



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR
NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
E SEUS REFLEXOS

Rachel da Trindade Chaves de Melo

Rio de Janeiro
2019

RACHEL DA TRINDADE CHAVES DE MELO

APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR
NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
E SEUS REFLEXOS

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

APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR
NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
E SEUS REFLEXOS

Rachel da Trindade Chaves de Melo

Graduada em Direito pela Universidade
Candido Mendes. Advogada.

Resumo – A teoria do desvio produtivo do consumidor é um valor ligado ao dano causado pelo desperdício do tempo produtivo do consumidor para a resolução de um conflito consumerista. Ainda que o dano moral esteja fundamentado na Constituição, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, é tênue a linha divisória entre o que se considera mero aborrecimento ou desconforto experimentado no dia a dia e a efetiva violação a direitos da personalidade que enseje a compensação por danos morais. Portanto, o Judiciário deve observar os casos com cuidado para evitar que o desvio produtivo se perca nos processos em que se vislumbra um “mero aborrecimento”.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Mero aborrecimento. Dano moral. Teoria do desvio produtivo do consumidor.

Sumário – Introdução. 1. Principais consequências da não responsabilização dos fornecedores: a indústria do mero aborrecimento. 2. Direito do consumidor ao dano moral decorrente do ilícito praticado. 3. Como diminuir a necessidade de judicialização dos danos causados aos consumidores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a responsabilidade civil é tradicionalmente abordada a partir de elementos de um dever preexistente e de uma violação, que pode ser culposa em alguns casos, e que estão relacionados com o dano e o nexo de causalidade.

O dano, elemento essencial da responsabilidade civil, é o que fundamenta o dever de reparação ou compensação. Deve-se salientar que o termo abrange diversas espécies de lesão, como dano corporal, dano material, dano moral, danos coletivos, etc. Um dos desafios da ciência jurídica, diante do crescente aumento de situações de dano indenizáveis, é o de fornecer critérios seguros para sua identificação.

É nesse contexto que surge a teoria do desvio produtivo do consumidor, com o intuito de combater o entendimento do mero aborrecimento, a partir do momento em que há uma valorização do tempo perdido independentemente de sua expressão lucrativa ou patrimonial.

Haja vista que para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desaproveitar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências de atividades

como o trabalho, o estudo, o descanso e o lazer, para tentar solucionar esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar.

Assim, o dano pelo tempo perdido ou pelo desvio produtivo do consumidor não ocorre pelo simples fato de se ajuizar uma ação judicial, por exemplo, uma vez que a situação vivenciada pelo consumidor deve extrapolar o simples dissabor, resultante do insucesso negocial, devendo haver uma demonstração de que foi preciso passar por um procedimento exaustivo e demorado para tentar solucionar o problema antes do ajuizamento da ação.

Desta forma, o primeiro capítulo destaca o aparecimento da jurisprudência defensiva processual, que difundiu a ideia da criação de critérios de admissibilidade recursal, que dificultam o julgamento de mérito de recursos direcionados aos tribunais superiores e conter o número de recursos a serem analisados. A sequela foi um impacto negativo no exercício do direito de recorrer, extensão do direito de ação.

O segundo capítulo aborda o que constitui fato jurídico em sentido amplo, que segundo preceitua a melhor doutrina, é toda ação humana lícita, positiva ou negativa, apta a criar, modificar, conservar ou extinguir direitos e obrigações. Explica-se ainda no segundo capítulo, que a responsabilidade civil de consumo se divide em três espécies, são elas: (1) a responsabilidade por vício do produto ou do serviço; (2) a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e (3) a responsabilidade por prática abusiva no mercado de consumo.

No terceiro capítulo são abordadas possíveis soluções para diminuir a necessidade de judicialização dos danos causados aos consumidores, como por exemplo, uma rigorosa fiscalização e punição para as violações de direitos praticadas pelos fornecedores e, especialmente, o fortalecimento da via coletiva de resolução de conflitos, tanto em âmbito administrativo como judicial.

Deste modo, esta pesquisa constatou como problemática principal a questão, que vem ganhando força, do entendimento da teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que constitui fato gerador de dano moral indenizável, o fato de o consumidor ser exposto à perda de tempo produtivo, na tentativa de solucionar amigavelmente um problema de responsabilidade do fornecedor.

Com relação às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do presente artigo, pois o pesquisador elenca especulações que, com base em estudos, análises e casos concretos, são comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e da jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

1. PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DOS FORNECEDORES: A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO

O primeiro capítulo destaca o surgimento da jurisprudência defensiva processual, que propagou a criação de critérios de admissibilidade recursal irrazoáveis, visando dificultar o julgamento de mérito de recursos direcionados aos tribunais superiores e controlar o número de recursos a serem apreciados. O resultado foi um impacto negativo no exercício do direito de recorrer, extensão do direito de ação.

Historicamente, foi através da Resolução de número 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU)¹ que a importância de proteger o consumidor assumiu a condição de princípio universal e direito fundamental do ser humano. A resolução foi criada com o intuito de ajudar os países a alcançar a proteção adequada à sua população como consumidores. Insta salientar que tal resolução foi atualizada somente em 2015, e influenciou legislações consumeristas em todo o mundo.

No ano de 1985 a Comunidade Econômica Europeia (CEE)² reconheceu pela primeira vez a responsabilidade objetiva dos fornecedores por danos causados aos consumidores pelos produtos defeituosos, na Diretiva nº 85/374. Posteriormente o Brasil, em sua Carta Magna de 1988, também absorveu a ideia de defesa da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, por meio de seu art. 1º, inciso III³.

Nessa esteira, o Brasil estabeleceu a necessidade de proteção da dignidade do consumidor, assim como a possibilidade de sua reparação pelos danos causados pelos fornecedores e seus produtos. Reconheceu-se, assim, a possibilidade de indenização por danos morais, além dos materiais, na esfera consumerista, como instrumento normativo eficaz para prevenir e proteger o consumidor das tentativas de lesão à sua dignidade.

No entanto, com o passar dos anos e com o aumento da judicialização dos conflitos consumeristas, a jurisprudência dos Tribunais passou a adotar uma postura defensiva, com a intenção de evitar a multiplicação de processos gerados por condutas repetidamente abusivas

¹ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248*. AG Index: A/RES/39/248, 09 de abril de 1985. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/RES/39/248>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

²COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Directiva 85/374/CEE*, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b21bef4e-b528-49e2-a0f9-142dc503969a/language-pt>>. Acesso em 21 ago. 2018.

³Art. 1º, CRFB/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

praticadas pelos fornecedores, rejeitando o mérito das ações consumeristas respectivas ou reduzindo o valor das reparações e, assim, desestimulando a propositura de novos processos.

A resposta pode ser encontrada no fato de o Poder Judiciário mostrar-se mais preocupado com a racionalização e a celeridade do processo, e cada vez menos com o julgamento justo e fundamentado dos litígios levados à sua apreciação, desconsiderando as consequências sociais provocadas por essa política. Assim, foi-se criando uma jurisprudência manifestamente desfavorável ao consumidor, reduzindo significativamente o valor das indenizações ou mesmo julgando improcedentes os pedidos.

Importante destacar que não se deve observar o jurisdicionado sob a ótica da otimização dos serviços judiciários, uma vez que em cada processo existe um problema que merece justa apreciação. Desta forma, a massificação de julgamentos comprometidos apenas com o resultado estatístico não afeta apenas aquele jurisdicionado, mas também toda a sociedade. A frenética valorização da celeridade não deve, nem pode, açoiar direitos.

O consumidor passou a ser visto como vilão da justiça, e a lei que o protegeria acabou interpretada ao inverso, em desfavor do consumidor e beneficiando as grandes empresas. Visto isso, gradativamente a justiça vem buscando soluções dinâmicas, alternativas e tecnológicas para melhorar a prestação jurisdicional. Por conseguinte, o Poder Judiciário passou a buscar soluções que não passassem pela justiça, com um discurso de desjudicialização que trouxe à tona antigos institutos do direito, até então não muito usados, como a arbitragem e a mediação.

Nas palavras do ministro do STF Ricardo Lewandowski⁴: “Não é só esse estoque de processos que queremos atacar. Queremos na verdade, com esses procedimentos alternativos de solução de controvérsias, a pacificação do país.”

O STJ vinha entendendo que, nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão⁵, a verificação do dano moral para o consumidor “não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito”, pois nem todo ato em desacordo com o ordenamento jurídico possibilitaria uma indenização por dano moral. Para ele, o importante seria que “o ato seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante”. Por isso, ele afirma ainda que “mero inadimplemento contratual” não se revela bastante para gerar dano moral. Na visão do ministro, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou

⁴CONSULTOR JURÍDICO. *Cabe ao Judiciário promover a pacificação nacional, diz presidente do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/cabe-judiciario-promover-pacificacao-nacional-lewandowski>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.246*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101136580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 set. 2018.

mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Sobre o assunto, Miguel Barreto⁶ afirma que a posição majestática dos julgadores, na maioria das vezes descolada da realidade, não se coaduna com o Poder Judiciário democrático proclamado pela Carta Magna, muito menos com a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, observa-se que os tribunais não têm considerado o caráter pedagógico-punitivo das condenações por danos morais, tampouco observado o aumento no registro de reclamações por falha na prestação dos serviços, optando-se por rechaçar os pleitos ou fixar valores irrisórios de condenações e, portanto, insuficientes para advertir as empresas.

Essa conduta do Judiciário estimula os fornecedores a não investir na melhoria de seus serviços, o que ao longo do tempo acaba gerando um aumento dos problemas e das reclamações, pois o fornecedor não punido preferirá repetir a conduta ofensiva ao ordenamento jurídico e, assim, ensejará a propositura de mais processos.

Visando proteger o consumidor e o seu tempo, surgiu como forma de tentar remediar esses danos causados pelos fornecedores a teoria do desvio produtivo do consumidor, que será mais bem explicada nos próximos capítulos, mas que consiste no reconhecimento e na devida reparação de danos em razão do dispêndio do tempo pelas pessoas na resolução de problemas de consumo.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR AO DANO MORAL DECORRENTE DO ILÍCITO PRATICADO

No Brasil, nossa Carta Magna tem como um dos seus objetivos proteger os direitos individuais do abuso do poder estatal, com caráter garantista, visando tutelar o direito a: vida, liberdade, igualdade, privacidade, imagem, integridade física, entre outros.

O art. 5º da CRFB/1988⁷ visa assegurar àqueles que sofrerem lesão a tais bens jurídicos “o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente”. Desta forma, há uma dupla tutela constitucional dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade e do direito à indenização nos casos em que de sua lesão decorra prejuízo.

Assim, vê-se que, com a juridicização dos fatos naturais e humanos e dos bens mais relevantes para a sociedade, o Estado passa a impor a todos, por meio da Constituição e da legislação infraconstitucional, inúmeros deveres de conduta.

⁶BARRETO, Miguel. *A indústria do mero aborrecimento*. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2018. p. 127.

⁷BRASIL, op. cit., nota 3.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002⁸, em seu art. 186, trouxe a primeira definição legal de “ato ilícito”: pratica ato ilícito alguém que, mediante conduta culposa ou dolosa, infringe direito alheio e lhe ocasiona algum prejuízo. Já o art. 187 contém a segunda definição legal de “ato ilícito”: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” É o abuso de direito.

Insta salientar que todas as relações de consumo podem ser deturpadas pelo abuso de direito, uma vez que a prática abusiva é conduta praticada pelo fornecedor mediante abuso de um direito e portanto ilícita, cujo rol exemplificativo está disposto, entre outros, no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁹.

Entre as práticas abusivas (gênero) expressamente vedadas pelo CDC¹⁰, cabe salientar as cláusulas abusivas (espécie) que, conforme o disposto em seu art. 51, I, “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem a renúncia ou disposição de direitos [...]”. E também aquelas que, como prevê o art. 51, IV: “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Assim, a responsabilidade civil de consumo se divide em três espécies, são elas: (1) a responsabilidade por vício do produto ou do serviço; (2) a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e (3) a responsabilidade por prática abusiva no mercado de consumo.

Quanto ao dano moral, este tem fundamento tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil, em seu art. 186¹¹, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6, VI¹², que dispõe, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)¹³ já vem adotando a teoria do desvio produtivo do consumidor em suas sentenças como fundamento

⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁹BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 9.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 8.

¹²BRASIL, op. cit., nota 9.

¹³BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *APELAÇÃO 0052604-41.2016.8.19.0205* - Des(a). Edson Aguiar de Vasconcelos - Décima Sétima Câmara Cível - relação de consumo

para o dano moral. Assim, vem igualmente ganhando força o entendimento dessa teoria, já que constitui fato gerador de dano moral indenizável o fato de o consumidor ser exposto à perda de tempo na tentativa de solucionar amigavelmente um problema de responsabilidade do fornecedor, apenas para então descobrir que somente obterá uma solução pela via judicial.

No que tange ao dano moral, é tênue a linha divisória entre o que se considera mero aborrecimento ou desconforto experimentado no dia a dia e a efetiva ocorrência de violação a direitos da personalidade que enseje a compensação por danos morais. Por conseguinte, para combater injustiças, a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar que o dano moral pode decorrer do inadimplemento contratual ou legal, desde que haja lesão a quaisquer dos direitos inerentes à personalidade. Assim, é desnecessário provar a presença de elementos de cunho subjetivo, tais como a dor, o sofrimento e a humilhação.

Com base nesse entendimento do desembargador Mauro Pereira Martins, relator do caso, no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, aceitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Rio de Janeiro de cancelamento da Súmula 75 do TJRJ¹⁴, conhecida como “súmula do mero aborrecimento”. O enunciado estabelecia que: “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”.

Na decisão do Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000, Mauro Pereira Martins¹⁵ afirmou que, quando foi editada, em 2005, a Súmula 75 buscava evitar a banalização do dano moral e frear a propositura de “demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros

- cobrança indevida - responsabilidade objetiva - adoção da teoria do risco do empreendimento - ônus da prova - inversão ope legis - inércia da instituição ré - dever de indenizar - sentença equivocada, cujos fundamentos apresentam-se dissociados da matéria debatida nos autos - anulação de ofício - causa pronta para julgamento - danos morais configurados - incidência da teoria do desvio produtivo do consumidor. O código consumerista consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, fundada na Teoria do Risco do Empreendimento. Os transtornos suportados pela parte autora refogem aos aborrecimentos habituais e corriqueiros, levando-se em conta a falta de pronta solução ao vício do serviço que a fornecedora tem o dever de não causar. Reparação por desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune pelo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por mau fornecedor. Anulação da sentença, de ofício, e procedência dos pedidos autorais. Julgamento: 13/02/2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000475860297B8674198E6452D04EEE B6377C5095702425B&USER=>>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 75*. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000* – Órgão Especial. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B5442C0B58266335A282188E7123 BC53C50937340E50&USER=>>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário”. No entanto, a expressão “mero aborrecimento” acabou gerando decisões conflitantes diante de um mesmo fato, apontou o relator. Isso porque cada magistrado tem um entendimento próprio do que pode ser considerado mero dissabor ou não. Esse cenário acabou por gerar violações dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Ademais, a Súmula 75 autorizou que magistrados negassem, sem fundamentação concreta, pedidos de indenização por dano moral simplesmente afirmando que o descumprimento do contrato não é capaz de gerar mais do que mero aborrecimento da vida cotidiana, disse o desembargador. Com isso, a Súmula 75 acabou por legitimar abusos de fornecedores, especialmente das grandes empresas. Conseqüentemente, o número de ações no Judiciário aumentou diante da atitude das companhias.

Para combater as injustiças desse panorama, doutrina e jurisprudência evoluíram para entender que o dano moral pode, sim, decorrer do inadimplemento contratual ou legal, e para isso basta haver lesão a qualquer direito de personalidade, não sendo preciso verificar a presença de violações concretas à honra subjetiva da pessoa. Ou seja, passou-se a defender a teoria objetiva do dano moral, fundada na violação a direito da personalidade, em detrimento da teoria subjetiva, na qual se enquadra o mero aborrecimento tratado pela súmula ora questionada.

O Relator, na decisão do Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000 no TJRJ, citou a teoria do desvio produtivo do consumidor, de autoria do advogado Marcos Dessaune¹⁶. Essa tese, que vem sendo adotada também pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhece danos morais pelo tempo que o cliente desperdiça para solucionar problemas gerados por maus fornecedores.

Segundo preceituam Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto¹⁷, o dano moral nada tem a ver com a dor, a mágoa ou o sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamentos.

¹⁶DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁷BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil/responsabilidade civil em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2014. 3v., p. 332.

De igual forma, o Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF)¹⁸, referindo-se ao art. 927 do Código Civil, preconiza que o “dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. Assim, como os direitos da personalidade estão em constante evolução de forma a acompanhar as transformações da sociedade, nasceram as teorias doutrinárias envolvendo a perda do tempo, como forma de incluí-lo como um dos valores passíveis de proteção jurídica nesse rol, que tem natureza exemplificativa, vez que, contemporaneamente, defrontamo-nos com situações inequívocas de ofensa à livre disposição e uso de nosso tempo livre em favor do interesse econômico ou da mera conveniência comercial de um terceiro. Com efeito, sua proteção encontra amparo na cláusula geral de tutela da dignidade humana, mesmo que determinado valor essencial ao indivíduo não esteja previsto em lei, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira¹⁹.

Dispõe, outrossim, o Enunciado nº 274 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil²⁰: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana) [...]”

Desta forma, com o cancelamento do verbete sumular, caberá a cada julgador, diante de cada caso concreto, avaliar e deliberar se o descumprimento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

3. COMO DIMINUIR A NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES

A desjudicialização dos conflitos tem sido um tema periodicamente discutido no Poder Judiciário, e desta forma tem ocorrido uma maior busca pelas chamadas “formas alternativas de resolução de conflitos”, que foram elevadas à condição de políticas públicas. Expressivas alterações legislativas materializam essa substituição de modelo, direcionada pelo

¹⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 445*, emitido na V Jornada de Direito Civil. 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁹Op. cit., nota 3.

²⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 274*, emitido na IV Jornada de Direito Civil. 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 125/2010²¹, que culminou no Novo Código de Processo Civil²² e na Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015²³.

Observa-se, assim, um desejo de reduzir o número de demandas como prioridade, com uma crescente busca por novas formas de resolução de conflitos, diversas da via judicial. Nesse contexto, os litígios derivados de conflitos de consumo surgiram como grandes vilões do abarrotamento de ações judiciais nas varas e nos tribunais brasileiros. O Judiciário vem alegando que não pode continuar a ser a primeira, única e mais rentável forma de solução de conflitos. Sua utilização deve ser por exceção e não por regra, comprovadas sempre, e antes de mais nada, a necessidade e a razoabilidade da utilização da máquina judiciária, que demanda um custo.

Alguns tribunais, porém, têm utilizado o argumento de mediação necessária, anterior à propositura da ação judicial, como pressuposto a ser realizado, e ignoram a real razão do excesso de demandas relacionadas a conflitos de consumo. O alegado demandismo desenfreado não é a causa do problema, mas, sim, sintoma de um mercado de consumo doente. A opção pela via judicial como forma de ver respeitados direitos garantidos pela Constituição Federal e por vasta legislação não é o capricho de um consumidor mimado, mas o último grito de esperança de um ser humano constantemente desrespeitado pelo “sistema”.

O pretexto da demasia de ações judiciais em Direito do Consumidor no Brasil não habita, pois, na atitude combativa do consumidor, mas no completo fracasso dos fornecedores em cumprir as leis e em proporcionar aos seus compradores um atendimento honesto.

Na via privada, como meios de resolução de conflitos, existem atualmente três alternativas distintas e não excludentes entre si. A primeira é a utilização dos canais de atendimento oferecidos pelos próprios fornecedores. A incidência da cláusula geral da boa-fé, presente em nosso ordenamento jurídico, impõe ao fornecedor o dever de atendimento adequado e eficiente no pós-venda, de modo a acolher dúvidas e reclamações dos seus clientes, bem como indicar a possível solução. Tais canais atuam ainda com grandes deficiências no Brasil. Com um sistema cada vez mais automatizado e despersonalizado, o consumidor enfrenta inúmeras barreiras para ser efetivamente escutado nas centrais telefônicas e chats on-line. A criação das obrigatórias ouvidorias não trouxe melhora para essa

²¹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²²BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²³BRASIL. *Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

situação; ao contrário, somente aumentou as instâncias da verdadeira *via crucis* que os consumidores enfrentam para terem suas reclamações atendidas.

Como uma segunda forma de solução de conflitos, há a mediação e a conciliação privadas, que também podem ser utilizadas para resolver conflitos interpessoais. Nesse contexto estão inseridas as câmaras privadas, ou a escolha conjunta de um mediador ou conciliador privado. Ainda que se trate de uma via possível em tese, na prática ela esbarra no inafastável desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, caracterizado na vulnerabilidade do primeiro, que inviabilizaria uma escolha isenta e consciente. Entende-se que o sistema brasileiro ainda não avançou o suficiente para que essa opção se apresente como verdadeiramente razoável.

Outra forma de solução privada de conflitos interpessoais de consumo é o uso de plataformas on-line de negociação. Tais plataformas podem ser mantidas pelos próprios fornecedores (o que não é nada desejável, pois acarreta grande prejuízo de neutralidade das eventuais decisões apresentadas) ou por terceiros, como é o caso dos sites “Reclame Aqui” ou “Mercado Livre”. Ademais, as redes sociais também são bastante utilizadas pelos consumidores, tendo em vista a ampla e imediata divulgação da reclamação, que causa verdadeiro desconforto e, eventualmente, prejuízo à imagem ou marca do fornecedor, mas nesse caso não se trata de uma plataforma construída especificamente para a finalidade de resolução de conflitos.

Na via administrativa, há também plataformas públicas, tais como a “consumidor.gov.br”, que tem a vantagem da neutralidade e a possibilidade de construção de dados estatísticos públicos a respeito das espécies de reclamações e participação dos fornecedores. Mas a plataforma só faz conectar consumidor e fornecedor, que ainda negociam diretamente, mesmo que de maneira virtual, no “espaço” público.

Não obstante seja uma opção muito prática, cujo uso é bastante desejável, a alternativa mais comum na via administrativa ainda é a utilização dos Procons, entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e que exercem um papel fundamental na defesa do vulnerável. Vale mencionar aqui que muitos Procons no Brasil já disponibilizam atendimento virtual, o que também para muitos consumidores é bastante prático e benéfico. Além disso, há casos também de implantação de mediação e conciliação nos Procons. Atualmente, o Provimento 67/2018 do CNJ²⁴, que permite ainda que a mediação

²⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 67/2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ou conciliação sejam realizadas nos Cartórios de Notas ou Registros, o que ainda está em fase de implementação, mas pode se tornar mais uma opção de solução de conflitos de consumo.

Por fim, há a via judicial, onde a mediação e a conciliação têm sido amplamente utilizadas como forma de reduzir o excesso de litígios. Nesses casos, tais procedimentos são feitos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) de cada foro, comarca ou tribunal e podem ser pré-processuais, ou seja, antes da instauração de processo litigioso, ou a qualquer tempo no decorrer do processo, que permanecerá suspenso até que se encerre a via consensual, com ou sem acordo. E há ainda a tradicional via litigiosa, tanto nos Juizados Especiais como na Justiça Comum, a qual, no entanto, é que se busca reduzir com a criação das demais vias de solução.

A verdadeira doença do mercado de consumo massificado é a sua desumanização e, no caso brasileiro, a constante, massiva, ininterrupta, violenta e implacável violação do direito fundamental à proteção do consumidor vulnerável. Vê-se isso com frequência no uso de cláusulas abusivas, cobranças indevidas, publicidade enganosa, desinformação, violação de privacidade, práticas desleais, renovações automáticas de contratos, inviabilidade de cancelamentos, não cumprimento de oferta, desrespeito aos prazos de entrega de produtos, entre outros.

Vislumbra-se que são inúmeras as formas habituais de violação dos direitos dos consumidores brasileiros, que já não confiam mais no fornecedor, o qual sistematicamente nega atendimento às suas demandas. Por esse motivo peca o Judiciário ao pretender reduzir as demandas judiciais, diminuindo ainda mais os direitos do cidadão, condicionando o acesso à Justiça às mediações. Transferir o conflito da via judicial para a via extrajudicial não resolve o problema dos conflitos de consumo no Brasil. O que realmente poderia trazer soluções seria uma rigorosa fiscalização e punição para as violações de direitos praticadas pelos fornecedores e, sobretudo, o fortalecimento da via coletiva de resolução de conflitos, tanto em âmbito administrativo como judicial.

Por todo o exposto, não se pode condicionar, no âmbito processual, o interesse de agir ao uso de um determinado método extrajudicial. O interesse de agir nasce da pretensão resistida e, no caso dos conflitos de consumo, toda ação judicial certamente é precedida de uma negociação direta frustrada, suficiente para legitimar a demanda.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática principal a questão, que vem ganhando força, do entendimento da teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que constitui fato gerador de dano moral indenizável o fato de o consumidor ser exposto à perda de tempo produtivo na tentativa de solucionar amigavelmente um problema de responsabilidade do fornecedor.

O debate se materializa por não ser uníssona a jurisprudência e tampouco a doutrina. Prova disso é o desenvolvimento de uma jurisprudência manifestamente desfavorável ao consumidor, seja reduzindo consideravelmente o valor das indenizações ou mesmo julgando improcedentes os pedidos.

De acordo com os estudos realizados no decorrer do trabalho, foi possível concluir que, com o passar dos anos e o aumento da judicialização dos conflitos consumeristas, a jurisprudência dos Tribunais passou a adotar uma postura defensiva com a intenção de evitar a multiplicação de processos gerados por condutas repetidamente abusivas praticadas pelos fornecedores, rejeitando o mérito das ações consumeristas respectivas ou reduzindo o valor das reparações e, assim, desestimulando a propositura de novos processos.

Traçando-se uma linha de raciocínio acerca da visão sobre o consumidor, percebe-se que este passou a ser considerado o vilão da relação de consumo, e a lei que deveria protegê-lo acabou interpretada ao inverso, em desfavor do consumidor e beneficiando as grandes empresas. Sendo assim, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se no nítido distanciamento do Poder Judiciário das funções a ele conferidas pela nossa Constituição democrática, entre as quais a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, observa-se no segundo capítulo deste artigo que a Constituição Federal tem como um dos seus objetivos proteger os direitos individuais do abuso do poder estatal, com caráter garantista, visando tutelar o direito a: vida, liberdade, igualdade, privacidade, imagem, integridade física, entre outros. Entretanto, ficou claro para este pesquisador a tendência da jurisprudência de tentar reduzir as demandas judiciais não por meio de fiscalização e punição às violações de direitos praticadas pelos fornecedores, mas sim pela restrição do acesso do cidadão à Justiça, acarretando uma inevitável fragilização ainda maior de seus direitos individuais.

Conclui-se, portanto, que a persistência na obrigatoriedade da via extrajudicial prévia não só está afastando a atenção da verdadeira causa do excesso de demandas, que é a sistemática violação de direitos, como também, e sobretudo, mantendo em segundo plano as

efetivas soluções para o problema, que fundamentalmente incidem no rigorismo na inspeção das ações violadoras e no tratamento coletivo das demandas.

Sob uma perspectiva mais favorável, cabe enfatizar que os consumidores obtiveram, em dezembro de 2018, uma decisão do TJRJ no sentido do cancelamento do verbete sumular 75 deste Tribunal, que ficou conhecida como “súmula do mero aborrecimento”. Constatou-se, com isso, a existência de uma gradual e lenta retomada de uma visão mais humanista, uma tentativa da OAB de fazer valer os direitos do consumidor, defendendo a adoção da teoria do desvio produtivo do consumidor para o ensejo do dano moral.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248*. AG Index: A/RES/39/248, 09 de abril de 1985. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/RES/39/248>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BARRETO, Miguel. *A indústria do mero aborrecimento*. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil/responsabilidade civil em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 445*, V Jornada de Direito Civil. 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 274*, IV Jornada de Direito Civil. 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 67/2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. *Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.246*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101136580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000 – Órgão Especial*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B5442C0B58266335A282188E7123BC53C50937340E50&USER=>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 75*. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0>. Acesso em: 10 jun. 2019

CONSULTOR JURÍDICO. *Cabe ao Judiciário promover a pacificação nacional, diz presidente do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/cabe-judiciario-promover-pacificacao-nacionallewandowski>>. Acesso em: 24 set. 2018.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Directiva 85/374/CEE*, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b21bef4e-b528-49e2-a0f9-142dc503969a/language-pt>>. Acesso em 21 ago. 2018.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.