

**A CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL EM DECORRÊNCIA
APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO
CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAL**

The configuration of moral damage as a result of the applicability of the
consumer productive deviation theory in virtual consumption relations

Catheryne Garaluz Olmedo¹

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães - Bahia
cat_catheryne@hotmail.com

Regiane Gonçalves Ferrato da Silva²

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães - Bahia
regiferrato@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/2922733908238349>

RESUMO: Com o avanço tecnológico ao longo dos anos, está cada vez mais comum as relações de consumo serem virtuais, visto a praticidade de realizar compras e recebê-la no conforto de seu lar, tudo através de um computador ou smartphone, no entanto, há uma certa insegurança dos consumidores nessa nova modalidade de comércio, visto que os direitos do consumidor no *e-commerce* não são normatizados da forma que deveria. O grande problema reside no fato de situações em que os consumidores sofrem transtornos em virtude do mau fornecimento ou atendimento da empresa fornecedora, sendo um problema que inicialmente não deveria existir, e para que o problema seja resolvido, o consumidor depende do próprio tempo vital, desordenando os segmentos de sua vida, em busca da resolução de um problema que ele não deveria estar resolvendo. O tempo é o suporte implícito da vida, um bem jurídico precioso, que quando desperdiçado de forma ilícita, deve ser indenizado. Pelo método de abordagem utilizado, o método dialético, e, pelo método de procedimento, foram realizadas revisões bibliográficas, coletas de jurisprudências e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais, restando provado no presente estudo que o consumidor poderá requerer indenização pela perda do seu tempo produtivo causado em virtude de uma relação de consumo virtual, aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor do autor Marcos Dessaune.

Palavras-chave: Tempo produtivo do consumidor. Dever de indenizar. Relações de consumo virtuais. Teoria do desvio produtivo do consumidor.

ABSTRACT: With technological advances over the years, it is increasingly common for consumer relations to be virtual, given the convenience of making purchases and receiving them in the comfort of

* **Editora Responsável:** Suellem Aparecida Urnauer. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2628458988920263>.

¹ Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – UNIFAAHF, Luis Eduardo Magalhães – Bahia.

² Especialista Regiane Gonçalves Ferrato da Silva. Professor do curso de direito do Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – UNIFAAHF, Luis Eduardo Magalhães – Bahia.

your home, all through a computer or smartphone, however, there is a certain insecurity of consumers in this new modality of commerce, as consumer rights in *e-commerce* are not regulated as they should. The big problem lies in the fact that situations in which consumers suffer inconvenience due to poor supply or service from the supplier company, being a problem that initially should not exist, and for the problem to be solved, the consumer spends his own vital time, messing up his entire routine, in search of solving a problem he shouldn't be solving. Time is the implicit support of life, a precious legal asset, which when unfairly wasted must be compensated. It will be proved in this study that the consumer may claim compensation for the loss of their productive time caused by the consumer due to a consumption relationship

Keywords: Consumer productive time. Duty to indemnify. Virtual consumer relations. Consumer Productive Deviation Theory.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DO E-COMMERCE 1.1. DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO E-COMMERCE; 1.2. REPARAÇÃO DE DANOS NO E-COMMERCE; 1.2.1. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS; 1.2.2. Reparação de danos morais; 2. TEMPO COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 2.1 O TEMPO COMO BEM JURÍDICO TUTELADO; 2.2. DA LESÃO AO “TEMPO VITAL”; 2.3. DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA LESÃO AO TEMPO; 3. DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR; 3.1. DA FINALIDADE DA TEORIA; 3.2. DOS ELEMENTOS QUE COMPÕE A APLICABILIDADE DA TERORIA DO DESVIO PRODUTIVO; 3.3. DA DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO MERO DISSABOR/ABORRECIMENTO COTIDIANO; 4. DA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS NA RELAÇÃO CONSUMERISTA VIRTUAL PELA LESÃO AO TEMPO; 4.1. DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO VIRTUAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Acredita-se que a internet é uma terra sem leis, tendo em vista que por muito tempo, não houve quaisquer formas de regulamentação. Em um cenário de crescimento exponencial do *e-commerce*, com altas demandas de compras realizadas nas plataformas eletrônicas, é de suma importância garantir que o consumidor tenha maior segurança e transparência de uma forma ágil, como preconiza o funcionamento do próprio setor.

A dinamicidade do mercado de consumo expôs o consumidor ao desperdício do seu tempo e ao prejuízo do tempo que foi desperdiçado quando os fornecedores que atuam no mercado eletrônico, não adotam uma atitude concreta para solucionar o problema do consumidor em razão de um vício/defeito que eles próprios deram causa, agindo com descaso ou procrastinando a efetiva resolução do problema.

Esse comportamento obriga o consumidor, carente de acesso e em clara posição de vulnerabilidade, a gastar seu tempo, a adiar ou suprimir algumas de suas atividades existenciais e a desviar suas atividades prioritárias para tentar resolver o problema de consumo, na esperança de evitar um prejuízo maior, na tentativa de obter a solução para evitar o prolongamento da situação de lesividade.

O uso desse tempo na atual sociedade passou a ser valorado especialmente durante a pandemia, que quase tudo foi realizado pela internet, restando evidente o cansaço do consumidor que foi obrigado a aceitar uma situação incômoda, abrindo mão de seus direitos porque não conseguia resolver o problema criado pelo próprio fornecedor, e não podendo se deslocar até a empresa para efetivamente resolver seu problema.

Observando essa conduta social de que o consumidor, vencido pela dificuldade de acesso e retorno dos fornecedores do *e-commerce*, deixou de exercer seu direito, nasce o desejo de oportunizar a este consumidor uma resposta jurídica que lhe reparasse a perda desse tempo vital que não volta mais.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que é possível configurar o dano moral através da perda do tempo produtivo do consumidor causada por uma compra virtual, identificando os elementos que compõe a teoria do desvio produtivo do consumidor do doutrinador Marcos Dessaune.

A responsabilidade civil é um instituto jurídico no direito civil que tem como base a reparação do dano causado injustamente a outrem, cuja responsabilidade é incumbida a pessoa que detém a culpa (a ser provada ou não), e que cabe indenização do dano na medida em que o causador do dano é obrigado a repará-la. Será tratado especificamente nesse estudo a reparação por danos morais causados por compras virtuais, e como a teoria do desvio produtivo do consumidor será aplicada no caso específico.

Para compreender como será aplicada essa teoria, é necessário entender que o bem jurídico lesado para configurar esse tipo de dano é o tempo produtivo e as atividades essenciais ao ser humano.

O tempo, para muitos doutrinadores no ramo do direito, é o lapso temporal onde são desenvolvidas todas as atividades humanas possíveis. Ao analisarmos que o tempo não tem como ser restituído, e que com ele tais atividades seriam possíveis de serem realizadas, será possível compreender a importância do tempo como um bem jurídico, e que o mesmo merece proteção, portanto, perdê-lo em virtude de resolver um problema que, em tese, não deveria existir, configura reparação através de indenização por danos morais pelo seu desvio produtivo.

O texto é disposto em quatro capítulos que tratarão de forma específica o Comércio Virtual e reparação de danos, o tempo como bem jurídico tutelado, a teoria do desvio produtivo do consumidor e ao final, os três temas serão reunidos no último capítulo para provar que é possível a configuração do dano moral em decorrência da aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor.

1- E-COMMERCE

Com o avanço tecnológico e a globalização da Internet nos últimos anos, observou-se uma polarização dos meios de comunicação, especialmente pela rápida troca de informações por meio da internet. Dessa forma, os relacionamentos interpessoais e os negócios jurídicos mudaram, visto o fácil e instantâneo acesso a informação.

Marques define o *e-commerce* da seguinte maneira:

Podemos definir comércio eletrônico de uma maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas e redes eletrônicas. *Latu sensu*, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação (MARQUES, 2004)

Portanto, vários meios foram adaptados para esta nova realidade, inclusive no que se diz respeito ao comércio e às transações comerciais. A modalidade de comércio virtual se expandiu ainda mais mediante o cenário pandêmico, visto que as relações de consumo realizadas em lojas físicas foram limitadas pelo distanciamento social, restando ao consumidor que recorresse às lojas virtuais, gerando assim alavancagem no setor com um aumento expressivo de 75% do comércio eletrônico brasileiro.

Assim, popularizou-se o *e-commerce*, ou seja, o comércio virtual, que possui seu estabelecimento de forma virtual através de um site que transmite eletronicamente seus dados. Essa modalidade se demonstrou muito vantajosa no que diz respeito ao deslocamento do consumidor para realizar uma transação, sendo necessário simplesmente que o consumidor dê um click no mouse, sendo diferente das relações físicas em que há o deslocamento no espaço físico do consumidor ao estabelecimento para que a transação seja efetuada.

O *e-commerce*, como parte visível do *e-business*, concentra-se em facilitar o processo de compras pelo cliente, gerando o maior número de informações necessárias e possíveis, garantindo-lhe confiança e possibilitando o acompanhamento de seu pedido desde a sua informação até a entrega ao cliente final, e principalmente a total segurança quanto aos dados cadastrados para o pagamento a partir da criptografia dos dados que provê um alto nível de confiança, integridade e autenticidade da informação que está trafegando pela rede internet (ALDAY; PNOCHET, 2002)

Há controvérsias no que diz respeito a validade do comércio eletrônico e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, visto que a relação se dará de forma eletrônica. No entanto, vale ressaltar que a mudança somente se dá pela interação que é entre o consumidor e o meio eletrônico, não havendo o deslocamento no espaço para que a transação seja efetuada.

Silvio de Salvo Venosa entende que o Código de Defesa do Consumidor incidirá quando existir a presença de um consumidor na relação:

A utilização da legislação consumerista, deve ser aplicada quando constatada a existência da relação de consumo. A presença do consumidor, tal como definida na abrangência do art. 2º do Código de Defesa do Consumido, segundo entendemos, definirá a relação, tendo em vista o objetivo da lei, e não exatamente a conjunção de um consumidor e um fornecedor (definido no art. 3º) na mesma relação, como tem sustentado a maioria da doutrina (VENOSA, 2015)

Conclui-se então que basta a existência de um consumidor na relação jurídica para que a aplicação da lei seja efetuada, visto que ela se expandirá independentemente da modalidade do comércio.

1.1. DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO E-COMMERCE

Assim como no comércio local, virtualmente o vendedor também possui deveres mediante o compromisso da transação comercial, como demonstrado a seguir.

O *e-commerce* é regido pelo Decreto Federal nº 7.962/2013 (BRASIL, Lei do E-commerce, 2013), mais popularmente conhecido como a Lei do E-commerce, o qual regulamenta o Código de Defesa do Consumidor em relação ao comércio eletrônico regendo todas as transações comerciais realizadas de forma eletrônica. A referida lei rege toda modalidade de comércio e abrange todo tipo de loja, desde lojas de pequeno a grande porte, e tem como características: a clareza e a disponibilidade das informações, o suporte imediato ao cliente e o direito de arrependimento.

A primeira, que diz respeito a clareza e disponibilidade de informações, estabelece que todos os dados do *e-commerce* devem estar expostos no site, com as informações detalhadas sobre o produto tais como: frete, forma de pagamento e qualidades, especificadas de forma acessível e detalhada. A segunda característica, o suporte imediato ao cliente prevê que o atendimento ao cliente da loja virtual deverá estar disponível de forma fácil e acessível, a fim de solucionar eventuais problemas ocorridos no site ou no produto, e o suporte é geralmente feito através da CRC - Central de Relacionamento com o Cliente ou do SAC - Serviço de

Atendimento ao Consumidor. Já a terceira característica é o direito de arrependimento, primeiramente previsto no Código de Defesa do Consumidor, e reforçado pela Lei do E-commerce, que consiste na hipótese de devolução do produto adquirido fora do estabelecimento comercial, por parte do comprador, sem qualquer desconto na restituição do valor pago ou cobrança maior, sendo que o consumidor possui prazo de sete dias para comunicar a loja da restituição do valor pago ou do produto. O descumprimento da Lei do E-commerce pode acarretar na aplicação de diversas penalidades, como multas, apreensão de mercadorias e intervenções administrativas (BRASIL, Lei do E-commerce, 2013).

Filomeno destaca a importância da satisfação final do consumidor:

Não há como fugir, todavia à definição de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, que nada mais são do que relações jurídicas por excelência, mas que devem ser obtemperadas precisamente pela situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços. Conclui-se, pois, que toda relação de consumo:1 –envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor);2 –destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;3 –o consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtos daqueles mesmos bens e serviços (FILOMENO, 2005)

E ainda nesse sentido, discorre sobre a estabilidade da relação de consumo e como ela traz riscos ao consumidor, observando que ele se encontra mais vulnerável ao haver a possibilidade de surgir problemas com o produto adquirido:

Por vulnerabilidade há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito à chamada fase pré-contratual. Ou seja, no tocante às informações disponíveis, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou desatenderem às expectativas dos consumidores, mediante oferta e apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de uso, cartazes e outros meios visuais) ou mensagem publicitária. Essa vulnerabilidade ainda está presente na fase de contratação na aquisição de um produto ou da prestação de um serviço. Sabendo-se que hoje em dia, dada a massificação da produção e, conseqüentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de adesão, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais, e previamente ditadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão somente aceitá-las ou não, é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca. E por último essa vulnerabilidade se manifesta na fase pós-contratual, em que podem surgir vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência desses mesmos vícios ou defeitos (FILOMENO, 2005)

1.2. REPARAÇÃO DE DANOS NO E-COMMERCE

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso V, determina que: “É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral e à imagem”, sendo reforçado pela legislação civil em seus artigos 186, 187 e 927, ou seja, toda pessoa que sofre um dano tem o direito de ser reparado, e quem o causou tem o dever de repará-lo da medida em que é responsabilizado.

O modo como o consumidor deve ser atendido é disciplinado pelo Decreto nº 6.523/08 (Lei do SAC) que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). O aludido decreto dispõe, especificamente, sobre: (i) seu âmbito de aplicação; (ii) acessibilidade do consumidor ao serviço; (iii) qualidade do atendimento; (iv) acompanhamento das demandas pelo consumidor; (v) procedimento para resolução das demandas; (vi) pedido de cancelamento do serviço.

As normas do CDC, que orientaram a conduta das partes nas relações contratuais de consumo no mercado brasileiro, valorizam tanto a vontade do consumidor como a boa-fé, a segurança, o equilíbrio, a lealdade e o respeito nas relações de consumo.

A finalidade das novas normas é trazer maior transparência às relações de consumo, e proteger a confiança dos consumidores no vínculo contratual e nas características do produto ou serviço fornecido, e impor maior lealdade e boa-fé nas práticas comerciais dos fornecedores, alcançando o necessário equilíbrio nas relações contratuais de consumo.

Sendo assim, visto que o consumidor encontra-se em situação de vulnerabilidade mediante aos riscos de realizar compras virtualmente, a possibilidade de reparação de um dano causado pelo mal fornecimento do produto ou mal atendimento dá causa à responsabilização do fornecedor e, conseqüente, a reparação do dano causado.

1.2.1. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS

Na modalidade de reparação por dano material, ou patrimonial, há a restituição do produto em que foi extraviado/perdido/inutilizado através do próprio produto ou de forma financeira. Para que configure esse dano, exige a comprovação que o dano foi causado para que haja a devida indenização como apresentação de nota fiscal, contrato de prestação de serviço

ou o próprio objeto danificado também serve como prova. Em caso de haver um litígio, ainda cogita-se o arrolamento de testemunhas.

Maria Helena Diniz, baseando-se no pensamento de diversos juristas, conceitua o dano patrimonial como “a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável” (DINIZ, 2012).

Na reparação por danos materiais, existem duas modalidades de indenização: a reparação por dano emergente, sendo a reparação pelo próprio bem patrimonial lesionado e a reparação de lucros cessantes, sendo a reparação de danos pelo tempo em que a vítima deixou de lucrar em virtude da lesão ao bem material.

O dano material através do comércio virtual se dá quando o produto adquirido não pode ser utilizado por defeito ou extravio da coisa, e quaisquer outras custas que decorreram do processo de tentar reaver o produto adquirido.

1.2.2. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS

A indenização por danos morais está prevista na Constituição Federal no art. 5º, inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. E nesse sentido, é importante ressaltar:

Os bens morais são próprios da pessoa, de foro íntimo. Os transtornos, os abalos de crédito, a desmoralização perante a comunidade em que se vive, não precisam ser provados por testemunha nem por documento. Resultam naturalmente do fato, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo. Esse dano deve ser reparado, ainda que essa reparação não tenha caráter ressarcitório, e sim, compensatório (TRF, AP, 1997)

O dano moral encontra-se fundamentado na Carta Maior do ordenamento jurídico pátrio, em seu art. 5º, inciso V, de modo também positivado em leis infraconstitucionais, tais como Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990) também preceitua, como direito básico do consumidor, a reparação dos danos na esfera moral, conforme a redação do art. 6º, VI.

O autor Marcos Dessaune (2017) cita o conceito de Carlos Roberto Gonçalves:

O dano moral como aquele que atinge a pessoa da vítima, não o seu patrimônio material, lesionando os bens que integram os direitos da personalidade – como a dignidade, a honra, a imagem, a intimidade, o bom nome. Ressalva, entretanto, que ‘o

dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

Assim, como há a obrigação de reparação do dano causado a outrem em decorrência de dano material, existe também a possibilidade de reparação por dano moral, sendo um direito de natureza personalíssima e somente aquele que se sentiu violado moralmente poderá buscar o direito de reparação. Como citado no art. 186 do Código Civil, tal dano pode ser causado por ação ou omissão, por sua negligência ou por sua imprudência.

Dessa forma, não há necessidade de que o indivíduo possua o dolo de querer causar o dano, basta que seja provado a configuração do dano moral para que a vítima seja indenizada.

Na seara da reparação do dano extrapatrimonial, este é configurado através da prova que a lesão ao indivíduo foi tão intensa que causou um grande abalo psicológico, afetando sua personalidade e imagem, onde verifica-se a inobservância da dignidade da pessoa humana garantido na Constituição Federal em seu art. 1, inciso III (BRASIL, Constituição Federal, 1988), que teve um direito seu lesado e em uma situação de vulnerabilidade, não pode repará-lo. Dentro do dano extrapatrimonial, o principal bem jurídico tutelado é a dignidade da pessoa humana em cujo rol se encontra valorado o tempo vital, no sentido de que o ser humano pode eleger as atividades existenciais que desejar realizar com seu tempo de vida, tornando-se um bem jurídico tutelado pelo direito como demonstrado a seguir.

2. TEMPO COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tempo no direito pode ser definido como a base da vida onde todas as atividades humanas são desenvolvidas, e nele são realizadas todas as relações jurídicas, no qual surgem e extinguem direitos, obrigações e deveres. E assim como essas atividades essenciais para o cotidiano do indivíduo são realizadas dentro desse lapso temporal, verificou-se como esse bem é escasso e finito e o quanto a sua perda poderia causar prejuízos, visto que uma vez perdido, é impossível recuperá-lo.

No entanto, o tempo somente poderia ser elevado à categoria de bem jurídico a partir de sua normatização. Deste modo, tem-se que a Constituição Federal de 1988 faz referência ao tempo em alguns dos seus dispositivos, dentre eles, o art. 5º em seus incisos XIII, XIV, XV e XVII, sendo sua principal referência ao tempo razoável do processo como direito fundamental do cidadão.

2.1 O TEMPO COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

A partir do momento em que a sociedade atribui valor a determinado objeto ou bem, de acordo com o que é interpretado como valioso, de grande importância à sociedade e aos negócios jurídicos, levando em consideração as suas qualidades e propriedades que é oferecido, doutrinadores e operadores de direito iniciarão o processo de inclusão e proteção de tal objeto ou bem no ordenamento jurídico.

A relação entre o tempo e o Direito pode ser dividida em duas perspectivas, uma relacionada à composição do suporte fático normativo, enquanto a segunda trata dos bens sustentados por posições jurídicas localizadas no setor extrapatrimonial da esfera jurídica [...] Nessa primeira perspectiva, portanto, o tempo é compreendido como elemento de existência contido na norma jurídica que concorre para que posições jurídicas, status e relações jurídicas sejam criadas, alteradas ou modificadas. A segunda perspectiva se desenvolve a partir da compreensão de que o tempo é algo mais do que mero elemento concorrencial, e sim o centro de certo regime jurídico, ou seja, o tempo passa a ser compreendido também como um bem jurídico. O tempo como bem jurídico exsurge do fato de que ele constitui base para o desenvolvimento de toda e qualquer relação jurídica, espraiando-se em todos os setores humanos, individual e coletivo, jurídico e extrajurídico. O tempo é a base da vida, que dura certo tempo, e nele se constituem, se desenvolvem e se encerram todas as atividades existenciais humanas (PÁDUA, 2021)

A sociedade passou a compreender que tempo é vida, por isso o direito disciplina matérias que vão desde a concepção até o *post mortem*.

Tomando como base as referências ao tempo na Constituição Federal, o autor Marcos Dessaune ao elaborar a sua Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor iniciou os questionamentos ao tempo, se é um bem jurídico constitucional e se eventual lesão configuraria dano indenizável e o dever de reparação, visto a falta de normativos específicos que afirmam que o tempo é um bem jurídico tutelado.

Entretanto, pode-se afirmar que a previsão legal expressa não inviabiliza o reconhecimento desse instituto, pois o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização de outras fontes do direito além das normas para a tutela de interesses sociais. Nesse sentido, formou-se o entendimento que o tempo é um bem jurídico tutelado tendo como base as decisões reiteradas dos tribunais, que inclusive passaram a reconhecer como bem jurídico indenizável, conforme decisão a seguir prolatada pelo desembargador do TJMA:

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 normatiza especificamente os limites de tolerância para atendimento em agência bancária. (...) 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. Apelos desprovidos (TJMA, 2016).

Observe que a tutela do tempo teve amplo reconhecimento pelo desembargador relator, o qual destacou a relevância do tempo tanto no âmbito econômico quanto no âmbito existencial. Afirmou que o manto temporal desenvolve as relações contratuais (afinal, *time is money*, ou “Não temos tempo a perder”), expondo, inclusive, figuras como os juros moratórios, a cláusula penal moratória e a compensação por lucros cessantes. Ao final, demonstra que o tempo é algo irrecuperável para a própria existência humana.

Dessa forma, para que a existência do dano seja reconhecida, basta provar a lesão e fazer referência abstrata as leis de proteção ao consumidor e normas constitucionais que condizem com o interesse da parte lesada, tendo em vista que o reconhecimento através de jurisprudência do tempo como bem jurídico tutelado é válido.

2.2. DA LESÃO AO “TEMPO VITAL”

Como citado anteriormente, o tempo é o espaço onde todas as atividades humanas são desenvolvidas, podendo ser chamado de tempo vital. Cada indivíduo dispõe do próprio tempo vital de acordo com suas vontades e necessidades para realizar suas atividades laborais, seu lazer e suas relações jurídicas. Marcos Dessaune em sua obra define tempo vital da seguinte forma:

O tempo vital, existencial ou produtivo é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve. Dito de outra maneira, o tempo total de vida de cada pessoa é um bem finito individual; é o capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, do qual só se deve dispor segundo a própria consciência (DESSAUNE, 2017).

A profa. Laís Bergstein destaca que “o tempo perdido pelos consumidores em razão de condutas inadequadas dos fornecedores não pode ser subjugada em face da tirania do quantificável. É preciso adotar critérios para a sua valoração e devida compreensão”(BERGSTEIN, 2019), e ainda nesse sentido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) proveu parcialmente o recurso do consumidor que pleiteia os danos morais caracterizados pela lesão do tempo vital:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. BLOQUEIO INJUSTIFICADO DE LINHA TELEFÔNICA MÓVEL. SENTENÇA QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS. RECURSO DO AUTOR. 1. REQUERIDA A CONFIRMAÇÃO INTEGRAL DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. INSUBSISTÊNCIA. SENTENÇA QUE RECONHECE O DIREITO MATERIAL ALMEJADO E CONFIRMA A LIMINAR. 2. PLEITO DE FIXAÇÃO DO DANO MORAL EM RAZÃO DA INDEVIDA INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA. CONCESSÃO. RÉU QUE NÃO CUMPRIU ACORDO EXTRAJUDICIAL, TAMPOUCO DECISÃO DE REATIVAÇÃO DO NÚMERO. LINHA INERTE POR MAIS DE 3 ANOS. *ABALO MORAL CARACTERIZADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR*. 3. QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPORTE DEVE SER FIXADO EM R\$10.000,00, COM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 4. APLICAÇÃO DE MULTA, AO RÉU, DE 10% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, POR ATENTADO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO, EM FAVOR DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 77, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 5. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. "Ante a essencialidade do serviço telefônico como forma de relacionamento das pessoas, seja no âmbito pessoal ou profissional, sua suspensão indevida e sem aviso prévio é suficiente para causar dano moral, independentemente de comprovação do prejuízo" (TJSC, 2018)

A partir das premissas supracitadas, verifica-se que o tempo é finito e escasso, portanto, somente o indivíduo pode dispor do seu próprio bem de acordo com as suas vontades. A partir

do momento em que o referido bem tutelado é disposto para a resolução de conflitos, cujo causador não é o detentor do bem, é configurado dano ao tempo.

2.3. DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA LESÃO AO TEMPO

Nos dias atuais, o consumidor, no comércio brasileiro, por vezes, sofre com a má fé e conduta dos fornecedores, sendo que esse cenário se agrava no *e-commerce*, visto que é comum que a má gestão de uma empresa gere desde a falta de ouvidoria adequada até a devolução do produto ou reembolso, levando o consumidor a modificar toda a agenda de sua rotina para dispor do próprio tempo em favor da resolução desses problemas.

Segundo Dessaune (2017):

Tal conduta desleal, não cooperativa e danosa desses grandes fornecedores não raro ainda é marcada pela habitualidade no mercado de consumo, lesando um direito individual homogêneo de um grupo de consumidores ligados por um fato comum [...]. Ao omitir, dificultar ou recusar a solução do problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, [...] *o fornecedor faltoso induz o consumidor prejudicado a tomar uma decisão sob a influência inevitável de fatores incontrolláveis, a renunciar a alguns de seus direitos especiais instituídos pelo CDC e a submeter ao modus solvendi do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe* (DESSAUNE, 2017)

Nesse sentido, o advogado Marcos Dessaune desenvolveu a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, abaixo explicada, a fim de sanar esse problema.

3. DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor (DESSAUNE, 2017), foi elaborada pelo advogado Marcos Dessaune, em 2011, qual defende que o consumidor que se encontra em uma situação que, ao tentar resolver um problema causado pelo fornecedor do produto que inicialmente não deveria existir, surgindo da má gestão ou atendimento, perdeu o seu tempo produtivo, deve ser indenizado, como defendido a seguir:

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável (DESSAUNE, 2017).

Nesse sentido, a teoria já foi reconhecida pelo STJ e está sendo recorrentemente aplicada pelos tribunais superiores, veja:

No que diz respeito à configuração do dano moral, verifica-se a pretensão do reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Sobre o tema, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fl. 801): Por outro lado, embora repelida a fase de consequências, o pedido indenizatório merece procedência parcial. A perícia apontou que o veículo da demandante apresentou problemas sérios no sistema de injeção eletrônica, com trocas de componentes vitais" (fl. 674) - o que é suficiente para evidenciar o dever de indenizar, nos termos do artigo 389, do Código Civil. O veículo zero quilômetro foi imobilizado na oficina logo que saiu da concessionária, com sucessivos problemas até a regularização. Apesar do saneamento, as rés respondem de forma solidária pelos danos causados no périplo da demandante. A despeito do uso intenso, não é razoável supor indene as sucessivas visitas à oficina - com soluções diversas, mas, sem caráter permanente. As revisões comprovam o uso excessivo do veículo e, por óbvio, não podem ser consideradas; mas, os reiterados problemas apresentados no período em destaque (fl. 666). Com efeito, as rés respondem por perdas e danos - que abrangem exclusivamente os danos morais. Dissentir dessa conclusão é inviável no âmbito do recurso especial, haja vista o impedimento da Súmula n. 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Quanto ao valor do dano moral, conforme entendimento pacífico do STJ, a modificação da quantia arbitrada é admitida, em recurso especial, apenas quando excessivo ou irrisório o montante fixado, violando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (AgRg no AREsp n. 703.970/DF, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 25/8/2016, e AgInt no AREsp n. 827.337/RJ, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 23/8/2016). No caso dos autos, o valor estabelecido pelo Tribunal a quo não enseja a intervenção do STJ. Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo (STJ, 2018).

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. (...) 6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo. 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido (STJ, 2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO DEFEITUOSO. DANO MORAL CONFIGURADO. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. ARTIGO 42 DO CDC. PROVA DE MÁ-FÉ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Como bem salienta o idealizador da teoria do desvio produtivo do consumidor, Marcos Dessaune, a sociedade pós-industrial [...] proporciona a seus membros um poder liberador: o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a utilidade subjacente de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso, uma vez que o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele utilizaria para produzi-lo. (Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral. Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 27, n. 119, p. 89-103)2) Talorientação, deveras, está em plena sintonia com o ritmo de vida hodierno no sistema capitalista, conforme reflexão crítica feita pelo grande pensador e ex-presidente uruguaio Pepe Mujica: Quando compramos algo, não pagamos com dinheiro. Pagamos com o tempo de vida que tivemos que gastar para ter aquele dinheiro. 3) Ou seja, num momento em que o mercado é posto como um bem imaterial intangível e tanto a competitividade como a produtividade se transformaram em valores morais que moldam o comportamento social, o tempo inegavelmente adquire relevância mercantil que não pode, em absoluto, ser ignorado pela sociologia jurídica nem pelo direito positivo. 4) O valor fixado a título de danos morais deve ser estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, levando em consideração o grau da lesividade da conduta ofensiva (extensão do dano) e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de cumprir dupla finalidade: amenização da dor sofrida pela vítima e punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências. Indenização fixada em R\$ 5.000,00. 5) A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe a existência de pagamento indevido e a má-fé do credor. Precedentes. 6) Recurso parcialmente provido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, dar parcial provimento ao recurso (TJES, 2019).

A configuração do dano extrapatrimonial se dá a partir do momento em que o consumidor desperdiça o seu tempo útil que seria empregado de acordo com sua consciência, independente que seja no lazer, estudos ou trabalho.

Ainda que nessa modalidade discute-se somente o dano extrapatrimonial, poderá ser levantado a questão do dano patrimonial, visto que há possibilidade de haver gastos em virtude das tentativas frustradas da resolução do problema.

Pode ser usado, como exemplo, a situação de um produto comprado por um site na internet que veio com defeito e o consumidor por diversas vezes tenta contato com a empresa fornecedora sem sucesso, ou até mesmo a situação em que se desloca várias vezes para tentar efetivar a devolução do produto ao remetente.

Basta que exista um problema causado pelo *fornecedor* que não se dispõe a resolvê-lo em tempo hábil, ou quando pode, se omite ou recusa a resolução do problema, se escusando da responsabilidade de reparar, deixando o consumidor com as mãos atadas, não deixando outra

alternativa senão dispor de seu tempo e custear com a reparação dos danos causados pelo fornecedor, conforme o autor da teoria aduz:

Quando o fornecedor descumpre sua missão e a lei, atende mal e cria um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso, dá ensejo à sua responsabilidade civil de sanar o problema ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente. Ocorre que incontáveis fornecedores [...] acabam se valendo das mais variadas justificativas ou artifícios para não solucionar o problema [...] gerando para o consumidor duas novas alternativas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, resolver a situação lesiva. [...] Tal conduta desleal, não cooperativa e danosa do fornecedor induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despender seu tempo, a adiar ou suprimir alguma de suas atividades planejadas ou desejadas, a desviar suas competências dessas atividades e, muitas vezes, a assumir deveres operacionais e custos materiais do fornecedor. Essa série de condutas caracteriza o “desvio produtivo do consumidor”. [...] Como o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve [...]; como o tempo vital tem valor inestimável – por ser um bem econômico escasso [...], conclui-se que um evento de desvio produtivo acarreta lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, que assim sofre necessariamente um dano extrapatrimonial de índole existencial, que é indenizável in re ipsa, independentemente da existência de culpa do fornecedor (DESSAUNE, 2017).

Como visto anteriormente, o tempo é um direito irrecuperável, sendo assim, partindo da constatação da existência do desvio produtivo do consumidor, existe a lesão ao tempo, e este sendo um bem jurídico tutelado, desencadeia a responsabilidade que parte do fornecedor de indenizar o consumidor.

3.1. DA FINALIDADE DA TEORIA

A teoria do desvio produtivo do consumidor tem como finalidade tutelar o tempo como bem jurídico, e a partir disso, surge o dever de indenizar o consumidor, que sofreu o dano ao seu tempo produtivo, sendo um tempo desperdiçado, visto a situação injusta que o consumidor se encontra.

Portanto, a teoria do desvio produtivo do consumidor é o conjunto de condutas que faz o cliente despender do seu tempo vital, sendo este seu por direito, para resolver problemas pelos quais não são de sua responsabilidade. Dessa forma, existe uma tentativa de ampliação do conceito de dano moral, para que englobe as situações na quais os clientes são obrigados a perder seu tempo nos mais diversos segmentos da vida, em razão de comportamentos abusivos dos fornecedores de produtos e serviços. Ademais, o tempo tem valor incalculável e é vital para a existência, tendo em vista que é um bem econômico escasso e não tem como ser recuperado no decorrer da vida.

3.2. DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

São requisitos para a configuração da responsabilidade do fornecedor diante da teoria do desvio produtivo do consumidor: a) situação conflituosa de consumo lesiva ao consumidor; b) a esquivia do fornecedor em resolver o conflito; c) o fato materializado da negligência ou inação do fornecedor; d) nexos causal provocado pela conduta abusiva e o dano temporal; e) o dano ao direito da personalidade do consumidor.

Em virtude disso, entende-se que todo o tempo deve ser poupado, inclusive da pessoa menos atarefada, haja vista que cada qual possui autonomia para escolher aonde e qual empreendimento, esforço ou afazer gostaria de concentrar o seu tempo. Aguardar um atendimento que se prolonga por horas pode causar profundas inquietações psicológicas a todos, pois que demonstra o desrespeito, vilipêndio e desinteresse do fornecedor do produto ou serviço perante o consumidor, postura esta diversa da apresentada no momento da contratação, em que se mostrou diligente, afável e comprometido em apresentar a coisa objeto da relação de consumo.

3.3. DA DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO MERO DISSABOR/ABORRECIMENTO COTIDIANO.

Enquanto no dano moral a lesão aos direitos da personalidade do indivíduo são tão intensos que incapacitam a pessoa de voltar a viver da mesma forma antes da lesão, afundando tão profundamente sua moral que abala e desordena a sua vida, sendo um dano passível de indenização por danos morais, a teoria do mero aborrecimento traz a luz, como no próprio nome aduz, um mero aborrecimento momentâneo.

Para que haja a configuração do dano moral, é necessário que os direitos constitucionalmente garantidos sejam lesionados, sendo devido e merecido a devida reparação. No caso da teoria do mero aborrecimento, houve apenas uma contrariedade que trouxe breve frustração ao consumidor, no entanto, não houve dano permanente que mereça ser indenizado.

Recentemente, o STJ confirmou o entendimento de que

O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade – notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos –, é insuficiente

à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar (STJ, 2014).

Em seu voto, o Relator alertou quanto ao fato de que “a indenização por dano moral não deve ser banalizada, alimentando o que parte da doutrina e da jurisprudência denomina de ‘indústria do dano moral’.

Neste sentido, pode-se listar situações em que o STJ vem negando pedidos de danos morais sob a alegação de que não passam de um mero aborrecimento ou dissabor: o bloqueio indevido de linha telefônica móvel, a recusa de cartão de débito em estabelecimento comercial, infiltração ocorrida em apartamento, o soar do alarme de segurança do estabelecimento comercial acionado por engano na passagem do cliente, dentre outros.

Usando tais situações como comparativo para ao desvio do tempo produtivo, tem-se que o dicionário Aurélio define tempo como “a sucessão dos anos, dos dias, das horas, etc., que envolve, para o homem, a noção de presente, passado e futuro” devendo ser interpretado à luz do entendimento do desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade (ALBUQUERQUE; MAIA, 2018) de que a perda de tempo útil se torna ilícita, quando é resultado de desídia, despreocupação ou desatenção de fornecedores, de modo que o consumidor precisou renunciar sua liberdade de escolha ao ter que gastar seu tempo vital resolvendo o problema gerado pelo fornecedor, ao invés de usá-lo para outras atividades dos inúmeros segmentos de sua vida. Portanto, este tempo deverá ser reparado, pois deixou de ser um mero aborrecimento e sim um prejuízo de natureza existencial.

Assim, é importante a distinção entre o dano temporal, em que causou lesão em um nível tão alto que a perda do tempo ocasionou um transtorno em suas atividades rotineiras, entre um momento de frustração que não causou danos permanentes, visto que, conforme as palavras do relator, a indenização por dano moral não deve ser banalizada, deve haver a prova da lesão permanente ao bem jurídico tutelado, e não aliviar as pequenas complicações do dia a dia.

4. DA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS NA RELAÇÃO CONSUMERISTA VIRTUAL PELA LESÃO AO TEMPO

A reparação dos danos morais pela lesão ao tempo se configura pela prova da conduta omissa ou insuficiente para a resolução do conflito causado na relação de consumo virtual,

podendo ser provada através de registro de ligações, conversa por whatsapp, número de protocolos nas filas de esperas telefônicas, registro de tela de mensagens ou e-mail com o fornecedor.

Por não ser um recurso produtivo da sociedade, o tempo é individual de cada um, em virtude disso, a ação individual também é um instrumento para buscar a indenização pela má conduta do fornecedor mediante o conflito formado, e com base no inciso I do art. 101, da Lei 8.078/90, a ação poderá ser proposta no domicílio do autor.

4.1. DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO VIRTUAL

Tendo em vista que a teoria do desvio produtivo do consumidor tem como objetivo tutelar os direitos do consumidor quanto ao tempo desperdiçado, inseri-lo no comércio virtual é extremamente necessário, visto que a polarização do comércio eletrônico ao redor do mundo popularizou essa modalidade de compras, e ainda assim o consumidor continua a sofrer com danos causados pelo mal fornecimento das empresas, tendo como agravante a dificuldade de contato e locomoção até o fornecedor.

É compreensível e natural que surjam desentendimentos ou erros técnicos nas relações de consumo, no entanto, o que se discute na aplicação da teoria em conflitos de relações de consumo virtuais é a conduta do fornecedor mediante a sua responsabilidade de reparar o dano causado ao consumidor.

Como bem ampara o Código de Defesa do Consumidor todo e qualquer problema de consumo com produto ou serviço deve ser resolvido de acordo com os critérios da teoria da qualidade que estão espalhados pelo código, como, por exemplo, no artigo 18, § 1º do CDC (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990), que estipula o prazo para o fornecedor sanar os vícios:

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 diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a 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.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

-
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
 - III - o abatimento proporcional do preço.

Já a harmonia na relação de consumo é tratada pela Política Nacional das Relações de Consumo, artigo 4, inciso II, do CDC:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Além do que, a indenização já vem paulatinamente sendo aplicada na seara consumerista, e, objetivando a boa-fé instituiu-se no rol de direitos básicos do consumidor a responsabilização pelos danos sofridos, inclusive os extrapatrimoniais previsto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, o fornecedor muitas vezes se aproveita da falta de informação do consumidor quanto aos seus direitos constitucionalmente garantidos, deixando com que ele assumo o ônus de reparar um dano que não causou, perdendo o seu tempo produtivo resolvendo um problema que não é de sua alçada, e sim do fornecedor.

Podemos observar que a teoria do desvio produtivo do consumidor para configurar dano moral em uma relação de consumo virtual foi reconhecida pelo TJDF, visto as várias vezes que o consumidor procurou o fornecedor para a resolução do problema, sem sucesso, e dessa forma só encontrou amparo ao procurar o judiciário, conforme observa-se no Acórdão abaixo:

CONSUMIDOR. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES - DESÍDIA DA EMPRESA EM SOLUCIONAR O PROBLEMA - APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS - CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) 4. No entanto, em decorrência desses acontecimentos, o recorrente foi obrigado a submeter-se a constantes tentativas de resolução dos problemas, para ser reembolsado dos valores indevidamente debitados. 5. *Na inicial foram apontados 15 protocolos de atendimento, que não foram suficientes para a resolução do problema, que se estendeu de janeiro de 2017 até o acatamento da solução judicial pela recorrida, que ocorreu em março de 2018, com o pagamento do valor da condenação e comprovação do cancelamento das linhas de telefone celular indicadas.* 6. O desrespeito ao consumidor e a desídia ao tratar do assunto restaram sobejamente caracterizadas e comprovadas e, nas relações de consumo, diferentemente das relações contratuais paritárias, reguladas pelo Código Civil, o que se indeniza a título de danos morais e o descaso, a desídia, a procrastinação da solução de um pedido do consumidor, sem razão aparente, por mais tempo do que seria razoável. E, na presente hipótese, a recorrida agiu com total desídia e não teve o mínimo de apreço para com os direitos do consumidor, pois impôs, de forma desnecessária e abusiva, a espera de tempo demasiadamente exagerado para a solução de um problema por ela causado

exclusivamente. 7. A esse propósito tem ganho lugar na jurisprudência a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já adotada por Tribunais de Justiça e pelo STJ que, em síntese já aplicada, reconhece que: A cobrança indevida, aliado ao fato da autora, por meses, tentar solucionar a questão administrativamente, demonstra não se tratar de mero dissabor, mas de verdadeira violação ao direito de personalidade da autora. A perda de tempo da vida do consumidor em razão da falha da prestação do serviço que não foi contratado não constitui mero aborrecimento do cotidiano, mas verdadeiro impacto negativo em sua vida, que é obrigado a perder tempo de trabalho, tempo com sua família, tempo de lazer, em razão de problemas gerados pelas empresas. Neste sentido, o advogado Marcos Dessaune desenvolveu a tese do desvio produtivo do consumidor, que se evidencia quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento (*lato sensu*), precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado pelo último ou, em outras palavras, onera indevidamente os recursos produtivos dele (consumidor). Da lógica dos fatos e da prova existente, é notório que a situação fática vivenciada pela autora violou a dignidade da pessoa humana, gerando dor e sofrimento que extrapolam a esfera contratual, sendo manifesta a configuração do dano moral? (Apelação Cível nº 0019108-85.2011.8.19.0208, 27ª Câmara Cível do TJRJ, Relator Desembargador Fernando Antônio de Almeida) 8. Aliás, há precedentes nesse sentido de toda ordem: Apelação nº 0007852-15.2010.8.26.0038, TJSP, Rel. Des. Fábio Henrique Podestá; Recurso Inominado nº 71004406427, TJRS, Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Fábio Vieira Heerdt; Recurso Especial nº 1.634.851 - RJ, STJ, Min. Rel. Des. Nancy Andrichi; Agravo em Recurso Especial, nº 1.260.458 - SP, STJ, Min. Rel. Des. Marco Aurélio Bellizze; Apelação Cível nº 2216384-69.2011.8.19.0021, 27ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Fernando Antônio de Almeida. 9. Reconhecido o direito à reparação pelos prejuízos morais não há a necessidade de demonstração do efetivo dano moral experimentado, bastando a prova da conduta abusiva e desarrazoada do fornecedor, o que se conhece como dano *in re ipsa*. 10. Quanto ao valor da indenização, sopesando as circunstâncias do processo tenho que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para a compensação dos danos experimentados, quantia que não gerará enriquecimento ilícito à recorrente, nem penalizará em excesso a recorrida. 11. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJDF, 2018).

O Desembargador Sá Moreira de Oliveira, da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 1007464-37.2017.8.26.0269 manteve decisão que condenou uma empresa de comércio eletrônico a pagar danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil) a um consumidor, além de danos materiais. Ele comprou um celular Iphone 6S que não foi entregue. Mesmo após inúmeros contatos telefônicos e protocolos de atendimento do Serviço de Atendimento (SAC), o problema não foi resolvido. Afirma que "Trata-se daquelas hipóteses em que o consumidor, para resolução da questão oriunda do descumprimento contratual, tem que despender de tempo e energia consideráveis, quando poderia utilizá-lo para uma atividade necessária ou outra de sua preferência".

O tempo é um bem jurídico de grande relevância para o ser humano, e ao ser desperdiçado injustamente pela conduta de má fé do fornecedor, seu dano é juridicamente

valorável. Assim, o tempo perdido pelo consumidor, nas mais variadas formas de tentativas de resolver o problema, seja de idas e vindas ao local de recebimento do produto, espera em ligações telefônicas frustradas ou a falta de contato por mera despreocupação do fornecedor mediante o conflito, gera dano extrapatrimonial indenizável, sendo possível a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor para tutelar um direito fundamental e bem jurídico tutelado, o tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do tempo nos dias atuais é indiscutível, visto que após a Revolução Industrial, a liberdade de dispor do próprio tempo e fragmentá-lo entre trabalho, lazer e entretenimento, estudos, e trouxe ao cidadão o direito de poder tomar as rédeas de sua própria vida e somente agir de acordo com as próprias vontades.

Dessa forma, o consumidor ao adquirir um produto em uma loja virtual, passa pelo tempo de espera de compensação do pagamento e recebimento do produto em sua residência e sofrer com o defeito já é suficientemente frustrante, mas a situação se torna ainda pior quando, depois de todo esse tempo desperdiçado, ainda ter que lidar com um fornecedor agindo de má fé, que não assume a própria responsabilidade de reparar o dano, ou simplesmente se omite, restando ao consumidor por meio dos recursos que tem em mãos, resolver o problema causado pelo próprio fornecedor.

O autor Marcos Dessaune trouxe uma importante teoria ao mundo do direito, doutrinando sobre um bem jurídico que não foi expressamente normatizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, já foi reconhecido pelos tribunais, conforme citado e dessa forma é possível aplicar a teoria pelo tempo produtivo desperdiçado pelo consumidor e a configuração de indenização.

Este estudo observou que as jurisprudências tem reconhecido a teoria do Desvio Produtivo do Tempo do Consumidor de Marcos Dessaune, elevando o tempo à categoria de bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, estendendo sua aplicação para o comércio eletrônico, porque o tempo desperdiçado pelo consumidor nos meios virtuais para a solução dos problemas gerados pelos fornecedores carecem de reparação por meio do instituto jurídico da responsabilidade civil extrapatrimonial, sendo denominado por alguns juristas de dano temporal.

O dano temporal tem como base o tempo indevidamente subtraído do indivíduo em situações específicas como é o caso do consumo via comércio eletrônico, no qual o fornecedor não deu a solução adequada ao caso em tempo considerado hábil pela sociedade contemporânea, esgotando-se as vias normatizadas como CRC - Central de Relacionamento com o Cliente ou do SAC - Serviço de Atendimento ao Consumidor, gerando o dano ao tempo vital do consumidor.

Portanto, o presente artigo comprovou que é possível configurar o dano moral através da perda do tempo produtivo do consumidor causada por uma compra virtual, identificando os elementos que compõe a teoria do desvio produtivo do consumidor do doutrinador Marcos Dessaune.

REFERÊNCIAS

ALDAY, Hernan Edgardo Contreras; PINOCHET, Luiz Hernan Contreras. A tecnologia e-Commerce como estratégia determinante no setor supermercadista. Revista da FAE, v. 5, n. 3, 2002.

Acórdão n. 1102686, 07042668220178070014, Relator Juiz ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 13/6/2018, publicado no DJe: 21/6/2018.

BASTOS, Igor Oliveira Menezes Bittencourt et al. As relações de consumo no âmbito virtual. 2020.

BERGSTEIN, Laís. O Tempo do Consumidor e o Menosprezo Planejado: O Tratamento Jurídico do Tempo Perdido e a Superação das suas Causas. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 175.

BRASIL, República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei 7.962/2013 de 15 de março de 2013. Lei do E-commerce.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro 2002. Código Civil.

DA SILVA, Dayane Voloski; MENDONÇA, Givago Dias. A Lesão ao tempo do consumidor como dano moral coletivo: Análise da aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor pelo Poder Judiciário. Revista Jurídica UniFCV, v. 3, n. 1, p. 25-25, 2020.

DELMONI, Jéssica Ferreira. A Responsabilidade Civil pela perda do tempo útil nas relações de consumo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16295>. Acesso em 30 de outubro de 2021.

DESSAUNE, Marcos. Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. Editora Atlas. 8ª Edição. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Carlos Roberto. Direito das obrigações–Parte especial, v. 2, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Tempo como um bem jurídico. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 97-115, jan./mar. 2021.

REsp 1.737.412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 8/2/19)

SILVA, Clóvis Virgílio do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STJ - AREsp: 1241259 SP 2018/0022875-2, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 27/03/2018.

STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.269.246/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 20.05.2014, DJe 27.05.2014.

TJMA – AC nº 0281372015– 3ª Câmara Cível – Rel. Lourival de Jesus Serejo Sousa - j. 11/02/2016 – DJe: 17/02/2016.

TJSC, Apelação Cível n. 0309438-06.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 04-09-2018.

TRF, 1ª Reg., Ap. 1997.01.00.042077-1, 3ª T., Rel. Juiz Tourinho Neto, ac. 25.11.1997, Ciência Jurídica, 85/87.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.3. p. 47. 15.