



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO DANO MORAL
COMO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO

Vanessa Duarte Santana

Rio de Janeiro
2020

VANESSA DUARTE SANTANA

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO DANO MORAL
COMO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO

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

Lucas Tramontano

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2020

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO DANO MORAL COMO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO

Vanessa Duarte Santana

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – a atual sociedade de consumo brasileira é de forma corriqueira levada a despender do seu tempo e a se desviar das suas atividades cotidianas para enfrentar problemas de consumo danosos gerados exclusivamente pelos próprios fornecedores, que cotidianamente, empregam práticas abusivas e colocam produtos e serviços com vício ou defeito no mercado de consumo. Ademais, muitos desses fornecedores, diante da objeção do consumidor, ainda resistem à rápida e efetiva resolução desses problemas de consumo que eles próprios geram. Tal comportamento ultrapassa os contratempos normais na vida do consumidor do cotidiano, eis que o fornecedor não atende de forma adequada ao consumidor e se esquia da responsabilidade de deslinde em tempo hábil. Enfatiza-se que tais condutas caracterizam o “desvio produtivo do consumidor”, ou seja, configura um prejuízo de natureza existencial, uma vez que o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser cumulado, tampouco recuperado ao longo da vida das pessoas, sendo, portanto, cabível a indenização *in re ipsa*, ou seja, proveniente do próprio evento danoso causado pelos fornecedores e, não apenas um mero aborrecimento como é ainda aplicado em algumas decisões nos Tribunais pátrios reforçando o comportamento abominável dos fornecedores.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito do Consumidor. Desvio produtivo do consumidor. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Dano que ultrapassa a esfera patrimonial. Jurisprudência do “mero dissabor”.

Sumário – Introdução. 1. Do Direito comparado e a relevância do caráter punitivo e pedagógico. 2. Do posicionamento do STJ e resistências em alguns tribunais na aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. 3. Os prejuízos sociais da não aplicação da não punição civil da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a arbitrariedade, abusividade e péssimas prestações de serviço por parte de muitas empresas que vem aumentando e, são incontáveis os desgastes que a sociedade vem tendo com a resistência das empresas em solucionar o conflito de forma simples e administrativa, tornando todo o processo dessas celeumas do dia a dia um verdadeiro transtorno na vida do consumidor, fazendo com que esse venha acionar o judiciário para ter o seu direito devidamente suprido, perdendo o seu tempo vital, enfatiza-se que tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser cumulado, ou ainda adiando ou suprimindo tarefas do cotidiano, desviando as suas competências dessas atividades, assumindo deveres e despesas do fornecedor para lutar contra o problema lesivo,

sobrecarregando-se para solucionar questões que se deram exclusivamente por parte da empresa.

Com isso Marcos Dessaune criou a expressão “Desvio produtivo do consumidor”, ou seja, significa, portanto, que o evento danoso criado por parte das empresas, fazem com que o consumidor, parte mais vulnerável da relação, abra mão do seu tempo existencial para resolver conflitos que muitas vezes só conseguem ser solucionados com intervenção da máquina estatal. Esse uso do tempo que o consumidor abre mão em sua vida do seu trabalho, estudo, lazer, em suma, toda sua vida e rotina para solucionar os conflitos, ultrapassam a esfera patrimonial, gerando indenização *in re ipsa*, pois a não condenação da empresa em dano moral, reforçaria os maus serviços prestados.

No primeiro capítulo, busca-se expor e analisar o Direito comparado, coadunando a relevância do dano moral como caráter punitivo pedagógico, defendendo que o dano moral se aplicado de forma punitiva com valores relevantes para grandes empresas terá mais eficácia no combate as condutas abusivas e arbitrárias dos fornecedores.

No segundo capítulo será apresentado o posicionamento do STJ no que tange a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e resistência dos tribunais na aplicação da teoria em comento, notadamente o combate ao resqúicio histórico das decisões fundamentadas em mero dissabor ou desdém no tocante o tempo útil do consumidor que desvia de suas tarefas pessoais e profissionais para resolver os problemas ocasionados por mega empresas e acaba não tendo o dano moral reconhecido, sob o fundamento que o seu prejuízo produziu efeitos apenas patrimoniais.

No terceiro capítulo será analisado o enfrentamento diário do consumidor com grandes empresas, sendo indubitavelmente que àquele merece maior e melhor proteção, tendo em vista que o martírio que o consumidor percorre para resolver os problemas de uma grande empresa que lhe colocou nessa situação é desproporcional, eis que deve ser considerado a hipossuficiência do cliente em relação a uma empresa de grande porte.

A pesquisa é desenvolvida de forma que traga reais contribuições para a comunidade acadêmica por meio do aprofundamento do conhecimento do objeto da pesquisa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, com o fito de comprová-lo ou rejeitá-lo argumentativamente.

Quanto a abordagem, será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de fontes bibliográficas existentes e pertinentes à temática em foco para sustentar sua tese.

1. DO DIREITO COMPARADO E DA RELEVÂNCIA DO CARÁTER PUNITIVO PEDAGÓGICO

A proteção do direito do consumidor já subsiste no âmbito social praticamente desde os primórdios da humanidade, pois já podia ser observado no Código de Hamurábi¹, texto oriundo da mesopotâmia criado aproximadamente em 1772 a.C. no qual continha regras como se verifica por exemplo nos artigos 229 e 233 que podem ser percebidas a chamada responsabilidade objetiva²:

Art. 229 – Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto.

Art. 233 – Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas.

Hoje, no Brasil, essa responsabilidade objetiva está hoje consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, com exceção da pena que o Código de Hamurabi previa.

Igualmente ao Brasil³, a maioria dos países europeus, tem a boa-fé, como pilar dos contratos de consumo, na Espanha, o artigo 10 da *Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* ampara tal princípio. Também a título de exemplo, em Portugal o Decreto-Lei 446/85 veda as cláusulas contratuais antagônicas à boa-fé. No entanto, rompendo o padrão a Itália trata cláusulas abusivas nos contratos de consumo não sendo nulas de pleno direito. Segundo o artigo 1.341 do Código Civil Italiano, as cláusulas abusivas podem ter eficácia, uma vez que especificamente aprovadas por escrito, sendo que a “aprovação”, nesse sentido, traduz a ideia de consentimento.

É possível dizer que os primeiros⁴ movimentos consumeristas de que se tem notícia originaram-se nos EUA, no final do séc. XIX, mas o que deve ser enfatizado é quando o ex presidente Kennedy, em 1962, emitiu uma mensagem ao Congresso Americano, com o início do marco hoje chamado de consumerismo. A mensagem presidencial dizia que “consumidores somos nós”, eis que a todo momento a sociedade pratica inúmeras relações de consumo, nessa toada os consumidores seriam o maior grupo da economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas, sejam elas públicas ou privadas. No entanto

¹ GUGLINSKI, Vitor. *Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC*. Disponível em: < <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc> >. Acesso em: 20 mai. 2020.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

seria o único grupo importante para a economia sem uma organização eficaz. Todavia esse grupo merecia a proteção, sendo rogado na mensagem ao Congresso para que o Estado atentasse para as necessidades do grupo listando⁵ uma série de direitos fundamentais, quais sejam: Direito à saúde e à segurança; Direito à informação; Direito à escolha; Direito a ser ouvido.

Com a instituição de proteção do consumidor, nota-se grande valorização⁶ do consumidor nos Estados Unidos, enfatiza-se que os julgadores norte-americanos analisam de forma pragmática para condenação de dano moral sob 3 objetivos: a recomposição da vítima, a punição do ofendido e, finalmente, desestimular a repetição da conduta. É por isso⁷ que os valores fixados à título de danos morais nos Estados Unidos revelam-se vultosos.

Assim, a título de exemplo⁸ cabe destacar o caso em que uma famosa rede de fast-food daquele país foi obrigada a pagar uma indenização milionária a um consumidor que teria se queimado ao ingerir café muito quente, servido pela lanchonete, outro caso foi com a BMW North America que foi condenada ao pagamento de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares) a título de danos punitivos a um consumidor, que foi lesado, por parte da distribuidora americana dos veículos BMW, acerca da nova pintura realizada em seu veículo, ocorrida em função de pequenas avarias resultantes da importação do veículo da fábrica alemã.

Impende salientar que o ressarcimento/compensação cabe aos chamados danos compensatórios que, nos EUA⁹, compreendem os chamados “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, que, no Brasil, têm como correspondentes, os danos materiais e os danos morais, respectivamente, nessa toada, é incontroverso que o sistema adotado pelos norte-americanos é acertado, tendo em vista a eficácia que as empresas nos EUA agem para solucionar um problema com o consumidor, eis que em virtude do alto valor das indenizações aplicadas advinda da teoria do desestímulo que é a aplicação de danos punitivos ou exemplares ao fornecedor que age com desprezo com o consumidor, os danos pagos ao consumidor tem relevância econômica para empresa.

Enquanto que no Brasil, as indenizações de cunho punitivo são aplicadas pelos tribunais de forma tímida, ou em muitas vezes nem são aplicadas, com fundamento legal que

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ MANENTE, Luiz Virgílio P. Penteadó; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. *O caráter punitivo da indenização por dano moral nos EUA*. Disponível em: < <http://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid

o estresse vivido pelo consumidor não ultrapassou a esfera patrimonial, como se fosse normal o consumidor ficar horas no telefone com os funcionários de uma instituição financeira que lhe cobra algo de forma indevida, seja em seu cartão de crédito, seja com taxas não contratadas descontadas diretamente de sua conta corrente:

Nesse contexto, supõe que tais empresas de grande porte no Brasil, agem dessa maneira movidas pelo desejo consciente de lucrar sempre mais, estando geralmente amparadas por um cálculo estatístico que, baseado em demandas administrativas e judiciais anteriores, demonstra que a relação custo-benefício da sua inércia operacional.¹⁰

Conseqüentemente, com as indenizações aplicadas pelo judiciário de valor ínfimo para grandes empresas, fortalece a má prestação dos serviços e muitas vezes o enriquecimento sem causa da empresa. Repisa-se que compensa o fornecedor ser demandado por uma parcela da população, no qual terá que pagar uma indenização baixa, todavia obterá lucro, tendo em vista que a maioria dos consumidores não entram com uma ação judicial, seja por desgaste psíquico que terão, seja porque o valor a título de dano moral não compensa o tempo que irão ter que desperdiçar, separando documentos distribuir uma ação, contatando um advogado, indo em uma audiência, etc.

Com o resquício histórico de muitos tribunais, com decisões fundamentadas em “mero dissabor”, não é coerente para o consumidor desviar de suas tarefas diárias, processando uma empresa que está lhe causando problemas, uma vez que corre o risco de ter o seu pedido de dano moral julgado improcedente, sob o fundamento de mero aborrecimento do cotidiano.

O que deve ser frisado é que além do consumidor ser a parte mais importante da relação, como é tratado pelos EUA, deve ter os serviços contratados atendidos da forma mais irretocável possível atentando-se para extinguir o enriquecimento sem causa ou ilícito do fornecedor.

Ademais, deve ser evitado que o Poder Judiciário torne-se uma espécie de *call center* às avessas das empresas que não respeitam o consumidor, logo é imprescindível abonar o espírito da lógica do mero dissabor, sobretudo a considerar a indenização cabível ao cidadão pelo desvio produtivo do seu tempo nas relações de consumo, como quimeras decorrentes da banalização da indústria do dano moral e não uma elevada retomada de consciência para blindar o cidadão das estratégias nocivas de mercantilizar os seus vícios reiterados de falhas de serviços e defeitos de mercadoria.

¹⁰ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do Consumidor*. 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017. p. 82.

2. DO POSICIONAMENTO DO STJ E RESISTÊNCIAS EM ALGUNS TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

O Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a Teoria do Desvio produtivo do Consumidor pela primeira vez em 12/9/2017, no julgamento colegiado do REsp nº 1.634.851/RJ pela 3ª Turma do STJ¹¹, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, ou seja, a teoria já vem sendo abraçada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, porém em alguns tribunais não é considerado o tempo útil do consumidor para resolver os deslindes causados por empresas de grande porte.

Como exemplo do processo nº 0059829-40.2019.8.19.0001¹² do TJRJ, o banco Bradesco que enviou três cartões de crédito para a casa da consumidora, sem a solicitação prévia desta, todavia a consumidora ao refutar tal conduta da empresa e pleitear os seus direitos junto ao Poder Judiciário, eis que houve também desconto de anuidades em sua conta corrente sem desbloqueio dos cartões, se surpreende com a sentença lhe negando o dano moral, ou seja, houve total desrespeito a consumidora pelo banco. Não fora observado pelo Judiciário, teor de Súmula do STJ e tampouco o tempo despendido da consumidora para resolução de algo proveniente unicamente de uma conduta ilícita de uma grande instituição financeira.

De acordo com a Súmula nº 532 do STJ¹³ constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. Nesse sentido, no processo mencionado não fora aplicado o teor da teoria, tampouco da Súmula, com o fundamento que o dano da consumidora ocorreu apenas na esfera patrimonial.

Como pondera o autor Wesley Louzada Bernardo¹⁴ qualquer lesão, a algum campo da personalidade, protegida pela cláusula geral de tutela da pessoa humana, mesmo que independa de especificidade, encontra-se tipificado em norma constitucional ou

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *REsp nº 1.634.851*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846885/recurso-especial-resp-1634851-rj-2015-0226273-9/inteiro-teor-549846894?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0059829-40.2019.8.19.0001*. Terceira Turma Recursal. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20197005411250>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 532*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios da fixação de valor*. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37-38.

infraconstitucional, ensejaria dano moral, seja de forma preventiva, com medidas que fizessem cessar ou até mesmo evitar a agressão, ou de forma repressiva, com a indenização que vise a reparação do injusto causado.

Nesse sentido, não deve ser aceito que uma empresa que age em desconformidade, fazendo seja descontos indevidos, seja não fornecendo o produto de forma adequada e mesmo depois de reclamação administrativa tem que acionar a máquina estatal para valer o seu direito, não pode ser chancelado pelo poder judiciário, eis que o consumidor vulnerável é levado ao estresse abalando sua rotina, caracterizando o dano moral.

A jurisprudência do STJ vem se posicionando da seguinte forma:

[...] Civil. Dano Moral. Não ocorrência. O mero dissabor não pode ser alcançado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão exacerbada a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem se dirige não é necessário que o prejuízo tenha repercussão econômica para a vítima.¹⁵

Para Marcos Dessaune¹⁶ um número expressivo de consumidores, embora se sentindo insatisfeitos ou lesado nessas situações de mau atendimento, simplesmente não reclamam por motivos como a falta de tempo, o custo benefício envolvido, a vergonha, o temor de represálias, o comodismo, o ceticismo, o conformismo.

Tal quadro é agravado e na prática estimulado pela morosidade e pelas módicas condenações que os fornecedores já esperam da justiça brasileira, que na maioria dos casos reconhece, embora quase sempre tardiamente, o direito daqueles consumidores que, em verdadeira peregrinação, perseveram na luta para reaver minimamente os bens da vida que foram privados.

Diante dessa realidade, muitos fornecedores, mesmo conscientes de situações potencial ou efetivamente danosas para o consumidor, adotam a conduta de esquivar-se de responsabilidade pelos problemas de consumo que criaram, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de saná-los.

É inegável que um banco que faz uma cobrança indevida de um cartão de crédito nunca solicitado e não desbloqueado, começa a descontar anuidade diretamente da conta corrente da cliente e não é punido pedagogicamente a fim de reprimir tal prática da instituição financeira e, apenas tem que devolver o que foi descontado indevidamente, de forma simples,

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *REsp n° 215666 RJ 1999/0044982-7*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301049/recurso-especial-resp-215666-rj-1999-0044982-7>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁶ DESSAUNE, op. cit., p. 67.

acaba lucrando de forma ilícita com a prática, pois os clientes que reclamam são a minoria, uma vez que o custo benefício envolvido não valerá a pena e a falta de tempo de se deslocarem para uma audiência, contratar um advogado, eis que mesmo podendo ser resolvido na esfera dos juizados especiais, poucas pessoas acionam a máquina do judiciário sem um advogado, devido a falta de conhecimento e até mesmo segurança para poder pleitear um direito sozinhos.

Tal conduta do judiciário reforça o comportamento arbitrário do banco, e de demais empresas de grande porte, que agem dessa maneira movidas pela aspiração de lucrar e, segundo Dessaune¹⁷, geralmente empresas estão amparadas por um cálculo estatístico que, baseadas em demandas administrativas e judiciais, demonstra que o custo benefício da sua inércia operacional, aliada à sua estratégia jurídica de resistir às legítimas reclamações dos consumidores, é bastante vantajosa economicamente.

Ou seja, se a cada 100 pessoas que o banco realiza um desconto indevido, 30% reclamarem, o banco acabou lucrando, pois segundo essa sentença por exemplo apenas teria que devolver de forma simples o que foi indevidamente descontado.

A cobrança de qualquer valor, na conta corrente de um consumidor que é surpreendido com o saldo reduzido já seria suficiente para ensejar em dano moral. Nesse sentido, o fornecimento ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele, consumidor, utilizaria para produzi-lo para uso próprio, assim permitindo que ele empregue o seu tempo em outras atividades de sua livre competência e escolha.

Segundo o Boletim Sindec 2015¹⁸, divulgado pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça, divulgou em fevereiro de 2016, contendo a análise dos 2.532.652 demandas administrativas que os consumidores brasileiros levaram aos Procons integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec). O Boletim revelou que somente essas empresas gigantes foram responsáveis por 1.082.218 dos 2.532.632 de reclamações dos consumidores no período em análise, isto é, 42,8% de todas reclamações registradas em 2015.

Enfatiza-se que ao analisar a publicação as cinco atividades econômicas mais reclamadas em todo Brasil são exercidas¹⁹ por megaforneadores de telefonia celular, telefonia fixa, de cartão de crédito, de TV por assinatura além de bancos comerciais. Ao

¹⁷ Ibid., p. 82.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2015*. Secretaria Nacional do Consumidor. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mas-de-2-6-milhoes-de-consumidores-foram-atendidos-nos-procons-em-2015/BoletimSindec20152.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

¹⁹ DESSAUNE, op. cit., p. 79

verificar os dados do boletim, verificou-se que os problemas com cobrança são os mais reclamados pelos consumidores, sendo responsáveis por 39,2% das reclamações.

Esses grandes fornecedores, se utilizam²⁰ da sua superioridade de mercado para transferir para o consumidor o custo temporal, operacional e material de sanar o vício de seu produto ou serviço, o dano decorrente de um defeito nele ou a consequência danosa de uma prática abusiva, em princípio alcançam lucro injustificado às custas dos consumidores.

3. OS PREJUÍZOS SOCIAIS DA NÃO APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO CIVIL DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

O incidente da globalização não envolve apenas a economia, mas também a relação entre a sociedade e os métodos de consumo. A demanda por novos modelos de produção, processos de publicidade e vendas facilitou o acesso conveniente aos consumidores por produtos e serviços antes inimagináveis, com base no antigo modelo de consumo. Esses comportamentos criaram grande competitividade no fornecimento de produtos ou serviços ao mercado consumidor.

Portanto, José Afonso da Silva²¹ afirma que a proteção dos consumidores se deve às razões econômicas causadas pela atual forma de comércio e pela sociedade de consumo em que estamos inseridos.

Nessas circunstâncias, o movimento do consumidor está em constante evolução para forçá-lo a expandir e implementar a legislação e as políticas de proteção ao consumidor, tanto nacional quanto internacionalmente. “Os consumidores podem ser definidos como pessoas com uma posição fraca e estruturalmente subordinada em relação aos produtores de bens ou serviços de consumo.”²²

Cabe trazer à baila que na ausência de um mercado perfeitamente competitivo, as perdas sofridas pelos consumidores seriam óbvias porque os preços do consumo e dos bens adquiridos cairiam. Isso ocorre porque a concorrência força os preços a cair e exige que os agentes se esforcem continuamente para melhorar suas capacidades de qualidade e inovação. Por outro lado, do ponto de vista da distribuição geral de recursos, a sociedade também sofrerá perdas devido à falta desses mercados.

²⁰ Ibid., p. 82.

²¹ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 263.

²² GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 251.

Ao excluir uma variedade de consumidores que não desejam ou não podem comprar produtos a novos preços do uso do produto, ocorrerão perdas sociais.²³

A Constituição Federal de 1988²⁴, em seu artigo 5º, XXXII tornou a proteção do consumidor direito e garantias básicos. Portanto, nesse contexto, podemos entender que o ordenamento jurídico brasileiro promove os consumidores ao status de direitos básicos de terceira dimensão, como direitos transindividuais, e estipula que o Estado deve defender esses direitos de sujeito na implementação de políticas públicas Obrigações.

A missão de qualquer fornecedor hoje, amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro é contribuir para uma vida com dignidade, promover a felicidade e fazer as pessoas satisfazerem as necessidades de seus consumidores, desde que exista o suprimento quociente. Devido à especialização do conhecimento e das atividades desenvolvidas no contexto social, o processo de interdependência entre os indivíduos é cada vez mais fortalecido e as pessoas usam cada vez mais a comunicação de produtos, serviços, para atingir seus objetivos, proporcionando dignidade e bem-estar. Portanto, a qualidade inerente dos produtos produzidos e os serviços prestados e a missão do fornecedor em cumprir com esses projetos.

No entanto, os fornecedores adotaram uma posição contrária à autorização para fornecer um meio de promover o bem-estar do consumidor. Estes últimos estão imersos na busca de soluções para os mais diversos obstáculos e, devido aos obstáculos causados pelos próprios fornecedores, sejam devido ao preparo insuficiente, desatenção, negligência ou quiçá maldade, gastam muito tempo.

Quando o fornecedor não realiza de forma adequada essa tarefa tirando muito tempo do consumidor, isso leva à transferência de atividades de produção, que começa a resolver o impasse que ele não causou e desperdiça o tempo que deve ser gasto. Os fornecedores devem fornecer produtos e serviços de qualidade para atender às necessidades e expectativas legais dos consumidores, eis que o tempo do consumidor deve ser gasto com atividades e interesses de sua escolha e não resolvendo os problemas oriundos de itens fornecidos com vícios ou com defeito ou praticar abusos que não atendam aos requisitos estipulados na Lei de Proteção ao Consumidor e lhes causando perdas.

Além disso, os consumidores estão dedicando parte de seu tempo resolvendo situações geradas por problemas causados pela má qualidade do serviço ou falha dos produtos adquiridos. Essa situação é um exemplo de baixos níveis de serviço.

²³ NUSDEO ,Ana Maria de Oliveira. *A regulação e o Direito da Concorrência*. São Paulo:Malheiros, 2006, p. 163.

²⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2020.

Por conseguinte, sobre a esfera da temática da teoria do desvio produtivo do consumidor, cabe mencionar o dano existencial, que originou-se na Itália e, segundo o Amares Alves de Almeida Neto²⁵, consiste de forma ampliada do conceito de dano à vida, que para ser configurado não é necessário que o prejuízo tenha repercussão econômica para a vítima.

Para entender o instituto do dano existencial faz-se necessário entender que é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal, ou ainda a ordem social. Nessa toada, significa dizer que é uma afetação negativa²⁶, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, ou um conjunto delas, que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, transformou a forma que seria realizado ou tendo de suprimir sua rotina.

Com efeito, vale salientar que o dano existencial se consubstancia na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em ter que agir de outra forma ou em um não poder mais fazer como antes, repercutindo de forma constante e permanente sobre a existência do indivíduo, ou ainda, uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, no qual o indivíduo sofre no cotidiano.

O tempo vital do consumidor, assim como suas atividades existenciais, são bens constitucionais passíveis de indenização, esses bens uma vez feridos e demonstrados a sua lesão antijurídica deve ter a devida responsabilização civil do fornecedor que ocasionou o dano e não um mero dissabor normal na vida do indivíduo consumidor.

É importante perceber que a consequência²⁷ prática da não responsabilização, é o estímulo transmitido aos fornecedores em geral, no sentido de que eventos danosos de desvio produtivo do consumidor podem ser gerados e proliferados livremente no mercado de consumo, além da banalização que a sociedade em geral vivencia experiências nocivas de desvio produtivo do consumidor, por conseguinte, os fornecedores ficam mais desinibidos para disseminarem pelo mercado.

Por fim, a não repressão das condutas abusivas, também fortalecem sentimentos de frustração, estresse e irritação do consumidor que perde sua liberdade de escolha para

²⁵ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. *Revista dos Tribunais*, V.6. nº 24, São Paulo: RT, 2005. p. 127.

²⁶ SOARES, Flávia Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 46.

²⁷ DESSAUNE, op. cit., p. 267.

desenvolver o seu tempo nas atividades que tem mais apreço, o que impacta diretamente na sua felicidade, sendo esse último, direito fundamental implícito pela Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

É notório ainda o descaso das empresas com o consumidor, mesmo após a promulgação de institutos próprios para defesa dos interesses desses, nesse sentido, quando o consumidor busca reagir a um mau atendimento de uma empresa, notadamente buscando auxílio na justiça ou do Procon, deve ser devidamente ressarcido, eis que estaria apenas exercendo um direito reconhecido, tendo em vista que o tempo é o pilar, a viga mestra, para o indivíduo desenvolver suas atividades essenciais, sendo este tempo vital, por se tratar de um bem que não pode ser recuperado ao longo da vida, é o verdadeiro capital de uma pessoa.

Dano moral está intrinsecamente ligado a parte psíquica do indivíduo como aborda o autor, pois estudos sobre o tema exemplifica que ansiedade e depressão podem ter origem em uma lesão física, quanto em um distúrbio social provocado por estresse. Enfatize-se que essas situações de estresse pela *via crucis* percorrida pelo consumidor para resolver os problemas das grandes empresas ultrapassam a esfera do dano patrimonial, sendo, portanto, equivocada as decisões que tratam muitos casos como mero aborrecimento, visto que deve ser recompensado para manter ou restabelecer a própria dignidade, com intuito de evitar que o fato danoso se repita com ele ou ainda com outros consumidores.

Tal responsabilidade aos fornecedores deve se dar de forma preventiva e punitiva, sendo a função do Judiciário e dos órgãos de proteção ao consumidor apoiarem e nunca o censurarem, fazendo com que as empresas paguem pelo prejuízo causado ao consumidor, independente de culpa, ressaltando os profissionais liberais que não estão dentro dessa regra geral de responsabilidade objetiva, ambicionando sempre o equilíbrio nessas relações de consumo.

O consumidor que é tratado condignamente e atendido de forma qualitativa tende a se tornar um parceiro fiel da empresa, inexistindo, portanto, motivos para que se insurja contra elas, gerando assim uma relação mútua de respeito e ética entre ambas as partes fornecedor/consumidor.

Por derradeiro, com base em todo o exposto é possível observar a aderência da Teoria do desvio produtivo do consumidor ao ser reconhecida pelo STJ, deve-se ser mais aderida pelos tribunais pátrios, para que não exima o fornecedor de prestar serviços qualitativos. Já que essas pessoas sofreram um dano coletivo ao ter o seu tempo subtraído de forma abusiva e

injusta, tendo em vista que não há como negar a importância do tempo enquanto instituto componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Afinal, o tempo é a expressão mensurável da própria vida. E não há direito personalíssimo maior do que a vida de um ser humano. Logo, qualquer interferência indevida de um terceiro, principalmente de grandes empresas, no qual ensejar o desperdício intolerável do tempo livre do indivíduo/consumidor, cabendo também salientar o consumidor por equiparação, é situação apta a gerar dano potencial, sob a perspectiva do princípio da função social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. V. 6, nº 24, São Paulo: RT, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <<http://www.di-reitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios da fixação de valor*. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2015*. Secretaria Nacional do Consumidor. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mais-de-2-6-milhoes-de-consumidores-foram-atendidos-nos-procons-em-2015/BoletimSindec20152.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal Justiça. *REsp nº 1.634.851*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846885/recurso-especial-resp-1634851-rj-2015-0226273-9/inteiro-teor-549846894?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal Justiça. *Resp nº 215666 RJ 1999/0044982-7*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301049/recurso-especial-resp-215666-rj-1999-0044982-7>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 532. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0059829-40.2019.8.19.0001*. Terceira Turma Recursal. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20197005411250>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do Consumidor*, 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 17ed. São Paulo:Malheiros, 2015.

GUGLINSKI, Vitor. *Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC*. Disponível em: < <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc> >. Acesso em: 20 mai. 2020.

MANENTE, Luiz Virgílio P. Penteado; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. *O caráter punitivo da indenização por dano moral nos EUA*. Disponível em:< <http://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *A regulação e o Direito da Concorrência*. São Paulo:Malheiros, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Flávia Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.