

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

EDUARDO MOURA RODRIGUES

DANO EM RAZÃO DA PERDA DE TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR: análise da
teoria de desvio produtivo do consumidor à luz da doutrina e jurisprudência.

São Luís

2016

EDUARDO MOURA RODRIGUES

DANO EM RAZÃO DA PERDA DE TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR: análise da teoria de desvio produtivo do consumidor à luz da doutrina e jurisprudência.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Anamaria Sousa e Silva

São Luís

2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Rodrigues, Eduardo Moura.

Dano em razão da perda de tempo útil do consumidor : análise da teoria de desvio produtivo do consumidor à luz da doutrina e jurisprudência / Eduardo Moura Rodrigues. - 2016.

64 f.

Orientador(a): Anamaria Sousa e Silva.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís - MA, 2016.

1. Desvio produtivo do consumidor. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 4. Tempo útil. I. Silva, Anamaria Sousa e. II. Título.

EDUARDO MOURA RODRIGUES

DANO EM RAZÃO DA PERDA DE TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR: análise da teoria de desvio produtivo do consumidor à luz da doutrina e jurisprudência.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Anamaria Sousa e Silva

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Anamaria Sousa e Silva (Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

Aos que estão sempre comigo: a família e os amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela benevolência concedida para me fazer continuar caminhando.

Aos meus pais, Hamilton Rodrigues e Ana Cristina Moura, pelo amor incondicional que tenho por eles.

A minha irmã, Ana Carolina, por não desistir de sonho algum, me dando isso como exemplo de vida; pela sua insistência em querer sempre o bem, o justo, o digno, ensinando-me tal; e pela bondade e carinho que tem dedicado a mim; Eu te amo, minha irmã.

Aos irmãos Lucas e Laura, por me mostrarem coisas incríveis todos os dias.

A minha namorada, por todo o apoio e amor que tive durante estes últimos três anos.

Aos amigos que conquistei durante estes cinco anos que agora materializados neste trabalho, todos *sui generis*, em especial Pedro, Gabrielle, Nayana, Caio, Guilherme. Com vocês e todos os outros eu ri, bebi, chorei, fiquei ansioso, fiquei feliz, realizei conquistas acadêmicas e transformei minha consciência, resultando no que acredito ser o melhor de mim até então. Que possamos manter nossa amizade para além dos muros da Universidade Federal do Maranhão, de modo que nossos destinos se permaneçam tangenciados.

A Caroline Fantin Marsaro, pelo altruísmo no pronto atendimento à solicitação do livro que alicerça este trabalho. Sua atitude ao responder um desconhecido que pedia auxílio, é louvável e aqui externo minha gratidão.

Aos professores do curso de Direito da UFMA, por sua dedicação e conhecimento transmitido.

A professora Anamaria Sousa e Silva, pela excelente orientação. Em especial, pela paciência, empenho e solicitude que tem despendido à realização deste trabalho.

RESUMO

A nova conjectura do mercado mundial globalizado tem afastado as pessoas de sua individualidade, tornando-as mera estatística. A crescente e incontrolável produção fez com que o controle de qualidade dos produtos e serviços diminuísse, obrigando os consumidores a buscar junto aos fornecedores a resolução dos problemas de consumo (um vício ou defeito no produtos e/ou serviço contratado, bem como a incidência de práticas abusivas), no sentido de reverter a perda patrimonial que teriam se assim não agissem. É que muitos fornecedores atuam em descompasso com a legislação vigente, sobretudo no Brasil. Daí que, invariavelmente, verificam-se situações em que o mau atendimento enseja o desperdício injustificado do tempo útil e livre dos consumidores. Isso ocorre porque, ao se constatar um problema de consumo, a parte vulnerável desta relação tem de deslocar (redirecionar) sua capacidade produtiva (competências e tempo) de atividades por ela preferidas ou necessárias na tentativa, muitas vezes frustrada, de resolução do conflito. Neste contexto, surge um novo e relevante dano decorrente do desvio produtivo do consumidor ou pela perda de tempo útil. De forma inovadora, Marcos Dessaune desenvolve teoria que propõe que o tempo útil e livre de cada um é objeto de direito e deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Se antes não era possível se cogitar tal situação, diminuída ao mero aborrecimento do cotidiano, atualmente os novos paradigmas da responsabilidade civil permitem essa proteção jurídica, sobretudo porque alicerçada no Fundamento Republicano da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tempo útil. Desvio produtivo do consumidor. Novos paradigmas da responsabilidade civil. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The new conjecture of the globalized world market has kept people from their individuality, making them mere statistics. The increasing and uncontrollable production has caused a decrease of the quality control of products and services, forcing consumers to seek from the suppliers to solve the problems of consumption (an addiction or defect in the products and / or contracted service, as well as the incidence of abusive practices), in order to reverse the equity loss they would have if they did not act. It is that many suppliers act in disagreement with the current legislation, mainly in Brazil. Hence, invariably, there are situations in which poor service leads to an unjustified waste of time from consumers. This is because, when a consumer problem is detected, the vulnerable part of this relationship has to shift its productive capacity (skills and time) from activities that it prefers or necessitates in the often frustrated attempt to resolve the conflict. In this context, a new and relevant damage arises due to the productive diversion of the consumer or the loss of useful time. In an innovative way, Marcos Dessaune develops a theory that proposes that the useful and free time is an object of law and should be protected by the legal system. If it was not possible to consider such a situation, reduced to the mere annoyance of daily life, the new paradigms of civil responsibility now allow such legal protection, especially since it is based on the Republican Foundation of the dignity of the human person.

Keywords: Useful time. Productive diversion of the consumer. New paradigms of civil liability. Dignity of human person.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	QUE É O TEMPO?	11
2.1	Linhas gerais	11
2.2	O tempo enquanto bem	13
2.3	O tempo é bem jurídico no ordenamento brasileiro?	15
3	DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
3.1	Aspectos gerais	19
3.2	Elementos caracterizadores da responsabilidade civil	22
3.3	A responsabilidade civil do fornecedor	26
3.3.1	Responsabilidade pelo fato dos produtos e serviços	27
3.3.2	Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço	29
4	DO DANO MORAL E A CONCEPÇÃO DE NOVOS DANOS	32
4.1	Da perspectiva de novos danos	35
4.2	Dos novos danos	37
4.2.1	Dano em razão da perda de uma chance	38
4.2.2	Dano em razão do abandono sócio afetivo	39
5 A	A TUTELA DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR	41
5.1	Das situações de desvio produtivo do consumidor	42
5.2	Dos recursos produtivos do consumidor	44
5.3	Do desvio produtivo do consumidor	48
5.4	A visão de outros autores	50
5.5	Do entendimento da jurisprudência nacional	54
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

Por viver refém do sistema capitalista globalizado a sociedade contemporânea tem atribuído um novo significado ao recurso *tempo*. É que o *modus operandi* do convívio social estabelecido entre os habitantes não permite o desperdício de tão precioso bem, pelo que este tem recebido sobrepujante importância. A sensação, porém, é de que quanto mais se busca tê-lo, mais se percebe que sua fugacidade é voraz; seu consumo, instantâneo. Cada dia mais se percebe que “o tempo [realmente] não para”.

Hodiernamente, a conjectura imposta por este sistema capitalista vê no trabalho o único modo de viver. Além disso, a indústria cultural impõe a padronização de desejos e necessidades dos seres humanos, volvendo-os para o consumo desenfreado e tornando-os meros fantoches do maquinário global, pelo que os tem retirado cada vez mais de sua própria existência.

Diante deste cenário, o *tempo* se revela recurso importantíssimo para a realização do homem enquanto ser detentor de dignidade. É com ele que as pessoas conseguem desenvolver seus conhecimentos e habilidades, agindo de forma a contemplar seus desejos e anseios, na busca e promoção de sua felicidade. Essa atuação só encontra limites pelo próprio regramento social, pelo Direito, ética, moral ou costumes de dado povo.

Assim, ainda de forma embrionária, começa-se a questionar a necessidade de tutela do tempo enquanto bem jurídico. Ora, a sociedade sempre preservou interesses variados por entendê-los como relevantes. Daí se falar em tutela da vida, do patrimônio, da honra, da imagem, e os mais variados bens jurídicos que o Estado tem o dever de proteger por meio do Direito.

Não diferente se dá com o *tempo*. Em que pese ausência de dispositivo legal que o contemple no vasto rol de bens jurídicos subjetivos da pessoa humana, a doutrina e a jurisprudência nacional, sobretudo, têm reconhecido situações em que prejuízo causado pelo desvio injustificável dos recursos produtivos do consumidor, em face da atuação imprópria dos fornecedores de produtos e serviços, enseja indenização como forma de reparar o tempo injustamente desperdiçado daquele.

A falta de zelo e trato cordial para com os consumidores faz com que estes tenham que desviar de atividades por eles preferidas ou necessárias, para resolver (e muitas vezes apenas tentar resolver) problemas criados em face desta má-atuação no fornecimento de produtos e serviços

Aqui se revela o propósito deste estudo, qual seja: a verificação de um novo tipo de dano, mais precisamente, o dano temporal. Seja a título de dano moral, seja a título de dano autônomo, verificar-se-á os pressupostos de caracterização do dano em razão da perda de tempo útil do consumidor, fundamentando primordialmente pelo estudo de Marcos Dessaune, idealizador da tese de desvio produtivo do consumidor.

No primeiro capítulo investiga-se o que é o *tempo*. Em abordagem não exaustiva, busca-se passear pela mitologia e filosofia para entender, ao longo da história, como os pensadores compreendiam tão complexo fenômeno.

Em sequencia, incita-se a análise do tempo enquanto bem da pessoa humana. É que, conforme já se ventilou, atualmente o tempo reverte-se de novo significado para todos. A sensação de tê-lo perdido enseja um sentimento negativo, somente afastável por outro momento em que se o “economiza”. Mas frise-se, nenhuma atividade humana ou aparato tecnológico já inventado permite ganhar tempo. Seu consumo é sempre certo e constante. Porém, há situações em que gastamos menos tempo para determinada atividade, o que reverbera uma sensação positiva. Neste contexto, a análise do tempo enquanto bem da pessoa revela-se perspicaz.

Em tópico subsequente procura-se descobrir se o tempo é bem jurídico no ordenamento brasileiro. Conforme já se adiantou, não há dispositivo legal que tutele o tempo pelo tempo, ou seja, em sentido estrito. Há, todavia, normas que o resguardam em segundo plano. Isso não deve conduzir à interpretação de que o tempo não merece guarida. Ocorre exatamente o contrário: aos poucos a jurisprudência tem concedido tutela ao tempo útil, sobretudo nas relações de consumo, sendo este o fato que desencadeia todo o presente estudo.

O segundo capítulo destina-se à análise da responsabilidade civil em geral e aquela específica da tutela do consumidor. Busca-se apresentar seu histórico em linhas gerais, além de seus pressupostos de caracterização, com especial tratamento à *conduta*, o *dano patrimonial* ou *moral* e o liame que conecta estes elementos, o *nexo causal*.

Finalmente, discorre-se sobre a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, insculpida na Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. Neste contexto, destaca-se a responsabilidade pelos fatos dos produtos e serviços – aquela verificada quando há risco a integridade psíquico-física do consumidor –, bem como pelos vícios de produtos e serviços – verificada em face da discrepância patrimonial entre o que o consumidor espera e aquilo efetivamente fornecido, sob o ponto de vista de qualidade e quantidade.

O terceiro capítulo é voltado para análise do Dano Moral e a perspectiva de novos tipos de danos. Como costume deste trabalho, apresenta-se breve histórico acerca da temática para então identificá-lo com esteio em respeitada doutrina.

Além disso, desenvolve-se fundamentada justificativa para a concepção e verificação de novos e sucessivos danos. Estes, decorrentes da efêmera mutação de interesses e necessidades que a volátil sociedade tem.

Ademais, por não haver como a atividade legislativa acompanhar todas essas transformações a tempo de regular as novas situações danosas, demonstra-se a necessidade de o Judiciário responder ao clamor dos indivíduos. Daí se justificarem os pleitos indenizatórios em razão da perda de tempo útil ou do desvio dos recursos produtivos do consumidor.

Encerra-se o capítulo analisando as modalidades danosas da “perda de uma chance” – já entendido como ‘novo’ dano, mas atualmente reconhecido de forma sólida pela jurisprudência nacional – bem como do abandono sócio afetivo. Ambos aqui abordados à título de novos danos.

O último capítulo destina-se exclusivamente à verificação da Teoria de Desvio Produtivo do Consumidor, que fundamenta a indenização em razão da perda de tempo útil do consumidor. É que Marcos Dessaune identificou que, na relação de consumo, o trato destinado aos clientes não tem sido cordial e respeitoso como deveria, mas desidioso. Ao analisar que a função implícita dos fornecedores é liberar os recursos produtivos do consumidor, Dessaune destaca que situações de mau atendimento ensejam a perda de tempo útil deste.

Parte-se do pressuposto de que todos os indivíduos possuem competências únicas, galgando seu aperfeiçoamento paulatinamente ao longo da vida e por meio de árdua dedicação. Assim, o ser humano aprende, conhece, torna-se habilidoso para determinadas atividades, sempre especificando seus desejos e atitudes para o que mais lhe interessa e contribui para o seu desenvolvimento pessoal. Para tanto, utiliza-se de produtos e serviços fornecidos no mercado de consumo, que fazem com que suas vocações e desejos sejam aprofundados.

Daí que por descaso, impropriedade ou mesmo má-fé há situações tais que ensejam demasiada empreitada por parte dos consumidores, que, ao se depararem com produtos e serviços viciados e/ou defeituosos tem de deslocar suas competências na tentativa de solucionar impasses provocados pelos fornecedores. Isso faz com que os consumidores percam tempo, que pela sua inacumulabilidade e irrecuperabilidade revela-se como bem primordial e valioso da pessoa.

Neste diapasão, investiga-se de que se trata esta missão implícita do fornecedor, ora adiantada, que situações ensejam o desvio produtivo do consumidor, quais seus recursos produtivos, arrematando-se acerca do conceito de desvio produtivo. Ao final, apresenta-se o posicionamento de outros autores e verifica-se alguns casos que revelam o atual tratamento da jurisprudência nacional para com a temática.

2. QUE É O TEMPO?

2.1 Linhas gerais

“Tic-Tac”. O marcante soar dos relógios, que caminham para o futuro, anuncia o consumo do presente, tornando-o passado. O tempo foi exaurido e não há como tê-lo novamente, somente restando aceitar que assim interage com o indivíduo. E a angústia de tê-lo visto passar sem que tenha sido despendido ao seu prazer ou necessidade é cruel.

A preocupação com o *tempo*, aliás, é mais antiga que a Filosofia, possuindo suas raízes provenientes da Mitologia Grega. Nesta, destaca-se Cronos, Deus do Tempo e “único a ter coragem de ajudar sua mãe Gaia (mãe-terra) a se livrar dos castigos de seu pai Urano (céu)”¹. Ao libertá-la, Cronos faz surgir um *espaço* entre eles, possibilitando a vida terrena. Nessa perspectiva, também nasce o *tempo*, como a condição material da possibilidade de uma vida finita².

Já naquele imaginário, constata-se a noção de dualidade entre o que é eterno e o que é temporal, pré e pós Cronos, respectivamente. “Encontra-se, portanto, o paradigma fundamental do pensamento filosófico acerca do que é o *tempo*, a saber: o tempo é muito mais definível negativa, do que positivamente: o tempo, no fundo, é o que não é eternidade”³.

Na Grécia Antiga, destaca-se o pensamento aristotélico. Segundo Clóvis de Barros Filho, Aristóteles destaca que a reflexão sobre o tempo é, sobretudo, aporética, fundamentando seu pensamento em *Física – Livro IV* do filósofo. Destaca o palestrante que existe um problema no *tempo* que é insolúvel. Ao comparar o *tempo* ao *espaço* percebe-se que, relativamente a este, há um plano em que é possível a coexistência de pontos; diferentemente, quanto ao *tempo*, os instantes (unidades mínimas do tempo) não podem coexistir, posto que se sucedem.⁴

Daí se constatar que o instante que permanece, não se tornando passado, confunde-se com o eterno. Todavia, enquanto seres temporais que somos, é necessário que o instante seja retirado de seu status de eternidade, o que ocorre por meio do tangenciamento do instante

¹ DANTAS, Tiago. "Cronos"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilescuela.uol.com.br/mitologia/cronos.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

² **Tempo e Temporalidade**. Clóvis de Barros Filho. II Encontro com a Filosofia - Realização: Unimed BH. Local: Hotel Mercure, 2010. Aula, 117'28". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RJ50aepQXT4>. Acesso em novembro de 2016.

³ Idem.

⁴ Idem.

subsequente. Ocorre que, como se viu, os instantes não coabitam no tempo, tornando a reflexão infrutífera do ponto de vista da formulação de um resultado ou conceito quanto ao *tempo*.⁵

Outro importante pensador acerca do *tempo* é Santo Agostinho. Possivelmente mais importante que a contribuição aristotélica, Agostinho trata do tema em *Confissões – Livro XI*. Em certa passagem, questiona a si: “Que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se quiser explicar a quem indaga, já não sei”⁶.

Barros Filho acredita que o filósofo percebe a razão de não poder conceituar ou entender, afinal, o que é o tempo – o que reforça o sentimento aporético de Aristóteles. Destaca tal impossibilidade em razão de estarmos imersos na temporalidade, daí que somente aquele que está na eternidade (no caso Deus) seria capaz de compreendê-la, posto que o conhecimento pressupõe certa exteriorização do objeto que se estuda.⁷

Noutra análise, Santo Agostinho reflete acerca do passado, que não é (porque já foi), do presente, que também não é (porque se fosse seria eternidade) e do futuro, que também não é (posto que resta no imaginário):

Contudo, afirmo com certeza e sei que, se nada passasse, não haveria tempo passado; que se não houvesse os acontecimentos, não haveria tempo futuro; e que se nada existisse agora, não haveria tempo presente. Como então podem existir esses dois tempos, o passado e o futuro, se o passado já não existe e se o futuro ainda não chegou? Quanto ao presente, se continuasse sempre presente e não passasse ao pretérito, não seria tempo, mas eternidade. Portanto, se o presente, para ser tempo, deve tornar-se passado, como podemos afirmar que existe, se sua razão de ser é aquela pela qual deixará de existir? Por isso, o que nos permite afirmar que o tempo existe é a sua tendência para não existir.⁸

Além destes, também se faz necessário expor o pensamento kantiano acerca do *tempo*. Ensina Clovis de Barros Filho que, n’A crítica da razão pura’, Kant destaca que o tempo não é um dado do mundo, mas questão subjetiva – tal qual o fizera Sto. Agostinho. Em sua obra, trata-se o *tempo*, tal qual a *causalidade* – a necessidade de conhecer o fundamento das coisas - e o *espaço* – que permite situar as ocorrências topograficamente -, como condição

⁵ **Tempo e Temporalidade**. Clóvis de Barros Filho. II Encontro com a Filosofia - Realização: Unimed BH. Local: Hotel Mercure, 2010. Aula, 117'28". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RJ50aepQXT4>. Acesso em novembro de 2016.

⁶ **AGOSTINHO**, Santo. Confissões, Livro XI, Capítulo XIV – Que é o Tempo? Disponível em http://img.cancaonova.com/noticias/pdf/277537_SantoAgostinho-Confissoes.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2016

⁷ **Tempo e Temporalidade**. Clóvis de Barros Filho. II Encontro com a Filosofia - Realização: Unimed BH. Local: Hotel Mercure, 2010. Aula, 117'28". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RJ50aepQXT4>. Acesso em novembro de 2016.

⁸ **AGOSTINHO**, Santo. Confissões, Livro XI, Capítulo XIV – Que é o Tempo? Disponível em http://img.cancaonova.com/noticias/pdf/277537_SantoAgostinho-Confissoes.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2016

(competência) inata do homem para conhecer o mundo (categorias ‘a priori’ do conhecimento).⁹ Daí o tempo ser uma categoria prévia de conhecimento que permite ao sujeito cognoscente situar as ocorrências entre antes e depois, protocolarmente. Nesse diapasão:

O espaço e o tempo não seriam realidades materiais, nem conteúdos possíveis de nossas representações e de nossa experiência, mas formas subjetivas de nossas representações.

O tempo não é derivado de experiência alguma, pois a simultaneidade e a sucessão nunca chegariam a nossa percepção se a representação do tempo não estivesse subjacente a elas a priori.

Somente na pressuposição do tempo podemos representar para nós mesmos diversas coisas como existentes num único e mesmo momento (simultâneos) ou em tempos diferentes (sucessivos). Portanto, o tempo seria uma das formas fundamentais de apreensão (recepção) dos objetos.¹⁰

Passado este momento de teor filosófico acerca do *tempo*, faz-se necessário abordá-lo enquanto bem da vida para a sociedade contemporânea, sobretudo a brasileira. Finalmente, discutir-se-á se o *tempo útil* tem ou merece tutela jurídica por parte do Direito para então passarmos à discussão central do trabalho que é o eventual dever de indenizar o tempo injustamente desperdiçado dos consumidores.

2.2 O tempo enquanto bem

A atribulada sociedade atual sobrevive com o que lhes resta para viver. As pressões cotidianas do modelo capitalista e de convivência social permitem o desfrutar dos valores da vida terrena somente a alguns poucos privilegiados. Isso porque a cobrança por resultados é feroz, fazendo incutir no imaginário das “pessoas comuns” a sensação de que 24 (vinte e quatro) horas não são suficientes para resolver todas as demandas que o dia lhes traz.

Quem nunca se percebeu afirmando que o dia gostaria de ter algumas horas a mais para que fosse possível dar conta de todas suas necessidades? Aquele que responder o questionamento induzindo seu interlocutor ao caminho de que não percebe esse necessitar de tempo, possivelmente estará faltando com a verdade. E ainda assim, se a exceção que confirme

⁹ **Tempo e Temporalidade.** Clóvis de Barros Filho. II Encontro com a Filosofia - Realização: Unimed BH. Local: Hotel Mercure, 2010. Aula, 117'28". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RJ50aepQXT4>. Acesso em novembro de 2016.

¹⁰ **CARNEIRO**, Marcelo Carbone. Considerações sobre a ideia de tempo em Sto. Agostinho, Hume e Kant. Interface - Comunic., Saúde, Educ., v.8, n.15, p.221-32, mar/ago 2004. Disponível em <http://www.scielo.org/pdf/icse/v8n15/a03v8n15.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2016

tal regra andar por aí, certamente conhecerá alguém que já tenha querido 5 (cinco) ou 6 (seis) horas a mais.

As concepções de *tempo* foram atualizadas. A física Bodil Jönsson retrata-o enquanto “capital do homem”¹¹. Com isso, quer-se dizer que o tempo “é o capital que possuímos passível de ser convertido em dinheiro, em relações humanas, em interação com o meio ambiente, em conhecimento, em aprofundamento de sentimentos”¹², e tantas outras coisas desejadas pelo indivíduo.

Infere-se, portanto, que o tempo passa a ser o bem mais precioso de que a humanidade dispõe para que os sujeitos se realizem enquanto o que são e, sobretudo, naquilo que realmente desejam ser.

Desta forma, deve-se anotar o tempo como instrumento para alcance das virtudes que satisfazem o homem, seja na conquista de riqueza (monetária), nas relações interpessoais, na aquisição de conhecimento, no lazer e até mesmo destinado ao puro ócio. Destaca-se, logo, que o tempo individual merece ser convergido a quaisquer que sejam os interesses daquele que o expende, inclusive o nada, se assim lhe aprouver.

Nesse aspecto, o sociólogo Domenico De Massi, ao tratar do tempo, trabalha com um conceito subseqüente que é o *tempo livre*. Aduz, em síntese, que se trata de “dar sentido às coisas de todo o dia, em geral lindas, sempre iguais e sempre diversas, que infelizmente são depreciadas pelo uso cotidiano”¹³. Sucede deste raciocínio, o que o autor chama de *ócio criativo*.

Para ele, é no tempo livre que se torna possível a introspecção, o convívio, a amizade, o amor, a aventura¹⁴. É nele, que “se consubstancia uma ferramenta eficaz pela qual os indivíduos podem alcançar a plenitude do conhecimento e da qualidade de vida”¹⁵. Alerta, entretanto, que o tempo vago deve ser sabiamente utilizado para que não se transforme em alienação.

Conforme se percebe, o tempo é bem capaz de proporcionar ao homem sua realização pessoal, sendo o que há de mais valioso na vida de quaisquer indivíduos. É, portanto,

¹¹ JÖNSON, Bodil apud AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

¹² Idem.

¹³ MASI, Domenico De, apud AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

¹⁴ Idem.

¹⁵ AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

o recurso de produção dos anseios e expectativas de cada um, tornando-se condição de sua própria existência.

A bem da verdade é que com os ditames autoritários da vida moderna, o tempo resta deveras escasso. Em análise peculiar, Marcos Dessaune – autor de *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado* – reflete acerca do tempo (recurso produtivo). Nas palavras de AUGUSTO e TEIXEIRA, o autor estabelece que “as pessoas, a fim de investir principalmente em qualidade de vida, necessitam cada vez de mais tempo, sendo insuficiente a quantidade de que dispõe, consubstanciando o tempo, desta forma, em um bem verdadeiramente escasso”¹⁶ e complementa ao aduzir “a intangibilidade, a ininterruptibilidade e a irreversibilidade são características do tempo que lhe tornam inacumulável e irrecuperável”¹⁷.

Firma-se, portanto, a teoria da física Bodil Jönsson retratada alhures. O tempo, na comunidade globalizada atual, é o bem da vida de maior importância, confundindo-se com a *quantidade de vida*¹⁸ de cada indivíduo. AUGUSTO e TEIXEIRA arrematam: “o tempo, portanto, se revela, indubitavelmente, como o bem primordial e mais valioso de que cada pessoa dispõe em sua existência terrena, comparável somente à saúde física e mental, necessária para gozá-lo plenamente”.¹⁹

2.3 O tempo é bem jurídico no ordenamento brasileiro?

Para se iniciar a discussão que circunda o questionamento é necessário, a priori, tratar do conceito de bem jurídico. Em *Lições Preliminares de Direito*, Miguel Reale, apresenta o Direito enquanto realidade histórico-cultural de determinada sociedade. Neste contexto, entende-o como resultado da interação dinâmica e dialética dos três elementos que o integram,

¹⁶ DESSAUNE, Marcos apud AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Termo utilizado no sentido de que tempo útil/livre se confunde com a própria vida do homem. Busca-se resguardar a ideia de que com tempo livre o homem é capaz de satisfazer necessidades para além daquelas exigidas ao mero sobreviver (trabalhar, por exemplo), passando a desfrutar da vida terrena com a dignidade que lhe é merecida.

¹⁹ AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

quais sejam: *fato, norma e valor*²⁰. Em sequência o autor apresenta o Direito em perspectivas distintas, consagrando cada um destes elementos. A ver:

Isto posto, podemos completar a ideia inicial de Direito, conjugando a estrutura tridimensional com a nota específica da bilateralidade atributiva, neste enunciado: *Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva*, ou de uma forma analítica: *Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de conveniência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores*.

Ultimamente, pondo realce a ideia de justiça, temos apresentado, em complemento às duas noções *supra* da natureza lógico-descritiva, esta outra de caráter mais ético: *Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores*.²¹

Em verdade, não se pode negar que a relação entre valores e bens jurídicos é estreita, na medida em que o Direito procura exercer a proteção de bens relevantes para o homem. Em outra análise:

“a valorização e a procura pelos indivíduos por determinada coisa torna esta coisa em um bem. Consequentemente, em razão de sua grande valia, surge o interesse em tutelar tal bem. A tutela deste bem surge com sua normatização, e, protegido pela legalidade, tal bem é elevado ao patamar de bem jurídico”²².

Neste tipo de conceituação, não há como sugerir que o *tempo* alcança o patamar de bem jurídico, pelo menos não nos moldes que deveria. Ou seja, embora se possa facilmente concluir que o tempo é o bem mais valioso da vida (como Bodil Jönsson e Domeninco de Masi apresentam), ainda é “preciso que o bem ‘tempo’ seja [efetivamente] tutelado juridicamente, isto é, com sua normatização, seja coberto pelo manto protetor da legalidade”²³.

Não se quer dizer com isso que o *tempo* não tenha proteção jurídica alguma. A Constituição da República o aborda em alguns dispositivos, em especial os incisos XIII, XIV, XV e XVII do art. 7º²⁴, que mais representam tutela à segurança física e mental do trabalhador e à melhoria de sua condição social. Também, quando no inciso LXXVIII, do art. 5º, a Carta

²⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²² AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

²³ Idem.

²⁴ CF: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - **duração** do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - **jornada** de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - **repouso** semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Maior assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Neste caso, porém, o bem jurídico implicitamente tutelado é a efetividade da prestação jurisdicional.

Daí que segundo Marcos Dessaune, não obstante as referências, diretas ou indiretas, encontradas no corpo da Constituição relativamente ao tempo, não é possível afirmar ser o tempo um bem jurídico, isto é, ser o tempo objeto de direitos.²⁵ Para ele:

[...] há diferença na hipótese de ocorrer uma violação do tempo como direito subjetivo constitucional da pessoa-consumidora, em comparação com uma lesão do tempo como bem jurídico constitucional. Tal distinção se imporá, em tese, uma vez que, se verificada a ocorrência de uma violação do tempo como direito subjetivo constitucional do consumidor, tal violação se consubstanciará em simples “ato ilícito”. Em contrapartida, se considerado o tempo como bem jurídico constitucional, eventual lesão se configurará de fato em algum “dano”, gerando para o causador de tal dano o dever de repará-lo.²⁶

Nesse diapasão, AUGUSTO e TEIXEIRA asseveram que:

não obstante tratar-se inequivocamente do bem mais valioso de que dispõe o ser humano em sua vida, [...], Marcos Dessaune destaca a inexistência no ordenamento jurídico pátrio de norma expressa declarando o tempo como sendo bem jurídico, razão pela qual, ainda segundo o referido autor, inviabilizaria a ocorrência, tendo em vista o atual contexto, do que ele chamou ‘desvio produtivo do consumidor indenizável’.²⁷

Porém, em certa medida os autores não concordam com Dessaune. É que Anderson Schreiber, ao tratar do ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne à seleção de interesses merecedores de tutela, considera-o “atípico ou aberto, ou seja, não há no ordenamento pátrio previsão legal indicando taxativamente os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, mas, tão somente, uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais ou morais.”²⁸ Assim, caberia ao Judiciário a seleção, no caso concreto, de quais valores e bens devem ser resguardados, com fundamento na discricionariedade que lhe é imanente. Schreiber completa:

[...] restringir os interesses merecedores de tutela àqueles previstos previamente em

²⁵ **DESSAUNE**, Marcos apud **AUGUSTO**, Leonardo Silva e **TEIXEIRA**, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016

²⁶ Idem.

²⁷ **AUGUSTO**, Leonardo Silva e **TEIXEIRA**, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016

²⁸ **SCHREIBER**, Anderson apud **AUGUSTO**, Leonardo Silva e **TEIXEIRA**, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016

lei se afigura, ante as múltiplas situações novas e expectativas que caracteriza as sociedades atuais, totalmente incompatíveis com a realidade jurídica contemporânea.²⁹

Diante deste contexto, embora o *tempo* não possa ser considerado bem jurídico face ausência de previsão constitucional/infracostitucional, poderá ser merecedor de tutela, uma vez da ocorrência de dano. Ainda segundo Scheirber, “cumpre verificar se o interesse dito lesado corresponde a um interesse merecedor de tutela em abstrato, ou seja, se vem protegido por alguma norma do ordenamento jurídico”, o que não implica na necessária e expressa previsão normativa.³⁰

Arrematam Augusto e Teixeira:

não obstante a ausência de previsão expressa na lei relativamente ao tempo como bem jurídico, é possível, a partir da interpretação das normas constitucionais e de proteção do consumidor, identificar, no caso concreto, se o interesse ao tempo é merecedor de tutela, cuja violação ensejaria a consequente reparação.³¹

Pablo Stolze Gagliano também corrobora de tal assertiva. Ao tratar da natureza jurídica do tempo, o autor revela que se pode observá-lo em dupla perspectiva: uma dinâmica e outra estática. Na primeira, ressalta que o tempo é “fato jurídico em sentido estrito ordinário”, ou seja, “um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito”³². Em perspectiva estática, por sua vez, “o tempo é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica”³³

Assim, diante da importância que o tempo tem na sociedade contemporânea, não se pode mais concebê-lo como mero dado do mundo, mas verdadeiro bem da humanidade, passível de proteção jurídica. Deste modo, todo aquele que ensejar violação desarrazoada do tempo em face de outrem terá a obrigação de indenizá-lo, sobretudo em se tratando de relações de consumo.

²⁹ SCHREIBER, Anderson apud AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016

³⁰ Idem.

³¹ AUGUSTO, Leonardo Silva e TEIXEIRA, Tarcísio. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016

³² GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Revista Jurisvox, n. 14, vol. 1, jul. 2013, 42-47. Centro Universitário de Patos de Minas. Disponível em: <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/345400/Responsabilidade+civil+pela+perda+++do+tempo.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2016.

³³ Idem.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Aspectos gerais

Dentre as acepções da palavra *responder* aquela que nos interessa pode ter seu significado retirado da obra de De Plácido e Silva. Segundo o autor, sua etimologia é proveniente do vocábulo *repondere*, do latim, e significa “[...] responsabilizar-se. E se emprega para designar a responsabilidade da pessoa quando é chama a responder à obrigação que lhe é cometida ou pelo fato que lhe é imputado. É *pagar pelo que fez*”³⁴ (grifo do autor).

Assim, *responder* deve significar a imputação do dever de arcar com as consequências dos atos livres praticados pelos integrantes da sociedade, e por conseguinte, fundamenta a responsabilidade no dever geral de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*)³⁵.

No âmbito da ciência do Direito, segundo Tartuce³⁶, “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela inobservância de uma regra estabelecida em contrato, ou por deixar determinada pessoal de observar um preceito normativo que regula a vida”³⁷. Porém, antes mesmo da atual conjectura da civilização ocidental já se podia falar em responsabilidade.

É que em tempos longínquos, ficava a cargo da coletividade a sanção em decorrência da violação de direitos. Tratava-se da vingança coletiva, em que o grupo social reagia ao ato lesivo praticado, não raras vezes sem parâmetros razoáveis de proporcionalidade³⁸, sendo irrelevante o aspecto da culpa.

Posteriormente, ‘evolui-se’ para a fase de vingança privada, pela qual a legitimidade sancionadora do grupo restou transferida ao indivíduo-vítima. Exemplo disso é a famigerada pena de Talião, resumida a expressão “olho por olho, dente por dente”, prevista na Lei das XII Tábuas, do Direito Romano, em que a verificação de culpa também não se fazia

³⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 1222.

³⁵ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

³⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

³⁷ Idem, p. 368.

³⁸ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

necessária. Ou seja, autorizava-se a “reação da vítima na mesma medida e natureza da lesão experimentada”³⁹.

Somente com a edição da *Lex Aquilia de Damno* é que o instituto da *culpa* ganhou posição embrionária no âmbito da responsabilidade civil. Referindo-se à lei, Santana aduz que “somente no caso de conduta culposa do agente causador do dano é que o dever de reparar era reconhecido. A ausência de culpa isentava o ofensor de qualquer responsabilidade pelo evento danoso [...]”⁴⁰. Ainda segundo o mencionado doutrinador, é nesta fase que houve a substituição da pena de Talião pela pena de recomposição do dano.

Na Idade Média, a *culpa* enquanto pressuposto da responsabilidade civil ganhou posição de relevo, pelo que se desenvolveram as noções de dolo e culpa *stricto sensu*. Restou consolidada no Código Civil Francês de 1804, que por sua vez influenciou os ordenamentos jurídicos do século XIX e XX, inclusive o brasileiro, de modo que a regra geral para responsabilidade civil passou a ser a existência de culpa como requisito da obrigação de reparar a lesão ou dano.⁴¹

Hodiernamente, o *dano* estruturou-se enquanto tema central da responsabilidade civil, pelo que Gonçalves afirma que “a reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito”⁴². Daí poder-se falar em responsabilidade decorrente de risco-proveito, risco-criado, risco da empresa, etc. O autor fundamenta o argumento em passagem que merece destaque:

A culpa foi, durante mais de dois séculos, o tema obsessivo, o requisito básico, a razão ou fundamento da responsabilidade; O direito moderno, sem negar o pressuposto de imputação culposa, avançou no sentido de multiplicar hipóteses de responsabilidade ‘sem culpa’, objetivas, na qual o fator de atribuição é objetivo: risco, segurança ou garantia.⁴³

Assim, a doutrina contemporânea brasileira, em que pese as divergências em razão dos critérios utilizados para definição, compartilha do conceito elaborado por Maria Helena Diniz, pelo que se entende a responsabilidade civil como a “aplicação de medidas destinadas à reparação de dano material ou moral em razão da prática de ato próprio ou de terceiro pelo fato

³⁹ Conforme Maria Helena Diniz *apud* SANTANA. *Idem*, p. 92.

⁴⁰ SANTANA, Hector Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 92.

⁴¹ *Idem*, p. 93, bem como, TARTUCE em obra já referenciada.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 4: Responsabilidade Civil. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

⁴³ ITURRASPE *apud* GONÇALVES, *Idem*.

de animal ou coisa (responsabilidade subjetiva), ou mediante imposição legal, independentemente da existência de culpa (responsabilidade objetiva)⁴⁴.

Ou como o faz Carvalieri Filho ao tratar do tema a partir da ideia de *dever jurídico originário e sucessivo*: o primeiro retrata a *obrigação* decorrente da lei ou contrato, ao passo que o segundo representa a *responsabilidade* que existirá sempre que houver violação da obrigação (dever jurídico originário). Conclui, pois, conceituando a responsabilidade civil como o “dever jurídico sucessivo atribuído ao agente violador, consistente no dever de reparar o dano causado pela violação de um dever jurídico originário ou principal”⁴⁵.

Sob outro ângulo, costuma-se dividir a responsabilidade civil, quanto à origem, em *contratual (negocial)* e *extracontratual*. A primeira decorre do inadimplemento obrigacional pactuado em razão da autonomia privada das partes contratantes e funda-se nos artigos 389 a 391 do Código Civil⁴⁶. Já a *extracontratual* ou *aquiliana* é decorrente da violação do dever jurídico de manter-se cauteloso e diligente, fundamentada em razão do ato ilícito (art. 186, CC/2002) e do abuso de direito (art. 187, CC/2002)⁴⁷. A tendência, porém, retrata que a responsabilidade civil ruma para unificação, a exemplo do que ocorre no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90.

Também importante é ressaltar a distinção entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A primeira, regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, fundamenta-se na *teoria da culpa* e para que o agente agressor de direito de outrem tenha o dever de indenizá-lo é necessário a comprovação de sua culpa *lato sensu* (dolo, imprudência, negligência ou imperícia) quando da ação ensejadora do dano.

Entretanto, é possível que embora inexistente o elemento *culpa*, ainda seja necessário reparar eventual lesão causada a direito terceiros, por mera imposição legal ou por se tratar de *dano* presumido. Nestas hipóteses, verificar-se-á a responsabilidade civil objetiva.

⁴⁴ DINIZ apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 93.

⁴⁵ CARVALIERI apud SANTANA. Idem, p. 93-94.

⁴⁶ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

⁴⁷ Código Civil - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete **ato ilícito. (grifo nosso)**

Código Civil - Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede manifestamente os limites impostos** pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. **(grifo nosso)**

É que algumas atividades, consideradas *de risco*, ensejaram o desenvolvimento de teoria que prescinde da caracterização da culpa ou prova do dano. Explanando o assunto, Alvinho Lima⁴⁸:

Toda atividade que apresenta um risco para terceiros tem apreciação diversa em sede de reparação de danos, vale dizer que quem coloca em risco direito subjetivo de outrem em razão de sua atividade, deve reparar eventual dano, independentemente da existência de culpa em sentido amplo. Ocorre a transição da teoria da culpa para a teoria do risco, esta última muito mais adequada do ponto de vista da equidade e mais coerente com a complexidade da vida atual.

Para melhor ilustrar, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil⁴⁹ prescreve que “haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso)**”

Mas quais são os pressupostos de caracterização da responsabilidade civil? A seguir.

3.2 Elementos caracterizadores da responsabilidade civil

Em que pese algumas divergências doutrinárias acerca da nomenclatura dos requisitos de caracterização da responsabilidade civil, certo é que, majoritariamente⁵⁰, tais elementos correspondem à *conduta*, ao *nexo de causalidade* e ao *dano patrimonial ou moral*.

A *conduta* (gênero) admite duas espécies, quais sejam: ação (conduta comissiva) e omissão (conduta omissiva), seja ela voluntária (dolo) ou decorrente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa).⁵¹ Ressalta-se, ainda, que em geral a conduta relevante para caracterização da responsabilidade civil é ativa (comissiva), ou seja, o agente promove uma alteração física da realidade. Porém, também se poderá falar em responsabilidade quando, embora nada se altere fisicamente, o agente tinha o dever jurídico de agir no sentido de evitar

⁴⁸ LIMA apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 97

⁴⁹ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 de janeiro de 2017, às 11h24min.

⁵⁰ A exemplo do que ocorre nas obras de Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil), Sergio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Novo Curso de Direito Civil) – Conforme explica: TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

um resultado lesivo ou danoso, ou seja, pela conduta omissiva. Além disso, é forçoso restar demonstrado que caso a ação fosse praticada o dano seria evitado.⁵²

Insta anotar que embora na maioria dos casos a responsabilidade decorra de ação/omissão próprios do agente, respondendo ele com seu patrimônio, nos termos do art. 942, do Código Civil, também responderá quando se tratar de ato de terceiros (art. 932, CC/2002), por fato de animal (art. 936, CC/2002), por fato de coisa inanimada (art. art. 937 e 938, CC/2002) e pelos produtos colocados no mercado de consumo (art. 12, 13, 14, 18, e 19, do CDC/1990)⁵³.

O *nexo de causalidade*, por sua vez, representa o liame entre conduta e dano. Ou seja, trata-se do elemento vinculativo dos demais. Refere-se à “relação identificada no plano fático e que vincula a conduta (ação ou omissão) do agente ao resultado danoso imposto à vítima”⁵⁴. É o traço “imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entra a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”⁵⁵.

Tartuce aponta para imprescindibilidade deste elemento à caracterização da responsabilidade, posto que “se houver dano sem que a causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar”⁵⁶. Nesse aspecto, argumenta ser importante manter o seguinte pensamento:

Na responsabilidade civil subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186, CC).
Na responsabilidade civil objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela *atividade de risco* (art. 927, parágrafo único, CC).⁵⁷

Embora algumas teorias acerca do nexo causal tenham sido apontadas ao longo do histórico doutrinário da responsabilidade civil, atualmente entende-se que duas merecem destaque, porque presentes em nosso ordenamento jurídico, a saber: a *teoria da causalidade adequada* e a *teoria do dano direto ou imediato*.

De forma não exaustiva, pela primeira teoria entende-se que a causa do evento é “o antecedente necessário e adequado à configuração do resultado danoso”⁵⁸, investigando-se qual

⁵² TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁵³ Idem.

⁵⁴ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 99.

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 100

das condições é potencialmente relevante para a produção do prejuízo. Gonçalves, ao discorrer sobre esta teoria, entende que “somente se considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo”⁵⁹. Já Tartuce, doutrinador que entende ser esta a teoria prevalecente no Código Civil Brasileiro, defende que ela se encontra presente nos artigos 944 e 945, CC/2002, fundamentando seu ponto de vista pelo Enunciado nº47 do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça, da I Jornada de Direito Civil, que preleciona que o art. 945 não exclui a teoria da causalidade adequada⁶⁰.

Pela teoria do dano direto ou imediato, “é indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”⁶¹. Vale dizer que, ao se perceber que diversos fatores possivelmente contribuíram ao resultado danoso, ressalta-se aquele que se vincula ao dano por uma relação de imprescindibilidade, ou seja, diante dos eventuais diversos antecedentes apenas aquele efetivamente necessário e próximo ao prejuízo ensejará o dever de indenizar. Tal pressuposto encontra fundamento no artigo 403, Código Civil, que dispõe que *ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*. Desta forma, “cada agente responde [...] somente pelos danos que resultam diretamente e imediatamente, isto é, proximamente de sua conduta”⁶².

Insta anotar, por derradeiro, que verificada a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, bem como o caso fortuito ou a força maior, o dever de reparar o dano resta afastado, vez que não se configurará o nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o prejuízo sofrido.

O *dano*, por sua vez, reflete o terceiro elemento imprescindível à caracterização da responsabilidade civil. Trata-se do efetivo prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, a lesão a bem jurídico tutelado pelo ordenamento, nos termos dos artigos 402 e 403, CC/2002 – aqui resumidos ao dano patrimonial. Decerto não há como se falar em ressarcimento ou reparação sem a ocorrência de um dano, sob pena de tornar lícito o enriquecimento sem causa, o que se sabe vedado pelo ordenamento civilista, conforme preceitua o art. 884, CC/2002. Ocorre, porém, que a própria lei presume a existência do dano em alguns casos, pelo que sua

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. 4: Responsabilidade Civil. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.329.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. 4: Responsabilidade Civil. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.330.

⁶² Idem.

comprovação se torna desnecessária, à exemplo dos juros de mora (art. 407, CC/2002) e da cláusula penal (art. 416, CC/2002).

Tradicionalmente, costuma-se classificar o dano em *patrimonial* ou *moral*, porém a doutrina e jurisprudência já têm reconhecido a existência de *novos danos*, dotados de alguma autonomia, a exemplo dos danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais, danos pela perda de uma chance⁶³, bem como o tema ora abordado, o dano em razão da perda de tempo útil – estudado mais à frente.

O *dano patrimonial* – entendido como o prejuízo ou perda que reverbera sobre o patrimônio do sujeito ofendido – possui duas subespécies, a saber: o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro, reflete o patrimônio efetivamente subtraído da esfera de disposição de seu titular, ou seja, é aquilo que foi materialmente perdido em razão do ato ilícito. Neste caso, a indenização deverá perquirir o princípio da restituição integral, de modo a se tentar reestabelecer o *status quo ante* em que se verificava o patrimônio da vítima. O segundo, trata daquilo que provavelmente se deixou de ganhar. Considera-se, aqui, aquilo que o ofendido teria razoavelmente recebido se não tivesse sofrido um atentado em seu patrimônio. A indenização em razão de lucros cessantes deve adotar critério pautado na probabilidade objetiva em razão do desenvolvimento natural dos acontecimentos e particularidades do caso concreto⁶⁴, daí a dificuldade de se avaliar a justa medida compensatória.

Noutro lance, a caracterização do *dano moral* pressupõe a violação de direitos da personalidade e encontra fundamento no artigo 5º, V e X da Constituição Federal. Trata-se do prejuízo imaterial, que atinge o âmago subjetivo individual e são “desprovidos de aferição econômica imediata, mas fundamentalmente valiosos”⁶⁵, ofendendo o indivíduo enquanto ser humano. Suas subespécies, nos dizeres de Tartuce, apontam para o sentido de que não apenas a dor e sofrimento (dano moral próprio) caracterizam o dano moral, mas também a mera lesão a direitos da personalidade, a exemplo da identidade sexual (dano moral impróprio). Também pode necessitar (subjetivo) ou não de prova (objetivo ou presumido), além de ser verificado direta ou indiretamente (dano moral por ricochete)⁶⁶.

⁶³ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁶⁴ STOCO apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

⁶⁵ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 102.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

Visto os aspectos básicos da responsabilidade civil em geral, passa-se à análise do tema no que concerne ao subsistema do Direito do Consumidor, respaldada pela Lei nº 8.078/1990 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

3.3 A responsabilidade civil do fornecedor

O artigo 5, XXXII; 170, V, ambos da Constituição Federal e o artigo 48 de suas Disposições Transitórias⁶⁷ ensejaram a criação legislativa de um código de proteção e defesa dos interesses dos consumidores, alicerçando-o em normas de ordem pública e interesse social, conforme preceitua o artigo 1º da Lei Consumerista – Lei 8.078/1990.

Elenca-se como objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”⁶⁸. Isso deve ser promovido meio das diversas disposições do texto legal, assim como pelas instituições voltadas para este fim. Neste momento, focar-se-á na apreciação das modalidades de responsabilidade civil previstas no código.

Conforme se disse antes, no CDC/1990 afasta-se a dicotomia tradicional existente entre responsabilidade contratual e extracontratual. Aqui, pugna-se pela proteção do consumidor mediante classificação diferente, pelo que se divide a responsabilidade do fornecedor em decorrência de *fato* (defeito) ou *vício dos produtos e serviços* colocados no mercado de consumo. Daí ser possível falar em solidariedade entre os participantes da cadeia produtiva, regra excepcionada pela atuação do comerciante no que concerne ao fato do produto.

⁶⁷ CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, **a defesa do consumidor.** **(grifo nosso)**

CF - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]V - defesa do consumidor;

ADCT - Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

⁶⁸ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro 1990. Artigo 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 03 de janeiro de 2017, às 20h58min.

Este terá responsabilidade subsidiária, já que a direta e imediata é do fabricante ou quem o substitua⁶⁹.

Benjamin ensina que a proteção jurídica do consumidor tem dois planos distintos. Tutela-se a saúde e segurança, procurando-se resguardar a vida e integridade física do consumidor, de forma a garantir sua incolumidade físico-psíquica, o que corresponde à disciplina da responsabilidade pelo *fato* do produto ou serviço. Bem como se tutela o aspecto patrimonial da relação consumerista, voltado ao dever de o fornecedor atuar em conformidade com a expectativa do consumidor, não atentando contra seus interesses econômicos. Este plano disciplina da responsabilidade pelo vício dos produtos e serviços⁷⁰. Dito em outras palavras, a responsabilidade pelo *vício* é aquela em que o dano não se projeta para além do produto ou serviço, não se exterioriza, o que ocorre na responsabilidade pelo *fato*, quando se estará diante de um acidente de consumo.

Veja-se mais esmiuçadamente a seguir.

3.3.1 Responsabilidade pelo fato dos produtos e serviços

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço está disciplinada nos artigos 12 e 14, do CDC/1990. Senão veja:

CDC/1990. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

CDC/ 1990. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ressalta-se, em ambos os casos, a desnecessidade de verificação de culpa *lato sensu* para com o dever de indenizar os consumidores quando da ocorrência do dano, ou seja, o código

⁶⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual: volume único. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

⁷⁰ BENJAMIN apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

consagrou a responsabilidade objetiva, estudada anteriormente. Tal regra somente é excepcionada quando se tratar de fornecimento de serviços do profissional liberal, a exemplo do médico, conforme preceitua o parágrafo 4º do artigo 14, CDC/1990, ao aduzir que *a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*, desde que se trate de obrigação de meio.

Acertou o legislador neste aspecto, por estabelecer a responsabilidade fundamentada na teoria do risco, vez que é o fornecedor de produtos e serviços quem detém o controle do ciclo produtivo. Por isso, deve colocar no mercado somente aquilo que não cause insegurança, nem viole direitos da parte vulnerável da na relação de consumo.

Neste contexto, é possível falar em três espécies de defeitos dos produtos:

a) defeitos de *criação*, que são imperfeições dos produtos decorrentes de projeto ou fórmula e que afetam as suas características gerais; b) defeitos de *produção*, que são anomalias que ocorrem na linha de produção, na fase de realização do material do bem de consumo; c) defeitos de *informação*, que são imperfeições formais verificadas a partir do momento de introdução do produto no mercado de consumo, especialmente quanto à sua apresentação e publicidade.⁷¹ (destaque do autor)

Os mesmos comentários podem ser feitos à caracterização do defeito do serviço, vez que o é defeituoso “quando não fornece segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, §1º, da Lei 8.078/1990)”⁷².

Salienta-se por fim, as excludentes de responsabilidade pelo fato do produto e dos serviços, a ver⁷³:

CDC/1990. Art. 12, § 3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

CDC/1990. Art. 14, §3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁷¹ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 106.

⁷² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual: volume único. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

⁷³ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro 1990. Artigo 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 04 de janeiro de 2017, às 16h10min.

Percebe-se, pelo texto legal, que as hipóteses de isenção de responsabilidade são, sobretudo, excludentes do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Ora, não se tendo colocado o produto no mercado, inexistindo defeito no produto ou serviço, e em havendo culpa exclusiva da vítima ou terceiro na conduta geradora do ilícito, não há que se falar em responsabilização por parte do fornecedor, afastando-se o dever de reparar o dano.

3.3.2 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço

A responsabilidade civil pelo vício dos produtos ou serviços destina-se à proteção do patrimônio, ou seja, tutela-se o aspecto econômico do consumidor. Os artigos 18 a 25 do Código de Defesa do Consumidor disciplinam a relação de consumo quando da ocorrência de um vício, que conforme já se disse, trata-se de um problema intrínseco do produto ou serviço.

Aqui, a solidariedade dos agentes fornecedores é evidente, respondendo todos os integrantes da cadeia produtiva. “Daí que a pretensão de reparação dos danos decorrentes de vícios de produtos e serviços pode ser endereçada a qualquer dos fornecedores, seja fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, importador ou comerciante”⁷⁴, conforme se verifica nos artigos 18, 19, 25, §1º, 28, §3º e 34 do CDC/1990.

As exceções ficam condicionadas ao fornecimento de produtos *in natura* (art. 18, §5º, CDC/1990) e ao fornecimento de produtos que exijam pesagem e medição, quando os instrumentos de utilização não estiverem funcionando de acordo com os padrões oficiais (art. 19, §2º, CDC/1990). Nestes casos, o fornecedor direto ou imediato (comerciante) será o responsável.

O CDC/1990 destaca que os vícios dos produtos podem ser de ordem qualitativa e quantitativa. Se forem constatados, o bem de consumo pode restar inadequado ou impróprio, ter seu valor diminuído ou trazer informações dispare, pelo que o fornecedor deverá atuar no sentido de recompor o prejuízo causado. Veja-se⁷⁵:

CDC/1990 – Art. 18 – Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem **solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade** que **os tornem impróprios ou inadequados ao consumo** a que se destinam ou lhes

⁷⁴ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 111.

⁷⁵ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro 1990. Artigo 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 04 de janeiro de 2017, às 20h10min.

diminuem o valor, assim como por aqueles **decorrentes da disparidade**, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

CDC/1990 1990 – Art. 19 – Os fornecedores respondem **solidariamente** pelos **vícios de quantidade do produto** sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior **às indicações constantes do** recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - o abatimento proporcional do preço;
- II - complementação do peso ou medida;
- III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
- IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

A respeito da impropriedade de produtos para o consumo, o §6º do art. 18, do CDC prescreve:

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

- I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
- II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Quanto aos vícios dos serviços, destaca-se:

CDC/1990 1990 – Art. 20 – O fornecedor de serviços responde pelos **vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor**, assim como por aqueles decorrentes da **disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária**, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

Exalta-se aqui a necessidade de fornecer serviços de forma qualificada, de acordo com a legítima expectativa do consumidor. Semelhantemente ao que ocorre quanto aos vícios dos produtos, são considerados impróprios “os serviços que se mostrem inadequados para os fins que dele razoavelmente se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade” (§2º, art. 20, CDC/1990).

Em que pese a lei não se referir aos vícios de quantidade dos serviços, Rizzato Nunes assevera que eles também existem, e faz uma ponderação ao aduzir que “se deve fazer

uma interpretação extensiva do caput do art. 19 para incluir nas salvaguardas que ele pretende o vício de quantidade do serviço [...] e tudo mais que se aproveitar da norma”⁷⁶.

No que concerne à responsabilidade, o autor em comento ressalta que o *fornecedor* do artigo 20, CDC/1990 é o fornecedor direto/imediato, por isso a expressão consta do singular. Isso porque os serviços são prestados diretamente ao consumidor por alguém. Porém, alerta para o fato de que isso não ilide eventual responsabilidade solidária dos demais que indiretamente tenham participado da relação de consumo, seja pelo fato de que há normas expressas neste sentido (a exemplo do que já se viu com os artigos 25,§1º, e 34), bem como pelo que consta do parágrafo único do art. 7º, seja porque a depender do tipo de serviço, o fornecedor se utiliza de produtos e serviços de terceiros⁷⁷.

Vistos os aspectos principais da responsabilidade civil em geral e da responsabilidade civil do fornecedor, passar-se-á a tratar do Dano Moral e a perspectiva do reconhecimento de novos danos, em especial do Dano Temporal, por ora, enquanto subespécie daquele.

⁷⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Comentários ao código de defesa do consumidor. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁷ Idem.

4 DO DANO MORAL E A CONCEPÇÃO DE NOVOS DANOS

A história do Dano Moral, no Brasil, perpassa por três momentos históricos distintos: a) pela era da teoria negativista, não se reconhecia a possibilidade de reparação em face de danos morais; b) pela teoria eclética, a admissibilidade da existência deste tipo de dano restava condicionada à concomitância de um evento patrimonialmente danoso e; c) pela teoria positivista, que prevalece atualmente, acolheu-se a tese de reparabilidade do dano moral, sobretudo em face da superveniência da Constituição Federal de 1988, em especial, pelo que consta dos incisos V e X, do artigo 5º⁷⁸, a ver:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁷⁹

O triunfo da teoria positivista se deu em face do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, principalmente, de que o ser humano também é guarnecido por valores além-patrimoniais. Quer se dizer com isso, que a Ciência Jurídica e o Direito, embora preocupados com as relações inter-humanas (aqui concebidos os negócios jurídicos e demais relações patrimoniais, por exemplo), também devem tutelar os sentimentos e preocupações das pessoas enquanto seres individuais, em prol de uma sociedade justa e solidária⁸⁰ e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, Hector Valverde Santana⁸¹:

A admissão da possibilidade de reparação de dano provocado por lesão aos direitos da personalidade reflete estágio da atual Ciência do Direito no sentido de valorizar o ser humano na sua acepção mais ampla de dignidade, independentemente de

⁷⁸ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 12 de janeiro de 2017, às 14h27min.

⁸⁰ O artigo 3º, I, da CF/1988 elenca como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁸¹ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 136.

repercussão patrimonial, mas nos bens que se relacionam à sua esfera social, física e psíquica. A contribuição do debate sobre a reparabilidade do dano moral é decisiva na alteração da concepção da própria Ciência Jurídica, que abandona a medida do ser humano naquilo que detém sob seu domínio material, e reconhece que a dignidade é muito mais importante que a mera patrimonialidade.

De Plácido e Silva entende o dano moral como a “ofensa ou violação que não vem ferir bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família”⁸².

A doutrina tradicional costuma definir um dano moral utilizando-se de critério negativo: entende-o como a lesão não correspondente à redução patrimonial da vítima. Daí Wilson de Melo Silva conceituá-lo como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal”⁸³, ou seja, não material. Maria Helena Diniz, por sua vez, entende-o como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”⁸⁴.

Ou ainda, aliam a ocorrência de dano moral à existência de sofrimento ou dor da vítima em função do ato lesivo. Nessa esteira, Arnaldo Medeiros Fonseca ensina que o dano moral “é todo sofrimento humano resultante de lesão a direito estranhos ao patrimônio, [...] causadoras de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico”⁸⁵. Por óbvio que o sofrimento e a dor física encarada pela vítima podem ensejar a caracterização do dano moral, porém estes não devem ser considerados pressupostos do dano em tela, mas um de seus fundamentos de configuração.

É que a doutrina contemporânea tem enxergado o dano moral para além do mera “não lesão ao patrimônio material”, buscando a identificação de seus pressupostos de caracterização. Nesse sentido:

As modernas concepções buscam a a definição de dano moral por intermédio de seus elementos essenciais, em razão de bens como a vida, integridade física e intelectual, paz, tranquilidade espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor, segurança, amor próprio estético, afeições legítimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame, dentre outros semelhantes”⁸⁶

⁸² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.410.

⁸³ SILVA apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 149.

⁸⁴ DINIZ apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 149.

⁸⁵ FONSECA apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 149.

⁸⁶ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 149-150.

Isso porque o conglomerado de anseios e sensações humanas não podem ser regulamentadas por uma norma, ou mesmo conjunto delas, que contemple todas as situações ensejadoras de danos morais. É que a atividade legislativa não tem a capacidade de acompanhar a evolução da sociedade a este ponto, sobretudo em razão da mutante subjetividade humana. Nesse diapasão:

O ser humano tem natureza complexa, diversificada no aspecto subjetivo, variável no tempo e no espaço, sujeita a constantes mutações. Desta forma, não há como elaborar um rol exaustivo ou fechado de valores inerentes à dignidade da pessoa humana e limitar os casos de dano moral⁸⁷

Portanto, superado o critério negativo, pode-se definir o dano moral como a própria violação da dignidade da pessoa humana, fundamento primeiro da Constituição da República.⁸⁸ Ou ainda, como o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.⁸⁹

Há de se ressaltar, porém, que a análise do Dano Moral não pode ser confundida com as situações de mero aborrecimento ou desconforto. Fica a cargo do magistrado entender ou não pela configuração do dano e quantificação da indenização, alinhando seu entendimento à doutrina e jurisprudência, em face da necessária segurança jurídica imprescindível à atividade jurisdicional.

Nesse contexto, Sergio Cavalieri Filho:

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.⁹⁰

Em análise conclusiva acerca do Dano Moral, Santana⁹¹:

Define-se o dano moral como a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor, ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de

⁸⁷ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 149-150.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

⁸⁹ VENOSA apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO apud SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

⁹¹ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009, p. 153-154.

compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica.

4.1 Da perspectiva de novos danos

Conforme já se salientou anteriormente, durante muito tempo o instituto da responsabilidade civil deixava os interesses de pessoas lesadas aquém da tutela que efetivamente mereciam. É que a concepção de reparação civil atrelada à demonstração de elementos como a conduta, a culpa, o nexo causal e o dano, não comportava todos os anseios da sociedade, pelo que defesa de diversas vítimas de lesões patrimoniais e não patrimoniais restava subjugada.

Daí que a era da responsabilidade subjetiva deu lugar à responsabilização sem a necessidade da demonstração de culpa *lato sensu*, momento que evidenciou a importância dos outros elementos, principalmente, o nexo de causalidade. Deste modo, a preocupação do Estado e do Direito, no que atine ao tema, migrou para com o respeito aos direitos e interesses do cidadão.

Em momento posterior, flexibilizou-se também a necessidade de demonstração do nexo causal, ampliando ainda mais as hipóteses de reparação em face de atos danosos. É que a evolução da sociedade, no que concerne à sua organização e integração, fez o instituto da responsabilidade civil se adaptar a esta nova realidade social, econômica e tecnológica. Por sua complexidade, a atuação humana desregrada permitiu a verificação de novos e diferentes danos, prontamente notáveis em seus efeitos, mas não plenamente visíveis em sua origem.

Portanto, vê-se que a tendência é a ampliação dos danos ressarcíveis, para encontrar no homem (vítima de lesão) o objetivo primeiro da responsabilidade civil: a reparação do dano causado, sobretudo porque os danos não permanecem estanques.

Certo é que esta nova perspectiva da responsabilidade civil fez com que crescesse vertiginosamente a ocorrência de danos. Muito porque o ordenamento jurídico brasileiro é entendido como aberto, vez que não indica taxativamente todos os interesses e bens jurídicos tuteláveis, nem que tipo de violações ensejam a proteção jurisdicional. Nesse contexto, Schreier:

[...] nos ordenamentos típicos, o legislador limita o dano ressarcível a certos interesses previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo determinado. Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais,

que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. Nesta esteira, diz-se típico, originariamente o ordenamento alemão, em que o ressarcimento de danos vem assegurado apenas em face da lesão a interesse tipificados em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesse cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos materiais ou morais⁹²

Nesse diapasão, em que pese a existência de interesses e bens jurídicos expressamente tutelados na Constituição Federal, bem como no ordenamento infraconstitucional, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, a ausência de determinado bem social ou jurídico (tal qual o *tempo*) não pode ser interpretado como situação intutelável.

O mencionado autor defende que limitar a ressarcibilidade de um dano à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei, mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea.⁹³ Justifica seu entendimento por considerar que a pretensão de completude dos ordenamentos jurídicos sucumbe à “multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracteriza as sociedades atuais”⁹⁴.

Não de forma diferente ocorre nas relações consumeristas, vez que antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, a tutela da parte vulnerável desta relação restava dificultada em face da nefasta necessidade de comprovação de culpa por parte do fornecedor, além da inexistência de regulamentação específica. Em 1990, deixou-se de utilizar o Código Civil para tais relações, pela lei 8.078/1990 passou a dirimir os conflitos existentes entre consumidor e fornecedor, quando presente uma relação de consumo.

Ocorre, porém, que as constantes imperfeições dos produtos e serviços colocados no mercado fazem com que os consumidores, não raras vezes, tenham de desviar seu já escasso tempo na tentativa de solucionar o problema. Isso porque situações de mau atendimento⁹⁵ se tornaram constantes, sobretudo em face da inobservância de deveres laterais e anexos de conduta no pós-venda.

Em que pese não haver exposto dispositivo legal que entenda o tempo desperdiçado enquanto bem-jurídico, não se pode negar sua importância, nem se pode considerar sua tutela desarrazoada. Em verdade, trata-se de entendimento que promove a

⁹² SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 98.

⁹³ Idem, p. 120

⁹⁴ Idem, p. 120

⁹⁵ Termo utilizado por Marcos Dessaune, conforme se verá adiante.

concretização dos ditames constitucionais que tem por finalidade a defesa e proteção jurídica do consumidor.

4.2 Dos novos danos

Conforme se está defendendo, para além dos danos patrimoniais (emergentes e lucros cessantes) e danos morais (à honra, imagem, nome, etc.) ora estudados, a mudança de paradigma acerca da responsabilidade civil está ampliando os danos atualmente tuteláveis. Busca-se cada vez mais garantir proteção das vítimas contra atos lesivos que maculem seus interesses e bens jurídicos.

Daí que a maior aceitação e reconhecimento de novos danos, ainda que com reservas, sobretudo por parte da jurisprudência nacional, fez com que surgissem teorias tais como a perda de uma chance, o dano em razão do abandono afetivo, dano pela morte, o dano coletivo, etc.

Em primeiro momento rechaçados pela jurisprudência brasileira, a atual necessidade de dar maior guarida às vítimas, tornou a verificação dos elementos da responsabilidade civil mais flexível, pelo que as hipóteses de ressarcibilidade de danos tuteláveis restaram aumentadas. Nesse sentido, Schreiber⁹⁶:

[...] essa flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir à vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano.

E acerca desta elevação do elemento *dano*, o autor completa aduzindo que “o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos”.⁹⁷

⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

A prosseguir, de modo a evidenciar a possibilidade de ampliação do rol de bens tuteláveis por parte do instituto da responsabilidade civil, verificar-se-á, resumidamente, o dano em razão da perda de uma chance e em razão do abandono sócio afetivo, considerando seus fundamentos e reparabilidade.

4.2.1 Dano em razão da perda de uma chance

A *chance* consiste na possibilidade séria e real de se obter vantagem ou de se evitar uma perda patrimonial pelo desenrolar regular dos acontecimentos. Interrompido pela superveniência de determinado fato, este faz com que o ganho não se concretize ou o prejuízo se realize, pelo que restará perdida a chance de alcançar resultado mais favorável.

Sobre o assunto, Cavalieri Filho conceitua⁹⁸:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Para reconhecer que a chance restou perdida é necessário utilizar-se o princípio da razoabilidade, uma vez que o resultado mais favorável não é certo, mas provável, não se permitindo configurar o dano em razão de mera possibilidade aleatória. Daí o referido doutrinador considerar que “a vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunistas, e não reparando as oportunidades perdidas”⁹⁹.

Desta maneira, exige-se do julgador da lide a perspicácia para compreender o nível de probabilidade do resultado benéfico, valorando-se as possibilidades que o sujeito tinha, dentre ganhar e perder, para se descobrir se o ordenamento jurídico deve lhe dar guarida ou afastar a existência do dano. Segundo a doutrina majoritária, ao fazer o prognóstico da chance de resultado favorável, o juiz somente deve conceder a tutela ao ofendido, leia-se indenização,

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

⁹⁹ Idem.

se a probabilidade de sucesso for maior que cinquenta por cento, “de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”¹⁰⁰.

Exemplo de notório reconhecimento da aplicação desta teoria é aquele decorrente do programa Show do Milhão, em que o participante percebeu que a “pergunta do milhão” não tinha resposta correta, pelo que desistiu afim de salvar o prêmio até então acumulado. Ao ingressar em juízo na tentativa de haver o restante do prêmio, o pleito foi deferido nas instâncias inferiores (R\$ 500.000,00 – quinhentos mil reais), mas a indenização foi reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que considerou não haver certeza de que a parte autora acertaria o questionamento. Considerando que havia quatro itens para cada pergunta, aquele Tribunal entendeu por bem conceder indenização do montante de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), valor equivalente a um quarto do montante antes pleiteado e concedido. Isso porque, tratava-se da probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, o que refletiria a real possibilidade de acerto do participante¹⁰¹.

Dificuldade, porém, tem a doutrina e jurisprudência para alocar a indenização pela perda de uma chance seja enquanto dano patrimonial (emergente ou lucro cessante), seja dano moral. Há que defenda inclusive tratar-se de um terceiro gênero de indenização – um meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante¹⁰². Por não ser objeto deste estudo deixa-se de fazer maiores considerações, sobretudo, porque o próprio STJ já entendeu que a perda de uma chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais¹⁰³.

4.2.2 Dano em razão do abandono sócio afetivo

Os novos ditames da responsabilidade civil multiplicaram as demandas judiciais para dar suporte às vítimas das mais diversas modalidades danosas à personalidade do ser. O dano pelo abandono sócio afetivo caracteriza-se quando da inobservância do dever constitucional¹⁰⁴ dos genitores de cuidar de sua prole.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

¹⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459 BA 2005/0172410-9. Relator: Ministro. Fernando Gonçalves, Data do Julgamento: 08 /11/2005, Quarta Turma.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

¹⁰³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1079185 MG 2008/0168439-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 04/08/2009, Terceira Turma.¹⁰⁴ Prevê o artigo 229, CF que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

¹⁰⁴ Prevê o artigo 229, CF que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Além da Constituição Federal, a Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõe em seu artigo 22 que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”. Ademais, o próprio Código Civil de 2002, aduz em seu artigo 1.634 que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

De se dizer que o dano não é decorrente de um dever amoroso para com os filhos, visto que o amor é gratuito e incondicional, não podendo sê-lo imposto, mas da negativa em desferir amparo, assistência moral e psíquica a estes, desatendendo suas necessidades em prejuízo de sua formação¹⁰⁵. Interessa, portanto, não um suposto dever de afeto, mas o “dever normativo expresso dos pais educarem e criarem os filhos”¹⁰⁶.

Schreiber destaca que “cumprе ao juiz analisar se houve ou não violação do dever legal, tomando em consideração fatos tão objetivos quanto possível, como a participação do pai no processo educacional [...], frequência das visitas ao filho, [...] atividades conjuntas de lazer e assim por diante”¹⁰⁷.

Evidencia-se, portanto, a ampliação do rol de bens e interesses tuteláveis. Assim, tratar-se-á do dano em razão da perda de tempo útil, enquanto corolário desta nova faceta da responsabilidade civil, pelo que serão averiguados seus fundamentos.

¹⁰⁵ MONTEMURRO, Danilo. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral. Consultor Jurídico, dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

¹⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 179.

¹⁰⁷ Idem.

5 A TUTELA DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR

O presente capítulo destina-se à análise doutrinária e jurisprudencial do tempo útil do consumidor enquanto bem passível de tutela no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, utilizar-se-á, primordialmente, a tese jurídica encabeçada por Marcos Dessaune, na obra *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*, além de outras afetas ao tema. Também será colacionada a jurisprudência dos mais variados tribunais a fim de se verificar como a referida tese tem sido enfrentada pelos mesmos. Sem maiores delongas, passa-se ao exame do assunto.

O apontamento inicial do referido autor conduz à reflexão de que o *tempo* deve ser tratado não como dado do mundo, ou algo que está aí simplesmente para se esperar passar, mas como relevante bem da vida, e que por tal não pode estar afastado da esfera do Direito, mas por ele deve ser tutelado. Segundo ele “o fugaz tempo de que cada pessoa dispõe na vida merece, na cena jurídica, um papel principal; não de coadjuvante, menos ainda de figurante”¹⁰⁸.

Parte-se do pressuposto de que na relação de consumo, além da missão¹⁰⁹ principal de contribuir para a existência digna do consumidor; promover seu bem-estar e; possibilitar a realização humana deste¹¹⁰; há uma missão implícita a ser cumprida por parte dos fornecedores, qual seja: a liberação dos recursos produtivos do consumidor, o que significa “dar ao consumidor condições de empregar o seu tempo e as suas competências na atividade de sua preferência”¹¹¹.

Isso porque a sociedade atual exige do cidadão, ora entendido com aquele que vive em sociedade, o conhecimento estratificado e competências ou habilidades específicas, o que enseja uma especialização profissional. Esta conjectura “cria interdependência entre as pessoas [...] que precisam se valer das “trocas” para tentar alcançar certos objetivos, instituído pela

¹⁰⁸ DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

¹⁰⁹ Dessaune esclarece que por “missão” entende a própria razão de existir do fornecedor, fundado por seu dever de colocar no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões de qualidade, segurança e durabilidade, além de informar adequadamente acerca de seus produtos e serviços, agir sempre com boa-fé e de se responsabilizar por eventuais danos causados ao consumidor. In: DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

¹¹⁰ DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹¹ Idem, p.42.

própria sociedade como valores supremos: liberdade, dignidade, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, etc.”¹¹².

Nesse diapasão, Dessaune assevera¹¹³:

Dessa forma o fornecedor estará, nas palavras da própria lei, atendendo às necessidades do consumidor, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, protegendo seus interesses econômicos e contribuindo para a melhoria da sua qualidade de vida – consoante o que prescrevem, entre outros, o art. 4º, *caput*, II, *d*, e III, o art. 6º, I, III, IV e VI, o art. 8º, os arts. 12 a 14 e os arts. 18 a 20, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

A citar como exemplo desta liberação dos recursos produtivos do consumidor, imagine-se a contratação de uma agência de turismo que tenha a incumbência de planejar toda a viagem de férias de um cliente, considerando o modo de sua partida, o hotel para hospedagem, os passeios a serem realizados, os restaurantes a serem visitados, etc., de modo que ao contratante só reste desfrutar do local que vai visitar.

Veja-se que a empresa é que despenderá seu tempo e competências para que o consumidor apenas desfrute das merecidas férias, direcionando suas preocupações apenas ao lazer, descanso ou ócio. E não utilizando o seu tempo produtivo para planejar essa atividade.

5.1 Das situações de desvio produtivo do consumidor

Para fundamentar e esclarecer a necessidade de se tutelar o desperdício do tempo e competências provocado por de situações de mau atendimento a que o fornecedor submete o consumidor, Dessaune revela que as relações de consumo são constituídas por trocas de utilidades e incentivos, assim sendo explicadas:

(1) a dedicação de cada pessoa à determinada atividade torna-a uma especialista que precisa recorrer ao consumo para satisfazer suas demais carências; (2) a especialização das pessoas (naturais e jurídicas) e as “trocas” que elas realizam possibilitam o desenvolvimento das potencialidades pessoais e resultam, em tese, no aumento das competências individuais, da produção conjunta do padrão de vida da sociedade como um todo; (3) diante da abundância de suas carências e da limitação de seus recursos produtivos e materiais, cada pessoa-consumidora precisa fazer escolhas a todo momento, preferindo no mercado aqueles produtos finais que ofereçam o máximo de valor que consumam o mínimo de seus recursos; (4) os

¹¹² DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

¹¹³ Idem, p. 42.

processos de escolha e de aquisição de produtos finais no mercado demandam recursos do consumidor – notadamente seu tempo, suas competências e seus bens materiais –, impondo-lhe, também, o que os economistas chama de “custo de oportunidade”.

Nestas relações de troca – que devem tender ao equilíbrio de valor –, o ato do fornecedor de proporcionar ao consumidor certas utilidades e incentivos, por intermédio do seu produto final, recebe o nome, em sentido estrito, de *atendimento*, enquanto o ato do consumidor de entregar ao fornecedor certas utilidade e incentivos, por meio de seus recursos, é denominado *pagamento*. (destaques do autor) ¹¹⁴

O problema se encontra quando tais situações de *atendimento* deixam de cumprir a missão principal e implícita dos fornecedores, afrontando os interesses dos consumidores e por consequência a legislação – seja por despreparo, descaso ou pior, por má-fé.

Assim, ao invés de entregar um produto ou serviço que satisfaça os anseios do consumidor, para que este possa trabalhar e destinar seu tempo com atividades de seu interesse ou necessidade, o fornecedor acaba por deturpar tal função, entregando produto ou serviço viciado ou defeituoso, exercendo práticas abusivas, gerando problemas que deslocarão a atenção e atuação do consumidor na tentativa não raras vezes frustrada de solucioná-lo.

Nesse contexto, Marcos Dessaune é enfático ao aduzir que¹¹⁵:

Toda vez que um fato desses acontece, isto é, toda vez que dado fornecedor entrega ao consumidor um produto final defeituoso ou o submete a uma prática legalmente proibida, o consumidor acaba precisando desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – de atividades necessárias ou por ele preferidas – para tentar sanar o problema criado pelo fornecedor, o que tem um custo de oportunidade intrinsecamente irrecuperável, que o consumidor não deseja para si.

Evidenciado está que a voluntariedade inerente ao processo de consumo – quando o consumidor despense seus recursos e deixa de fazer alguma coisa em consequência de sua livre escolha e vontade – dá lugar a uma situação de contrariedade e de perda para ele.

Para afastar qualquer dúvida do que se está tratando, ele complementa¹¹⁶:

[...] nessas circunstâncias recorrentes de mau atendimento, o consumidor é levado a se afastar de uma atividade que deveria ou desejaria estar realizando – como trabalhar, estudar, consumir, cuidar de si, divertir-se, descansar, estar com entes queridos – para gastar seu tempo e suas competências na tentativa de resolver um problema de consumo ao qual não deu causa, mas que o está sujeitando a algum tipo de prejuízo, potencial ou efetivo.

Nesse diapasão, exemplificam-se como situações de desvio produtivo as seguintes:

¹¹⁴ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 45-46.

¹¹⁵ Idem, p.49.

¹¹⁶ Idem, p.49.

- Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;
- Esperar demasiadamente por atendimento em consultório médico ou odontológico ou em hospital, ou ter um procedimento que o médico requisiou (como um exame mais moderno ou sofisticado) reiteradamente negado pelo plano de saúde;
- Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado;
- Ficar às voltas com um computador novo, com um software recém lançado ou com uma conexão à internet que não funcionam adequadamente;
- Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;¹¹⁷

Para melhor esclarecer, o autor explica que a expressão *desvio produtivo do consumidor* deriva de *desvio dos recursos produtivos do consumidor*, pelo que se deve entender o adjetivo “produtivo” como “relativo a produção”, ou seja, “indicando tão somente que em situações de mau atendimento o consumidor desvia recursos ‘que produzem’ (seu tempo e suas competências)”¹¹⁸.

Sugere-se as pessoas, tendo *tempo* disponível, são capazes de direcionar suas competências para atividades que lhe dão satisfação ou imprescindíveis a sua própria subsistência. Ocorre que a má atuação dos fornecedores desvia (redireciona) os consumidores do exercício dessas atividades, fazendo com que estes tenham de despende tempo na tentativa de solucionar problemas decorrentes da relação de consumo. Daí o cunho da expressão *desvio dos recursos produtivos do consumidor* ou, simplesmente, *desvio produtivo*. Mas afinal, do que se tratam os *recursos produtivos* do consumidor?

5.2 Dos recursos produtivos do consumidor

Em obra anterior, “Código de Atendimento ao Consumidor: uma nova ética nas relações de consumo”, Marcos Dessaune identifica que o consumidor tem à sua disposição alguns recursos nas relações de trocas com os fornecedores, a ver:

¹¹⁷ DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

¹¹⁸ Idem, p.49.

- I – *recursos naturais vulneráveis*, que são o ar, a água e outros bens de uso comum que tornam possível a existência de vida, no presente e no futuro;
- II – *recurso cognitivo abstrativo*, que é a sua consciência;
- III – *recursos vitais vulneráveis*, que são o seu equilíbrio psíquico e físico;
- IV – *recursos produtivos limitados*, que são o seu tempo e as suas competências (conjunto de conhecimentos ou saber, habilidades ou saber-fazer e atitudes ou saber-ser, necessário para o desempenho de uma atividade);
- V – *recursos materiais limitados*, que são os seus bens e direitos e o seu montante de crédito;
- VI – *recurso volitivo condicionado*, que é a sua liberdade (possibilidade de escolha)¹¹⁹.

Ao presente trabalho é destacável aquele insculpido no item IV – recursos produtivos limitados –, que são o *tempo* e suas *competências*. Para o autor, ao lado da consciência e dos recursos vitais e naturais, esses são os dois mecanismos mais importantes para a realização do consumidor enquanto ser humano.

Note-se que a característica comum de ambos é que são limitados, porque não disponíveis ao bel prazer daquele que os utiliza. Daí sua relevância e necessidade de tutela contra os desmandos da atuação dos fornecedores.

Por *competências*, entende-se o “conjunto de conhecimentos ou saber, habilidades ou saber-fazer, e atitudes ou saber-ser, necessário para o desempenho de uma atividade, seja ela qual for”¹²⁰. Trata-se de recurso arduamente desenvolvido ao longo da existência por meio da educação e da atividade profissional.

Quanto ao *tempo*, remete-se o leitor ao capítulo segundo, destinado a análise do tema. Esclareça-se que para Dessaune, a relevância deste recurso produtivo encontra-se fundada em sua inacumulabilidade e irrecuperabilidade.

Apenas para deixar estreme de dúvidas, trata-se o *tempo* como *capital*¹²¹ passível de ser convertido nas diversas nuances da realização humana; como *tempo vivido*¹²² ou tempo pessoal; como *tempo livre*¹²³; de *tempo subjetivo*¹²⁴ ou tempo da consciência.

¹¹⁹ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 93-94.

¹²⁰ Idem, p. 95.

¹²¹ O autor encontra na obra de Bodil Jönsson, *Dez considerações sobre o tempo*, a correlação do tempo enquanto capital de realização dos anseios da atividade humana, seja para convertê-lo em dinheiro, em interação com outrem ou com o meio ambiente, em conhecimento, etc., para então fundamentar sua visão de que se trata do maior e mais valioso capital do homem.

¹²² Influenciado pela mesma obra, Dessaune se encanta com a distinção entre tempo do relógio e tempo vivido ou pessoal. Este designa o tempo de cada indivíduo, a maneira como se lida com ele, a forma como o encaramos.

¹²³ Pela obra de Domenico de Masi, *o Ócio Criativo*, “[...]significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. Significa, antes de tudo, nos exercitarmos para descobrir quantas coisas podemos fazer, desde hoje, no nosso tempo disponível, sem gastar um tostão [...]. Em suma, dar sentido as coisas de todo dia, em geral lindas, sempre iguais e sempre diversas, que infelizmente são depreciadas pelo uso cotidiano”. De MASI apud DESSAUNE, 2011, p. 100-101.

¹²⁴ Nesse sentido, diz-se “uma entidade subjetiva que não é uniforme, que possui fluidez variável e que se utiliza para medir o tempo psicológico em nosso ‘interior’”. MOURÃO apud DESSAUNE, 2011, p. 97.

Neste contexto, aduz Dessaune¹²⁵:

Possuindo essa combinação singular de características – escassez, inacumulabilidade e irrecuperabilidade –, o recurso produtivo "tempo" revela-se então o bem primordial mais valioso de que cada pessoa dispõe em sua existência terrena – só comparável à sua saúde física e mental, necessária para gozá-lo plenamente.

Insta ressaltar que as *competências* têm guarida constitucional, o que somente ocorre em situações específicas quando se trata do *tempo*, conforme já apontado no capítulo segundo. É que o conhecimento (saber), as habilidades (saber-fazer) e as atitudes (saber-ser) restam protegidas pela Carta Magna, senão veja.

O *conhecimento* encontra-se tutelado pelo direito fundamental à educação, insculpido no art. 6º da CF/1988¹²⁶. Trata-se de direito de todos, conforme preceitua o art. 205¹²⁷, do mesmo diploma legal, e tem por fundamento o *pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*. O direito à educação, causa da tutela do *conhecimento*, é corolário da salvaguarda do acesso à informação (art. 5º, XIV, CF/1988), pelo que se pode concluir que o “o conhecimento ou saber é bem jurídico tutelado pela CF/1988”¹²⁸.

Dessaune destaca que o direito à educação tem como finalidade o desenvolvimento de três dimensões da pessoa: a individual, a sociopolítica (ou cidadã) e a profissional, sendo que no que concerne ao conhecimento, o direito à educação visa a tutela ao desenvolvimento individual¹²⁹.

Por sua vez, a *habilidade*, “na acepção de proficiência adquirida por meio do treinamento ou experiência profissional”¹³⁰, também tem amparo na disposição constitucional do direito à educação. Porém, desta vez é tutelado o desenvolvimento da dimensão profissional deste direito, vez que, como já se disse, o art. 205, CF/1988, assegura o direito à educação como forma de qualificar o cidadão para o trabalho.

¹²⁵ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

¹²⁶ BRASIL, CF/1988: art.6º. São direitos sociais a educação, [...].

¹²⁷ BRASIL, CF/1988: art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹²⁸ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 114

¹²⁹ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹³⁰ Idem, p. 115.

Ademais, o artigo 5º, XIII, da Carta Constitucional assevera que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Deste contexto, conclui¹³¹:

[...] a habilidade - em suas acepções de pro-ficiência adquirida por meio do treinamento ou experiência profissional, de perícia profissional, de qualificação para o trabalho -é objeto tanto do direito constitucional à educação - em sua função de desenvolvimento da dimensão profissional da pessoa -, quanto da sua liberdade de ação profissional e das correspondentes regras de contenção. Isto é, a habilidade ou saber-fazer é um bem jurídico tutelado pela CF/1988.

Finalmente, no que concerne à *atitude*, “comportamento motivado, de ação ou omissão voluntária de uma crença ou convicção, de tomada de posição por razões de foro íntimo”¹³², a tutela constitucional desta competência humana mais uma vez se encontra no direito à educação. Desta vez, no que se relaciona à sua função de desenvolvimento da dimensão sócio-política (cidadã) da pessoa. De se reparar que o art. 205, CF/1988 elenca como objetivo do direito à educação *o preparo para o exercício da cidadania*¹³³.

Na mesma linha, os incisos, IV, VI, IX, do art. 5º da CF/1988 que tutelam a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de crença e a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, respectivamente. Destaca-se ainda, a liberdade de expressão coletiva, expressa pelo direito de reunião (inciso XVI, art. 5º, CF/1988) e direito de associação (inciso XVII, art. 5º, CF/1988).

Assim sendo:

a atitude – em suas acepções de ação ou omissão voluntária decorrente de uma crença ou convicção, de tomada de posição por razões de foro íntimo, de exercício consciente da cidadania – é objetivo do direito constitucional a educação – em sua função de desenvolvimento da dimensão sociopolítica (ou cidadã) da pessoa – bem como a liberdade de ação, da ampla liberdade de pensamento das pessoas e das suas liberdades de expressão coletiva. Ou seja, a atitude ou saber-ser é um bem jurídico tutelado pela CF/1988.¹³⁴

¹³¹ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116

¹³² DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

¹³³ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 117-118.

¹³⁴ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 117-20.

5.3 Do desvio produtivo do consumidor

Conforme se vem discutindo, o mundo capitalista contemporâneo é baseado na especialização profissional, fazendo com que os indivíduos necessitem contatar outrem para realizar seus interesses e desejos, na tentativa de alcançar seus objetivos.

Daí a necessidade de consumidor e fornecedor se relacionarem promovendo trocas que se materializam de um lado, pelas mercadorias e/ou serviços prestados e de outro pelo pagamento efetuado. Nesse contexto, Dessaune revela que todo fornecedor possui uma missão implícita, qual seja, “liberar os recursos produtivos do consumidor, o que se traduz em dar-lhe, por intermédio de um produto final, condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua preferência, assim possibilitando que ele se realize como ser humano.”¹³⁵

Para tanto, o autor esclarece¹³⁶:

Essa missão subjacente do fornecedor – assim como sua missão “geral” – relembre-se, está juridicamente alicerçada no seu dever legal de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam de fato úteis e não causem riscos ou prejuízos ao consumidor –, assim como de informar adequadamente acerca de seus produtos e serviços, de agir sempre com boa-fé e de se responsabilizar pelos danos que possa causar ou já tenha causado

Ocorre que por uma atuação certamente desleixada, ao invés de o fornecedor disponibilizar produtos e serviços que atendam à legítima expectativa do consumidor, promovendo seu bem-estar e ampliação de suas potencialidades individuais, aquele, ao descumprir seus deveres jurídicos, sejam implícitos ou explícitos, entrega produtos/serviços viciados ou defeituosos, ocasionando problemas à parte vulnerável desta relação.

Diante deste contexto, Dessaune destaca¹³⁷:

[...] o consumidor, para não enfrentar maiores prejuízos, se sente então forçado a *desperdiçar o seu tempo e a desviar as suas competências* –de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para exigir do fornecedor que satisfaça seu mais legítimo interesse: a resolução desses problemas de consumo, que impõem ao consumidor um custo de oportunidade de natureza irrecuperável, por ele indesejado. Ou seja: ao transgredir sua missão e cometer ato ilícito, independentemente de culpa, o fornecedor acaba onerando indevidamente os recursos produtivos do consumidor.

¹³⁵ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

¹³⁶ Idem, p. 129-130.

¹³⁷ Idem, p. 130.

Há de se ressaltar que em tais situações, as quais o autor entende como de “mau-atendimento”, o consumidor vê seu precioso tempo ser desperdiçado, o que em geral não ocorre às competências. É que elas são “apenas” desviadas de atividades necessárias (a exemplo do trabalho) ou preferidas (a exemplo do lazer ou mesmo a ociosidade). Nesse diapasão, o autor pontua que não é possível verificar a ocorrência de um dano, porque não previsto no ordenamento jurídico. Ora, não havendo regra constitucional que tutele o tempo útil, livre e produtivo do consumidor, não haveria que se falar em situações de desvio produtivo indenizáveis¹³⁸.

Ocorre que, já se discutiu que em decorrência da flexibilização dos elementos caracterizadores da responsabilidade, “o novo paradigma de investigação do ‘dano injusto’ em lugar do tradicional ato ilícito, no âmbito da responsabilidade civil contemporânea, possibilitaria a ampliação das hipóteses de danos indenizáveis – como as ‘situações de desvio produtivo do consumidor’”¹³⁹.

Isso se dá, sobremaneira, em razão de decisões dos tribunais nacionais, atentos que são ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, por se tratar de uma “clausula geral de tutela da personalidade”¹⁴⁰

Mas o autor não se contenta apenas com a hipótese de se indenizar o consumidor, por situações de desvio produtivo e desperdício injustificado do tempo, sob o fundamento de desta clausula geral. Ele sugere que o “tempo [...] merece tratamento jurídico especial que o destaque fora da mencionada clausula geral de tutela da personalidade – a qual provavelmente aprisionaria o desvio produtivo a um mero ‘novo fato gerador de dano moral’”¹⁴¹.

Daí a necessidade de o tempo útil, livre e produtivo da pessoa consumidora ter regulamentação jurídica própria, a fim de que situações de mau-atendimento, por acarretarem a perda definitiva de uma parcela do tempo de vida, sejam exemplarmente sancionados pela atuação da Lei e do Direito – isso por meio das indenizações destinadas aos consumidores lesados.

Por óbvio, a tutela do tempo útil e livre do consumidor somente deverá ser tutelada, em havendo norma que a discipline, quando da ocorrência dos demais pressupostos de caracterização da responsabilidade civil, ou seja: um vício/defeito no produto e/ou serviço e relação de causalidade entre este vício/defeito e o desvio produtivo do consumidor. Vale dizer

¹³⁸ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

¹³⁹ Idem, p. 132

¹⁴⁰ Idem, p. 133

¹⁴¹ Idem, p. 134.

o mesmo para as relações em que restarem configuradas práticas abusivas no mercado de consumo.

Sob esse aspecto, Dessaune comenta¹⁴²:

se um fornecedor violar seu dever jurídico originário – fornecendo ao consumidor um produto ou um serviço viciado/defeituoso¹⁴³ –, ou mesmo se aquele cometer outros atos ilícitos – especialmente expondo este a uma prática abusiva legalmente vedada¹⁴⁴ – e, em qualquer dessas hipóteses, ocasionar um "desvio produtivo" ao consumidor, entendo que nascerá para o primeiro, em tese, o dever jurídico sucessivo de indenizar tal dano que causou ao segundo, da mesma maneira que surgirá para este o direito subjetivo de exigir daquele uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo irreversível que sofreu.

Para que o tempo seja guarnecido de tão moderna tutela, Dessaune sugere redação de um novo dispositivo constitucional, a ser incluso no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais, a ver¹⁴⁵:

O tempo de que cada indivíduo dispõe na vida, caracterizado pela escassez, inacumulabilidade e irrecuperabilidade, é recurso produtivo primordial e inviolável da pessoa, assegurando-se a ela o direito à indenização do dano de desvio produtivo decorrente da lesão desse seu tempo pessoal.

5.4 A visão de outros autores

De antemão insta justificar a prevalência que se deu à obra de Marcos Dessaune. Com engenhosidade e inovação o autor desenvolveu uma teoria sólida acerca da possibilidade de se sancionar a atuação desidiosa do fornecedor, quando desvia o consumidor de atividades por ele preferidas ou necessárias, fazendo-o perder seu precioso tempo na tentativa de resolver situações por aquele provocadas.

Embora pioneiro quanto à temática, não se pode deixar de apresentar o posicionamento de outros autores, senão vejamos.

¹⁴² Idem, p. 135.

¹⁴³ Nota do autor: “Seja por inadequação ou por insegurança do produto ou serviço, seja por informações insuficientes ou inadequadas a seu respeito etc.”. Idem, p. 135

¹⁴⁴ Nota do autor: “Ou seja, praticando qualquer das condutas proibidas elencadas, entre outros, nos arts. 37, 39 e 51, CDC”. Idem, p. 135.

¹⁴⁵ DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 136.

O juiz de Direito e professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, André Gustavo Correa de Andrade, expõe posição contemporânea acerca da tutela do tempo útil e livre do consumidor¹⁴⁶, a saber:

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação de perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamentos em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e dentários e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade.

O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação de obrigados morosos, na grande maioria das vezes pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento aos seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente vêem os consumidores como meros inúmeros de sua contabilidade. **Intoleráveis, também, são situações em que os consumidores se vêem compelidos a sair de sua rotina e perder seu “tempo livre” para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores, muitos dos quais não disponibilizam meios adequados para receber reclamações ou prestar informações.**

Quando está diretamente em jogo um interesse econômico, o tempo desempenha um papel fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora, da cláusula penal moratória ou, ainda, da possibilidade de indenização por lucros cessantes. No plano dos direitos não patrimoniais, porém, ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral. Esquece-se, porém, que **o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica.** A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. **Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indicio de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos. (Grifo nosso).**

Repare-se que para o mencionado autor não há dúvidas de se enquadrar a hipótese do dano em razão da perda de tempo útil como nova modalidade de dano moral. Ao contrário, para ele, isso manifesta um interesse e desejo social, que não aguenta mais suportar tantos abusos à sua dignidade.

O mesmo faz Flávio Tartuce em seu Manual de Direito Civil quando, ao tratar do dano moral, aborda o tema em contraposição a situações que chama de “transtornos”. O doutrinador alerta, porém, para a possibilidade de se estar criando hipóteses de responsabilização sem dano – porque, como já se viu, o tempo útil e livre da pessoa consumidora ainda não é objeto de Direito posto. Ora, veja-se:

¹⁴⁶ ANDRADE, André G. C. *Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual*. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

Deve-se atentar, [...], para certa ampliação dos casos de dano moral, em que está presente um *aborrecimento relevante*, notadamente pela *perda de tempo útil*. Reafirme-se que essa ampliação de situações danosas, inconcebíveis no passado, representa outro caminhar para a reflexão de responsabilidade civil sem dano, na opinião deste autor.¹⁴⁷ (Destaques do autor).

Pablo Stolze Gagliano, por sua vez, reforça a ideia de que tempo tem “profundo significado e um imenso valor, que não podem passar indiferentes ao jurista do século XXI”¹⁴⁸. O autor apresenta tal fenômeno em duas perspectivas: uma dinâmica – “fato jurídico em sentido estrito ordinário, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito”¹⁴⁹ – e outra estática – pelo que “é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica”¹⁵⁰.

Porém, Gagliano também faz um alerta: refuta a ideia de que toda situação ensejadora da perda de tempo seja tutelável, mas somente aquela injusta e intolerável, abalizada pela doutrina e jurisprudência. A ver¹⁵¹:

Deve ficar claro, [...], que nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de a vítima se converter em algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito.

Apenas o desperdício “injusto e intolerável” poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, na perspectiva, [...], do superior princípio da função social. E, por se tratar de conceitos abertos, caberá à doutrina especializada e à própria jurisprudência estabelecer as balizas hermenêuticas da sua adequada aplicação.

E arremata:

Em verdade, o que não se pode mais admitir é o covarde véu da indiferença mesquinha a ocultar milhares (ou milhões) de situações de dano, pela usurpação injusta do tempo livre, que se repetem, todos os dias, em nossa sociedade.

[...]

Isso tudo porque o intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós.¹⁵²

Já para Cristiano Sobral Pinto, renomado professor do Complexo de Ensino Renato Saraiva, quando os fornecedores tratam seus clientes com desídia, desatenção e/ou

¹⁴⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 401.

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Revista Jurisvox, n. 14, vol. 1, jul. 2013, 42-47. Centro Universitário de Patos de Minas. Disponível em: <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/345400/Responsabilidade+civil+pela+perda+++do+tempo.pdf>.

Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Idem.

despreocupação fica claro o descumprimento da lealdade, cooperação e zelo necessário ao bom andamento da relação de consumo. Em situações tais, fica clara a violação do princípio da boa-fé objetiva, causando a chamada violação positiva do contrato¹⁵³.

Diante deste cenário, ele assevera¹⁵⁴:

Nas relações de consumo, o elo mais fraco e na maioria das vezes vulnerável, o consumidor, observa seus direitos serem desrespeitados por fornecedores que não cumprem com o seu dever de lisura, correção e probidade, gerando a perda do tempo livre deste lesado.

É fato que o tempo é algo tão precioso justificando assim a condenação daqueles que fazem pouco dos direitos dos consumidores, demonstrando que a Lei deve ser aplicada para aqueles que a desrespeitam, devendo o magistrado no caso concreto aplicar o critério pedagógico da condenação, para que o fato não seja repetido por esses péssimos fornecedores.

A análise perpetrada por Victor Guglinsky converge com as demais. O autor explica que a atuação do fornecedor deve ser condizente com as expectativas do consumidor, pelo que sua má-atuação, ao transgredir o limite do razoável ocasionando injustificada perda de tempo por parte dos clientes, enseja a responsabilização do contratado. Em suas palavras¹⁵⁵:

Quando a má prestação de um serviço extravasa as raias da razoabilidade, dando lugar à irritação, a frustração, ao sentimento de descaso, ao sentimento de se sentir somente mais um número no rol de consumidores de uma empresa, é que ocorre a violação do direito à paz, à tranquilidade, à prestação adequada dos serviços contratados, enfim, a uma série de direitos intimamente relacionados à dignidade humana. Hoje o consumidor brasileiro percorre uma verdadeira via crucis para tentar ver respeitados os seus direitos.

Em dado momento, Guglinsky contrapõe-se à ideia de que a judicialização dessas diversas novas modalidades de danos seja reflexo de uma sociedade que não dialoga. Assim defende o dano moral em razão da perda de tempo útil¹⁵⁶:

[...] se o consumidor necessita de solucionar uma demanda dessa natureza, quase sempre é obrigado a falar com um atendente virtual ou, na melhor das hipóteses, com atendentes de Call Centers e SACs que [...] são extremamente despreparados (de propósito) para solucionar essas demandas. O que resta ao consumidor? Ora, queixar-se ao juiz, obviamente, ao invés de se queixar ao Bispo. Sob esse aspecto, a culpa da

¹⁵³ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Responsabilidade Civil do fornecedor em razão da Perda do Tempo Livre com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Revista Direito ao Ponto, ano 1, n. 3. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/11/47-tempo_livre.pdf?1384775001. Acesso em: 17 de fevereiro de 2017.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ GUGLINSKI, Vitor. Indenização pela perda de tempo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

¹⁵⁶ Idem.

falta de diálogo é de quem? Ninguém acorda querendo contratar; ao contrário, o estado natural do consumidor é o de não contratar! E a coisa se torna pior quando, por exemplo, o serviço prestado é fornecido em regime de monopólio, como o fornecimento de água e coleta de esgoto, energia elétrica etc., aos quais o consumidor simplesmente é forçado a aderir, pois são essenciais. Consequentemente, também é forçado a aceitar os péssimos SACs disponibilizados pelas empresas, e o resultado estamos vendo agora, com o surgimento da tese que enxerga a perda do tempo útil como uma ofensa aos direitos da personalidade.

O mencionado estudioso apresenta o posicionamento de Leonardo de Medeiros Garcia, que pela astúcia também merece destaque¹⁵⁷:

Outra forma interessante de indenização por dano moral que tem sido admitida pela jurisprudência é a indenização pela perda do tempo livre do consumidor. Muitas situações do cotidiano nos trazem a sensação de perda de tempo: o tempo em que ficamos “presos” no trânsito; o tempo para cancelar a contratação que não mais nos interessa; o tempo para cancelar a cobrança indevida do cartão de crédito; a espera de atendimento em consultórios médicos etc. A maioria dessas situações, desde que não cause outros danos, deve ser tolerada, uma vez que faz parte da vida em sociedade. Ao contrário, a indenização pela perda do tempo livre trata de situações intoleráveis, em que há desídia e desrespeito aos consumidores, que muitas vezes se veem compelidos a sair de sua rotina e perder o tempo livre para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas dos fornecedores. Tais situações fogem do que usualmente se aceita como “normal”, em se tratando de espera por parte do consumidor. São aqueles famosos casos de call center e em que se espera durante 30 minutos ou mais, sendo transferido de um atendente para o outro. Nesses casos, percebe-se claramente o desrespeito ao consumidor, que é prontamente atendido quando da contratação, mas, quando busca o atendimento para resolver qualquer impasse, é obrigado, injustificadamente, a perder seu tempo livre

5.5 Do entendimento da jurisprudência nacional

A partir de agora comentar-se-á algumas decisões dos tribunais pátrios, a fim de se observar como o dano em razão da perda de tempo útil tem sido tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Senão vejamos.

Em abril de 2011 o Desembargador Jones Figueiredo Alves desenvolveu interessante posicionamento para proteger o tempo útil e livre de consumidor, reformando decisão do magistrado de base que havia considerado mero aborrecimento a espera por atendimento na fila de banco de aproximadamente quatro horas, situação que, inclusive, infringia a legislação municipal de Caruaru-PE. Veja-se alguns recortes do Voto/Vista:

¹⁵⁷ GARCIA apud GUGLINSKI, Vitor. Indenização pela perda de tempo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

[...] Charles Darwin advertia, às expressas, que o homem que tem a coragem de desperdiçar uma hora de seu tempo não descobriu o valor da vida.

De fato, se a passagem do tempo representa, antes de mais, a voragem das horas, e mesmo que se pense que o tempo que se gosta de perder não é tempo perdido, porque o homem faz de seu tempo a própria medida de sua vida, impõe-se pensar acerca do desperdício de tempo e para além disso, o que aqui interessa, sobre o vilipêndio do tempo.

[...]

De todo modo poderá ser dito, perante os outros, que o homem é o senhor do seu tempo e o proverá, como melhor lhe aprouver. Assertiva que se não justifica o desperdício do tempo, convive com a realidade pragmática de cada um, nos limites próprios de sua in(finitude) de vida. Ou seja, nosso presente é contingente das horas e esse presente é vivido conforme nossa dimensão de vida, para além do dia de hoje. Nós podemos ser futuro, mas podemos ser apenas o ontem.

Do vilipêndio do tempo, porém, caso é saber que, na hipótese, esse tempo não é apenas desperdiçado, pela perda do próprio tempo, faculdade que é dada ao homem exercitá-lo nas circunstâncias do tempo e dos interesses de vida.

Nessa segunda hipótese, a do vilipêndio, o tempo é subtraído violentamente do homem por terceiro, que rouba, sutilmente, a vida do outro, por atitudes de apreensão abusiva do tempo.

Ora. “Se nada existe mais precioso que o tempo, pois ele é o preço da eternidade” (Louis Bourdaloue), o problema do tempo vilipendiado mais se agudiza quando o tempo de nossas vidas se torna refém de outro, muitas vezes e precisamente, de um outro impessoal, ser indeterminado, um outro institucionalmente não individualizado. Napoleão Bonaparte, em suas máximas, afirmou que *“há ladrões que não se castigam, mas que nos roubam o bem mais precioso: o tempo”*.

A questão é de extrema gravidade e não se pode admiti-la, por retóricas de tolerância ou de condescendência, que sejam os transtornos do cotidiano que nos submetam a esse vilipêndio de tempo subtraído de vida, em face de uma sociedade tecnológica e massificada, impessoal e disforme, onde nela as pessoas possam perder a sua própria individualidade, consideradas que se tornem apenas em usuários numerados em bancos informatizados de dados.

[...]

Na espécie, a reflexão que se impõe firma-se na valoração do tempo, ou melhor, na violação do tempo sob a ótica dos danos provocados pelo seu desperdício injustificado.

[...]apresenta-se injustificável a ausência de investimento na área de atendimento ao consumidor bancário quando se sabe que a lucratividade dos bancos abre margem, por si só, para a solução do problema.

Nesse contexto, filio-me ao entendimento jurisprudencial, onde se reconhece como devida a indenização em casos de espera exacerbada em fila de banco, como ocorrente na espécie.

Posto isso, o meu voto vista é no sentido de, máxima vênua, em divergindo dos eminentes Relator e Revisor, **reconhecer a configuração do dano moral, em virtude do vilipêndio do tempo da recorrente** e, nessa consequência, prover o apelo interposto, fixando em R\$ 3.000,000 (três mil reais) o valor da condenação, cuja fixação tende a servir, inclusive, de freio inibitório a situações que tais, com os devidos ônus sucumbenciais, de custas do processo e de verba honorária arbitrada em 20% (vinte por cento) da referida indenização.¹⁵⁸ **(Grifo nosso)**

O próprio Superior Tribunal de Justiça, percebendo o aumento de demandas desta natureza, expidiu posicionamento tendente ao reconhecimento da tutela do tempo livre do consumidor. Assim o fez no informativo número 504 de setembro de 2012:

¹⁵⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Pernambuco. Apelação Cível nº 230521-7 – 5ª Vara Cível de Caruaru, Relator: Des. Eurico de Barros Correia Filho Voto/vista: Des. Jones Figueiredo Alves. Julgamento em: 07 de abril de 2011. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-tribunal-justica-pernambuco.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

Terceira Turma

DANO MORAL. ESPERA EM FILA DE BANCO. O dano moral decorrente da demora no atendimento ao cliente não surge apenas da violação de legislação que estipula tempo máximo de espera, mas depende da verificação dos fatos que causaram sofrimento além do normal ao consumidor. Isso porque a legislação que determina o tempo máximo de espera tem cunho administrativo e trata da responsabilidade da instituição financeira perante a Administração Pública, a qual poderá aplicar sanções às instituições que descumprirem a norma. Assim, a extrapolação do tempo de espera deverá ser considerada como um dos elementos analisados no momento da verificação da ocorrência do dano moral. No caso, além da demora desarrazoada no atendimento, a cliente encontrava-se com a saúde debilitada e permaneceu o tempo todo em pé, caracterizando indiferença do banco quanto à situação. Para a Turma, o somatório dessas circunstâncias caracterizou o dano moral. Por fim, o colegiado entendeu razoável o valor da indenização em R\$ 3 mil, ante o caráter pedagógico da condenação. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.331.848-SP, DJe 13/9/2011; REsp 1.234.549-SP, DJe 10/2/2012, e REsp 598.183-DF, DJe 27/11/2006. (REsp 1.218.497-MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 11/9/2012)¹⁵⁹

A Primeira Turma Recursal do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, ao reconhecer demanda indenizatória de consumidora que despendeu demasiado tempo na frustrada tentativa de solucionar problemas com uma instituição financeira operadora de cartão de crédito e concessionária de veículos, correlacionou-a à função de proteção à dignidade da pessoa humana do Código de Defesa do Consumidor e à tutela do tempo útil deste. Veja-se:

[...] após o advento do Código de Defesa do Consumidor (criado por determinação constitucional para dar **efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana** e propiciar o equilíbrio de situações contratuais nas quais, invariavelmente, há uma parte mais vulnerável, qual seja, o consumidor), **a prestação do serviço não se limita ao cumprimento das obrigações principais, mas também aos chamados deveres anexos, ou laterais (Nebenpflichten), dentre os quais, o dever de boa-fé, de informar, de transparência, de cordialidade e de lealdade** (previstos nos artigos 4º e 6º do CDC).

[...]

Danos morais igualmente configurados, decorrentes *in re ipsa* da conduta ilícita acima descrita, especialmente diante da reiteração das cobranças e **da perda do tempo útil da parte autora**, que teve que ingressar em juízo para resolver seu problema.¹⁶⁰
(Grifos nossos)

Aliás, o Tribunal do Rio de Janeiro tem sido pioneiro no reconhecimento do dano moral em razão do desvio produtivo ou pela perda de tempo útil. Veja-se¹⁶¹:

¹⁵⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 504, STJ, setembro de 2012. Disponível em: www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0504.rtf. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

¹⁶⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 0022427-95.2014.8.19.0001. Turma Recursal. Juiz(a) Relator(a): Daniela Reetz de Paiva. Julgado em: 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2015.700.517328-6>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

¹⁶¹ GUGLINSKI, Vitor. Indenização pela perda de tempo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Agravo Interno. Decisão monocrática em Apelação Cível que deu parcial provimento ao recurso do agravado. Direito do Consumidor. Demanda indenizatória. Seguro descontado de conta corrente sem autorização do correntista. Descontos indevidos. Cancelamento das cobranças que se impõe. **Comprovação de inúmeras tentativas de resolução do problema, durante mais de três anos, sem que fosse solucionado. Falha na prestação do serviço. Perda do tempo livre. Dano moral configurado.** Correto o valor da compensação fixado em R\$ 2.000,00. Juros moratórios a contar da citação. Aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do CPC, no percentual de 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. Recurso desprovido”. Des. Alexandre Câmara - Julgamento: 03/11/2010. **(Grifos nossos)**

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Consumidor. Ação indenizatória. Falha na prestação de serviço de telefonia e de internet, além de cobrança indevida. Sentença de procedência. Apelação da ré. Ausência de demonstração da ocorrência de uma das excludentes previstas no art. 14, § 3º do CDC. **Caracterização da perda do tempo livre. Danos morais fixados pela sentença de acordo com os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.** Honorários advocatícios igualmente corretos. Desprovido do apelo. Des. Luiz Fernando de Carvalho - Julgamento: 13/04/2011. **(Grifos nossos)**

QUARTA CÂMARA CÍVEL. Apelação. Danos morais. Contrato para instalação do serviço OI VELOX (banda larga internet). Inadimplemento contratual por parte da operadora que alegou inviabilidade técnica por impropriedades da linha telefônica. Sentença de procedência. Dano moral fixado em R\$ 2.000,00. Apelos de ambas as partes. A princípio, o inadimplemento contratual não acarreta danos morais, porém, pelas peculiaridades do caso concreto, se verificou a ocorrência de aborrecimentos anormais que devem ser compensados. Violação ao dever de informação, art. 6º, III, do CDC. Grande lapso temporal entre a data da celebração do contrato e a da comunicação de que a não seria viável a prestação dos serviços por impropriedades técnicas da linha telefônica do Autor. **Teoria da Perda do Tempo Livre. Por mais de um ano, o Autor efetuou ligações para a Ré na tentativa de que o serviço de internet fosse corretamente instalado, além de ter recebido técnicos da Ré em sua residência, mas que não solucionavam os problemas. Indenização bem dosada em R\$ 2.000,00.** Pequeno reparo na sentença para fixar a correção monetária desde a data do arbitramento e juros moratórios a partir da citação. Provimento parcial ao recurso do autor. Desprovido ao recurso do réu. Des. Mônica Tolledo De Oliveira - Julgamento: 27/10/2010. **(Grifos nossos)**

Por fim, ressalte-se que a referida tutela do tempo disponível e livre dos consumidores também já restou protegida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. A ver:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. ESPERA DEMASIADA EM FILA DE BANCO. **DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR.** LEGISLAÇÃO LOCAL NORMATIZANDO O PRAZO LÍMÍTROFE RAZOÁVEL. EXERCÍCIO DESEQUILIBRADO DE DIREITOS. TEMPO PESSOAL COMO BEM JURÍDICO TUTELÁVEL. DANO MORAL CONFIGURADO.

1. A demora excessiva na espera em fila para prestação de serviço bancário configura ato abusivo e gera dano moral. Matéria já reiterada nos tribunais estaduais e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça quando configurado o abuso pelas Cortes Estaduais. Precedentes.

2.A lei municipal nº. 1.236/2008 normatiza especificamente os limites de tolerância para atendimento em agência bancária. Regulam-se na esfera administrativa os parâmetros de possibilidade do fornecedor e conveniência do consumidor acerca do serviço prestado naquela região. A subsunção da norma ao interesse público, com efeitos meramente administrativos, não afasta o parâmetro utilizado para adequá-lo

na esfera das relações privadas. Nesta, a lei é parâmetro para imposição da responsabilidade civil, naquela é fundamento legal para imposição de multa administrativa.

3. A importância do tempo como capital econômico é relevante tanto para o fornecedor quanto para o consumidor, afinal time is money.

4. Destaca-se doutrina do desembargador fluminense André Gustavo Corrêa de Andrade: Quando está diretamente em jogo um interesse econômico, o tempo desempenha um papel fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora, da cláusula penal moratória ou, ainda, da possibilidade de indenização por lucros cessantes. No plano dos direitos não patrimoniais, porém, ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral. Esquece-se, porém, que o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização,

5. Nessa linha de pensamento, o autor da teoria do desvio produtivo do consumidor é enfático ao esclarecer: nessas circunstâncias recorrentes de mau atendimento, o consumidor é levado a se afastar de uma atividade que deveria ou desejaria estar realizando - como trabalhar, estudar, consumir, cuidar de si, divertir-se, descansar, estar com entes queridos - para gastar seu tempo e suas competências na tentativa de resolver um problema de consumo ao qual não deu causa, mas que o está sujeitando a algum tipo de prejuízo, potencialmente ou efetivo.

6. Se o proveito econômico dos fornecedores pelo tempo otimizado com a aceitação legal de contratos de adesão e atendimentos eletrônicos, mitigando o direito à informação individualizada, não socorrer também na otimização do tempo do consumidor na realização de seu interesse material, o fornecedor deve arcar com esse desvio de produtividade e pagar pela perda do tempo pessoal, equilibrando-se os direitos e deveres nas relações de consumo.

7. Caracterizado o abuso na espera pela prestação do serviço, o valor compensatório deve ser medido pelo desvio do tempo pessoal despendido até a finalização da prestação devida, ponderando-se a razoabilidade e a proporcionalidade das circunstâncias sociais e econômicas da região.

8. Apelo improvido.¹⁶². **(Grifos nossos)**

Assim como outros tantos Brasil afora, esses julgados demonstram que o tempo útil, livre e disponível do consumidor é atualmente considerado objeto de direitos, não se mostrando razoável que o juiz afaste a tutela de tal bem, primordial e indispensável a realização dos anseios, vocações e interesses da pessoa pela simples falta de norma expressa regulamentadora.

Nesse contexto, é coerente acreditar que as situações de desvio produtivo não mais restarão ausentes de proteção jurídica. Isso ocorrerá, é claro, pela fiel atuação do magistrado para com o amplo e mutável rol de direitos da parte vulnerável da relação de consumo.

Mas não somente: é preciso que a atividade legislativa também reconheça esse novo interesse social, para que, protegendo o tempo livre que cada indivíduo dispõe por meio da lei,

¹⁶² Brasil, Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível nº 0072102015 – Terceira Câmara Cível. Relator: Cleones Carvalho Cunha. Revisor: Lourival de Jesus Serejo Sousa. Julgamento em: 17 de setembro de 2015. Disponível em: http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNo9y0sOgyAQXDDQu3iBmUEBq0sXXsB9w2eoJgQMn6bH76bp27-6EI3L4H1AtIlop1hM9JjDqHnGKWgVPgtZdWTz3sxHVxcTrXHZp53tFyBmp0x3VnIGiftp3mzYCoBaFAkmBb2n6j_G8Z1i9Ykia. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

seja possível remediar as ocorrências danosas aos indivíduos.

Deste modo será possível se falar em respeito ao consumidor, que não mais tolera abusos e tem consciência de que sua dignidade deve ser respeitada, por se tratar de fundamento da República Federativa do Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já não é novidade que os hábitos de consumo estão integrados ao nosso cotidiano de forma ininterrupta ao longo do dia. As profundas transformações sociais, econômicas e culturais vivenciadas na pós-modernidade ocidental sobretudo, ensejaram uma despersonalização dos indivíduos, que nada mais são senão números de estatísticas do mercado. Se antes era possível conhecer as pessoas de uma cidade inteira pelos nomes, apelidos e traços característicos, atualmente a população se estratifica em categorias: raça, faixa etária, condições econômicas, etc.

Esse aumento populacional vertiginoso do último século fez com que as demandas de produção aumentassem, pelo que os estudiosos cunharam a expressão “sociedade de consumo” para definir a conjectura hodierna. Isso porque a industrialização fez surgir “necessidades” antes prescindíveis e a padronização do consumo tornou regra o consumo de supérfluos.

Ocorre que, o aumento da produção decorrente da industrialização, além dos prejuízos de ordem ambiental, tem ocasionado o desperdício injustificado do tempo livre dos consumidores. Se antes era possível cogitar esperar dias, semanas ou meses para as mais variadas situações da vida, atualmente qualquer hora perdida gera angústia e consternação.

É que as pessoas se realizam enquanto seres humanos pelas missões que entendem ser as suas na vida terrena, bem como pelos objetivos que traçam em seus destinos, o que enseja uma especificação profissional. Para alcançá-los, é necessário o dispêndio de árduo esforço mental e físico, além de tempo. Por toda vida, cresce-se com o pensar no futuro, sempre angariando conhecimentos, habilidades e agindo.

Neste cenário, é óbvio que as pessoas precisam relacionar-se com fornecedores para, ao trocar mercadorias e serviços por dinheiro, atenderem suas necessidades e promoverem seu bem-estar. O problema surge quando algumas destas mercadorias e serviços não atendem sua finalidade, apresentando-se viciadas ou defeituosas. Daí, para não obter um prejuízo patrimonial, o consumidor vê-se obrigado a contactar o fornecedor, o que seria absolutamente normal não fosse a péssima atuação de alguns destes.

Não raras vezes, por despreparo, desídia ou má-fé o fornecedor atende mal o consumidor, causando-lhe ofensa à dignidade quando, por exemplo, transfere-o várias vezes de linha em linha quando busca sanar problemas pelo telefone, requerendo que o mesmo conte várias vezes a mesma história até que a ligação se encerra repentinamente; fazendo-o esperar

por horas na fila de um banco, quando a legislação municipal determina que o tempo máximo de espera é de quinze minutos; fazendo o ir e voltar incontáveis vezes porque ao pedir que a fornecedora consertasse um produto, recebe objeto com vícios que antes não tinha, etc.

Em situações como essa e em tantas outras da vida cotidiana, o fornecedor rouba tempo do consumidor. Tempo este que poderia ser utilizado nas mais diversas atividades a ele necessárias ou preferidas, como o lazer, o estudo, o trabalho e até mesmo o ócio.

Daí que o Direito não mais pode tolerar esse tipo de conduta a título de mero aborrecimento ou dissabor. A razoabilidade conduz ao entendimento de que o dispêndio de tempo útil e livre das pessoas somente a elas diz respeito, não se afeiçoando justo que a má atuação dos fornecedores enseje o desperdício de tão precioso bem.

Neste compasso, emergiu na doutrina e jurisprudência nacional relevante tese para tutela deste mais novo objeto jurídico do ordenamento, qual seja: o tempo útil da pessoa consumidora. Pelo instituto da responsabilidade civil, que hoje se revela menos dogmático e mais ajustado ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, é possível defender interesses sociais ainda que não expressamente previstos na norma jurídica. Aliás, afigura-se incoerente a suposição de que o Direito e Justiça se pautam exclusivamente pela norma, mesmo por que a atividade legislativa não teria a capacidade de acompanhar a volátil mudança de desejos da sociedade, daí a importância da construção teórico-acadêmica e das decisões judiciais.

A bem da verdade é que a péssima atuação dos fornecedores brasileiros está com os dias contados: ou eles se adequam à legítima expectativa dos consumidores e passam a oferecer produtos e serviços ou terão de enfrentar os tribunais e as conseqüentes indenizações decorrentes das condenações. Seja de forma corretiva ou punitiva, o intuito será remediar este mal-agir que causa um dano temporal a tantos consumidores em todo o território brasileiro. Isso não é reflexo, como já se disse, de uma incapacidade da sociedade dialogar, mas de uma sociedade que não mais tolerará abusos.

Vistos e analisados os argumentos antes expostos, é possível considerar que o tempo livre e individual de cada pessoa já é, atualmente, objeto de direito no cenário jurídico nacional. Embora não conste expressamente na Constituição da República, no rol de Direito e Garantias Fundamentais, nem mesmo em outra norma infraconstitucional, a jurisprudência tem dado bastante relevância a problemática. É que, por se tratar de bem inacumulável e irrecuperável, tem se entendido que as situações de desvio produtivo do consumidor afiguram-se violadoras da dignidade humana, moldando-se como nova espécie de dano moral, sobretudo pela angústia que geram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. *Confissões, Livro XI, Capítulo XIV – Que é o Tempo?* Disponível em http://img.cancaonova.com/noticias/pdf/277537_SantoAgostinho-Confissoes.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2016

ANDRADE, André G. C. *Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual*. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

AUGUSTO, Leonardo Silva e **TEIXEIRA**, Tarcísio. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

BARROS FILHO, Clóvis de. *Tempo e Temporalidade*. II Encontro com a Filosofia - Realização: Unimed BH. Local: Hotel Mercure, 2010. Aula, 117'28". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RJ50aepQXT4>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro 1990. Artigo 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível nº 0072102015 – Terceira Câmara Cível. Relator: Cleones Carvalho Cunha. Revisor: Lourival de Jesus Serejo Sousa. Julgamento em: 17 de setembro de 2015. Disponível em: http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNo9y0sOgyAQXDDQu3iBmUEBq0sXXsB9w2eoJgQMn6bH76bp27-6EI3L4H1AtlIop1hM9JjDqHnGKWgVPGtZdWTz3sxHVxcTrXHZp53t_FyBmp0x3VnIGiftp3mzYCoBaFAkmBb2n6j_G8Z1i9Ykia Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 0022427-95.2014.8.19.0001. Turma Recursal. Juiz(a) Relator(a): Daniela Reetz de Paiva. Julgado em: 17 de março de 2015 Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2015.700.517328-6>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pernambuco. Apelação Cível nº 230521-7 – 5ª Vara Cível de Caruaru, Relator: Des. Eurico de Barros Correia Filho Voto/vista: Des. Jones Figueiredo Alves. Julgamento em: 07 de abril de 2011. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-tribunal-justica-pernambuco.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1079185 MG 2008/0168439-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 04 de agosto de 2009, Terceira Turma.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459 BA 2005/0172410-9. Relator: Ministro. Fernando Gonçalves, Data do Julgamento: 08 de novembro de 2005, Quarta Turma.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 504, STJ de setembro de 2012. Disponível em: www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0504.rtf. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

CARNEIRO, Marcelo Carbone. *Considerações sobre a ideia de tempo em Sto. Agostinho, Hume e Kant. Interface - Comunic., Saúde, Educ.*, v.8, n.15, p.221-32, mar/ago 2004. Disponível em <http://www.scielo.org/pdf/icse/v8n15/a03v8n15.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2016

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81

DANTAS, Tiago. *Cronos*; Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilescuela.uol.com.br/mitologia/cronos.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*. Revista Jurisvox, n. 14, vol. 1, jul. 2013, 42-47. Centro Universitário de Patos de Minas. Disponível em: <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/345400/Responsabilidade+civil+pela+perda++do+tempo.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUGLINSKI, Vitor. *Indenização pela perda de tempo*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

MONTEMURRO, Danilo. *Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral*. Consultor Jurídico, dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; **TARTUCE**, Flávio;. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*: volume único. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Responsabilidade Civil do fornecedor em razão da Perda do Tempo Livre com fundamento no Código de Defesa do Consumidor*. Revista Direito ao Ponto, ano 1, n. 3. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/11/47-tempo_livre.pdf?1384775001. Acesso em: 17 de fevereiro de 2017.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTANA, Hector Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 38. São Paulo: RT, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.