

PARA CUIDAR DO TEMPO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Por José Guilherme Vasi Werner

Juiz de Direito, titular do II Juizado Especiais Cível da Barra da Tijuca – Comarca da Capital – Rio de Janeiro. Mestre em Sociologia pelo IUPERJ e doutorando em História no CPDOC/FGV.

(Recebido: 02/08/2018 Aprovado: 03/08/2018 e 13/08/2018)

RESUMO: A proliferação de casos de danos indenizáveis desafia a ciência jurídica a fornecer critérios seguros para sua identificação. A teoria do desvio produtivo do consumidor é um esforço de sistematização dos danos ligados ao desperdício do tempo produtivo do consumidor. Tribunais e academia precisam tratar desses tipos de situação com cuidado, para evitar que o desvio produtivo se perca nos casos de “mero aborrecimento”.

PALAVRAS-CHAVE: Dano. Desvio produtivo do consumidor. Desperdício de tempo produtivo. Critérios.

ABSTRACT: The proliferation of cases of reclaimable damages challenges the doctrine of law to provide safe criteria for its identification. The theory of “consumer’s deviation from productive activities is an effort to codify the damages linked to the waste of the consumer’s productive time. Courts and scholars must handle carefully these types of situations, in order to avoid that the productive deviation falls into generic cases of simple unpleasantness.

KEYWORDS: Damage. Consumer’s productive deviation. Waste of productive time. Criteria.

A responsabilidade civil é tradicionalmente abordada, no Brasil, a partir dos elementos dos quais depende para que se configure: a violação (culposa, em alguns casos) de um dever preexistente, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro. Em geral, esse estudo se inicia com o exame

do ilícito e dos comportamentos análogos a ele, passando-se à análise do dano e, por fim, ao nexos causal.

Em que pese tal ordem se dever a uma relação lógica – pois juridicamente a violação deve ser anterior ao dano – não há como negar que em boa parte das situações é o dano que se revela primeiramente e protagoniza o evento lesivo, provocando a apuração das responsabilidades.

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil e é o que fundamenta, em última análise, o dever de reparação/compensação. É, porém, multifacetado, manifestando-se em dimensões tão variadas quanto a experiência humana. Por isso mesmo sua identificação tende a ser um esforço permanente, cujo método é a classificação.

Ao se falar em ‘dano’ como elemento da responsabilidade civil, alude-se a um termo que abrange diversas espécies de lesão. Há danos patrimoniais, morais, materiais, reflexos, danos pela perda de uma chance, dano corporal, em ricochete, danos coletivos, danos emergentes, etc. Sergio Cavalieri Filho enumera ainda outras várias denominações: “*dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano pelo custo do filho indesejado, dano de férias arruinadas, dano de ‘mobbing’, dano por brincadeiras cruéis, dano por rompimento de noivado, dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono de filho menor*” (2014, p. 92).

Em tal acervo de denominações, encontram-se, misturadas a classificações de reputação clássica e critérios consolidados, outras menos reconhecidas cientificamente e que mais se confundem com uma simples enumeração casuística. De todo modo, a lista dá pistas de quão pulverizada tem sido a experiência com os danos em nosso direito.

Lembre-se dos MAZEAUD: “*on se ferrait, d’ailleurs, une idée inexacte du domaine de la responsabilité civile si l’on s’imaginait qu’il est limité aux accidents. D’autres dommages peuvent atteindre une personne. Le vendeur qui livre en retard la chose vendue, peut causer un préjudice à l’acheteur. L’écrivain qui porte atteinte à une réputation, cause un dommage. La liste de préjudice est infinie. Tous posent un problème de responsabilité civile*” (1998, p. 362).

O Direito moderno repudiou a discriminação dos danos indenizáveis.

Se no passado a classificação dos danos foi uma tarefa simplificada pela identidade entre o dano e a lesão de caráter patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), o princípio da plena reparação dos danos já não se coaduna com a existência de danos não indenizáveis, ampliando-se o espectro de lesões reconhecíveis pelo direito e forçando-se a flexibilização de antigas fronteiras.

Diante da proliferação de situações de dano indenizável, um dos desafios da ciência jurídica no campo da responsabilidade é o de fornecer critérios seguros para sua identificação.

As categorias de danos emergentes e lucros cessantes já não são suficientes para abranger as espécies de danos hoje divisados. Ao mesmo tempo, a linha entre os chamados danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais já não impede a circulação de algumas dessas espécies entre os dois campos.

Os danos emergentes não mais pertencem ao domínio exclusivo dos danos patrimoniais, o mesmo se dando com o dano pela perda de uma chance, que expugnou a fronteira dos danos extrapatrimoniais ao ser reconhecido como uma forma de compensação moral da chance perdida¹ e não mais uma reparação lógica e financeiramente relacionada ao benefício de que a vítima foi privada, como é exemplo o caso julgado no EDcl no AgRg no AI nº 1.196.957/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Assim também com relação ao dano à imagem, que igualmente se projeta na dimensão extrapatrimonial.

Por outro lado, os danos estéticos, hoje plenamente reconhecidos e prestigiados em nossa jurisprudência, conseguiram se diferenciar claramente dos danos morais em seu aspecto extrapatrimonial.

É nesse contexto que surge o desvio produtivo do consumidor, que vem aos poucos recebendo a atenção de nossa jurisprudência.

¹ Vide REsp nº 1.291.247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.08.2014 e REsp nº 1.079.185/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 11.1.2008.

Tal atenção, porém, vem especialmente dos juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância, pois uma rápida pesquisa realizada em 25.07.2018 na página do Superior Tribunal de Justiça com o termo específico “desvio produtivo” apontou apenas 6 decisões, monocráticas, contendo a expressão e, com exceção de uma (que afastou expressamente a sua aplicação – Resp nº 1.549.272/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 11.09.2015), todas em citação de acórdãos recorridos².

O desvio produtivo do consumidor é desenvolvido no Brasil por Marcos Dessaune, autor da obra de mesmo nome e subtítulo “o prejuízo do tempo desperdiçado”, publicada pela primeira vez em 2011.

Dessaune apresenta, de forma instigante, uma perspectiva a partir da qual se pode enxergar as lesões sofridas pelos consumidores diante de situações de tratamento inadequado ou atendimento defeituoso às suas legítimas demandas que lhes obrigam a dedicar parte de um tempo – tempo valioso! – para buscar a satisfação de seus interesses.

Não parece haver qualquer dúvida de que a perda do tempo útil do consumidor possa ser mensurada economicamente (os advogados e diversos outros profissionais liberais estão acostumados a medir em ‘time sheets’ o tempo dedicado ao atendimento de um cliente – como por exemplo, cem dólares a hora etc.), pelo que é perfeitamente possível medir o tempo perdido com a tentativa de solução de um problema causado pelo produto ou serviço viciado ou defeituoso. Nessa linha, o desvio produtivo teria uma natureza patrimonial e, como tal, dependeria de indicação tal qual um dano emergente. O tempo que se perdeu não volta mais e significa prejuízo efetivo, dano positivo (não se confundindo com um lucro cessante, dano negativo).

Dessaune deixa claro, todavia, que a sua definição de desvio produtivo não se limita ao caso de perda econômico-financeira de tempo, mas

2 AREsp nº 1.154.914/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 29.06.2018; AREsp nº 1.167.245, Rel. Min. Francisco Falcão, p. 17.05.2018; AREsp nº 1.260.458/SP, rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, p. 25.04.2018; AREsp nº 1.241.259/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, p. 27.03.2018; AREsp nº 1.132.385/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p. 03.10.2017; e AREsp nº 1.549.272, já citada (acesso em 20.07.2018).

também abrange perda de tempo livre, ou seja, por tempo “produtivo” não há que se entender tempo de trabalho, no sentido conferido por Smith, ou Marx:

Note-se que não empreguei, na nova expressão cunhada, o adjetivo “produtivo” para qualificar o desvio do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei o adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que em situações de mau atendimento o consumidor desvia recursos “que produzem” (2018, p. 134-5).

Os exemplos e os trinta e cinco casos descritos na primeira edição do seu livro dão conta dessa abrangência. Pode ser o tempo perdido em férias, em fins de semana, à noite, por uma ligação indesejada recebida de um fornecedor insistente ou em uma ligação feita a um serviço de atendimento ao consumidor (SAC). As situações que caracterizam o tipo de dano descrito envolvem – todas elas – um obrigatório desvio do consumidor de suas atividades desejadas ou rotineiras para a tentativa de solução do problema gerado pelo defeito na prestação do serviço.

Dessaune registra o pioneirismo do desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade na identificação da relação entre o dano e o tempo perdido, qualquer tempo que seja (2011, p. 137-8). A grande novidade introduzida pelo autor é, para além da teorização do valor do tempo do consumidor, a tentativa de sistematização desse tipo de dano. O trabalho consolida a migração da perda de tempo útil do consumidor dos domínios dos danos patrimoniais para a dimensão dos danos extrapatrimoniais.

A nosso ver, o trabalho de Dessaune pode incentivar a doutrina e orientar a jurisprudência a delimitar as espécies de tempo indenizável, criando as bases para a sua diferenciação dos danos morais genéricos e, portanto, para autonomização da categoria, a que já se referiu MAIA (2013). Nesse ponto, o esforço de Dessaune pode contribuir para uma reação contra a “indústria do mero aborrecimento”, constituindo uma nova forma de abordagem para reconhecer as situações em que os erros (ou descasos, desrespeitos, má-fé etc.)

do fornecedor obrigam o consumidor a se desdobrar em tarefas para tentar a solução do problema. Afinal, se toda a perda de tempo é potencialmente capaz de causar dano de natureza não patrimonial ao consumidor, a reunião das situações em que isso ocorre é essencial.

Por outro lado, não é porque se deu um nome a essas situações que os danos dela decorrentes passam a ser automaticamente indenizáveis. Parece claro que nem todas as situações de perda de tempo do consumidor necessariamente lhe causarão danos e por isso mesmo é preciso isolá-las.

Apesar da riqueza de relatos, os trinta e cinco casos tratados na segunda parte da obra de Dessaune (“histórias de (mau) atendimento”) se mostram tão diversos quanto as relações de consumo, o que mostra a grande dificuldade de se construir uma teoria do tempo indenizável do consumidor. A simples enumeração de casos leva ao risco de que a teoria se perca na casuística do dano moral e sofra o mesmo destino dos casos que são rotulados de “meros aborrecimentos”.

A partir do momento em que se valoriza o tempo perdido independentemente de sua expressão lucrativa ou patrimonial (amparada na demonstração lógico-causal do benefício abortado) e se lhe reconhece uma estima ligada diretamente aos direitos personalíssimos (que não têm preço), exige-se do intérprete um esforço axiológico de convertê-lo em moeda, em uma operação que é necessariamente arbitrária.

Para que não se vulgarize a aplicação da teoria do desvio produtivo, é preciso que esse reconhecimento seja feito com cuidado, de forma criteriosa, descrevendo-se com precisão as atividades que o consumidor precisou realizar para buscar a solução do problema e o tempo assim perdido, de modo a diferenciar o caso em exame de situações em que a busca pela solução não tornou um fardo.

O simples fato de ajuizar uma ação judicial, por exemplo, não pode caracterizar necessariamente o dano pelo tempo perdido ou pelo desvio produtivo do consumidor, até porque sabemos – após levantamento da FGV (WADA, 2015) –, que boa parte dos consumidores sequer buscam a em-

presa antes de ajuizar suas demandas, considerando mais fácil e menos custoso propor uma ação judicial do que ligar para o serviço de atendimento.

Uma coisa é reconhecer o dano pelo tempo perdido ou o desvio produtivo do consumidor em casos como o relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze em sua decisão no AREsp nº 1.260.458/SP, em que houve descrição pormenorizada da situação vivida pelo consumidor:

“É que, consoante emerge cristalino dos autos, comunicou a autora ao banco a regular disponibilização em sua conta bancária dos valores necessários à quitação das parcelas dos meses de novembro e dezembro de 2010, e de fevereiro de 2011 (fls. 87/91), solicitando imediatas providências para que fossem cessadas as cobranças de encargos bancários por suposto inadimplemento de aludidas prestações, cujo valor total, sem contribuição da autora para tanto, apenas foi debitado em sua conta em 23 de março de 2011, acrescido, ainda assim, de encargos relativos ao pagamento em atraso, que, no momento da propositura da ação, correspondiam a R\$ 5.043,36.

É certo, de igual modo, que, em momento precedente ao ajuizamento desta ação, já havia a autora demandado o réu pela cobrança indevida da parcela do mútuo com vencimento no dia 31 de janeiro de 2013, tendo sido realizada composição amigável entre as partes (fls. 127/130) para o reconhecimento de quitação dessa prestação, além da obrigação do banco de excluir o nome da recorrida do cadastro dos inadimplentes.

Não satisfeito e agindo com total descaso com a consumidora, insistiu o banco na cobrança de encargos abusivos, sob a infundada alegação de que agiu no exercício regular de direito, tendo em vista a alegada legitimidade das tarifas exigidas por serviços efetivamente usufruídos pela autora, conquanto motivada sua recusa em efetuar o pagamento de despesas cuja cobrança não lhe podia ser atribuída [a autora comprovou o depósito de valores suficientes para a quitação das parcelas posteriormente exigidas pelo banco réu (novembro e dezembro

de 2010 e fevereiro de 2011- fls. 24 e 27)], o que escancara a ilegitimidade de aludidos lançamentos a débito na conta corrente da recorrida, ante a comprovação de que o descontrole da conta decorreu da desídia da casa bancária, que deixou de efetuar, na época oportuna, os débitos dos valores pertinentes, sobrevivendo a cobrança única e integral de tais valores (fls. 28), mas acrescida, abusivamente, de encargos bancários indevidos (fls. 28/40).

Isso assentado, bom é realçar que a situação vivenciada pela autora realmente extrapolou o simples dissabor resultante de insucesso negocial, visto que foi a consumidora obrigada a entrar em contato com a central de atendimento do banco e ajuizar a presente ação com a finalidade da consignação do valor das parcelas do contrato em cotejo para evitar nova restrição cadastral a seu nome (fls. 87), além da iminência de execução do contrato, na forma prevista nos artigos 26 e 27, da Lei n. 9.514/97 (fls. 104, cláusula vigésima primeira), cumprindo observar, ainda, que, durante anos, teve a autora que se submeter a penalizantes percalços para conseguir a exclusão de encargos bancários abusivamente lançados em sua conta corrente, por ela devidamente contestados e que não foram espontaneamente reembolsados pelo réu, sob a infundada alegação de que a sua exigibilidade era proveniente de exercício regular de direito por consubstanciar serviços efetivamente usufruídos pela autora” (BRASIL, 2018).

No caso citado, a consumidora precisou passar por um procedimento exaustivo e demorado para tentar a solução do problema antes do ajuizamento da ação, sendo vítima de descaso e desconsideração por parte do fornecedor.

Outra coisa é reconhecer o desvio produtivo em qualquer situação de tentativa de reclamação antes do ingresso em juízo, o que torna bastante difícil o esforço de autonomização da nova categoria de dano, pois dizer simplesmente que o consumidor perdeu seu tempo e daí reconhecer o di-

reito à compensação não é diferente de reconhecer um direito genérico a indenização por danos morais. E o direito à indenização por danos morais pode ser afastado quando o intérprete o reduz a um caso de mero aborrecimento, que se diz típico das sociedades hodiernas.

O cuidado e a diligência na descrição dos casos é que permitirá a devida separação entre eles e somente a partir de então é que poderemos construir um repertório seguro de danos indenizáveis pelo desvio produtivo do consumidor, evitando ao mesmo tempo os rótulos de “indústria do dano moral” e “indústria do mero aborrecimento”.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.260.458/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, p. 25.04.2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo perdido**. São Paulo: RT, 2012.

MAIA, Maurílio Casas. **Dano temporal, desvio produtivo e perda do tempo útil e/ ou livre do consumidor: dano cronológico indenizável ou mero dissabor não ressarcível?** ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas. X, 2013. p. 23-28.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean e CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil**. 9ed. Paris: Montchrestien, 1998.

WADA, Ricardo Morishita (coord.). **A geografia e a genealogia dos conflitos de consumo: o projeto de P&D e as novas tecnologias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.