

TEORIA APROFUNDADA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: UM PANORAMA¹

Marcos Dessaune

Autor da *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, do *Código de Atendimento ao Consumidor (CAC)* e das *Histórias de um Superconsumidor*. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e diplomado em *Business* pela *Indiana University*. Aperfeiçoado em “Qualidade de Atendimento ao Cliente” pela *Disney University* e pela Fundação Getúlio Vargas. Treinado em “Resolução de Conflitos Administrativos” pelo *Ombudsman Federal da Bélgica* e pelo *Provedor de Justiça de Portugal*. Ex-diretor e membro do *Instituto Brasilcon*. Advogado, mediador, consultor e palestrante.

APROVADO EM: 02/03/2019 E 01/04/2019

ÁREA DO DIREITO: Civil; Consumidor.

RESUMO: É notório que inúmeros fornecedores, cotidianamente, empregam práticas abusivas e colocam produtos e serviços com vício ou defeito no mercado de consumo. Além disso, muitos desses fornecedores, diante da reclamação do consumidor, ainda resistem à rápida e efetiva resolução desses problemas de consumo que eles próprios criam. Tal comportamento induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despender seu tempo vital, a adiar ou suprimir algumas de suas atividades existenciais e a desviar suas competências dessas atividades, seja para satisfazer certa carência, seja para evitar um prejuízo, seja para reparar algum dano. Tal série de condutas caracteriza o “desvio produtivo do consumidor”, que é o evento danoso que acarreta lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, que sofre neces-

¹ Este artigo foi extraído do capítulo 19, “Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, da obra DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p. 270-280. Mais informações sobre a obra no site www.marcosdessaune.com.br e pelo e-mail livros@marcosdessaune.com.br.

sariamente um dano extrapatrimonial de natureza existencial, que é indenizável *in re ipsa*. Consequentemente, este artigo conclui que está equivocada a jurisprudência tradicional que sustenta que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, representa “mero aborrecimento”.

ABSTRACT: It is well recognized that countless suppliers, quite often, engage in unfair business practices and deliver defective products and services to the consumer market. In addition, many of those suppliers, in the face of consumer complaints, still resist resolving quickly and effectively the consumption problems they have created. Such behavior leads the needy and vulnerable consumer to expend his or her vital time, to postpone or suppress some of his or her existential activities, and to divert his or her competencies from these activities, either to satisfy a certain need, to prevent a loss, or to redress a damage. Such a series of acts characterize the “diversion of the consumer’s productive resources”, which is the harm-producing activity that causes injury to the consumer’s vital time and dignified existence, a consumer who necessarily suffers noneconomic damage of an existential nature, which is recoverable *in re ipsa*. Consequently this article concludes that the traditional case law is mistaken to affirm that the hardship the consumer undergoes, when facing consumption problems, represents “mere annoyance”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor – Responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor – Lesão ao tempo e à vida – Dano extrapatrimonial de natureza existencial – Jurisprudência do “mero aborrecimento”.

KEYWORDS: Consumer law – Civil liability for diversion of the consumer’s productive resources – Injury to time and to life – Noneconomic damage of an existential nature – “Mere annoyance” case law.

SUMÁRIO: 1. Evolução socioeconômica, descrição fenomenológica e suporte jurídico do desvio produtivo do consumidor – 2. Configuração, fundamentos, inter-relações e consequências jurídicas do desvio produtivo do consumidor e arbitramento do dano extrapatrimonial decorrente – 3. Conclusão: a jurisprudência equivocada do “mero aborrecimento” – 4. Referências.

1. EVOLUÇÃO SOCIOECONÔMICA, DESCRIÇÃO FENOMENOLÓGICA E SUPORTE JURÍDICO DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Na luta por sobrevivência e bem-estar, a humanidade levou 10 mil anos para evoluir do modo de produção primitivo para o capitalista. O progresso tecnológico, econômico e organizacional havido nesse período transformou bandos de indivíduos nômades e autossuficientes, que viviam submissos às forças do impulso e do hábito, numa sociedade altamente especializada, interdependente e relativamente desenvolvida em termos materiais. Essa transformação do modo de produção da sociedade foi o resultado da divisão do trabalho² e do desenvolvimento do sistema de trocas, entre vários outros fatores evolutivos que, combinados, levaram ao expressivo aumento da produtividade que gerou grandes excedentes e, assim, permitiu que as pessoas pudessem trocá-los pelos demais bens e serviços de que necessitavam.

Desde então as pessoas passaram a ter a possibilidade de viver com mais liberdade e qualidade de vida, uma vez que a sociedade pós-industrial, apesar dos aspectos negativos inerentes ao sistema capitalista, proporciona a seus membros um poder liberador: o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a utilidade subjacente de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. Ou seja, o

² Leia-se especialização profissional.

fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos³ que ele utilizaria para produzi-lo para uso próprio.⁴

Numa visão teleológica significa dizer que, nas relações de consumo em que a sociedade contemporânea se apoia, todo fornecedor tem a grande missão implícita⁵ de liberar os recursos produtivos do consumidor – fornecendo produtos e serviços de qualidade que deem ao consumidor condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais.⁶

Juridicamente essa missão do fornecedor está fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.

Acrescente-se que a realização dessa missão basilar do fornecedor – que materializa o poder liberador da sociedade pós-industrial – está condi-

3 Recursos produtivos são o tempo e as competências (conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes) da pessoa necessários para o desempenho de qualquer atividade (DESSAUNE, 2017, p. 365).

4 Poder liberador é uma utilidade subjacente do consumo que a sociedade contemporânea, por meio das relações de troca, proporciona a seus membros. Esse poder liberador consiste no fato de que o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a capacidade de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. Ou seja, o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele utilizaria para produzi-lo para uso próprio, assim permitindo que ele empregue o seu tempo e as suas competências liberados em outras atividades de sua livre escolha e preferência (DESSAUNE, 2017, p. 363).

5 Sua verdadeira razão de existir.

6 Atividades existenciais são aquelas que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade, destacando-se estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial. Note-se que trabalhar tem tanto o sentido de auferir renda para se viver dignamente quanto o de servir o outro, seja para contribuir no desenvolvimento dele, seja para se realizar como ser humano (DESSAUNE, 2017, p. 354).

cionada ao fato de que a interdependência que caracteriza e orienta a sociedade, resultante da especialização das pessoas que a compõem, seja vivida por cada uma com consciência, efetividade, equidade e responsabilidade.

Ocorre que inúmeros profissionais autônomos e liberais, empresas de diversos portes e o próprio Estado, em vez de atender o consumidor com qualidade – assim satisfazendo as suas necessidades, desejos e expectativas, promovendo o seu bem-estar, contribuindo para a sua existência digna e liberando os seus recursos produtivos –, corriqueiramente não realizam sua missão,⁷ por despreparo, desatenção, descaso e/ou má-fé. Dito de outra maneira, incontáveis fornecedores, no lugar de cumprir os seus principais deveres jurídicos originários – de qualidade-adequação, de qualidade-segurança, de informação, de boa-fé, de não empregar práticas abusivas no mercado, de indenidade –, cotidianamente violam a lei, por ato culposo ou doloso.

Assim procedendo, tais fornecedores permitem ou contribuem para que se criem problemas de consumo representados pelo fornecimento de produtos ou serviços com vício ou defeito, ou pelo emprego de práticas abusivas no mercado. Trata-se de atos antijurídicos potencial ou efetivamente danosos ao consumidor, que frustram as legítimas expectativas e a confiança dele e ensejam o dever jurídico sucessivo do fornecedor de sanar o problema ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente.

Sucedem que muitos profissionais autônomos, empresas de menor porte e órgãos públicos, por ato culposo e sem a intenção de obter vantagem indevida, acabam não apresentando uma solução espontânea, rápida e efetiva para esses problemas de consumo, enquanto várias empresas nacionais e

⁷ A missão geral de qualquer fornecedor é promover o bem-estar, contribuir para a existência digna e possibilitar a realização humana do consumidor, bem como de eventuais empregados e sócios e da comunidade que o cerca, em função dos quais ele (fornecedor) existe. Já a missão implícita de todo fornecedor é liberar os recursos produtivos que o consumidor necessitaria para produzir, para seu próprio uso, o produto ou serviço que o fornecedor oferece no mercado. Ou seja, é dar ao consumidor, por meio de um produto ou serviço de qualidade, condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais (DESSAUNE, 2017, p. 362).

transnacionais de grande porte,⁸ por ato doloso e com a intenção de auferir lucro extra mediante o sacrifício do consumidor, acabam se aproveitando do seu domínio do conhecimento e poder econômico para impor ao consumidor, veladamente, o próprio *modus solvendi*⁹ desses problemas: utilizar-se das mais variadas justificativas ou artifícios para omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade por eles.¹⁰

Tal conduta desleal, não cooperativa e danosa desses grandes fornecedores comumente ainda é marcada pela habitualidade no mercado de consumo, lesando direito individual homogêneo¹¹ de uma coletividade determinada ou determinável de consumidores ligados por um fato comum, provocando um desequilíbrio na relação jurídica de consumo que coloca esse grupo de consumidores em situação de desvantagem exagerada¹² e gerando prejuízos coletivos que, entretanto, serão percebidos individualmente pelos consumidores.

Independentemente do porte do fornecedor, do seu grau de culpabilidade e do resultado que seu ato alcançar, a conduta de tentar atenuar,

8 Refiro-me a tais empresas abstratamente.

9 *Modus solvendi* do problema é uma expressão que criei para designar o “modo” veladamente imposto pelo fornecedor de “solucionar” problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, que se traduz na conduta desleal, não cooperativa e danosa, comumente ainda marcada pela habitualidade, pela qual o fornecedor se vale das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade pelo problema que ele próprio permitiu ou contribuiu para que fosse criado no mercado. Esse *modus solvendi*, pelo qual o fornecedor subverte a ordem jurídica e veladamente tenta transferir para o consumidor os seus deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, de modo diverso do que o CDC estabelece, configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V e 51, I e IV, do CDC (DESSAUNE, 2017, p. 362-363).

10 Reporto-me aos problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos ao consumidor.

11 Refiro-me, especialmente, aos direitos do consumidor de adquirir ou utilizar produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de receber informações claras e adequadas sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado; de ser tratado sempre com boa-fé; de não ser alvo ou vítima de práticas abusivas; de não sofrer riscos ou danos; e de ter sanados, rápida, efetiva e integralmente, os vícios que produtos e serviços apresentem, bem como de ter reparados, de igual modo, os danos que produtos e serviços ou que eventuais práticas abusivas causem.

12 Ao transferir veladamente para esses consumidores, de modo incompatível com a boa-fé e a equidade, os deveres e os custos que o CDC atribui exclusivamente aos fornecedores.

impossibilita ou exonera sua responsabilidade por problemas de consumo configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V e 51, I e IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).¹³

Ao se esquivar de resolver o problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, com a utilidade do produto ou com a característica do serviço, o fornecedor consome tal prática abusiva e gera para o consumidor duas novas alternativas de ação, que são indesejadas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, solucionar a situação lesiva. Ademais, ao confrontar o consumidor com essas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias, necessárias ou inevitáveis naquele momento, o fornecedor restringe a possibilidade de escolha do consumidor. Além disso, ao impor ao consumidor um prejuízo em potencial, iminente ou consumado, o fornecedor influencia a vontade do consumidor.

Conseqüentemente, o fornecedor faltoso induz o consumidor prejudicado a tomar uma decisão sob a influência inevitável de fatores incontrolláveis, a renunciar a alguns de seus direitos especiais tutelados pelo CDC e a se submeter ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe, que traduz a vontade interna dele.

Esse comportamento antecedente do consumidor – tomar a decisão, forçado pelas circunstâncias, de renunciar a alguns de seus direitos de consumidor e assim se submeter ao *modus solvendi* do problema – contraria a sua vontade e evidencia uma renúncia antijurídica à sua plena liberdade de escolha e de ação no mercado de consumo, visto que o consumidor só

13 Dentre as práticas abusivas (gênero) expressamente proibidas pelo CDC, ressaem as cláusulas abusivas (espécie) que “impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos [...]” (art. 51, I) e as que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV). O art. 39, V, acrescenta que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”, enquanto o art. 25 fixa que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores” – que versam sobre a qualidade de produtos e serviços, bem como sobre a prevenção e reparação de danos.

poderia abdicar da sua liberdade negativa na presença de uma lei legítima¹⁴ ou de outro motivo jurídico suficiente¹⁵ que assim autorizasse ou determinasse, jamais por força das circunstâncias. Acontece que o CDC e a vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada são, respectivamente, a lei legítima e o motivo jurídico suficiente aplicáveis à situação, os quais, por um lado, autorizam que os fornecedores sofram restrições ou limitações legítimas à sua liberdade de ação empresarial, e, por outro, não permitem que o consumidor sofra restrições ou limitações arbitrárias à sua liberdade de escolha e à sua igualdade de contratação no mercado de consumo. Dito de outro modo, o apontado comportamento do consumidor implica violação ao direito fundamental à liberdade de ação em geral, que é sustentado pelo princípio da dignidade humana.

2. CONFIGURAÇÃO, FUNDAMENTOS, INTER-RELAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICOS DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E ARBITRAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE

Não lhe restando uma alternativa de ação melhor no momento,¹⁶ e tendo noção ou consciência de que ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente ex-

14 José Afonso da Silva explica que qualquer restrição à liberdade de ação em geral ou liberdade-matriz das pessoas só pode ser imposta por “lei legítima”, que é aquela emanada do Poder Legislativo formado pelo consentimento popular e elaborada em conformidade com o processo legislativo constitucional (SILVA, 2007, p. 236).

15 Robert Alexy sustenta que a “liberdade negativa” (ou possibilidade de escolha) de uma pessoa só é restritiva na presença de “razões suficientes”, pois a liberdade negativa, enquanto princípio, “não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa”. Alexy enfatiza que o princípio da liberdade negativa exige um “motivo suficiente” para que haja qualquer restrição à liberdade, por mais insignificante ou menor que seja esse motivo. Senão ocorreriam restrições arbitrárias à liberdade, ou seja, até “nas pequenas coisas o indivíduo poderia ser submetido a toda forma de chicanas sem fundamento” (ALEXY, 2008, p. 357-358).

16 A não ser submeter-se ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe.

cludentes,¹⁷ o consumidor, impelido por seu estado de carência¹⁸ e por sua condição de vulnerabilidade, despende então uma parcela do seu tempo, adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas, desvia as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres operacionais e custos materiais que não são seus. O consumidor comporta-se assim ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso.

Essa série de condutas caracteriza o “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, o “desvio produtivo do consumidor”,¹⁹ que é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais.²⁰ Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar

17 Como reclamar e descansar, preocupar-se com um problema de consumo e divertir-se, aguardar atendimento em casa e trabalhar fora, em razão da aplicação, de modo direto ou por analogia, do princípio da impenetrabilidade da matéria às situações de desvio produtivo do consumidor. Disso resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade.

18 O termo *carência* designa o conjunto das necessidades, desejos e expectativas da pessoa. Ou seja, carências são as *necessidades* biológicas e culturais da pessoa, os seus *desejos* criados principalmente por técnicas de marketing, pela emulação social, pela perspectiva de obter diferentes formas de prazer e de realização, por alguns estados emocionais e por alguns distúrbios mentais e as suas *expectativas* geradas especialmente por informações, por promessas, por experiências, por valores morais e por direitos (DESSAUNE, 2009, p. 255-256).

19 Inicialmente, denominei o fenômeno socioeconômico em análise “desvio dos recursos produtivos do consumidor”, por ser um nome mais completo e autoexplicativo. Porém, a necessidade de dispor de um nome menor e mais simples, tanto para o título do livro quanto para as inúmeras citações ao longo da obra, levou-me a simplificá-lo e a reduzi-lo para “desvio produtivo do consumidor”. Note-se, contudo, que nessa nova expressão cunhada não empreguei o adjetivo “produtivo” para qualificar o *desvio* do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei tal adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que, em situações de mau atendimento e de omissão, dificuldade ou recusa de responsabilidade pelo fornecedor, o consumidor se vê forçado a desviar seus *recursos* “que produzem” (tempo e competências) de suas atividades geralmente existenciais, objetivando enfrentar os mais variados problemas de consumo (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2009, s.v. produtivo).

20 Repita-se que as principais atividades existenciais, que na sociedade contemporânea se dirigem ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade das pessoas, são estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial.

pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.

Tal comportamento principal do consumidor – despende tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida,²¹ que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos.

Ademais, aquele comportamento suplementar do consumidor – assumir deveres operacionais e custos materiais do fornecedor – viola os princípios do CDC e caracteriza uma renúncia antijurídica a alguns de seus direitos especiais, uma vez que o consumidor jamais poderia abrir mão desses direitos imperativos de ordem pública instituídos pelo CDC, nem mesmo por força das circunstâncias. Afinal de contas, a vulnerabilidade do consumidor tutelada pelo CDC é o fundamento dessa proteção inderrogável de índole constitucional. Dito de outra maneira, o indicado comportamento do consumidor implica ofensa ao CDC e à vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada, que são respaldados pelo direito fundamental à proteção do consumidor.

Ao sucumbir ao *modus solvendi* do problema veladamente imposto pelo fornecedor, o consumidor incorre então, independentemente do resultado do seu esforço, na perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, na alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora.

21 Se o tempo é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, é possível concluir que o tempo vital, existencial ou produtivo é um dos objetos do direito fundamental à vida.

Esse bem e esse interesse jurídicos, respectivamente, estão sintetizados na expressão existência digna e tutelados no âmbito do direito fundamental à vida, que por sua vez é sustentado pelo valor supremo da dignidade humana. O tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade.

Diante dessas constatações, a jurisprudência tradicional – segundo a qual a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano moral indenizável – revela um raciocínio erigido sobre premissas equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão falsa. A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado. A segunda é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e as suas atividades existenciais. A terceira é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra resguardado tanto no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida.

Por conseguinte, ao precisar enfrentar tais problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, o consumidor sofre necessariamente um dano extrapatrimonial que tem efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, que, sendo um dano certo, imediato e injusto, é indenizável *in re ipsa*. Na perspectiva da melhor doutrina atual, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, ao passo que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora configura o dano existencial. Ocorre que a vida, que dura certo tempo e nela se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Consequentemente, um evento

de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial.²²

Esse prejuízo extrapatrimonial ocorre como consequência de dois fenômenos imutáveis: o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas;²³ e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade.²⁴ Ou seja, o dano em questão resulta da lesão ao tempo vital do consumidor que, enquanto bem econômico escasso e inacumulável, nessa situação sofre um desperdício irrecuperável; do mesmo modo, tal dano decorre da lesão a qualquer atividade planejada ou desejada do consumidor que, enquanto interesse existencial suscetível de prejuízo quando deslocado no tempo, nessas circunstâncias sofre uma alteração danosa inevitável.

Por outro ângulo, considerando-se que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade” e que “a pena é tempo e o tempo é pena[, isto é, que] pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena”,²⁵ pode-se dizer que o fornecedor, ao se encontrar em posição de vantagem para impor ao consumidor vulnerável o próprio *modus solvendi* do problema de consumo que criou, tem o poder de transformar em pena (“castigo”) o tempo que o consumidor precisa gastar

22 *Dano existencial* é a lesão a qualquer atividade existencial humana, que precisa ser modificada ou suprimida em decorrência de uma interferência externa injustificada na liberdade de ação da pessoa, resultando em uma alteração danosa do seu modo de ser, do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida (DESSAUNE, 2017, p. 356-357).

23 Veja DESSAUNE, 2017, itens 9.2 e 9.3.

24 Veja DESSAUNE, 2017, item 12.1.

25 LOPES JR., 2009, p. 142-143.

tentando solucionar tal situação nociva. Em geral é essa a percepção (ou o sentimento) do consumidor.²⁶

Uma pesquisa empírica que realizei numa faculdade de Vitória/ES, no ano de 2008, revelou que, quando precisa resolver os problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, a maior parte dos respondentes (33,8%) o faz desviando-se do “trabalho”, 21,2%, afastando-se dos “estudos” e 20,7%, apartando-se do “descanso”. Perguntados como valorizam o seu “tempo”, nenhum entrevistado o desmereceu. 52,2% o consideraram “muito importante” e outros 46,2% o classificaram como “um bem/recurso fundamental na vida”. Ao serem questionados sobre “o que essas situações de desvio de atividades e de desperdício de tempo representam”, apenas 7,5% disseram que tais situações representam um “mero dissabor ou um contratempo normal na vida de qualquer pessoa”, enquanto 92,5% dos respondentes consideraram que se trata de “algum tipo de dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado”²⁷ – reforçando a percepção de que a jurisprudência tradicional brasileira não se sustenta.

Ademais, tendo assumido os deveres operacionais e custos materiais do fornecedor para buscar uma solução ou reparação para o problema lesivo, o consumidor em princípio também incorre em alguma diminuição patrimonial efetiva. Tal prejuízo patrimonial evidencia a lesão antijurídica à propriedade privada, que abrange uma série de bens materiais constitucionalmente tutelados.

Logo, o consumidor também sofre algum dano emergente, que, sendo certo, imediato e injusto, é ressarcível mediante comprovação. O consumidor pode ainda sofrer algum lucro cessante, que é igualmente reparável à face de comprovação.

Paralelamente aos danos suportados pelo consumidor, o fornecedor, ao subverter a ordem jurídica objetivando transferir para o consumidor

26 Veja DESSAUNE, 2017, item 9.6.

27 Veja DESSAUNE, 2017, capítulo 15.

os deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, em princípio auferem um lucro extra e injustificado, portanto antijurídico.

Nos casos em que megaempresas capitalistas ainda se aproveitam, de má-fé, da sua supremacia no mercado para submeter uma coletividade de consumidores ao *modus solvendi* dos problemas de consumo que elas próprias criam, tanto os danos indenizáveis sofridos individualmente pelo consumidor, quanto o enriquecimento injustificado alcançado de modo antijurídico pelo fornecedor, resultam, em última análise, da exploração abusiva do tempo vital da pessoa vulnerável pelo sujeito em posição de vantagem na relação de consumo.²⁸

A denominação do novo instituto jurídico como “responsabilidade civil pela perda do tempo livre ou útil” mostra-se inadequada e incompleta. Inadequada porque, na vida agitada e ocupada de hoje, “tempo livre” traduz a ideia mais restrita do “tempo que sobra” depois que se realizam as atividades necessárias ou preferidas, ao passo que “tempo útil” pode carregar a ideia enganosa de que existe algum “tempo inútil” à vida humana. Incompleta porque, ao ocasionar um evento de desvio produtivo, o fornecedor torna-se responsável não só pelo prejuízo do tempo (bem jurídico) desperdiçado pelo consumidor, como também pela alteração danosa das suas atividades planejadas ou desejadas (interesses jurídicos) – ou seja, pela alteração danosa da sua vida. Portanto, classifico esse tempo pessoal do consumidor de “tempo vital, existencial ou produtivo”, enquanto designo o novo instituto em apreço de “Responsabilidade Civil por Desvio Produtivo do Consumidor”.²⁹

Mediante a ressalva de que os profissionais liberais respondem subjetivamente pelo fato do serviço, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC, os

28 Nesse sentido, Marx sustenta que, na nascente sociedade industrial, o lucro originava-se da exploração do tempo de trabalho dos trabalhadores assalariados pelos empresários capitalistas, conforme sua Teoria da Mais-valia (MARX, 1996, livro I, tomo 2, p. 138). Hodiernamente constato que, na sociedade de massas pós-industrial, a exploração abusiva do tempo vital dos consumidores vulneráveis é uma das novas formas de lucro de mega-fornecedores capitalistas.

29 Veja DESSAUNE, 2017, item 9.4 e capítulo 16.

requisitos ou pressupostos necessários para que o fornecedor faltoso possa ser civilmente responsabilizado pelo Desvio Produtivo do Consumidor, independentemente da existência de culpa, são estes: (1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) onexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo (requisito facultativo).

No arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, a jurisprudência atual destaca dois critérios a serem utilizados: o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do evento danoso. O primeiro valoriza o bem ou interesse jurídico atingido pelo evento danoso, enquanto o segundo considera as circunstâncias especiais do caso concreto, sendo de especial interesse aqui a culpabilidade do agente e a condição econômica do ofensor.

Assim, ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de cunho existencial decorrente de desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo.

Ademais, constatando que o caso versa sobre danos de massa discutidos em ação coletiva, que inicialmente é despersonalizada, o juiz pode calcular o *quantum* indenizatório tomando como base o valor médio da riqueza nacional produzida por cada pessoa economicamente ativa,³⁰ em períodos incrementais de uma hora. Em 2015, esse valor oficial de referência era de R\$ 6,49.³¹

30 Trata-se do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro dividido pela População Economicamente Ativa (PEA) do País.

31 Veja DESSAUNE, 2017, capítulo 17.

Diversamente, nas ações individuais em que o caráter pessoal da demanda desaconselha a padronização, o juiz, ao arbitrar a indenização, deve levar em conta e valorar casuisticamente o bem ou interesse jurídico atingido por um evento danoso de desvio produtivo do consumidor, notadamente o tempo vital e as atividades existenciais da pessoa consumidora.

Saliente-se que, em geral, a não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor acarreta consequências perniciosas de ordem prática, destacando-se o estímulo transmitido no mercado de que tais eventos danosos podem ser livremente gerados e proliferados pelos fornecedores; a banalização que a sociedade acaba conferindo a essas situações nocivas, o que deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado; o aumento gradual do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que continua submetido cotidianamente a esses fatos lesivos mesmo não sendo legal nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.

3. CONCLUSÃO: A JURISPRUDÊNCIA EQUIVOCADA DO “MERO ABORRECIMENTO”

Em suma, na sociedade contemporânea todo fornecedor tem a grande missão implícita de liberar o tempo e as competências do consumidor, dando-lhe, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições de se dedicar àquelas atividades que, a seu juízo, conduzam à realização pessoal e à conquista da felicidade. Caso o fornecedor, inversamente, descumpra sua missão e a lei forneça ao consumidor um produto ou serviço defeituoso (ou empregue uma prática abusiva no mercado), se esquivar de resolver tal problema de consumo que criou e assim gere um evento de desvio produtivo do consumidor, deve ser civilmente responsabilizado a indenizar o dano existencial que causou, independentemente da existência de culpa,³² tanto

32 Ressalvem-se os profissionais liberais, que estão fora da regra geral da responsabilidade objetiva do Direito

para compensar o consumidor prejudicado quanto para prevenir a reiteração dessa conduta lesiva.

Afinal, enfatize-se, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida. Por sua vez, as atividades existenciais não admitem adiamentos nem supressões indesejados, uma vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo. No Brasil, a expectativa de vida ao se nascer no ano de 2015 era de 75,5 anos. Significa dizer que o maior, o mais valioso e o verdadeiro capital de toda pessoa, que por meio de escolhas livres e voluntárias pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, são esses 75,5 anos, 27.557 dias ou 661.380 horas de vida do brasileiro.

Por tudo isso está equivocada a jurisprudência que afirma que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano extrapatrimonial ressarcível.

4. REFERÊNCIAS

DESSAUNE, Marcos. Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. In: _____. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. cap. 19, p. 270-280.

do Consumidor. De acordo com o art. 14, § 4º, do CDC, esses profissionais só serão responsabilizados mediante a verificação de que agiram com culpa ou dolo.