

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO
CONSUMIDOR: UMA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA E
JURISPRUDENCIAL NO BRASIL ATUAL

ÁLVARO RUSSOMANO GOÑI
FERNANDO DA COSTA AZEVEDO

VOLUME 13 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2022

A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: UMA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL ATUAL

THE CONSUMER THEORY OF PRODUCTIVE DEVIANCE: A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE IN CURRENT BRAZIL

Recebido: 07/12/2019
Aprovado: 17/07/2022

Álvaro Russomano Goñi¹
Fernando da Costa Azevedo²

RESUMO:

O presente trabalho objetiva o estudo da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, com base na obra de Marcos Dessaune, em cotejo com os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelas Turmas Recursais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e pelos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões do Brasil. A atualidade impõe aos fornecedores o respeito do tempo disponível do consumidor da maneira mais eficiente possível e que as ações ou omissões de fornecedores de produtos e serviços que violem, em tese, direitos do consumidor, são apreciadas pelo Poder Judiciário que atua como último mecanismo possível de salvaguarda do direito do consumidor. Pretende-se analisar as decisões obtidas através da utilização dos parâmetros de pesquisa: “teoria do desvio produtivo do consumidor”. Almeja-se conhecer de que forma a Teoria do Desvio Produtivo do consumidor vem sendo tratada por parte do Poder Judiciário brasileiro, em especial nas relações jurídicas tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Conclui-se que embora haja embasamento teórico, os Tribunais brasileiros resistem à fundamentação de compensações por danos morais na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. O marco temporal adotado corresponde a cada informação apresentada pelos próprios Tribunais consultados. A pesquisa desenvolveu-se através de busca jurisprudencial e bibliográfica, com aplicação da jurimetria resultante de uma análise qualitativa e quantitativa.

Palavras-chave: Direito Civil. Proteção do consumidor. Teoria do Desvio Produtivo.

ABSTRACT:

This paper aims to study the Theory of Productive Deviance of the Consumer, based on the work of Marcos Dasune, in comparison with the judgments delivered by the Superior Court of Justice, the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, by the Civil Appeals Courts. of the Rio Grande do Sul State Court of Justice and the Federal Regional Courts of the 1st, 2nd, 3rd, 4th and 5th Regions of Brazil. Nowadays, suppliers are required to respect the consumer’s available time

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2014). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS. Pós-Graduando em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Advogado.. E-mail: alvaro.russomano@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professor Associado I na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS. E-mail: fecoaze@ig.com.br

as efficiently as possible and that actions or omissions by suppliers of products and services that violate, in theory, consumer rights, are appreciated by the judiciary, which acts as the last possible mechanism. safeguarding consumer rights. It is intended to analyze the decisions obtained through the use of the research parameters: “theory of productive deviation of the consumer”. It aims to know how the Consumer Productive Deviation Theory has been treated by the Brazilian Judiciary, especially in the legal relations under the Consumer Protection Code. It is concluded that although there is theoretical basis, the Brazilian Courts resist the substantiation of compensation for moral damages in the Theory of Productive Deviance of the Consumer. The timeframe adopted corresponds to each information submitted by the consulted Courts themselves. The research was developed through jurisprudential and bibliographic search, with application of the jurimetry resulting from a qualitative and quantitative analysis.

Keywords: Civil Law. Consumer protection.. Theory of productive deviance.

INTRODUÇÃO

As transformações provocadas pela industrialização, pela massificação das relações de consumo e pelo imediatismo com que essas relações se desenvolvem, tornam essencial o uso adequado do tempo para que os consumidores possam desempenhar adequadamente suas competências. Além disso, o respeito a esse bem jurídico escasso por parte dos fornecedores de produtos e serviços, como leciona Marcos Dessaune, consubstancia-se em *missão implícita*, subjacente à relação de consumo.

Atualmente, a sociedade de consumo se caracteriza pelo desejo de aquisição de bens “supérfluos”, excedentes e de luxo (RETONDAR, 2008). Esse desejo de aquisição de bens *supérfluos* está atrelado à necessidade de que essas aquisições sejam realizadas de maneira instantânea, que os consumidores, literalmente, não tenham o tempo perdido em vão, por força da dinâmica da sociedade moderna.

Ademais, a inobservância deste dever gera no consumidor perdas patrimoniais, extrapatrimoniais ou ambas, conforme a complexidade do caso concreto, demandas estas que acabam por ser submetidas ao Poder Judiciário, o qual é instado a solucionar violação a bem jurídico relevante, embora careça de previsão legislativa específica para o tema, o que não afasta a necessidade do julgamento.

A noção de que o tempo do consumidor deve ser respeitado faz com que este tenha disponibilidade para realizar suas competências, o que significa dizer que o fornecedor cumpre, nas palavras de Marcos Dessaune, a sua razão de existir, consistente na liberação dos recursos produtivos do consumidor.

Em um primeiro momento busca-se o conceito do fenômeno do tempo, sua consequência jurídica e a sua relevância no âmbito da relação de consumo. Com a definição dos elementos essenciais à caracterização da relação de consumo, parte-se para a análise dogmática da Teoria do Desvio Produtivo do consumidor. Já em um terceiro capítulo, são estudados o inteiro teor dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e dos cinco Tribunais Regionais Federais do Brasil desde a data em que disponibilizadas através do endereço eletrônico dos respectivos Tribunais consultados até o mês de junho de 2019.

A pesquisa foi realizada utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com a finalidade de constatar a forma como a Teoria do Desvio Produtivo do consumidor é abordada pelas cortes de justiça brasileiras abrangidas pelo estudo, analisando os dados obtidos tanto quantitativa quanto qualitativamente.

1. DEFINIÇÃO E RELEVÂNCIA DO TEMPO E A RELAÇÃO DE CONSUMO

A fim de mensurar a relevância do tema, é preciso que seja estabelecida a natureza jurídica do fenômeno tempo. Inegável que o transcurso do tempo é fenômeno natural, que não pode ser retardado pelo homem. O tempo simplesmente flui.

Segundo o dicionário Houaiss (2009), dentre outras definições, tempo é período contínuo e indefinido no qual os eventos se sucedem e criam no homem a noção de tempo presente, passado e futuro. Na física clássica (Newtoniana), por sua vez “o tempo absoluto, verdadeiro e matemático, por si mesmo e por sua própria natureza flui igualmente sem relação com nada de externo, e com outro nome, é chamado de duração”.

No âmbito da hermenêutica jurídica o decurso do tempo e a sucessão legislativa implica em problemas teóricos e práticos de suma relevância, merecendo inclusive uma obra intitulada *Direito Intertemporal* de Carlos Maximiliano.

Como bem salienta Márcio Lana, o tempo pode ser analisado sob a perspectiva estática e sob a perspectiva dinâmica. E será considerado um bem jurídico quando visto sob o prisma estático, conforme STOLZE apud LANA.

Na Teoria do Fato Jurídico Plano da Existência (Mello, 2001, p 111), temos a classificação jurídica do tempo enquanto fato jurídico *stricto sensu*, tendo em vista que segundo o autor será considerado como tal: todo o fato jurídico em que, na composição de seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial recebem essa nomenclatura.

Inegável que o tempo possui repercussão na seara jurídica como fato jurídico *stricto sensu*, capaz de gerar a aquisição de direitos através da prescrição aquisitiva ou a perda de uma faculdade processual através do decurso do prazo e a ocorrência do fenômeno da preclusão temporal, é preciso estabelecer que o tempo é, também, um bem jurídico tutelável pelo direito.

Ora, não basta reconhecer que o tempo possui uma repercussão jurídica como acima mencionada e sim é preciso que se estabeleça o que o caracteriza como bem jurídico. Caio Mário da Silva Pereira apud TARTUCE (2016), lecionava que bem é tudo o que nos agrada e ainda realizava a magistral distinção entre bens e coisas: “Os bens especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais e concretas, enquanto que se reserva para designar imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito”.

Como bem salienta Dessaune, o tempo torna-se um bem jurídico relevante pela sua escassez. Ou seja, uma vez que o homem não pode modificar a regra natural do transcurso do tempo, o seu adequado aproveitamento é importantíssimo para que o indivíduo desenvolva adequadamente todas as suas competências. Competências estas que na visão de Dessaune (, sinteticamente, são o conjunto de aptidões, habilidades e tarefas a que o indivíduo se propõe a desempenhar ao longo da vida. Competência e tempo formam o que mais à frente se verá como “recursos produtivos do consumidor”.

Para possibilitar a incidência das regras jurídicas sobre o fenômeno do tempo e assim considera-lo um bem jurídico, é preciso nos apropriarmos do citado conceito de Caio Mário da Silva Pereira (2004), com o fim de dar a esse bem a devida relevância jurídica uma vez que imaterial/incorpóreo, ainda que passível de atribuição de valor jurídico e econômico.

Superada a definição do tempo enquanto bem jurídico, cabe neste momento a definição do contexto em que deve ser empregado, ou seja, a relação de consumo é o cenário no qual verifica-se a relevância jurídica do tempo.

Segundo Anderson Retondar (2008) “a sociedade de consumo que vivenciamos hoje surge na Europa Ocidental, nos séculos XVIII e XIX”. A sociedade de consumo atual sofreu, evidentemente, efeitos das modernizações e adaptações à realidade atual, com os meios de

aquisição virtual, com as formas de entrega de produtos e serviços diametralmente diferentes daquelas existentes nos há mais de 100 anos.

A relevância da proteção ao consumidor e a tutela jurídica das relações de consumo é indiscutível na sociedade moderna, de massas, em que há a despersonalização dos consumidores e a padronização dos meios de produção e de prestação de serviços. Além disso, a Organização das Nações Unidas, reconhecendo a função do consumo enquanto elemento essencial ao desenvolvimento econômico e social da sociedade, inseriu em sua Agenda 2030, o objetivo 12 com a finalidade de assegurar padrões de produção e de consumos sustentáveis (ONU, 2015).

O conceito de relação de consumo é extraído através do método de interpretação sistemática dos artigos iniciais da Lei 8078/1990, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2014, p 63), o Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial, aplicável somente quando estiverem presentes consumidor e fornecedor. Assim, a relação de consumo é uma relação jurídica qualificada pela presença de sujeitos que recebem a tutela específica de uma legislação protetiva. Em outras palavras, a relação é relevante para o direito especialmente em razão da presença de sujeitos vulneráveis e hipossuficientes.

No direito brasileiro, o consumidor está definido no artigo 2º e seu respectivo parágrafo único da Lei 8.078/1990, dividindo-se em consumidor padrão ou por equiparação. Considera-se consumidor padrão toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Abre-se aqui um breve espaço para o esclarecimento dos conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, para melhor compreensão da matéria.

A vulnerabilidade é condição presumida pela legislação e atinente a todos aqueles que figuram como consumidores em determinada relação jurídica, na forma do que estatui o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Já a hipossuficiência é instituto de natureza processual, que deverá ser reconhecido no caso concreto e está ligado à matéria probatória do direito alegado.

No que diz respeito ao caso concreto, isto é, ao desperdício do tempo útil do consumidor temos que, no mais das vezes, é preciso reconhecer tanto a sua vulnerabilidade quanto sua hipossuficiência à medida em que o consumidor possui dificuldades probatórias sobre o tempo gasto, como por exemplo, pelo não fornecimento do teor de conversas telefônicas, pela não apresentação de conteúdos de protocolos de reclamações dentre outros, o que deve culminar com a inversão do ônus probatório prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990)

Com isso tem-se o contexto em que se propõe o estudo: a análise da relevância jurídica do tempo inserido em uma relação de consumo e como tal tema vem sendo tratado na jurisprudência das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor ou somente “desvio produtivo do consumidor”, é atribuída, no Brasil ao autor Marcos Dessaune. Tal construção jurídica baseia-se no fundamento de que com o desenvolvimento da sociedade moderna os indivíduos necessitam de mais tempo livre para desempenhar as suas competências (primeira espécie de recursos produtivos do consumidor), ou seja, ante o reconhecimento da escassez do recurso “tempo”, os consumidores em especial, têm o direito de receber dos fornecedores produtos e serviços,

aí incluídos atendimentos, que não provoquem, literalmente, perda de tempo, ou seja, que sejam, na forma da lei adequados ao consumo.

O constituinte originário, atento ao contexto de consumo de massa, de inovações tecnológicas, estabeleceu no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que o Estado promoverá a proteção do consumidor. Ora, tal garantia constitucional não assegura a tutela unicamente através do processo legislativo tradicional, todas as instituições estatais devem proteção ao consumidor. Estabeleceu, igualmente, no inciso X, do citado artigo 5º, o direito constitucional de indenização por danos materiais ou morais sofridos.

Já no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) temos que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do consumidor. Logo, as atividades econômicas não podem ser desenvolvidas em contrariedade aos parâmetros de proteção do consumidor.

Ora, o dever jurídico dos fornecedores deve ter a origem muito mais além do que o mero dever de cumprir a lei. Há que se desenvolver a relação de consumo pautada pelo princípio da solidariedade, à medida em que os fornecedores devem se pautar pelo atendimento das necessidades dos consumidores de maneira ágil, fornecer serviços e produtos que não exijam do consumidor o desperdício do seu tempo útil. É importante destacar que este princípio é extraído diretamente do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). De acordo com Léon Bourgeois, citado por Vera Herweg Westphal (WESTPHAL, 2008), o laço de solidariedade entre os indivíduos e evidentemente extensível aos fornecedores, institui a coesão social, elemento que é essencial à vida harmônica e pacífica em sociedade.

Como concretização do princípio da solidariedade, exige-se que a conduta de consumidores e fornecedores seja inflexivelmente pautadas pela boa-fé objetiva e subjetiva. Deve-se pretender que as relações de consumo cumpram a sua função social sem causar danos temporais aos consumidores, ou seja, que produtos e serviços sejam adquiridos, prestados e atinjam às suas finalidades sem entraves, desperdícios e descontentamentos.

No entanto, caso todo esse arcabouço jurídico que fundamenta o adequado comportamento dos atores da relação de consumo e mesmo assim tenhamos a violação, por parte do fornecedor de seu dever implícito de liberação dos recursos produtivos - não cumprir com o seu dever de possibilitar ao máximo que o consumidor bem utilize o seu tempo com o que lhe interessa e não seja obrigado a envolver-se com falhas de produtos/serviços, cobranças indevidas, ligações indesejadas - tem-se que nascerá para o consumidor o direito a ser reparado por uma lesão, por um ato considerado ilícito.

Assim, presente o desperdício do tempo útil do consumidor, causado por ação ou omissão do fornecedor, deve-se reconhecer o direito à compensação/indenização pelo prejuízo sofrido, restando a seguir a análise acerca da natureza jurídica do dano bem como a posição jurisprudencial acerca do tema, militando-se aqui a responsabilidade objetiva uma vez que estamos diante de dano sofrido pelo consumidor.

Em que pese haver discussões relevantes acerca da natureza jurídica do denominado dano temporal, é importante mencionar a posição de Marcos Dessaune a qual, em um primeiro momento dirigia-se ao reconhecimento de que o dano temporal deveria ser considerada uma terceira forma de dano indenizável, afastando-a do dano de natureza moral.

Infere-se da doutrina de Marcos Dessaune que há a possibilidade de enquadramento da reparação no âmbito da esfera moral e é esta a posição jurisprudencial majoritária, inclusive sendo esta a nomenclatura dada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.737412/SE no qual foi reconhecida a possibilidade de compensação por danos

morais coletivos em decorrência da inobservância do dever de preservação do tempo útil do consumidor.

Como bem afirmam Tarcísio Teixeira e Leonardo Silva Augusto (Teixeira, 2015; Augusto, 2015), não se trata da tutela do mero desperdício do tempo, mas sim de um desperdício de tempo injusto e intolerável.

Considera-se que o dano moral decorrente da violação de direito do consumidor escasso, como o tempo, é presumido.

De suma relevância a citação a Dessaune realizada por Teixeira e Augusto (2015), quanto à importância do tempo útil para a concretização do direito social ao lazer. Ora, é imprescindível que os indivíduos tenham liberados os seus recursos produtivos, inclusive para concretizar a Teoria do Ócio criativo de Marco De Masi, e possam efetivamente desfrutar do direito ao lazer.

2.1 A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR SOB O PRISMA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

Aliando-se as bases dogmáticas estabelecidas, mister se faz a busca do reflexo dos ensinamentos doutrinários no casuísmo do Poder Judiciário, que é chamado a dar efetividade ao direito do consumidor. Em pesquisa realizada no dia 16.06.2019, no sítio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, lançando-se como parâmetro a expressão “teoria do desvio produtivo do consumidor” não foram encontrados acórdãos que abordassem o tema. Igual resultado foi encontrado no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A pesquisa realizada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que abrange os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo foram encontrados 02 acórdãos. Nos processos: 0106279-30.2017.4.02.5106, no qual o Tribunal houve por manter a condenação em *indenização* (sic) por danos morais, reduzindo o valor fixado para R\$5.000,00. In casu, houve a demora na emissão de boleto bancário por parte de agente financeiro, o que ensejou a condenação conforme a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. E processo nº 0010751-92.2016.4.02.0000 por tratar-se de Agravo de Instrumento versando sobre matéria processual, a Teoria do Desvio produtivo não foi objeto de discussão.

Por sua vez, a pesquisa realizada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região retornou com 05 resultados para o parâmetro “teoria do desvio produtivo do consumidor”: na Apelação Cível nº 0001597-30.2015.401.4101, julgada em 22.10.2018, a 6ª turma da Corte Regional aplicou a Teoria do Desvio Produtivo e determinou o pagamento de R\$5.000,00 como meio de indenização por danos morais a consumidor em razão do tempo dedicado por ele para solucionar problemas com a sua conta bancária.

Na Apelação Cível nº 0007987-62.2013.4.01.3300, igualmente o Tribunal Regional Federal, em julgado datado de 10.09.2018 deferiu indenização por dano moral aplicando a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em razão do não atendimento das diversas tentativas pelo consumidor, de obter as faturas para pagamento do cartão de crédito. Caso paradigmático é aquele encontrado nos autos da Apelação Cível nº 0013408-15.2013.4.01.3500, no qual TRF 1ª Região deferiu indenização por dano moral a segurado do INSS, com fundamento na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em decorrência de necessidade de comparecimento do segurado à Agência em decorrência de falha administrativa da autarquia federal, a qual não processara o requerimento administrativo formulado.

Já nos autos da Apelação Cível nº 0002953-10.2008.401.4100, o Tribunal da 1ª Região fixou a indenização em danos morais no valor de R\$5.000,00 para o consumidor com base na Teoria

do Desvio Produtivo do Consumidor ante a demora na obtenção de resposta da instituição financeira e a necessidade de socorrer-se da via judicial, mesmo após a contestação do débito.

Por último, nos autos da Apelação Cível nº 0007893-39.2012.4.01.3304, o Tribunal condenou a União a indenizar os danos morais de consumidor, fundado na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em razão da demora da União em solucionar problema cadastral no CPF de contribuinte, que perdurou por mais de 15 anos.

Estes foram os julgados encontrados nos 5 Tribunais Regionais Federais existentes no Brasil.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Foi feita pesquisa utilizando parâmetros de pesquisa: “desvio produtivo do consumidor”, no site do TJ RS e foram encontrados 31 resultados possíveis, remontando o acórdão mais antigo ao ano de 2012 e o mais atual de 27.11.2019:

Número do Processo	Data da publicação Acórdão	Aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor	Motivo
71009046129	29.11.2019	Sim	Tentativas reiteradas e ineficazes de solução por parte do consumidor
71008986986	29.11.2019	Não	Ausência de prova de uso excessivo de tempo útil
71008977191	22.11.2019	Não	Teoria do desvio produtivo não acolhida
71009003542	22.11.2019	Não	Situação não transborda o mero aborrecimento
7100897421	22.11.2019	Não	Negada a existência do desvio produtivo alegado
71008959710	06.11.2019	Não	Ausência de prova
71008432015	04.11.2019	Não	Ausência de demonstração mínima da privação de tempo
71008690091	01.11.2019	Não	Ausência de prova de dispêndio excessivo do tempo
70082420191	02.09.2019	Não	Inovação Recursal
70081281032	03.09.2019	Sim	Provado o defeito e o desvio produtivo
71008521650	02.08.2019	Não	Ausência de prova de dispêndio excessivo de tempo
71008756686	26.07.2019	Não	Inovação Recursal
70080139728	22.07.2019	Não	Inovação Recursal
70081664039	02.07.2019	Não	Inovação Recursal
70081261729	03.06.2019	Não	Inovação Recursal
70081229031	24.05.2019	Não	Inovação Recursal
70080724859	30.04.2019	Não	Não demonstração do Suporte Fático (Privação do tempo útil)
70080621444	30.04.2019	Não	Não demonstração do Suporte Fático (Privação do tempo útil)

Número do Processo	Data da publicação Acórdão	Aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor	Motivo
70080524663	23.04.2019	Não.	Inovação Recursal
70079899514	25.03.2019	Não	Não demonstração do Suporte Fático (Privação do tempo útil)
71008000606	26.02.2019	Não	Não demonstração do Suporte Fático
71007993082	30.11.2018	Não	Ausência de prova mínima de tempo gasto
71007830532	04.12.2018	Não	Não reconheceu a existência de dano algum
70078322542	30.07.2018	Não	Inovação Recursal
71006996482	30.04.2018	Não	Insuficiência de elementos
71007031792	02.04.2018	SIM	Ausência de suporte por parte do fornecedor para solução do problema (périplo)
71005737119	24.11.2017	Sim	Demonstração de que a consumidora passou por périplo
71006892426	24.11.2017	Não	Ausência de maiores prejuízos ao consumidor
71004442943	05.02.2014	Sim	Descaso da fornecedora em solucionar rapidamente o problema
71004406427	12.12.2013	Sim	Tempo desperdiçado na tentativa de solucionar o problema – “Dano extra rem”
71003680824	16.07.2012	Sim	Não observância do prazo do Art. 18, §1º do CDC – Agravamento da vulnerabilidade

Fonte: Elaboração própria conforme dados disponíveis em pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Analisando-se detidamente os dados obtidos na pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se que dos 31 casos estudados, 7 não admitiram a alegação de ocorrência de violação do tempo útil do consumidor por ausência de pedido na petição inicial, ou seja, com fundamento no obstáculo da inovação promovida no recurso apresentado.

Questão meramente processual, de técnica ou até mesmo de ausência de técnica, seja no patrocínio da causa por procurador, seja em razão da má compreensão jurídica dos servidores que transcrevem o pedido formulado nos balcões dos Juizados Especiais Cíveis, impedem o conhecimento da matéria de direito debatida, qual seja a violação, pelos fornecedores do direito ao tempo útil do consumidor.

Também em 7 casos analisados foi reconhecido o direito à indenização em decorrência da aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, utilizando argumentos distintos, mas que culminaram no reconhecimento de que a situação havia transbordado a margem do

tolerável. Isto porque, dentre os fundamentos utilizados para o indeferimento estava justamente o fato de que a situação vivenciada não se distanciava de mero aborrecimento.

Dado que chama a atenção para a necessidade de uma técnica mais apurada no tratamento da questão por parte dos profissionais do direito, em especial dos advogados, diz com o número de casos que tiveram a Teoria do Desvio Produtivo como inaplicável ao caso concreto por ausência de demonstração do suporte fático. Aí reside, provavelmente, uma insuficiência de elementos probatórios.

Por outro lado, a prova se faz muito difícil, exigindo do consumidor que planeje sempre demonstrar futuramente o seu direito ao tempo útil, com a produção das provas durante as reclamações, o que deve justificar a inversão do ônus da prova. Exemplificativamente: em uma relação de consumo envolvendo empresa de telefonia que não soluciona em tempo razoável demanda do consumidor e exige o dispêndio de horas, de diversas tentativas de contato com o fornecedor, é razoável impor ao fornecedor o dever de trazer aos autos a demonstração de que atendeu, em tempo razoável, o que foi solicitado.

Na esfera dos Tribunais Regionais Federais, fato curioso e não explicado, diz respeito ao relativamente escasso número de ações movidas contra bancos considerados públicos, a exemplo da Caixa Econômica Federal, que versam sobre a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, isto quando comparado ao volume de clientes, que segundo o jornal Valor Econômico, do dia 07.01.2019, são 15 milhões de pessoas que adquirem produtos.

No que diz respeito à responsabilização dos fornecedores por violação do dever de liberação de recursos produtivos que, em outras palavras, corresponde ao dever de preservação do tempo útil do consumidor, adiantamos que esta deva ser enquadrada como de natureza objetiva, a nosso ver com o fundamento crucial da boa-fé, seja ela sob o viés objetivo quanto pelo subjetivo.

Explica-se. A boa-fé é elemento que deve pautar sempre a relação jurídica, inclusive a de natureza consumerista. Neste contexto, a boa-fé esta positivada na legislação protetiva, especialmente no artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV.

Conforme Denise Araújo Capiberibe (Capiberibe, 2010), a boa-fé objetiva impõe que as partes se portem de forma honesta, leal e proba, durante todas as fases do contrato, este é também uma concretização do princípio da solidariedade, isto porque, independentemente do móvel subjetivo, impõe-se aos fornecedores que respeitem o tempo útil do consumidor. É mister aqui ressaltar, conforme Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, 1992), que a boa-fé objetiva foi introduzida como regra de conduta no ordenamento jurídico brasileiro justamente através do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL,1990).

3. CONCLUSÃO

Ante todos os elementos angariados com a pesquisa sobre o tema pode-se concluir que a Teoria do Desvio Produtivo vem sendo amplamente utilizada para deferir indenizações aos consumidores que tiveram o tempo útil desperdiçado em razão de falhas por parte dos fornecedores.

A natureza jurídica do dano temporal vem sendo considerada pela jurisprudência como dano moral, no entanto, a fim de garantir uma maior tutela do bem jurídico tempo afastada dos estigmas impostos pela jurisprudência do mero dissabor e da suposta banalização do dano moral. Dessa forma, defende-se que a indenização pela perda do tempo útil deve ser considerada uma terceira forma, sem descuidar da possibilidade de cumulação com outras modalidades de indenização, como danos materiais.

Conclui-se, também, que os Tribunais Regionais Federais, em que tramitam ações contra bancos públicos federais, possuem pouco volume de acórdãos visando a tutela do tempo enquanto bem jurídico violado pelas instituições financeiras.

Além disso, tendo em vista que o consumidor experimenta um dano em um bem jurídico que é elemento essencial à sua existência digna, deve-se buscar a responsabilização objetiva dos fornecedores de produtos e serviços em decorrência do dano temporal.

No sentido de evitar a proliferação de condutas de fornecedores que violam o dever de liberação de recursos produtivos do consumidor, é imprescindível que sejam criadas jurisprudenciais corretivas das condutas, com a fixação de indenizações sob a égide da doutrina dos chamados danos exemplares ou vingativos, em inglês, *punitive damages*.

No plano da prática judiciária, sugere-se que haja uma inversão do ônus probatório *ope iudice* uma vez que cabe ao fornecedor demonstrar que atendeu às solicitações em tempo adequado, razoável e não ao consumidor demonstrar que “perdeu” seu tempo útil.

É importante reconhecer que o Poder Judiciário produz seus julgados com vistas a uma contenção/redução no número de demandas denominada jurisprudência defensiva.

Ademais, deve haver uma conscientização por parte dos fornecedores de que devem agir de acordo com a boa-fé objetiva, prestando serviços e entregando produtos absolutamente aptos para o consumo e que em havendo defeitos sanáveis, sejam prontamente resolvidos, sem demandar o desperdício do tempo ou o desvio produtivo do consumidor, que é bem escasso e extremamente valioso.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da USP**. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168/69778>. Acesso em 18.06.2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18.06.2019.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 18.06.2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial nº 1.737412/SE. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92012447&num_registro=201700670718&data=20190208&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 18.06.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71009046129. Julgado em 29.11.2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0007987-62.2013.4.01.3300. Julgado em 10.09.2018.

CAPIBERIBE, Denise de Araújo. **O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do Novo Código Civil**. Série Aperfeiçoamento dos Magistrados. Volume 1. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamento/demagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_117.pdf. Acesso em 17.06.2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Parte 1 – Desvio produtivo do consumidor – Capítulos 1,2,5 e 8).

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3ed. rev e aum. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LANA, Márcio R. **O tempo e o direito: análise do Dano Temporal nas Relações de Consumo**. 77f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 11ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 06.10.2019.

RETONDAR, Anderson M. A (re)construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. **Sociedade e Estado**. Brasília, v 23, n 1, jan/abr 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>. Acesso em 30.10.2019.

SCHMITT, Cristiano Heineck. La vulnerabilidad del consumidor en la sociedad de consumo: el daño por el tiempo perdido. In ÁLVAREZ, César Carranza (Coord.) **Temas Actuales de Derecho del Consumidor**. Lima: Normas Jurídicas ediciones.

TEIXEIRA, T., & Augusto, L. S. (2016). O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 110, 177-209. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>. Acesso em 17.06.2019.

VALOR ECONÔMICO, Simão Edna e Pupo Fábio. **Caixa: apenas 15 milhões dos 93 milhões de clientes compram produtos**. Disponível em <https://www.valor.com.br/financas/6053627/caixa- apenas-15-milhoes-dos-93-milhoes-de-clientes-compram-produtos>. Acesso em 17.06.2019.

WESTPHAL, Vera Herweg. **Diferentes matizes da idéia de solidariedade**. Ver. Katál. Florianópolis v 11 n.1 p 43-52, São Paulo, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rk/v11n1/04.pdf>. Acesso em 18.06.2019.