

**A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR ENQUANTO TUTELA
DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PARA FINS DE
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Priscila Lima dos Santos

Centro Universitário Fametro - Unifametro
priscilalsantos@gmail.com

Patrícia Lacerda de Oliveira Costa

Centro Universitário Fametro - Unifametro
patricia.lacerda@professor.unifametro.edu.br

Erich Fabricio Felizola Rocha

Centro Universitário Fametro - Unifametro
acad.o2fitness@hotmail.com

Tiago Silva de Oliveira

Centro Universitário Fametro – Unifametro
thg.oliveira@bb.com.br

Título da Sessão Temática: Constituição, Cidadania e Efetivação de Direitos

Evento: VII Encontro de Iniciação à Pesquisa

RESUMO

A responsabilidade civil pela perda do tempo, ou desvio produtivo do consumidor caracteriza-se pela sanção a ser aplicada ao fornecedor face ao tempo despendido pelo consumidor para resolver problemas advindos de falhas acarretadas pelo próprio fornecedor. Diante deste cenário de incertezas no atendimento das demandas do consumidor, indaga-se se a perda do tempo existencial do consumidor representa concretamente um dano indenizável capaz de acarretar a responsabilização civil do fornecedor. Sendo assim, objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor enquanto dano existencial autônomo. Para tanto, tem-se como objetivo específico I – compreender os pressupostos legais ensejadores da responsabilidade civil resultante das relações de consumo; II – identificar os fundamentos legais que consubstanciam a aplicação da tutela do tempo segundo os tribunais pátrios. No tocante ao caminho metodológico percorrido, trata-se de pesquisa bibliográfica e explicativa, cuja análise de dados é qualitativa e que teve como instrumentos de pesquisa o levantamento de artigos científicos, trabalhos de monografia disponibilizados em bibliotecas virtuais, lei, jurisprudência e doutrina. Concluiu-se que o dano existencial, a partir da teoria do desvio produtivo do consumidor, aplicado pela jurisprudência pátria como mais uma modalidade de dano moral, não condiz com o caráter específico que se visa proteger com a referida tutela podendo assim tornar ineficaz referida proteção.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Desvio Produtivo do Consumidor. Dano

Existencial. Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

O Direito do Consumidor, trata-se de um direito privado, porém com função social de proteção à pessoa em face dos desafios de uma sociedade massificada. Enquanto as relações de consumo têm funções particulares como a circulação de riquezas, entre outras; a função social do direito do consumidor deve necessariamente envolver o reconhecimento deste enquanto vulnerável dentro da sociedade de consumo atual, buscando prevenir e reparar danos, resultando, por sua vez, em grandes mudanças no disciplinamento civil.

Quanto às espécies de danos que podem decorrer de uma relação de consumo, têm-se que os mesmos são subdivididos em duas espécies quais sejam a lesão antijurídica de caráter patrimonial e a lesão de caráter extrapatrimonial

No tocante aos danos extrapatrimoniais, o mesmo possui duas subdivisões quais sejam o dano moral e o dano existencial. No que se refere ao dano moral tem-se do entendimento legal e doutrinário que sua raiz consiste na ofensa a direitos personalíssimos bem como aos direitos de personalidade da pessoa humana. Traduzindo nas palavras de Brianezi (2015), o dano moral trata-se de lesão a direitos que atingem o campo da personalidade da pessoa como a intimidade, vida privada, honra ou imagem. Ainda nesse sentido, leciona Cavalieri (2014, p.109):

(...) o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza, e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

No entanto, quanto se adentra na seara do dano existencial, a lesão agride direitos que atingem a dignidade da pessoa humana que acabam por gerar um vazio existencial à vítima. Segundo Mattos *et al* (2016) no Brasil, o entendimento acerca do dano existencial enquanto modalidade de dano extrapatrimonial é recente. Ao citar Frota (2013), transcreve mencionado autor que as:

(...) noções fundamentais sobre o dano existencial menciona que o dano existencial constitui uma espécie de dano imaterial, que acarreta à vítima a impossibilidade total ou parcial de executar, prosseguir ou dar

prosseguimento ao seu projeto de vida, diz ainda o autor que essa impossibilidade pode se dar nas mais diversas dimensões, familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional, profissional, etc.

Marcos Dessaune (2017), ao tratar do tema, aponta o dano temporal decorrente das relações de consumo como sendo espécie de dano existencial. Conforme o autor:

(..) enfrentar fila demorada numa agência bancaria, especialmente naquelas em que, dos cerca de 10 guichês existentes, somente dois ou três caixas estão abertos para atendimento ao público;
(...) . telefonar para o SAC de um fornecedor que transfere o consumidor de um atendente para o outro ou interrompe subitamente a ligação, fazendo-o repetir a mesma história e assim dificultando ou frustrando o objetivo do consumidor de cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo de pedir novas providências acerca de um produto ou serviço com falha renitente mas repetidamente negligenciada(...).(DESSAUNE, 2017, págs. 68 – 69).

A defesa do tempo ou desvio produtivo, enquanto bem jurídico, bem econômico a ser defendido pelo Estado se mostra bastante pertinente quando se encara esse tempo enquanto parte da existência da pessoa humana e, portanto, qualificado como finito, irrecuperável e inalterável. Trata-se, por sua vez, de dano de natureza autônoma e que, por tal caráter, deve ser analisado e sancionado independentemente do reconhecimento do dano moral porventura advindo da relação de consumidor analisada.

Sendo assim, objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor enquanto dano existencial autônomo. Para tanto, tem-se como objetivo específico I – compreender os pressupostos legais ensejadores da responsabilidade civil resultante das relações de consumo; II – identificar os fundamentos legais que consubstanciam a aplicação da tutela do tempo segundo os tribunais pátrios.

METODOLOGIA

No tocante ao caminho metodológico percorrido, trata-se de pesquisa bibliográfica e explicativa, cuja análise de dados é qualitativa e que teve como instrumentos de pesquisa o levantamento de artigos científicos, trabalhos de monografia disponibilizados em bibliotecas virtuais, lei, jurisprudência e doutrina.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para fins de compreensão acerca do posicionamento dos tribunais pátrios sobre a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor, optou-se pela realização de consulta pública junto ao site de busca jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça uma vez que suas decisões são uma rica fonte para entendimento do tema.

Da consulta realizada buscou-se analisar os três últimos julgados publicados que envolviam a matéria objeto da presente pesquisa. A escolha dos referidos julgados se justifica pela contemporaneidade dos mesmos, conforme dispõe o quadro resumo abaixo:

Quadro resumo de decisões analisadas	
Decisão nº 01	
Recurso	Recurso Especial – REsp 1763052
Ministro relator	Moura Ribeiro
Data da publicação	27/09/2018
Querela	Fornecedor efetivou bloqueio de cartão de credito da consumidora sem que a mesma fosse previamente avisada acarretando constrangimento à mesma.
Decisão nº 02	
Recurso	AREsp 1167382
Ministro relator	Paulo de Tarso Sanseverino
Data da publicação	17/09/2018
Querela	Expedição intempestiva de diploma de conclusão de nível superior acarretado por retardo no pedido de credenciamento do curso por parte de instituição.
Quadro elaborado pelo autor	

A primeira decisão objeto de análise trata-se de Recurso Especial – REsp 1763052, de relatoria do ministro Moura Ribeiro com publicação em 17/09/2018. Conforme consta do relatório elaborado pelo citado ministro, a consumidora ajuizara ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória em desfavor das promovidas LOJA GRIPPON LTDA (GRIPPON) e VALIDATA MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA (VALIDATA). A querela decorreria do fato das promovidas terem efetivado o bloqueio do cartão de crédito da consumidora sem que a mesma fosse previamente avisada, acarretando-lhe constrangimento. Em sede de recurso, foi alegado pelos recorrentes que:

(...) não obstante a determinação constante da sentença no sentido de que deveria desbloquear o cartão de crédito da autora-recorrida, aquela informou não ter condições de fazê-lo por não atuar mais nesse ramo, tendo tomado todas as medidas para comunicar a parte acerca do cancelamento do cartão, inclusive mediante ata notarial, divulgação em seu endereço eletrônico e inserção nas faturas, além de não haver que se aventar a existência de prejuízos causados à parte autora, porquanto sequer houve condenação a reparar os alegados danos morais.(STJ, 2018,online)

Segundo relatado pelo Ministro Moura, a corte de origem, dentre outros pontos, reconheceu que a questão se tratava de hipótese de ocorrência de desvio produtivo do consumo, assim definido:

(...) como a situação caracterizada quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento em sentido amplo precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irreversível (...) (STJ, 2018, ONLINE)

Inobstante referido recurso especial não tenha sido conhecido por falta de prequestionamento, tem-se por relevante a constatação de que o dano resultante do reconhecimento do desvio produtivo do consumidor estaria caracterizando situação passível de reparação, porém a título de dano moral e não como dano existencial autônomo. Nesse sentido segue transcrição do julgado:

Em outra perspectiva, 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, *in verbis*:

(...)

O desserviço praticado pela Apelante prejudica a prática dos atos da vida civil e provocam aborrecimentos que superam os do cotidiano, configurando dano moral, gerando obrigação de indenizar, independentemente de prova atinente a prejuízo material, pois se trata de dano *in re ipsa*, com fulcro no artigo 186 e 927, do CC, c/c artigo 5, X, da CFRB. (STJ, 2018,ONLINE)

O segundo julgado analisado refere-se ao AREsp 1.167.382 - SP (2017/0228499-0) de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, publicado em 17/09/18. O objeto do litígio consiste nos alegados danos que a autora entende ter suportado pela falta de diligência da instituição de ensino quando do pedido de reconhecimento do curso. Segundo a autora, tal demora, por sua vez, resultou na não expedição do diploma de graduação no prazo previsto. Nesse sentido segue abaixo colacionado, Ementa do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DEVER LATERAL - BOA-FÉ OBJETIVA - FRUSTRAÇÃO DO CONTRATO - INDENIZAÇÃO MORAL - PERDA DA CHANCE REPELIDA - CARÊNCIA DE SERIEDADE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. (STJ, 2018, ONLINE)

Ao fundamentar a decisão, o tribunal condena a promovida no pagamento, a título de dano moral, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Por sua vez, apreende-se da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo – colacionada no relatório do citado agravo, que os referidos danos morais são fundamentados na teoria do desvio produto do consumidor, nos seguintes termos:

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 inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. 'Quantum' arbitrado de acordo com a extensão do dano e paradigmas jurisprudenciais, artigo 944, do Código Civil; (STJ, 2018, ONLINE)

Das decisões acima colacionada é possível abstrair que para o Tribunal, a condenação com base na teoria do desvio produtivo do consumidor encontra-se na seara do dano moral, não sendo emitido qualquer parecer que albergue a incidência do reconhecimento da teoria do dano existencial autônomo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do Desvio Produtivo do Consumidor afirma que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, na qualidade de existencial autônomo.

Ocorre que ao analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça, constatou – se que inobstante tenha havido um importante avanço no tocante ao reconhecimento e fortalecimento da tese, tribunais pátrios não vêm reconhecendo a natureza autônoma do referido dano, mas sim como mais um viés do dano moral.

Percebe-se através do presente estudo que a diferenciação entre danos extrapatrimoniais e dano moral faz-se bastante necessária e que embora considerados semelhantes por alguns doutrinadores brasileiros, esses danos tutelam direitos diferentes. Sendo assim, a confusão entre tais institutos não condiz com o caráter específico que se visa proteger com a referida tutela podendo assim tornar ineficaz a proteção integral do consumidor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/10/2018.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 20/10/2018.

BRIANEZI, Katy. **Dano existencial x dano moral**. Disponível em <<https://katybrianezi.jusbrasil.com.br/noticias/268067168/dano-existencial-x-dano-moral>>. Acesso em: 17 de novembro de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 93-95; 153-154; 540-589.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. rev. e atual. Espírito Santo: [s.n.], 2017, págs. 227- 228.

MATTOS, Henry Morgan Lima, *et al.* **O dano existencial como indenização extrapatrimonial autônoma**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/53069/o-dano-existencial-como-indenizacao-extrapatrimonial-autonoma>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: **AREsp 1274334 / SP**. Relator: Ministro Maria Isabel Gallotti. DJ: 27/08/2018. Jusbrasil. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617979716/agravo-em-recurso-especial-aresp-1274334-sp-2018-0078610-7?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1763052 / RJ**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. DJ: 27/09/2018. Jusbrasil. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631071926/recurso-especial-resp-1763052-rj-2018-0222077-1> >. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: **AREsp 1167382 / SP**. Relator:
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 17/09/2018. Jusbrasil. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626332654/agravo-em-recurso-especial-arep-1167382-sp-2017-0228499-0>>. Acesso em: 03 nov. 2018.