



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DANO MORAL PUNITIVO: A RELAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COM A
TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Aline Santos Collares

Rio de Janeiro
2019

ALINE SANTOS COLLARES

DANO MORAL PUNITIVO: A RELAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COM A
TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

DANO MORAL PUNITIVO: A RELAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COM A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Aline Santos Collares

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada.

Resumo – as relações de Direito do Consumidor se apresentam de formas complexas e, por isso, intrigantes. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, as relações de consumo se transformam para se adaptar às novas condições e valores morais. Cada vez mais se percebe que as relações consumeristas precisam de uma proteção maior, sob pena de os consumidores, partes hipossuficientes, sofrerem danos cada vez maiores. A essência do trabalho é abordar esses danos, verificar a relevância da proteção e apontar qual a melhor forma de regulamentar essas relações. Existe a previsão de indenizar o consumidor por dano moral, entretanto, não existem condições objetivas que devem ser cumpridas para fazer jus à indenização. Essa situação faz com que as decisões judiciais sobre o tema sejam subjetivas e dependam dos critérios de avaliação de cada julgador, o que ameaça a segurança jurídica. Esse trabalho buscou analisar quais parâmetros poderiam ser adotados pelo julgador na apreciação do tema, concluindo-se que o dano efetivamente sofrido deve ser a principal referência para decidir.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Dano Moral Punitivo. Mero Aborrecimento. Teoria do Desvio Produtivo.

Sumário – Introdução. 1. A violação do direito subjetivo e a possibilidade jurídica do dano moral punitivo. 2. O surgimento da “indústria do mero aborrecimento”. 3. Aplicação da Teoria do Desvio Produtivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do dano moral punitivo no ordenamento pátrio e as questões acerca do mero aborrecimento, que pode ser considerado como o descumprimento de dever legal ou contratual, que não atenta contra a dignidade da parte. O objetivo do presente estudo é identificar se condutas corriqueiras das empresas prestadoras de serviço ensejam dano moral em razão de violação a direitos da personalidade, como a honra e a imagem, e à dignidade da pessoa humana.

As constantes ações indenizatórias por falhas de prestação de serviço fizeram com que diversos julgados aplicassem a teoria do desvio produtivo, ou seja, o tempo que o cliente desperdiça para solucionar problemas gerados pela má prestação do serviço. Diante dessa insatisfação notória, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Rio de Janeiro – OAB/RJ provocou o cancelamento da Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, e esse, por sua vez, já possuía decisões no sentido de afastar sua

aplicação, uma vez que beneficia quem cometeu o dano, pois a conduta lesiva acaba por compensar financeiramente, constituindo a chamada “indústria do mero aborrecimento”.

O dano moral assumiu importante papel na atual sociedade, de sorte que a sua ausência pode impossibilitar a proteção do indivíduo em seus direitos básicos, uma vez que muitos direitos da personalidade são violados em todas as relações consumeristas.

Dessa forma, os danos gerados pela atuação irresponsável dos prestadores de serviço é fenômeno inerente às sociedades de massa. O dano moral e a proteção de direitos da personalidade, portanto, deve ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo.

O trabalho enfoca a temática do dano moral punitivo nas relações de consumo, ou seja, da necessidade de se punir as prestadoras de serviço com uma indenização em patamar elevado com o objetivo de coibir a prática de condutas violadoras dos direitos da personalidade do consumidor, o que virou um problema estrutural, que cada vez mais vem afetando um número acentuado de consumidores, pessoas físicas de boa-fé, o que caracteriza uma verdadeira deformação da função social do contrato.

No primeiro capítulo, discute-se até que ponto se pode dizer que as práticas adotadas pelos fornecedores de serviço, tanto na fase pré-contratual, quanto na fase contratual, caracterizam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O segundo capítulo questiona se é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que o aumento sem precedentes de consumidores em situação de violação de direitos da personalidade deixa de ser um problema individual e meramente patrimonial e passa a ser uma questão social, econômica e jurídica que evidencia a necessidade de tutela do Judiciário por meio de ações como a fixação de indenização em patamar elevado como forma de repressão.

O terceiro capítulo pesquisa se, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do consumidor, mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que se refere à criação de uma lei específica que prevê a indenização pelo desvio produtivo, ou seja, o tempo que o cliente desperdiça para solucionar problemas gerados pela má prestação do serviço, de forma a coibir a “indústria do mero aborrecimento”, ou se as regras gerais presentes no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) – CDC são suficientes para garantir a tutela almejada.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador se posiciona elegendo um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita

serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Ademais, traz sua fundamentação baseada em correntes existentes sobre o tema.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, pois o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A VIOLAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO E O DANO MORAL PUNITIVO

A Constituição Federal de 1988 – CRFB/88¹ prevê, em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, preceito fundamental do nosso sistema jurídico, que tem status de cláusula pétrea. Esse princípio constitui o fundamento para a reparabilidade do dano moral, que teve seu conceito profundamente transformado no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o aumento da proteção concedida aos direitos individuais.

A partir desse princípio, constata-se que o homem detém um conjunto de “direitos existenciais”, que são denominados direitos da personalidade (personalíssimos) e, com o advento do Código Civil de 2002 – CC/02², verifica-se um deslocamento do núcleo de valores fundamentais, deixando a proteção à propriedade privada e à família e erigindo os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana (e seus subprincípios) como essenciais nas relações privadas.

Assim, pode-se conceituar o dano moral como ofensa a uma categoria de interesses ou direitos da personalidade, a violação do direito à dignidade em si, e ele visa reparar os danos a tais direitos. Esses direitos da personalidade são bens personalíssimos do homem, como a vida, a integridade física, a liberdade, a saúde, a honra (objetiva e subjetiva), a imagem, a intimidade, o nome, entre outros, pois constituem rol exemplificativo, e sua reparação está prevista no art. 5º, incisos V e X da CRFB/88³. A igualdade, a liberdade, integridade psicofísica e a solidariedade são subprincípios da dignidade humana e qualquer comportamento capaz de gerar lesão a eles já é suficiente para configurar dano moral.

Ressalta-se que a ocorrência do dano moral se dá independente de uma reação

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

² Idem. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

³ Idem, op. cit., nota 1.

negativa por parte da vítima, de um sentimento vexatório, bastando que ocorra uma real lesão, um comportamento danoso, sendo inaceitável definir o conceito jurídico de dano moral de acordo com o estado anímico ou espiritual da pessoa, como a dor (física ou moral), a tristeza, a angústia, a amargura, o sofrimento, o vexame, a humilhação, a vergonha, ou qualquer outro elemento negativo que pode ser vivenciado pelo ser humano. Essas impressões psíquicas podem representar, no máximo, repercussão, consequência da lesão, resultado do dano.

Nesse sentido, o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho⁴ também relaciona o dano moral ao princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

O maior equívoco é vincular a caracterização do dano extrapatrimonial com a presença obrigatória de sentimentos anímicos, tendo em vista que muitos direitos da personalidade, como a honra objetiva (reputação) ou a imagem, não precisam estar acompanhados de sentimento de dor para serem reconhecidos. Não será o sofrimento humano ou a situação de constrangimento, perturbação ou transtorno que ensejará a reparação, mas a situação que afetar a dignidade humana pela violação de direitos da personalidade, não podendo ser considerada um dissabor do dia a dia.

A compreensão desse tema também se mostra relevante em relação à prova do dano moral, pois alguns magistrados deixam de reconhecê-lo, pois ficam preocupados em descobrir aspectos psicológicos, que não são a causa do dano. O magistrado deve verificar o dano moral como consequência automática de qualquer lesão a direitos da personalidade, ou seja, a simples violação de um direito extrapatrimonial é razão jurídica para fazer surgir o dever de indenizar.

A partir dessa valoração dada ao indivíduo, o ser humano passou a ter um valor moral imensurável, maior que qualquer valor pecuniário. Esse valor é tão importante, que a doutrina o conceituou com a característica da indisponibilidade. Desse modo, esse dano não pode ser reparado, apenas compensado, pois não é suscetível de avaliação pecuniária. A lesão sofrida não é material, palpável, por isso não pode ser mensurada, apenas construída por meio de uma abstração, analisando as características do caso concreto, como capacidade econômica do autor do dano, uma vez que não traz repercussão direta no patrimônio do indivíduo.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.

Cabe destacar que o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe, também, o entendimento de que as relações jurídicas envolvem, em diversas situações, polos vulneráveis, indivíduos que, naquela situação específica, encontram-se em posição de fragilidade e, por isso, merecem maior proteção para que possam lidar com equidade em relação a um interlocutor de maior poder, como uma grande empresa, por exemplo.

Essa realidade levou o judiciário a buscar soluções para frear o crescente desrespeito aos direitos individuais, não permitindo que impunidades prosperassem, surgindo, assim, na doutrina e na jurisprudência a compensação por dano moral com caráter punitivo, pedagógico, sócio-educativo, compensatório (retributivo-preventivo).

O dano moral, em que pese haver controvérsia existente em sede doutrinária⁵, não se dirige apenas à compensação relacionada à extensão do dano (próprio do dano material), nem tão pouco à satisfação referente à pessoa da vítima. A função punitiva se dirige à pessoa do causador do dano, a fim de prevenir e impedir a reiteração de comportamentos lesivos futuros. A finalidade é desestimular o autor do dano para o cometimento de novos fatos ilícitos, de forma que o grau da punição ocorra sempre de acordo com as condições financeiras do ofensor.

O caráter punitivo deve ser reconhecido sempre que o comportamento do ofensor for reprovável, culminar na obtenção de lucro indevido pelo seu agente, ou for decorrente de conduta ilícita repetitiva, surgindo, assim, o dano moral com uma dupla função. Ainda, a indenização punitiva tem que ser interpretada como tendo uma função coercitiva, ou seja, buscar não apenas punir, mas ser uma sanção coercitiva, que busca desestimular que tanto o ofensor quanto outras pessoas venham a perpetrar o mesmo tipo de comportamento. O que se busca com o caráter sócio-educativo é combater a reiterada prática de ilícitos, principalmente nas relações consumeristas.

A doutrina defende que, para a aplicação do dano moral de caráter punitivo, deve o julgador arbitrá-lo dentro das possibilidades econômicas do ofensor⁶, não podendo ser ínfima, de forma que o agente não se importará em repetir o comportamento que se pretende combater, nem suficientemente alta para levar à ruína aquele que deu causa ao dano.

⁵ “Os critérios que não devem ser utilizados são aqueles próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa...”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 332.

⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*, p. 16. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 18 set. 2018.

Entretanto, parte da jurisprudência⁷ apontou como limitador do dano moral o que chamaram de “princípio da vedação ao enriquecimento imotivado”. Para eles, para que não houvesse enriquecimento a partir da decisão, deveria ser levada em consideração a condição socioeconômica do ofendido, devendo o valor arbitrado estar dentro do resultado social que o juiz pretendia alcançar ao conceder tal compensação à vítima que se encontra naquela faixa econômica.

2. O SURGIMENTO DA “INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO”

A partir dos anos 90, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) – CDC⁸, a população brasileira passou a ter mais acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, o número de demandas aumentou, principalmente em relação às ações contra prestadoras de serviços, como telefonia, água, luz, instituições financeiras e empresas aéreas.

A ideia garantista da CRFB/88⁹, pós Regime Militar, atrelada a uma lei protetora dos direitos do consumidor, fez com que os cidadãos se empoderassem e fossem em busca de seus direitos em relação ao fornecedor de serviços e produtos que, a seu ver, estavam sendo prestados com má qualidade.

Os direitos da personalidade, que seriam um dos principais direitos a serem protegidos pela Constituição, estavam sendo violados. Dessa maneira, os danos morais causados aos consumidores foram acentuados sobremaneira, de modo a evoluir para um fenômeno social crônico, que ensejou uma medida conhecida como dano moral punitivo, que está presente em muitas sociedades de consumo, como nos Estados Unidos da América (*punitive damages*).

Diante de inúmeras situações repetidas e da insatisfação que o consumidor demonstrava, o Poder Judiciário passou a fixar indenizações em patamares elevados, com o fundamento de que tal conduta teria um caráter punitivo e pedagógico, sócio-educativo, ou seja, com o objetivo de que tal prática fosse evitada pelos fornecedores.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002101-51.2013.8.19.0001*. Relator: Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A22B26835FD195DBA3D46EA6DE9B355BC5032646453E>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

⁸ Idem. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁹ Idem, op. cit., nota 1.

Assim, passou-se a usar o termo “Dano Moral Punitivo”¹⁰, indenização que tem o escopo de fazer com que as empresas prestadoras de serviço revejam suas práticas comerciais, prevenindo atos ilícitos, em razão de não compensar economicamente manter tais práticas e ter que indenizar o consumidor.

Ocorre que, com a divulgação dos valores das indenizações, criou-se uma imagem de que qualquer situação de conflito em relação a uma empresa prestadora de serviço, por mais simples que fosse, geraria uma indenização elevada, fazendo com que inúmeras demandas sem valor econômico expressivo, ou sem provas suficientes fossem propostas. Desse modo, o Judiciário ficou abarrotado de processos, mas com processos de valor econômico baixo e sem possibilidade de procedência.

Assim, muitas pessoas passaram a buscar enriquecimento diante das excessivas falhas na prestação de serviços, caracterizando o que a jurisprudência passou a chamar de “Indústria do Dano Moral”¹¹, o que prejudicou toda a sociedade, pois o número alto de demandas atrasa o andamento da máquina judiciária.

Essa situação levou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, em 2005, a editar a Súmula 75¹², que dispõe: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”. Assim, entenderam que não seria qualquer situação cotidiana, ainda que passível de gerar um conflito, que ensejaria indenização por danos morais.

Entretanto, tendo em vista os conceitos abertos utilizados na Súmula 75, TJRJ¹³, mas em razão da necessidade de se analisar cada caso concreto, para então o juiz decidir se se tratava de dano moral ou mero aborrecimento, passou a haver uma distorção no entendimento do verbete, o que gerou o efeito reverso, ou seja, muitos casos passaram a ser interpretados como mero aborrecimento, ao fundamento de que os litigantes eram aventureiros e caçadores de indenização, muito embora, no fundo fossem casos legítimos de dano moral.

Nesse cenário, as reiteradas proposituras de demandas não mais ensejavam

¹⁰ PICON, Rodrigo. *Dano Moral Punitivo x Indústria do Dano Moral*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52424/dano-moral-punitivo-x-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0021699-53.2016.8.19.0205*. Relator: Desembargador Murilo Kieling. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042ABD24A2010975C6F9E0A2898DE96D81C50727433A2B>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹² Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹³ Ibid.

indenização, uma vez que os juízes entendiam que não passavam de meros dissabores do dia a dia. Todavia, as empresas continuaram realizando as práticas abusivas, que compensavam economicamente, pois não havia consequência, mas as demandas continuaram a ser propostas, em razão da reiteração da conduta lesiva ao consumidor.

Na prática, os juízes passaram a analisar de forma genérica e não individualizada as demandas, invocando apenas a Súmula 75, TJRJ¹⁴ como motivo justificador da não indenização, o que desagradou os consumidores e seus advogados. Por essa razão, operadores do direito passaram a usar o termo “Indústria do Mero Aborrecimento”¹⁵, visto que os danos sofridos pelos consumidores foram considerados contratemplos, não recebendo indenização pelo dano moral sofrido.

Não há o caráter repressivo/preventivo da medida, as empresas não se preocupam em rever suas práticas, muitas vezes agindo com má-fé, pois o gasto econômico seria maior do que continuar prestando o serviço da mesma forma precária, mas pagando indenizações de valores baixos, ou às vezes nem pagando nenhuma indenização.

Os lucros das grandes prestadoras de serviço são elevadíssimos e o consumidor fica refém de seus serviços, pois, muitas vezes, não há concorrência, como no fornecimento de luz e energia, e os contratos são de adesão, o que coloca o consumidor em posição extremamente desvantajosa, sem alternativas.

Flávio Tartuce¹⁶, em seu livro sobre responsabilidade civil, manifesta-se sobre o assunto:

Por derradeiro, fazendo uma análise crítica, este autor entende que muitas vezes os valores fixados a título de reparação moral pelos magistrados são irrisórios ou de pequena monta, não tendo o caráter pedagógico ou até punitivo muitas vezes alegado. Por isso, muitas empresas acabam reiterando suas condutas de desrespeito a direitos perante a sociedade. Fica o tema para a devida reflexão e para que o panorama de desrespeito seja alterado.

Consequentemente, em 2018, mais de 10 anos após a edição da Súmula 75, TJRJ¹⁷, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Rio de Janeiro – OAB/RJ

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁵ MAGALHÃES, Layanna. *A “Indústria do Mero Aborrecimento”*. Disponível em: <<https://layannamagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/533943051/a-industria-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 2. v. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 307.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 12.

provocou a instauração de um processo administrativo¹⁸, julgada pelo Órgão Especial do TJRJ, que a cancelou. Contudo, esse cancelamento não permite que quaisquer circunstâncias gerem indenização por dano moral, principalmente sem que a parte tente solucionar o problema diretamente com o fornecedor antes de buscar a ajuda do Judiciário, como já prevê o CDC.

De fato, esse cancelamento propõe que os juízes fundamentem suas decisões, analisando cada caso e verificando a existência real de dano, com o objetivo de alterar a situação histórica de desigualdade. Muito embora sejam submetidas ao poder discricionário do juiz (livre convencimento), o que causa injustiça são os excessos, o enquadramento injustificado no conceito de mero aborrecimento, uma vez que toda decisão deve ser motivada.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

O mau atendimento do na prestação de serviços e produtos é fato notório na vida de qualquer consumidor, demonstrado pelo descumprimento do objetivo de qualquer fornecedor, qual seja, o de entregar um produto ou serviço de qualidade, sem que haja desgaste na relação com o destinatário final.

Nas palavras de Marcos Dessaune¹⁹:

Independentemente da causa, o mau atendimento do fornecedor sempre gera algum *problema de consumo potencial ou efetivamente danoso* que por lei não deveria existir, não foi causado pelo consumidor e que não é de responsabilidade dele, o que frustra os seus legítimos interesses, expectativas e confiança.

Independentemente do motivo do mau atendimento, seja descaso, despreparo, má-fé, incapacidade técnica em fornecer um produto de boa qualidade; ficam evidenciadas as contínuas situações diárias de descumprimento da lei pelo fornecedor de produtos e serviços.

Verifica-se que a balança saiu do equilíbrio e tendeu à proteção exacerbada dos fornecedores, considerando mero aborrecimento, de forma genérica, diversas falhas graves na prestação de serviços e produtos.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁹ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017, p. 66.

A criação da Teoria do Desvio Produtivo²⁰ tem como objetivo equilibrar a balança novamente, dando ao consumidor nova ferramenta para que a falha do serviço ou produto seja apurada. A Teoria do Desvio Produtivo é a possibilidade de se condenar em danos morais punitivos o fornecedor que fez o consumidor enfrentar caminho extremamente danoso para solucionar o seu problema, fazendo com que perca tempo de vida útil em razão de dano que não deu causa.

Para Marcos Dessaune²¹:

O desvio produtivo do consumidor, portanto, é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade, induzido pelo “modus solvendi” abusivo do fornecedor, despense o seu tempo vital, adia ou suprime algumas de suas atividades geralmente existenciais, desvia suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres e custos do fornecedor.

Não há que se falar em enriquecimento imotivado do consumidor, uma vez que ele está sendo indenizado por um prejuízo que de fato sofreu. O argumento de que o valor da indenização não pode ser maior que a condição econômica do consumidor fomenta as reiteradas práticas abusivas pelos mesmos prestadores de serviço, pois diante do valor da indenização, não compensa para a empresa acabar com determinadas práticas. O custo de pagar a indenização e continuar com o mau atendimento é menor que melhorar o atendimento.

Ademais, o caráter punitivo deve ser observado, pois se uma empresa é demandada diversas vezes com as mesmas causa de pedir, ou seja, com as mesmas práticas abusivas, isso caracteriza a falha na prestação do serviço, o que deve ser reprimido e punido. O fato de as empresas não serem punidas de forma exemplar faz com que essas práticas se perpetuem.

Parte da doutrina entende que não é necessária a demonstração de dor ou sofrimento para a caracterização do dano moral.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho²²:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a 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 insusceptível 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.

²⁰ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017.

²¹ DESSAUNE, op. cit., p. 246.

²² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 90 e 91.

Entretanto, muitas decisões são embasadas no argumento de que não houve demonstração de nenhum desses elementos, como no exemplo a seguir:

Apelação cível. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pretensão autoral de estabelecer o valor das contas de energia elétrica pela média dos últimos seis registros anteriores às cobranças excessivas de consumo registradas após instalação de "chip" eletrônico pela ré, além de instalação de medidor mecânico e indenização por danos morais. AMPLA. Sentença de parcial procedência dos pedidos. Pretensão recursal da autora de condenação da ré a lhe pagar indenização por danos morais. Dano moral não configurado. Ausência de corte do fornecimento de energia e negativação do nome da autora nos cadastros restritivos ao crédito, bem como qualquer ato por parte da ré que gerasse dor, vexame, sofrimento e humilhação à autora. Aplicação da Súmula nº 75 deste Tribunal. Desprovimento do recurso.²³

Entretanto, não se deve entender que a indenização deve ser maior para pessoas com condição econômica maior, unicamente pela justificativa de que a indenização deve atender ao padrão social da pessoa. Deve-se observar o prejuízo sofrido no caso concreto, se causou muitos problemas, se a pessoa perdeu muito tempo, perdeu compromissos importantes, coisas relevantes.

Na verdade, o fato de a pessoa ter menor condição econômica pode fazer com que as consequências sejam mais danosas, tendo em vista que a pessoa com maior poder econômico pode usar seu dinheiro para resolver problemas paliativamente, para ser repostado depois, tendo alternativas.

A pessoa com menor condição econômica fica de mãos atadas, sofrendo os danos dos atos da empresa prestadora de serviço de forma direta, o que geraria, teoricamente, maior indenização, pois os danos teriam sido maiores.

A título de exemplo, no caso de falta de luz ou água, uma pessoa com padrão econômico maior poderia ir para um hotel, o que seria ressarcido depois pela empresa, a título de dano material, mas ela pode enfrentar o dano de uma forma menos agressiva. A pessoa mais carente não tem o que fazer, fica sem comer, sem tomar banho, pois não tem dinheiro para resolver aquele problema emergencial e depois buscar a indenização.

Contrariamente, se uma pessoa com maior padrão econômico perdeu diversas reuniões, atendimentos, clientes, deixou de dar palestras, perdeu algum congresso, perdeu algum dia de viagem, ou de férias, de lazer, isso deve ser levado em consideração para fixar a

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0033518-82.2015.8.19.0023*. Relator: Desembargador Carlos José Martins Gomes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000467F5427015DDC834DE44BCBD45BF6D53C5095133240F>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

indenização, e não apenas o padrão econômico da pessoa.

Assim, o fato de a pessoa não ter os serviços básicos, mínimos para sua subsistência, gera consequências que, se existirem por falta na prestação de serviço, devem ser indenizadas. Mas o valor da indenização deve ser fixado de acordo com o prejuízo, com os danos de fato sofridos.

CONCLUSÃO

A pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre as prestadoras de serviços e produtos e os consumidores. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre os problemas corriqueiros aos quais todas as pessoas estão sujeitas no dia a dia e a violação de direitos da personalidade diante dos excessos praticados pelos fornecedores.

De um lado, consumidores querem evitar os danos causados, em sua visão, por culpa exclusiva do fornecedor; de outro, o fornecedor alega que se trata de meros aborrecimentos do cotidiano, decorrentes de imprevistos, que não são gerados por sua culpa e não devem ser indenizados.

Diante das reflexões fundamentadas constantes da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos são desprovidas de técnica científica, a fim de garantir segurança jurídica, o que coloca os consumidores em posição mais desfavorável, uma vez que situações similares têm desfechos completamente antagônicos.

Muitas decisões intitulam como “mero aborrecimento” diversas falhas graves na prestação de serviços, e verifica-se que isso se deve ao uso de forma genérica do conceito, ou seja, sem apresentar as razões fáticas que fizeram chegar a tal conclusão. Isso reforça a necessidade da fundamentação das decisões judiciais.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que deve haver indenização por danos morais punitivos em razão do tempo que o consumidor despense tentando resolver problemas gerados pelas falhas nas prestações de serviço. Em outras palavras, deve haver indenização em razão da Teoria do Desvio Produtivo, a qual considera que a falha na prestação de serviço gera consequências capazes de violar direito subjetivo do consumidor.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do trabalho, a de verificar que tipo de conduta do fornecedor pode ser considerada uma lesão aos direitos da personalidade do

consumidor, esta pesquisa chegou ao entendimento de que, para a prolação de uma válida e ajustada decisão judicial, o julgador não pode apenas apontar objetivamente o direito fundamental que predomina sobre o outro na técnica da ponderação.

Deve-se observar o caso concreto e analisar os prejuízos sofridos pelo consumidor, a fim de dar uma indenização justa e equivalente ao que ele realmente passou. Argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas nas circunstâncias que a parte se encontra e nas situações que o fornecedor lhe fez passar, são o que confere legitimidade à decisão judicial nesses casos, sob pena de cometer injustiças.

O principal argumento usado por esta pesquisa sustentou-se na premissa de que o consumidor é inviolável em seus direitos e qualquer conduta por parte do fornecedor que lhe cause dano ou prejuízo deve ser indenizado. Circunstâncias decorrentes do risco da atividade do fornecedor não devem transferir ônus ao consumidor, sob pena de violar seus direitos subjetivos. No entanto, situações que ultrapassam a esfera da previsibilidade e controle do fornecedor não devem ser indenizáveis, pois isso impediria o próprio comércio.

Ocorre que os consumidores devem ter um tratamento na sociedade compatível com sua condição de vulneráveis, uma vez que são a parte com menos conhecimento técnico e ficam dependentes dos fornecedores. A atuação do magistrado deve ser no sentido de proteger o consumidor e impedir que práticas abusivas se reitem.

Por essas razões, a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar a decisão judicial, senão sob argumentos fundados nos casos concretos, ou seja, na valoração fática dos acontecimentos, ponderando pela prática do homem médio. O julgador precisa se despir de suas percepções, ou seja, visualizar a situação de acordo com a realidade da parte, e não com suas experiências pessoais.

Deve ser preocupação constante dos magistrados a repressão à práticas abusivas por parte das empresas prestadoras de serviço e produto, que não cooperam para a construção da sociedade idealizada na Constituição. Má-fé e descaso precisam ser repreendidos nas decisões dos magistrados, as quais devem prever condenações mais severas, com o objetivo de coibir esse tipo de conduta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002101-51.2013.8.19.0001*. Relator: Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A22B26835FD195DBA3D46EA6DE9B355BC5032646453E>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0021699-53.2016.8.19.0205*. Relator: Desembargador Murilo Kieling. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042ABD24A2010975C6F9E0A2898DE96D81C50727433A2B>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0033518-82.2015.8.19.0023*. Relator: Desembargador Carlos José Martins Gomes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000467F5427015DDC834DE44BCBD45BF6D53C5095133240F>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017.

MAGALHÃES, Layanna. *A “Indústria do Mero Aborrecimento”*. Disponível em: <<https://layannamagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/533943051/a-industria-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

PICON, Rodrigo. *Dano Moral Punitivo x Indústria do Dano Moral*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52424/dano-moral-punitivo-x-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. *Direito das obrigações e Responsabilidade Civil*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.