

GABRIEL MAGALHÃES DE OLIVEIRA

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – NOVAS NUANCES

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

GABRIEL MAGALHÃES DE OLIVEIRA

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – NOVAS NUANCES

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora Ana Paula Mendonça Ferreira Russo.

ANÁPOLIS – 2019

GABRIEL MAGALHÃES DE OLIVEIRA

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – NOVAS NUANCES

Anápolis, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Agradecimentos

“Senhor, dai-me força para mudar o que pode ser mudado... Resignação para aceitar o que não pode ser mudado... E sabedoria para distinguir uma coisa da outra.”

Francisco de Assis

Primeiramente agradeço a Deus, pelo dom da vida e pela força para chegar ao ponto em que me encontro agora, agradeço aos meus alicerces na caminhada, minha mãe que não mediu esforços em minha criação e me apoiou quando decidi começar a jornada acadêmica, e sempre me mostrou o caminho reto, meu pai, que mesmo de longe me apoiou, me aconselhou e acreditou em mim, meu irmão que é um exemplo pra mim, de luta, de garra e vontade, minha esposa que me deu grande força pra continuar, quando eu achava que não conseguiria, e que sempre me ensinou a ver o lado bom das coisas, a eles, todo meu amor e eterna gratidão.

Obviamente não conseguiria contemplar todas as pessoas que me auxiliaram nesse processo, mas deixo aqui alguns agradecimentos especiais, aos meus irmãos que o curso me apresentou, Isabella Chaves, Jhonatan Oliveira e Nathalia Duvanel, que Deus continue abençoando a vida de vocês e nos permita ainda muitos anos juntos. A minha mestra Ana Paula, pela paciência, pelos acertos e erros que tivemos nessa caminhada conclusiva, que Deus ilumine muito sua vida e seus caminhos, “tamo junto fessora!”. Aos meus colegas de trabalho, os agradeço na pessoa de meu chefe e grande amigo Rodolfo Amorim, que passam a maior parte do dia comigo, e me ajudaram bastante quando eu precisava de tempo e condições que possibilitassem meus estudos, que Deus os abençoe. Por fim, a todos aqueles que passaram por minha vida nesses anos de faculdade, colegas, professores, servidores, meu muito obrigado de coração, tenham certeza que nenhuma palavra, nenhum apoio, nenhuma luta foi em vão, e em algum momento Deus me permitirá retribuir todo carinho e confiança depositado em mim. Que Deus os abençoe.

RESUMO

Este resumo tem por objetivo a explanação de novas nuances do direito, no que diz respeito principalmente à esfera dos danos morais e do direito consumerista. Torna-se imperioso salientar que hoje o Direito Civil deseja abarcar as novas espécies de dano, e nessa nova esfera o tempo vem sendo compreendido enquanto bem jurídico passível de proteção. A teoria do desvio produtivo nasceu no intuito de valorizar esse bem, o tempo do consumidor, colocando que, quando o mesmo perdesse seu tempo em detrimento de resoluções de problemas ao qual não deu causa, mereceria ser indenizado. Mediante o que se coloca, é pertinente trazer a seguinte problematização: A teoria do desvio produtivo do consumidor possui os critérios necessários para ensejar o dano moral? Como a Corte Estadual compreende esse novo tipo de dano? Como o Superior tribunal de justiça vem se posicionando mediante o assunto? Para o melhor desfecho, o trabalho possui a metodologia de pesquisa e análise de bibliografia, leis e documentos (decisões e julgados), por autores renomados, e culminando no objetivo fim de um estudo aprofundado da temática e escrita de uma monografia.

PALAVRAS-CHAVE: Novas nuances. Dano moral. Direito consumerista. Teoria do desvio produtivo do consumidor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPITULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1-Evolução histórica:	9
1.2- Elementos da Responsabilidade	10
1.3 - Responsabilidade objetiva e subjetiva	12
1.4 – Responsabilidade civil e indenização no código de defesa do consumidor:	14
CAPITULO II – DAS ESPÉCIES DE DANO	18
2.1 Danos clássicos	18
2.1.1- <i>Dano material</i>	18
2.1.2 - <i>Dano moral;</i>	19
2.1.3 - <i>Do dano estético:</i>	20
2.2 – Novos Danos:	21
2.2.1 - <i>Perda de uma chance;</i>	21
2.2.2 – <i>Dano em ricochete</i>	23
2.2.3 – <i>Danos coletivos, difusos e a interesses individuais homogêneos.</i>	24
CAPITULO III – TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR	26
3.1 – O tempo enquanto bem jurídico e a teoria do desvio produtivo do consumidor	26
3.2 – Diferenciação do mero dissabor e do dano moral trazido pela teoria do desvio produtivo.	29
3.3 – Entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás	30
CONCLUSÃO	38
.....	40
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

A teoria do desvio produtivo do consumidor foi criada pelo jurista Marcos Dessaune, no ano de 2007, entretanto apenas em 2011 e de forma pioneira mostrou ao meio jurídico que todos os dias inúmeros indivíduos em nossa sociedade sofrem com a qualidade de serviços prestados pelas empresas privadas e públicas de nosso País, e que dessa forma o consumidor brasileiro tem que “desviar” suas competências, habilidades e principalmente o seu tempo para sanar vícios decorrentes dessa má prestação de serviços.

Recentemente a teoria do desvio produtivo do consumidor vem sendo adotada por alguns Tribunais. Nesse sentido faz-se importante mostrar como a mesma pode influenciar o campo da ciência e do pensamento jurídico na seara processual, doutrinária e acadêmica.

Diante dessa nova teoria tem-se que uma nova modalidade dano indenizável surge, entretanto, dessa vez oriunda de uma lesão ao bem jurídico tempo. Importante é perceber e demonstrar que não é qualquer espera, ou perda de tempo que se enquadra nessa nova categoria, afinal todos os dias a vida em sociedade nos obriga a encarar filas, seja num mercado, um banco, etc.

O critério principal para o cabimento de indenização seria o comportamento despreocupado da prestadora de serviços para com o seu cliente, relações abusivas entre cliente e empresa, demoras excessivas e situações que podem ser classificadas como insuportáveis considerando a vida em sociedade.

Tendo em vista todo o apresentado vale reafirmar a importância dessa pesquisa pois há um fato incontestável, a lesão a um direito do consumidor, a

retirada de seu precioso tempo, e se faz necessário afirmar e atestar como o judiciário brasileiro vem se posicionando nessa situação.

A presente pesquisa se fundamenta no fato de que o tema proposto é relativamente novo quando comparado a outros institutos jurídicos dentro da história do Direito e mesmo dentro da temática Direito consumerista e há pouco material produzido na esfera acadêmica. Devido pouco tempo na esfera jurídica essa teoria está sendo assimilada aos poucos pelos tribunais ao redor do território nacional. Alguns magistrados já possuem pensamento formado acerca do tema e inclusive decisões nesse sentido.

Por fim espera-se oferecer uma contribuição singela acerca do assunto, ainda que de forma superficial espera-se abarcar o máximo do assunto, para oferecer o melhor meio de compreensão sobre essa vasta – e nova - área do conhecimento dentro da seara processual cível.

Assim, tem-se por importância mostrar que as situações que um dia configuraram mero dessabor, hoje possuem um entendimento e quiçá um posicionamento novo dentro do Direito, procurando melhorar e tornar as relações jurídicas mais justas e igualitárias.

CAPITULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como se sabe a sociedade é composta e regida por regras e ordenamentos, sem os quais a ordem e a paz social não seriam possíveis. Quando as relações jurídicas de dois ou mais indivíduos são abaladas por algum ato considerado ilícito, a resolução para tal contenda via de regra é o processo e nesse sentido o instituto que regula tais demandas é o da responsabilidade civil, pela qual é atribuída a uma das partes a responsabilidade pelo ato danoso ocorrido e a consequente obrigação de repará-lo. No presente capítulo serão abordadas noções históricas do instituto e suas aplicações sob a ótica do Código civil e Código de Direito do consumidor.

1.1-Evolução histórica:

Anterior a análise de um instituto dentro do direito civil, é imperioso saber que o direito como um todo nasce do homem, a partir de sua descoberta como ser social, e que somente por meio da sociedade pode atingir sua plenitude. (ZIPPELLIUS, 2006)

As normas são formadas pelos costumes, na vivencia em sociedade que possibilitam o homem evoluir a medida que o espaço social ao seu redor também se transformava. Assim o primórdio do direito eram os costumes, que mais tarde transformaram-se em códigos e passaram assim a reger a vida dos indivíduos. Adentrando a esfera jurídica propriamente dita, abordar o instituto da responsabilidade civil é trazer à tona conceitos como o dano, indenização e outros,

nascidos a partir das relações entre pessoas. É indubitável que inicialmente a ideia de responsabilidade no primórdio das sociedades nada mais era que a simples vingança. Desse modo, aquele que sofria qualquer espécie de dano, poderia, sem represália estatal fazer justiça com as próprias mãos. Em suma, a justiça àquele tempo estava a critério do indivíduo outrora lesado. (RIZZARDO, 2019)

Após certa evolução social, é chegada a fase tida como “correspondente”, pois, a responsabilidade nesse período foi atrelada à lei do talião, na qual o dano era cobrado nos mesmos moldes, daí o surgimento da expressão “olho por olho, dente por dente”. Ainda na antiguidade clássica, é conhecido o caminho do ressarcimento quando do instituto da responsabilidade. Com o código de napoleão a responsabilidade até então tida e apresentada de forma una, divide-se entre os ramos penal e civil, bem como contratual e extracontratual. (RIZZARDO, 2019)

No Brasil, Teixeira de Freitas foi o primeiro a desbravar a codificação das leis esparsas da época, haja vista que o direito brasileiro àquele tempo era oriundo do direito português, e assim foi até a promulgação do Código de 1916. A mando do império o estudioso pôs-se a analisar e organizar de forma sistêmica a legislação daquele tempo, e embora não tenha frutificado em um diploma legal, seu esforço pavimentou o caminho para que mais tarde surgissem os códigos Civis de 1916 e mais tarde de 2002. Cabe salientar que o esboço do jurisconsulto foi o primeiro a abordar a temática da responsabilização em seu art.798 nos seguintes termos: “*todo delinquente está obrigado a satisfazer o da-mno que causar com o delicto*”. (MIRAGEM, 2015)

Embasado principalmente na jurisprudência francesa a temática tomou profundidade e por consequência foi difundido em território brasileiro, influenciando no diploma de 1916 que trazia em seu arcabouço a responsabilidade subjetiva com culpa provada.

1.2- Elementos da Responsabilidade

Inicialmente, para melhor compreensão do tema, necessário se faz esclarecer que obrigação não se confunde com responsabilidade. A obrigação é

considerada um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade é posta como um dever jurídico sucessivo a violação do primeiro. (CAVALIERI FILHO, 2019)

Se tratando da caracterização do instituto da responsabilidade civil, por conceito, pode-se afirmar que esta é a reparação de atos ilícitos, que violam um dever legal e geral de cuidado, assim a responsabilidade possui sua finalidade na recomposição do equilíbrio nas relações jurídicas.

À primeira vista tem-se uma ideia superficial do instituto supracitado, entretanto como será posto adiante ele é composto por pressupostos, fomentando assim um conhecimento deveras mais profundo acerca desse ramo do direito.

Os pressupostos da responsabilidade civil são três: o dano, o nexo causal e o ato ilícito.

O ato ilícito em síntese é a conduta contrária ao ordenamento jurídico vigente. É o ato que, quando praticado inflige o dever legal de não lesividade a outrem como aduz o art.186, do Código Civil de 2002, e ainda o art.187 do mesmo diploma que insere nessa categoria aquele que abusa de seu direito e conseqüentemente causa dano ao outro. (GONÇALVES, 2016)

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, e posiciona-se no centro da obrigação de indenizar. Não há que se falar em ressarcimento ou indenização se não há dano. Consoante esse entendimento temos a legislação onde em seu artigo 927 é expresso a relação de causa e responsabilidade. Em suma sem danos não há o que reparar, e o pleito da reparação sem o mínimo de lastro probatório alusivo ao dano importa no enriquecimento ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2019)

Em se tratando de dano as hipóteses tuteladas estão cada vez maiores, havendo a proliferação de novos danos dos mais variados tipos. Por um lado, demonstra que a justiça está conseguindo abarcar as mudanças que ocorrem nos presentes dias, entretanto, a própria doutrina aborda com temor os riscos presentes na falta de limite para a criação dessas categorias de dano. (CAVALIERI FILHO, 2019)

O nexo causal pode ser definido como a relação ou o liame entre o dano e o causador, tornando assim, possível a sua imputação à prática do ato lesivo. De outra forma pode-se apresentar o nexo causal como a soma de três fatores a saber: a existência de um dano que se mostre antijurídico, ou que o direito não tolere, por sequência, que essa ação ou omissão importe em reparação pela sua simples existência, e por fim que o ato possa ser atribuído a um indivíduo que tenha dado ensejo a sua efetivação. (RIZZARDO, 2019)

1.3 - Responsabilidade objetiva e subjetiva

A responsabilidade objetiva é configurada como a espécie de responsabilidade, onde o dolo ou a culpa não influenciam em nada, ou seja, são irrelevantes juridicamente. Assim para a configuração da responsabilidade objetiva, desconsidera-se o elemento culpa.

Essa modalidade de responsabilidade retira o pressuposto da culpa não porque há certa dificuldade em apresentá-la em determinadas situações, mas porque a atividade desempenhada ou o trabalho importa em indenizar caso algum dano seja desencadeado. Desta forma tem-se a teoria do risco, ou da teoria do risco criado, comum em profissões perigosas, e que está implícita na sua execução a probabilidade do dano. (RIZZARDO, 2019)

A responsabilidade subjetiva é aquela que é expressamente decorrente de um dano casado em função de um ato doloso ou culposo. Essa culpa, por se tratar de uma questão civil, restará caracterizada quando aquele que causou o dano atuar com negligência, imprudência ou a imperícia.

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa, assim tem-se tal elemento como um novo pressuposto de responsabilidade, presente apenas na corrente subjetivista. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019)

A culpa que, em seu sentido mais amplo, abarca o conceito do dolo também, ou seja, a conduta pode ou não possuir a intenção de prejudicar o direito

tutelado de outro indivíduo. A doutrina ainda a coloca como a junção de alguns elementos, a saber: voluntariedade, previsibilidade e violação do dever de cuidado. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019)

A voluntariedade do agente, ou seja, a culpa será reconhecida plenamente caso em algum momento a conduta praticada se mostre voluntária. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019)

Um segundo elemento a se tratar é a previsibilidade, ou seja, somente se pode apontar o dano, se o prejuízo causado era previsível. Caso o ato esteja fora dessa esfera classificada como previsto, adentra-se a seara do caso fortuito, podendo assim haver mudanças no que se refere ao nexo de causalidade podendo até desobrigar o agente da reparação. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019)

O terceiro apontamento acerca da culpa é a violação de um dever cuidado, ademais, se esta violação é tida como intencional, tem-se a presença do elemento dolo. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019)

Dentro dessa temática cabe o destaque das três modalidades que erroneamente são tidas como pertencentes a culpa, entretanto traz a doutrina a observância que tais aspectos correspondem a exteriorização da conduta culposa e que são a negligencia, a imprudência e a imperícia. (CAVALIERI FILHO, 2019)

A negligencia pode ser caracterizada como uma conduta diversa da esperada em determinada situação, ou seja, um indivíduo pode ou não agir e ainda, caso venha a tomar uma ação é descuidado, pode ser que o faça com indiferença acarretando assim no dano a outrem. A imprudência por sua vez é tida como o ato que um indivíduo realiza sem a devida mensura dos riscos que podem vir a acontecer, podendo causar assim danos a terceiros. Por fim a configuração da imperícia se dá quando é presente a falta de conhecimento técnico, teórico ou prático para a execução para a execução de determinada tarefa. (PEDROSA, 2015)

O Código civil vigente adota como regra a teoria “subjetiva”. Seu fundamento é verificado quando no artigo 186 da referida lei, o dolo e a culpa são

alçados como fundamentos para que haja reparação de danos. A responsabilidade subjetiva como anteriormente colocado subsiste como regra necessária na legislação, o que não prejudica em nada a adoção da responsabilidade objetiva em alguns dispositivos esparsos. (GONÇALVES, 2016)

Assim observa-se que com o passar do tempo o instituto da responsabilidade civil modificou-se para solucionar de forma adequada as demandas sociais. A teoria da responsabilidade objetiva certamente expandiu-se de forma considerável, contudo não se pode deixar de observar que nos tempos e legislações atuais, a teoria subjetiva da responsabilidade ainda é predominante com seu embasamento na culpa do agente. (CAVALIERI FILHO, 2019)

1.4 – Responsabilidade civil e indenização no código de defesa do consumidor:

A carta magna de 1988 trouxe em seu arcabouço dogmático inúmeros princípios e normas de cunho constitucional as quais regem e direcionam o sistema jurídico brasileiro. Naturalmente o Código de Defesa do Consumidor está atrelado à constituição por aqueles colocados na doutrina como “princípios do direito material do consumidor na constituição federal de 1988.” (NUNES,2019)

Temos como princípios que alicerçam a defesa ao consumidor a soberania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça, a solidariedade, a isonomia, o direito à vida, bem como o arcabouço do artigo 170 da constituição federal. (NUNES,2019)

Tendo elencado mesmo que de forma sucinta a relação entre o Código e a Constituição, é necessário compreender que a defesa do consumidor é regida predominantemente pela teoria da responsabilidade objetiva como será colocado adiante.

O Código brasileiro do consumidor representa uma superação quanto ao modelo dualista de responsabilidade. Pela lei consumerista, pouca importância é dada se a responsabilidade advém de uma relação contratual ou não, pois o

tratamento se difere apenas se tratando de produtos ou serviços. (TARTUCE, NEVES, 2018)

O código consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviço, frente aos consumidores. Dessa forma a lei visa facilitar a tutela dos direitos do consumidor, haja vista que ao mesmo não incumbe o ônus probatório nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços e também, visando a reparação integral dos danos, constituindo assim um aspecto material da justiça. (TARTUCE, NEVES, 2018)

A grande inovação do código de defesa do consumidor, no que tange a abordagem da responsabilidade objetiva, é de que o consumidor não possui o ônus probatório da relação processual. Na responsabilidade subjetiva embora o agente do dano fosse conhecido, à vítima incumbia o dever de provar que havia sofrido um dano. Para o consumidor seria extremamente penoso demonstrar tal circunstância, até porque ele é a parte vulnerável das relações consumeristas, posto isto, o Código de Defesa do Consumidor optou pela responsabilização de forma objetiva. (FILOMENO, 2016)

Uma das teorias trazidas pela doutrina e que buscam justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. A teoria traz que, todo indivíduo que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros, e deve assim ser obrigada a repará-lo mesmo que seja isenta de culpa. (GONÇALVES, 2016)

A responsabilidade objetiva teve sua preferência no Código consumerista em detrimento de alguns fatores como serão colocados adiante. A produção em massa, na qual a demanda por bens de consumo foi cada vez maior, forçando a atividade fabril a adotar métodos cada vez mais sofisticados de produção visando atender a demanda. Ora, com uma produção em grande escala é previsível que alguns exemplares do bem venham a apresentar alguma espécie de defeito.

Outro fator apontado foi a vulnerabilidade do consumidor que comprava um bem esperando que o mesmo funcionasse com perfeição. O importante a se observar nesse ponto, é de que em relação ao produtor do bem, o consumidor não

possui nenhuma espécie de conhecimento no que tange as fases de produção do bem e até a sua colocação no mercado, assim, como colocado anteriormente o consumidor espera apenas não sofrer nenhum dano, tanto na seara patrimonial, quanto em relação a sua saúde.

Um terceiro ponto a se abordar é a insuficiência da responsabilidade subjetiva, já que como pode-se observar o consumidor por não ter mais informações sobre o bem ou serviço, a não ser as que o próprio fornecedor lhe disponibiliza, ficaria à mercê daquele, já que não bastaria comprovar o dano sofrido, mas também o elemento subjetivo do responsável. Por fim, mas não menos importante, um ponto trazido pela doutrina foi o de que o fornecedor seja ele de produtos ou serviços deve responder pelos riscos que seus produtos acarretam já que o mesmo lucra com a sua venda. (FILOMENO, 2016)

Tendo assim caracterizado de forma ampla e concisa a responsabilidade objetiva, faz-se necessário falar também daquilo que ela acarreta, ou seja, a obrigação de indenizar.

O ponto de partida do direito à reparação dos danos sofridos pelo consumidor e do dever de indenizar por parte do agente responsável pelo produto ou serviço, é o fato desse produto ou serviço ser o causador do acidente de consumo. A principal diretriz presente no Código de Defesa do Consumidor quanto a reparação ou indenização de danos, é a sua integralidade. Dessa forma fica indubitavelmente o consumidor seguro contra danos das diversas espécies, sejam eles morais, materiais, individuais ou ainda difusos. (TARTUCE, NEVES, 2018)

Posto isso, é essencial a demonstração de um nexo causal que prove a existência do dano e conseqüentemente provoque a sua indenização. A lei aponta esse entendimento em seus artigos 12 e 14 onde é posto “responde pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos”. Tal causalidade pode ser comprovada pelo consumidor de forma simples, indicando um juízo de probabilidade.

Ao fornecedor fica incumbido o ônus probatório no que tange a afastar sua culpa, pois possui maior facilidade em elaborar provas periciais, haja vista seu

conhecimento sobre a fabricação e suas etapas, até o produto final, ou ainda, caso seja uma prestação de serviços o prestador possui o conhecimento técnico e assim é deveras mais fácil para ele comprovar que não há culpa numa possível má prestação de serviços. (CAVALIERI FILHO, 2014)

Ante o exposto, constata-se que, mesmo em diplomas legais distintos, cada um com sua peculiaridade, o objetivo da norma no que tange as relações jurídicas e suas consequências é o mesmo: prevenir atos lesivos aos direitos individuais ou coletivos, e caso não seja possível a prevenção do dano, que haja a reparação de forma justa nos moldes da lei.

CAPITULO II – DAS ESPÉCIES DE DANO

Nessa etapa abordar-se-ão os tipos de dano, adentrando a temática, pelos danos clássicos e perpassando a alguns dos novos tipos de danos trazidos pela doutrina e jurisprudência.

2.1 Danos clássicos.

Tradicionalmente os danos são divididos em patrimoniais e extrapatrimoniais.

2.1.1- Dano material

O dano na esfera material diz respeito estritamente à lesão de bens economicamente apreciáveis de seu titular. Uma ilustração do dano material seria um dano sofrido na casa ou no carro de um indivíduo. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

Assentada a ideia de que o dano material atinge tão somente a esfera daquilo que é patrimonial, há que se fazer uma sucinta menção do que vem a ser patrimônio.

Patrimônio é um conjunto ou complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente. Há que se observar que todos os dias os indivíduos de uma sociedade praticam relações contratuais ou não, e que modificam diretamente seu patrimônio, para positivo ou negativo, assim, esse conceito é assertivo em utilizar a expressão “complexo de relações jurídicas”, pois, traz em seu

conteúdo tanto os elementos ativos do patrimônio, quanto seus aspectos passivos. (Mello Guerra, Benacchio, 2015).

Convém ainda, no que diz respeito ao dano material abordá-lo mediante dois aspectos: o dano emergente e os lucros cessantes. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

Basicamente, o dano emergente é aquilo que o indivíduo perdeu diretamente. Já os lucros cessantes dizem respeito àquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

2.1.2 - Dano moral;

No Direito civil, há subtendido um dever legal de não causar danos a outros indivíduos que caso não obedecido gera diretamente o dever de indenizar. À medida que o homem se desenvolve em meio social, ele está suscetível a adquirir bens materiais, e concomitantemente ele acumula também bens inerentes a sua subjetividade, ou seja, que não pertença à esfera econômica. (Theodoro Júnior, 2016.)

Assim quando esse patrimônio não econômico é atentado ou prejudicado por ato ilícito praticado por terceiro, tem-se o instituto do dano moral para a reparação desses ilícitos. Os danos em seara moral atentam contra a subjetividade de alguém, alcançando assim os aspectos íntimos da personalidade humana, ou ainda, que atingem a valoração social que determinado indivíduo possui. Assim os atos ilícitos dessa seara derivam de “práticas atentatórias contra à personalidade humana”, e acabam por influir de forma totalmente negativa na psique e na parte social ou afetiva patrimônio do indivíduo. (Theodoro Júnior, 2016)

Há de observar que o dano moral possui duas vertentes, a saber: o dano moral direto e o dano moral indireto. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

O dano moral direto ocorre quando há ofensa a um bem extrapatrimonial de um indivíduo como, por exemplo, os direitos de personalidade.

O dano moral indireto ocorre quando há um prejuízo na esfera patrimonial do indivíduo e este produz reflexos diretos na seara extrapatrimonial, como exemplo pode-se colocar o furto de um bem com valor afetivo, onde o prejuízo direto foi o furto, mas indiretamente tem-se a dor psicológica e afetiva suportada pela vítima. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

Cabe salientar que o dano moral indireto é diferente do dano moral em ricochete, onde o primeiro disserta sobre uma violação ao seu direito de personalidade, por exemplo, decorrente de um dano patrimonial sofrido pela mesma pessoa, já o segundo, é tido como o dano moral sofrido por alguém em detrimento de um dano seja material ou moral sofrido por *outra* pessoa, ligada a ele. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

2.1.3 - Do dano estético:

Inicialmente o dano estético encontra-se ligado a deformidades físicas que provocam aleijamento e certa repugnância, aos poucos de forma evolutiva passou a ser um instituto que abarca casos de marcas e outras imperfeições que causem a vítima desgosto ou tragam a mesma a sensação de inferioridade. (Cavaliere Filho, 2019)

Embora cada situação possua sua particularidade faz-se importante observar que o dano estético quando configurado, equivale a uma vertente autônoma de responsabilização, que independe e por consequência difere do dano material e do dano moral. (PARRA, 2018)

A responsabilidade civil pelo dano estético resta na comprovação que mediante ação ou omissão de terceiro, a vítima tenha sofrido transformações em sua aparência, no caso em questão para pior e que atingem principalmente a autoestima do indivíduo. Não se pode deixar de salientar que esses danos podem vir a interferir na saúde da pessoa, causando assim prejuízos maiores. (PARRA, 2018)

Como bem assevera Rizzardo (2019) o dano estético nos dias atuais configura um dano muito maior que o meramente físico:

Diríamos que a aparência é de capital importância no sucesso de muitas profissões. Para a própria realização como pessoa, no lado humano, pessoal, psíquico e social, o porte, os traços fisionômicos, a simetria corporal e outras características significam o sucesso ou a frustração em muitos setores da vida. De modo que um indivíduo prejudicado no aspecto estético encontra maior dificuldade na subsistência em um mundo que se apega excessivamente a valores exteriores.

No que diz respeito a essa vertente de dano há que se fazer menção a linha tênue em que se encontra essa categoria.

Havia muita discussão no meio jurídico se o dano estético não seria juntamente com o dano a integridade física, uma subcategoria dos danos morais, afinal o abalo causado à vítima está ligado intimamente a sua subjetividade. Contudo a questão se encontra pacificada no sentido de sua diferenciação, esse foi o entendimento do STJ por meio de sua sumula 387 sendo, portanto lícito, cumular indenizações por danos morais e estéticos. (PARRA, 2018)

2.2 – Novos Danos:

Daqui em diante serão trazidos alguns exemplos de novos danos. Os bens tutelados pela legislação vigente hoje não se limitam mais apenas ao dano patrimonial e moral, mas abrangem uma série de outros elementos os quais o direito pode quantizar e responsabilizar, como será visto adiante.

2.2.1 - Perda de uma chance;

Apesar de hoje ser bem difundida na prática forense, a teoria da perda de uma chance ainda é alvo de controvérsias. A resistência na aceitação reside no quão difícil é comprovar o dano, por se tratar de probabilidade. Essa teoria é comumente aproximada dos danos eventuais, e estes não são passíveis de indenização. Contudo, a teoria abarca a reparação de danos em casos de nítida

inibição, por culpa alheia, de fato esperado pela vítima, privando-a de aferir um possível benefício consequente daquela ação (ou evitar determinada desvantagem). Assim, mediante uma expectativa frustrada, a vítima, por meio da teoria garante a reparação por conta do causador do dano. (FERRARA, 2016)

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu admitindo a teoria da “perda de uma chance”, REsp 1.291.247 - RJ, a saber:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" 3. **A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.** 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. **Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.** 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **(Grifo meu)**

À época de sua criação na França, a teoria basicamente indicava casos em que o ato ilícito retirava da vítima a possibilidade de conseguir uma situação futura melhor. Via de regra a perda de uma chance resta caracterizada quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece por completo a possibilidade de um evento que poderia vir a gerar benefício em favor da vítima, as situações determinadas pela vertente mais clássica da teoria são várias, como por exemplo, uma progressão na carreira, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, a perda da oportunidade de participar de um certame público, entre outros. (Cavaliere Filho, 2019)

Para que haja a reparação nos casos aplicáveis da teoria, a chance que se perdeu deve caracterizar um prejuízo, material ou não, resultante de um fato real e não hipotético. Faz-se necessário a observação de que o resultado favorável seria razoável e não uma mera possibilidade aleatória. Dessa forma tem-se que o bem jurídico aqui protegido pela teoria é a chance ou oportunidade certa e que foi perdida por uma intervenção de terceiro, e não o oportunismo, baseado numa mera eventualidade, vontade ou subjetividade de alguém. (Cavaliere Filho, 2019)

2.2.2 – Dano em ricochete

Consiste no prejuízo material ou imaterial que aflige indivíduos muito próximos ou dependentes da vítima. A título de exemplo tem-se um pai que por descuido de um segurança vem a perecer numa troca de tiros em um banco. A vítima direta foi o pai, que teve sua vida ceifada, entretanto seus filhos, ficaram à mercê dessa situação, e os danos sofridos pela vítima são refletidos nas vidas de seus dependentes uma vez que possivelmente o pai era parte do sustento do lar.

Desde que esse dano reflexo, ou ricochete seja certo, nada impede sua efetiva reparação.

Como bem exemplifica Pablo Stolze (2019), referenciando uma decisão do STJ, 4.^a Turma, REsp 399028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15-4-2002, p. 232, esse direito abarca a todo e qualquer indivíduo independente de idade ou estado:

O dano reflexo pode ser reconhecido até mesmo ao nascituro pela morte do pai, sendo que o fato de o nascituro não tê-lo conhecido em vida não é razão para se negar indenização. Imagine-se, por exemplo, um filho que não teve a oportunidade de conhecer o seu pai, assassinado ao tempo em que esse filho era um nascituro. O ato ilícito causador desse imenso dano moral (a perda de um pai) consumou-se enquanto o sujeito estava sendo “gestado” (nascituro). Nada impede que, posteriormente, possa vir a pleitear a respectiva indenização.

2.2.3 – Danos coletivos, difusos e a interesses individuais homogêneos.

Com a evolução da sociedade, ficou notório que a tutela de direitos individuais sozinha não é suficiente para manter a ordem e a paz social, dessa forma nascem os direitos transindividuais. A previsão bem como sua reparação encontra-se no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI, onde tais danos são colocados como direito básico do consumidor. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

Entretanto cabe salientar que a tutela desses direitos e interesses difusos, apenas se tornou possível mediante o reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico vigente, da coletividade de pessoas como sujeito de direito, mesmo que não se encaixe nos moldes clássicos da pessoa jurídica conhecida pelo direito. (Cavaliere filho, 2019).

Apesar de sua apresentação encontrar-se disposta no diploma consumerista, os danos coletivos não se restringem ao consumidor, nessa vertente temos o Superior Tribunal de Justiça que define a configuração do dano coletivo como aquele fato transgressor que ultrapasse a linha da razoabilidade bem como, da tolerância, sendo considerado grave o suficiente para gerar a intranquilidade social alterando assim o patrimônio da coletividade. (Gagliano, Pamplona Filho, 2019).

Um exemplo é o recente julgado do STJ, REsp 1.574.350-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 03/10/2017, no qual traz em seu

conteúdo a temática dos danos coletivos, e é caracterizada por dano que atinja a coletividade, a sociedade em si.

O STJ, entendeu que no caso em questão houve dano a saúde e ao bem estar coletivos pois o bem jurídico violado foi o direito ao trânsito seguro. Como bem colocado no recurso, no item quatro de sua ementa, o trânsito em condições seguras é um direito de todos e por consequência um dever de igual responsabilidade.

A empresa processada nos termos da Lei 7.347/1985 (lei da ação civil pública por danos ao meio ambiente, ao consumidor e outros direitos), teve uma média de uma infração a cada dois meses, totalizando 85 infrações em dez anos, e sempre pelo mesmo problema, excesso de peso, colocando em perigo a coletividade que transitava nas rodovias bem como o prejuízo patrimonial e ambiental, restando assim a comprovação probatória dos danos difusos.

Cabe ressaltar que o tempo também vem sendo tido por alguns doutrinadores (pioneiramente por Marcos Dessaune), como um bem passível de proteção jurídica, responsabilização civil e consequente indenização.

O autor desenvolveu a “teoria do desvio produtivo”, a qual aborda a relação entre as relações de consumo presentes na sociedade hoje, e o tempo desperdiçado para resolução de qualquer demanda relacionada à essas relações.

Contudo o tema será objeto de estudo no capítulo seguinte do presente trabalho.

CAPITULO III – TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Antes de entrar diretamente no assunto desvio produtivo do consumidor, há que se observar alguns aspectos como as relações econômicas existentes no meio social, além de outros aspectos inerentes ao consumidor e ao fornecedor.

3.1 – O tempo enquanto bem jurídico e a teoria do desvio produtivo do consumidor

É notório que a sociedade econômica é regida pela lei da oferta e demanda que em síntese preconiza que quanto mais escasso é o bem, maior tende a ser o seu valor.

O tempo é classificado também como um recurso produtivo necessário ao desempenho de qualquer prática ou atividade, e ainda que as pessoas almejem sempre mais deste recurso do que possuem, pode-se dizer mediante a aplicação direta da lei de oferta e procura, que o mesmo se encaixa na categoria de um bem em escassez em relação à demanda por ele existente. (Dessaune, 2017)

Ademais o tempo possui determinadas peculiaridades únicas, como a intangibilidade, a continuidade e a irreversibilidade, colocando-o numa posição de bem econômico primordial e muito provavelmente o bem mais valioso que cada pessoa possui em sua existência.

Marcos Dessaune, foi o criador da Teoria do Desvio Produtivo, e a desenvolveu entre os anos de 2007 e 2008 em sua conclusão de curso na faculdade de Direito.

O principal questionamento trazido pelo autor à luz do saber jurídico era:

Na atual sociedade consumerista, corriqueiramente o consumidor é levado a dispender de seu TEMPO para enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, e aos quais ele não deu causa. Essas situações fatídicas levam a configuração de dano extrapatrimonial ou apenas restam na orbita do mero dissabor? (Dessaune, 2017)

A partir desse questionamento a teoria ganhou vida. O referido autor ainda coloca alguns apontamentos que fundamentam sua tese a saber: o primeiro é de que o mau serviço prestado por um fornecedor e a furtividade do mesmo em resolver a contenda, induzem o consumidor a um estado de carência, no qual ele vai desviar suas atribuições, seu tempo e adiar seus afazeres, para assumir um ônus que não é seu e resolver a referida demanda.

O segundo ponto, é relacionado ao tempo enquanto bem particular de cada ser humano. Como bem colocado anteriormente o tempo é um recurso produtivo limitado (como o autor bem o coloca), não se pode recuperar um tempo desperdiçado, assim, sempre que o consumidor é forçadamente colocado nessa situação, sofre uma lesão.

Um terceiro e derradeiro apontamento é justamente sobre o dano que notoriamente, o consumidor ao suportar esse ônus, sofre de fato. Deste modo, aduz-se que a somatória desses apontamentos: um dano causado por um fornecedor que se esquivava da resolução, deixando o consumidor numa situação de desconforto e vulnerabilidade a incorrer em dano extrapatrimonial, de natureza existencial e que deve ser indenizável, transcendendo o mero dissabor ou o aborrecimento, percalço ou contratempo normal da vida de um consumidor, trata-se de um fato novo para o direito ao qual Dessaune (2017) nomeou de desvio produtivo do consumidor.

O autor demonstra que há uma relação entre consumidor e empresas, geralmente danosa para o consumidor, que funciona como fato gerador do desvio produtivo. O mencionado autor elucida que quanto maior o domínio do

conhecimento e maior o poder econômico, maior apresenta-se a intenção de obstrução da ordem jurídica para que haja benefícios econômicos diretamente relacionados a problemas de consumo.

Essa relação de subversão pouco é notada nas relações entre empresários autônomos e pequenas empresas com seus clientes, onde por muitas vezes acabam por não solucionar as demandas, por simples falta de preparo, desatenção e sem a intenção de obter vantagem indevida.

As grandes empresas por outro lado, na maioria das vezes imbuídas de má-fé, aproveitam-se da supremacia do mercado para resolver a sua própria maneira essas contendas consumeristas que em sua maioria são potencial ou efetivamente lesivas.

Perceba-se que esses grandes fornecedores ao se aproveitarem de sua prioridade no mercado para transferir para o consumidor o custo TEMPORAL, operacional e material de sanar o vício de seu produto ou serviço, o dano decorrente de um defeito ou consequência danosa de praticas abusivas em principio auferem lucro injustificado e extra, à custa do consumidor. (Dessaune, 2017)

O recurso produtivo de um ser humano é a faculdade do indivíduo em conhecer de algo, ou seja, o seu saber geral, suas competências, ou seja, habilidades/ saber-fazer, e ainda suas atitudes ou saber ser.

Mediante tais aspectos, quando o consumidor se depara com a situação desconfortável de mau atendimento, ou vício no produto, gerando assim um confronto com seu fornecedor, o mesmo é coagido por seu estado de carência a incorrer em um prejuízo extrapatrimonial que apresenta efeitos individuais e de potencial repercussão coletiva, enquanto o fornecedor faltoso, a princípio, obtém um lucro extra à custa de exploração abusiva do consumidor vulnerável. (Dessaune, 2017.)

Resta configurado, portanto uma lide no mercado de consumo onde de

um lado há um consumidor presumidamente leigo, carente e vulnerável e de outro lado, um fornecedor geralmente em posição de vantagem em termos econômicos/jurídicos/técnicos e ou informacionais.

Como bem acertado por Pablo Stolze (2019), o tempo deve ser analisado sob duas perspectivas, em sua dinâmica, ou seja, como um acontecimento de ordem natural e que pode ou não influenciar na esfera jurídica. E em sua natureza estática, como um valor, um bem passível de proteção jurídica.

Assim a teoria vem atestar e confrontar essa relação de problemas potencial ou efetivamente lesivos ao consumidor e que, ao invés de serem solucionados por aquele que deu causa, são transferidos à parte hipossuficiente da relação de consumo, para que a mesma o resolva, dispondo assim de seu TEMPO, e capacidades e que muitas das vezes não resultam em nada.

3.2 – Diferenciação do mero dissabor e do dano moral trazido pela teoria do desvio produtivo.

O direito define o mero dissabor como algo corriqueiro e cotidiano na vida dos indivíduos, o mesmo pode ser ainda denominado de aborrecimento, mágoa, ou por fim uma sensibilidade exacerbada. É tido que tais vertentes de percalço não integram a esfera do dano moral, haja vista que além do pressuposto da cotidianidade, não é algo duradouro, a ponto de causar uma ruptura à saúde psicológica do indivíduo. (Dessaune, 2017)

Faz-se necessária a diferenciação do instituto do dano moral e o mero dissabor. Ocorre que esse, diz respeito a aborrecimentos do cotidiano, situações em que abalam a psique do indivíduo, mas que não causam transtornos permanentes, enquanto aquela causa danos que ultrapassam essa linha limítrofe do mero aborrecimento, e possuem características como o grau de reprovabilidade da conduta ilícita e a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, entre outros aspectos.

Imperioso salientar que conforme dita Cavalieri Filho (2019), o dano moral hoje deve ser observado não mais como um dano que ocorre fora da esfera

pecuniária, mas sim à luz da carta magna, a qual colocou o indivíduo como centro das relações jurídicas. Deste modo o conceito básico de dano moral se dá de duas formas, em sentido estrito, sendo um fato violador dos bens inerentes a dignidade da pessoa Humana tutelados no art. 5º, e assegurados de reparação conforme incisos V e X, da carta magna de 88.

E de forma ampla pode ser conceituado como a violação de direitos inerentes a personalidade. Tartuce (2018) aponta ainda que em relação ao direito do consumidor, que se deve tomar cuidado quanto a interpretação em relação ao dano imaterial ou mero aborrecimento, senão vejamos:

Deve ser feito um aparte, notadamente a respeito dos danos morais, os danos imateriais que atingem direitos da personalidade do consumidor. Isso porque são comuns no Brasil as demandas frívolas, em que se pleiteia a indenização imaterial sem qualquer fundamento para tanto. Como bem decidido quando da III Jornada de Direito Civil, “O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material” (Enunciado n. 159 do CJP/STJ).

Todavia é válido trazer a luz desse estudo, que o desvio produtivo do consumidor, já não vem se encaixando na categoria de mero dissabor ou aborrecimento, uma vez que o consumidor tem que enfrentar uma série de desagradáveis experiências em busca da solução de suas contendas.

Cabe por fim ressaltar, que o desvio produtivo aplica efetiva lesão ao tempo do consumidor, colocado como um atributo da personalidade humana, merecedor de tutela e nesses casos em questão ao menos, de dano moral indenizável. (Dessaune, 2017)

3.3 – Entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Mediante toda elucidação sobre a teoria do desvio produtivo e seus aspectos até o presente capítulo, cabe trazer a análise, como o Tribunal de Justiça do estado de Goiás vem entendendo e aplicando a mesma nas suas decisões:

APELAÇÃO CÍVEL . AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DE REVISTA. COBRANÇA INDEVIDA. **ABUSIVIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO.** RESPONSABILIDADE OBJETIVA. **TEORIA DO TEMPO LIVRE E DESVIO PRODUTIVO. REITERADOS TRANSTORNOS** AO LONGO DE 02 ANOS. ATO ILÍCITO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. 1. A renovação automática de assinatura de revistas, mediante imposição de débito em conta ou desconto em cartão de crédito, **sem o prévio consentimento do cliente, configura abusividade (art. 39, III, CDC), dando ensejo ao dano moral.** 2. A Teoria da Perda do Tempo Livre (ou Desvio Produtivo do Consumidor) vem resgatar o respeito que, especialmente, fornecedores de serviço deixam de observar, não se permitindo que o Poder Judiciário se faça de ouvidos moucos aos reclamos que fogem do justo e do razoável, tal como a situação em que o consumidor sofreu de **reiterados transtornos** com a cobrança indevida ao longo de dois anos, tendo que constantemente buscar meios para solucionar problema que não causou. 3. Circunstância que, na espécie, **traduz mais do que mero aborrecimento**, pois presentes os requisitos legais (ato ilícito, dano e nexos causal), resta configurado o dano moral. 4. O montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) atende, in casu, às premissas do instituto do dano moral (razoabilidade, proporcionalidade, caráter pedagógico e punitivo), sendo suficiente para promover a reparação pelo transtorno causado sem, contudo, ocasionar enriquecimento ilícito por parte do autor. 5. Sentença de procedência parcial reformada para acrescentar a condenação pelo dano moral e alterar o ônus da sucumbência. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. (TJGO, **Apelação (CPC) 5415178-58.2017.8.09.0051**, Rel. **MARCUS DA COSTA FERREIRA**, 5ª Câmara Cível, julgado em 01/07/2019, DJe de 01/07/2019) (Grifo meu)

No julgado acima transcrito, o consumidor vinha sofrendo há cerca de dois anos com atitudes abusivas por parte do fornecedor de serviços, Editora Abril, que contratou para receber revistas em sua residência. Ocorre que mesmo depois do pedido de cancelamento, as renovações continuaram acontecendo juntamente com os descontos em seu cartão de crédito, causando-lhe assim transtornos.

O juízo *ad quem* comungou do pensamento da crescente doutrina, ao entender que a questão enfrentada pelo consumidor para a resolução de suas contendas deixou a esfera do mero aborrecimento e adentrou na seara dos danos morais.

Também, no julgamento da apelação nº 5381266.70.2017.8.09.0051, a Corte Estadual manteve a condenação do fornecedor a indenizar o consumidor que ao efetuar o pagamento das compras no Supermercado Bretas, teve o valor debitado duas vezes.

A cliente ao se deparar com o ocorrido por meio de sua fatura no mês seguinte retornou ao mercado para tentar a restituição do valor cobrado indevidamente. O fornecedor se recusou a solucionar a problemática por suas vias administrativas, causando o transtorno ao cliente de resolver a demanda. Assim após incontáveis tentativas de resolução do problema de forma infrutífera, decidiu a consumidora ajuizar ação contra o mercado.

A demanda ajuizada visava tanto a restituição material, decorrente da cobrança indevida, quanto moral, vez que a situação se tornou vexatória e constrangedora. Conforme colocado anteriormente a primeira instância julgou procedente a inicial, levando a parte ré a entrar com a presente apelação na corte estadual. Após a análise do recurso a 2ª turma decidiu por manter a sentença proferida pelo juiz a quo condenando ao pagamento de cinco mil reais a título de danos morais, visto que a relação danosa foi causada pelo fornecedor, como bem coloca a própria jurisprudência do tribunal:

“(…) Tratando-se de relação consumerista, afigura-se inegável a legitimidade e a existência de

responsabilidade solidária e objetiva de todos que tenham contribuído, de qualquer forma, para eventuais danos experimentados pelo consumidor. (...) Apelações conhecidas e parcialmente providas. ” **(TJGO, 6º CC, Apelação nº 0280984.17.2019.8.09.0051, Rel. Des. Jeová Sardinha de Moraes, DJe de 25/04/2019)**

Outro fato levado em conta na decisão foi o descaso do Apelante que apenas tomou alguma providencia quando foi citado da ação movida em seu desfavor, portanto somados os transtornos e aborrecimentos gerados pela cobrança indevida, bem como o constrangimento sofrido em decorrência do mesmo, há a transcendência do mero dissabor, apto a configurar o dano moral passível de indenização.

Nesta mesma linha de raciocínio a Corte de Convergência, acolheu a teoria do desvio produtivo do consumidor em 2017, no julgamento do REsp1.634.851, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. No recurso, foi citada de forma pioneira a obra de Marcos Dessaune e foi acenado o reconhecimento da responsabilidade pela perda injusta e intolerável do tempo útil pelo consumidor.

A julgadora, na ocasião, pontuou que:

A modernidade exige soluções mais rápidas e eficientes, e o comerciante, porque desenvolve a atividade econômica em seu próprio benefício, tem condições de realizá-las! Assim, não é razoável que, à frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, 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.

[...]

Toda essa dinâmica que se revela na prática, portanto, demonstra que a via-crúcis a que o fornecedor muitas vezes submete o consumidor vai de encontro aos

princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), além de configurar violação do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). **(STJ-REsp: 1634851RJ 2015/ 0226273-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de publicação: DJe 15/02/2018)**

Recentemente, A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, aplicou a teoria do desvio produtivo ao condenar um banco a pagar R\$ 200 mil de indenização por danos coletivos por não cumprir parâmetros estabelecidos em lei para atendimento ao consumidor.

Esta é a primeira decisão colegiada que aplica a teoria desenvolvida pelo advogado capixaba Marcos Dessaune. A tese, que já havia sido aplicada em ao menos 13 decisões monocráticas no STJ, garante indenização por danos morais a clientes pelo tempo desperdiçado para resolver problemas gerados por maus fornecedores.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. **DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC.** FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. **TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR.** DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. **Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao**

oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.7. **O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.**8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.9. **Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida**

optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.¹⁰. Recurso especial provido. (REsp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019) (grifo meu)

No caso em tela, o banco foi chamado à lide por ação interposta pela defensoria pública de Sergipe que pediu sua condenação pelo não cumprimento de regras de atendimento presencial em suas agências, relacionadas ao tempo de espera e disponibilização de sanitários e assentos para pessoas com dificuldade de locomoção.

A primeira instância condenou o banco a títulos de danos morais no valor de duzentos mil reais, e ordenou que os problemas apresentados fossem resolvidos, entretanto, após recurso, o tribunal entendeu não haver o referido dano. A defensoria então recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, pedindo a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor.

Em seu voto, a ministra Nancy Andrichi, elucidou que, a proteção a injusta perda do tempo útil do consumidor ocorre pelo desrespeito voluntário das garantias legais, com o único intuito de auferir mais lucro em detrimento da queda de qualidade no serviço. A instituição financeira citada resolveu por não adequar sua prestação de serviços aos padrões de qualidade previstos tanto na legislação municipal quanto a legislação federal, colocando a sociedade numa situação de impotência, ao ver seu tempo desperdiçado gerando uma violação grave, e que ultrapassa o mero dissabor.

Seguindo o voto da ministra relatora, a 3ª turma reestabeleceu a sentença condenatória, no valor de duzentos mil reais a título de danos coletivos.

Deste modo não é exagero concluir que a teoria do desvio produtivo já se encontra num patamar de realidade no meio jurídico, de forma que ele possui ampla

aplicação nos tribunais regionais do Brasil, e no que tange a instancias superiores, possui ainda aplicação em poucos casos concretos, mas vem sendo cada vez mais difundida, como meio de proteção ao consumidor e ao bem mais precioso que cada indivíduo possui, o tempo.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou a conclusão de que a evolução do direito ocorreu por meio das relações jurídicas existentes na sociedade contemporânea e trouxeram modificações, atualizações, para que melhor pudessem atender a demanda judiciária crescente e seus novos desafios. Nesse sentido, o aludido estudo buscou de forma incisiva, trazer os principais aspectos da teoria apresentada, e como ela impacta o meio jurídico nos dias atuais.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil anteriormente restringida a danos patrimoniais e extrapatrimoniais, passou a abarcar algumas novas espécies de danos, entre estes surge a responsabilidade pelo tempo perdido do consumidor.

Desenvolvida pelo autor Marcos Dessaune, a teoria mostra que o tempo despendido pelo consumidor na resolução de demandas as quais não deu causa merece ser indenizado, e nesse sentido após análise jurisprudencial, nota-se que os tribunais já vêm adotando esse entendimento em seus julgados.

Os objetivos outrora elencados foram alcançados com louvor, de forma que a priori se buscou conhecer da história e evolução do Direito civil, e em seguida pode-se adentrar os campos dos danos já conhecidos e iniciar uma fase cognitiva dos chamados novos danos, chegando assim ao ápice deste trabalho, que é a análise da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e sua aplicabilidade no judiciário dos dias atuais.

A teoria ingressou no âmbito jurídico recentemente de modo que O Tribunal De Justiça vem acolhendo desde 2017 o pensamento em suas decisões,

reconhecendo que o tempo é um bem, assim como tantos outros, patrimônio, psique, e assim, na atual sociedade, onde as pessoas necessitam cada vez mais desse bem, ele merece atenção e proteção por parte do judiciário brasileiro.

Dada à importância do tema, torna-se cada vez mais importante o estudo do Direito como um todo, para que as partes envolvidas em qualquer relação jurídica saibam de seus direitos, e entendam que toda ação gera uma consequência e pode ser passível de responsabilização. Fica assim aberta a janela para futuros estudos e aprofundamentos na área.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alzenira de. Direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana. In - **Migalhas**. Junho de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260646,11049-Direito+ao+esquecimento+e+a+dignidade+da+pessoa+humana>. Acesso em: 03 set. 2019.

BENACCHIO, Marcelo. GUERRA Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. Vários autores.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 Out. 2019

BRASIL. **Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.291.247 – RJ**. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Publicado no DJe de 01/10/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF. Acesso em: 23 Set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.574.350 - SC**. Tráfego De Veículos De Carga Com Excesso De Peso. Proteção Da Saúde E Segurança Das Pessoas E Consumidores, Assim Como Do Patrimônio Público E

Privado. Danos Materiais E Morais Coletivos. Relator Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJe de 06/03/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613734&num_registro=201503154584&data=20190306&formato=PDF. Acesso em: 23 Set. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 1.737.412 – SE.** Tempo de atendimento presencial em agências bancárias. Dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Publicado no DJe de 08/02/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF. Acesso em: 26 Out. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 1634851 – RJ 2015/0226273-9.** Ação Civil Publica. Vício do Produto. Reparação em 30 dias. Responsabilidade Objetiva do comerciante. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Publicado no DJe de 15/02/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num_registro=201502262739&data=20180215&formato=PDF. Acesso em 04/11/19

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Apelação cível nº 5415178.58.2017.8.09.0051.** Renovação automática de revista. Cobrança indevida. Abusividade. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Teoria do tempo livre e desvio produtivo. Reiterados transtornos ao longo de 02 anos. Relator: des. Marcus da Costa Ferreira. Publicado no DJe de 01/07/2019. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=99921100&hash=36626936505085075481802286850067757926&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 26 Out. 2019

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Apelação cível nº 5381266.70.2017.8.09.0051.** Repetição em dobro do indébito c/c pedido de indenização por danos material e moral. Cobrança em duplicidade. Danos morais

configurados. Teoria do desvio produtivo do consumidor. Relator: Juiz Fernando de Castro Mesquita. Publicado no DJe de 19/06/2019. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=99287262&hash=191888629490238489162180348164175761462&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 31 Out. 2019

CABRERA, Pierina Andrea Aimone. Direito ao esquecimento na internet: Uma comparação entre as legislações do Brasil e Chile. In - **stf.jus.br** 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf>. Acesso em: 06 set. 19

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade** – 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

Dessaune, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada – 2. Ed. ver. E ampl. – Vitória, ES: [s.n], 2017.

FERRARA, Gabrielle Gazeo. Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. In – **Migalhas**. Setembro de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em: 02 set. 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito, **Manual de direitos do consumidor**. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

Flavio tartuce- TATURCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil.** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Roberto, Carlos. **Responsabilidade civil** 17^a ed. – São Paulo. Saraiva, 2016.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** – 13. Ed - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARRA, Laiz de Moraes. Responsabilidade civil e dano estético. In - **direito.net** Julho de 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10786/Responsabilidade-civil-e-dano-estetico>. Acesso em: 02 set. 2019.

PEDROSA, Skendell. Diferença entre negligência, imprudência e imperícia - In: **JusBrasil.** Janeiro de 2015. Disponível em: <https://skendell.jusbrasil.com.br/noticias/159520942/diferenca-entre-negligencia-imprudencia-e-impericia>. Acesso em: 09 jun. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TATURCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual.** – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral** – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZIPPELLIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito;** Tradutora: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

