prestação de serviços ou fornecimento de bens, criou a teoria do mero aborrecimento, reconhecendo em suas decisões que dissabores da vida cotidiana não são passíveis de dano indenizável, devendo ser tolerado pelo consumidor.

Em 2007, o advogado capixaba Marcos Dessaune criou a teoria do desvio produtivo do consumidor, objeto do presente trabalho científico, publicando a primeira obra bibliográfica acerca do tema em 2011.

De lá para cá concluímos que o judiciário brasileiro tendeu a rever o conceito de mero aborrecimento, começando a aplicar a teoria do desvio produtivo em suas decisões, reconhecendo que o tempo útil do consumidor tem valor e sua violação é passível de reparação.

No trabalho foram abordados o tempo como bem juridicamente tutelado, chegando a conclusão de que, sendo ele de significativa relevância e efeito na vida humana, faz parte dos direitos inerentes a personalidade e dignidade da pessoa humana, restando então tutelado juridicamente principalmente pela Constituição Federal.

De forma sucinta abordamos a responsabilidade civil nas relações de consumo e a aplicação da teoria do mero aborrecimento, utilizada pelo judiciário durante muito tempo.

Após, adentramos no assunto objeto principal do trabalho que é a teoria do desvio produtivo do consumidor. Registramos desde sua criação e publicação para a comunidade jurídica brasileira.

Em seguida, e concluindo o trabalho científico, fizemos uma explanação acerca da evolução da aplicação da teoria pelo judiciário brasileiro, desde o Superior Tribunal de Justiça - a quem cabe a palavra final em termos de legislação infraconstitucional, até os demais tribunais que, ainda que timidamente, vem afastando o mero aborrecimento e aplicando a teoria do desvio produtivo.

Ao final do trabalho, pudemos concluir que os objetivos tanto gerais como específicos foram alcançados. E que a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor é medida necessária, que além de valorizar o tempo (cada vez mais escasso), do consumidor, punir exemplarmente o mau fornecedor de serviços e bens, coopera para o fim das práticas abusivas costumeiramente praticadas pelas empresas brasileiras.

É muito mais louvável punir exemplarmente quem viola o direito, que punir o consumidor que buscou tutela no judiciário e foi ferido duas vezes em sua honra quando teve seu direito negado em virtude da aplicação do mero aborrecimento.

Aplicar a teoria do desvio produtivo é cooperar com a justiça para se restabelecer a ordem nas relações comerciais do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1634851/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.09.2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e ampl. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

CREPALDI, Thiago. STJ reconhece a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 1 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>. Acesso em: 25.10.2018.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2 ed. ver. e ampl. Edição Especial do Autor: Vitória, 2017.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidades abusivas: o abuso do direito no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 549.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 de maio de 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 11.10.2018

NASCIMENTO, Gisele. A indústria do dano moral versus a indústria do mero aborrecimento. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, 25 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67572>>. Acesso em: 27 out. 2018.

Recebido para publicação em setembro de 2022.
Aprovado para publicação em novembro de 2022.