

A SUPERAÇÃO DO ARGUMENTO DO “MERO ABORRECIMENTO” PROMOVIDA PELA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

THE OVERCOMING OF THE “MERE ANNOYANCE” ARGUMENT PROMOTED BY THE THEORY OF PRODUCTIVE CONSUMER DEVIATION IN BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Marcos Dessaune *

RESUMO: O artigo examina a ampliação do conceito de dano moral no Brasil nos últimos anos, o que vem permitindo o reconhecimento de novas categorias de danos extrapatrimoniais e a reparação autônoma de mais de uma espécie deles. Em seguida, o artigo analisa a superação do argumento do “mero aborrecimento” promovida na jurisprudência brasileira pela Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, que identificou e valorizou o tempo do consumidor como um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado e, a partir de 2012, ensejou o gradual desenvolvimento de uma nova jurisprudência nacional.

ABSTRACT: The article examines the expansion of the concept of moral damage in Brazil in recent years, which is allowing the identification of new categories of non-pecuniary losses and the independent compensation of more than one type of them. Next, the article analyzes the overcoming of the “mere annoyance” argument promoted in the country’s case law by the Diversion of the Consumer’s Productive Resources Theory, which has identified and valued the consumer’s time as a legally protected immaterial interest and, as of 2012, gave rise to the gradual development of a new national case law.

Palavras-chave: direito do consumidor; responsabilidade civil; dano moral; mero aborrecimento; teoria do desvio produtivo do consumidor; desenvolvimento de nova jurisprudência brasileira.

Keywords: consumer law; civil liability; moral damage; mere annoyance; diversion of the consumer’s productive resources theory; development of new Brazilian case law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A ampliação do conceito de dano moral no Brasil; 3. A superação do argumento do “mero aborrecimento” na jurisprudência brasileira; 4. A nova jurisprudência brasileira do desvio produtivo do consumidor; 5. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A partir de 2009, com o estabelecimento de metas de produtividade para o Poder Judiciário brasileiro, os tribunais pátrios desenvolveram uma jurisprudência defensiva material

* Autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, do Código de Atendimento ao Consumidor / Customer Service Code e das Histórias de um Superconsumidor. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Brasil) e diplomado em Business pela Indiana University (EUA). Aperfeiçoado em Qualidade de Atendimento ao Cliente pela Disney University (EUA) e pela Fundação Getúlio Vargas (RJ). Treinado em Resolução de Conflitos Administrativos pelo Ombudsman Federal da Bélgica e pelo Provedor de Justiça de Portugal. Ex-membro da Comissão Nacional de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB e membro colaborador do Instituto Brasilcon. Advogado, consultor, parecerista, palestrante. E-mail: marcos@marcosdessaune.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9614-9666>

para evitar a multiplicação de processos.¹ Erigida sobre o argumento do “mero aborrecimento”, tal jurisprudência sustenta que só configura dano moral a dor, o sofrimento, o vexame ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, afetando o seu bem-estar. Mero aborrecimento, dissabor, irritação ou sensibilidade exacerbada não caracterizam dano moral, visto que tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.²

Esse entendimento reverbera um conceito de dano moral que, embora já esteja superado pela doutrina mais recente, continuou a ser reproduzido indiscriminadamente no Direito brasileiro, a ponto de se falar numa “tradicional confusão” entre danos extrapatrimoniais e morais presente em praticamente todos os autores justamente reputados como clássicos na matéria.³

Diante dessa compreensão doutrinário-jurisprudencial tradicional e da necessidade de se conferir efetividade ao princípio da reparação integral – reconhecendo-se novas categorias de danos extrapatrimoniais e permitindo-se a reparação autônoma de mais de uma espécie deles –, tornou-se necessário ampliar o conceito de dano moral e superar o argumento do “mero aborrecimento”.

No Brasil, o enfrentamento desse problema vem sendo realizado, em grande medida, pela *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, que identificou e valorizou o tempo do consumidor como um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado e, a partir de 2012, ensejou o gradual desenvolvimento de uma nova jurisprudência nacional.

2. A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL NO BRASIL

Miguel Barreto,⁴ em sua obra *A indústria do mero aborrecimento*, registra que a Emenda Constitucional 45, que foi promulgada em 2004, reformou o Poder Judiciário brasileiro e criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em 2009, o CNJ implantou metas de produtividade para o Poder Judiciário, especialmente para reduzir o acervo de processos existentes bem como para que fossem julgados mais processos do que os distribuídos a cada ano.

Barreto acrescenta que, objetivando evitar a multiplicação de processos, os tribunais brasileiros criaram então uma “jurisprudência defensiva”, ora para negar indenizações por danos morais ora para reduzir seu valor, de modo a desestimular novas ações. O autor faz a distinção da jurisprudência defensiva processual, centrada num exame formal rigoroso dos requisitos de admissibilidade dos recursos, da jurisprudência defensiva material, focada na rejeição do mérito das ações ou na redução dos valores das reparações.

¹ Cf. BARRETO, Miguel. *A indústria do mero aborrecimento*. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2016. *passim*.

² Cf. STJ, REsp 844736/DF, j. 27-10-2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. conv. Honildo Amaral de Mello Castro.

³ Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 591.

⁴ BARRETO, 2016, p. 27-45.

Nesse contexto surgiu no Brasil o argumento do “mero aborrecimento” – por vezes designado impropriamente de “tese” –, que fundamenta a jurisprudência defensiva material que pode ser resumida neste julgado de 2009 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

[...] Segundo a doutrina pátria “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” [...] (STJ, REsp 844736/DF, j. 27-10-2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. conv. Honildo Amaral de Mello Castro).

Esse entendimento jurisprudencial reverbera um conceito doutrinário já ultrapassado de dano moral, cujo grande expoente no Brasil é o professor Sergio Cavalieri Filho. Nas palavras desse autor tradicional:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 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.⁵

Cavalieri, que também foi desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) de 1993 até 2009,⁶ concluía sua preleção vaticinando que, “se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” da vida.⁷

Essa compreensão do dano moral consolidou-se a tal ponto no País que, entre os anos de 2004 e 2018, o TJRJ editou e manteve em vigor o enunciado 75 da súmula de jurisprudência predominante daquele Tribunal, que ficara popularmente conhecida como a “súmula do mero aborrecimento”.⁸ O verbete em questão afirmava que “o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar *mero aborrecimento*, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.⁹

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83-84.

⁶ MUSEU DA JUSTIÇA. *Sérgio Cavalieri Filho*. Disponível em: [<http://ccmj.tjrj.jus.br/sergio-cavalieri-filho>]. Acesso em: 31-12-2022.

⁷ CAVALIERI FILHO, 2009, p. 84.

⁸ Esse verbete sumular foi cancelado pelo TJRJ em 17-12-2018, conforme se verá adiante.

⁹ TJRJ. *Portal do conhecimento - Súmulas do TJRJ*. Disponível em: [<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf>]. Acesso em: 31-12-2022.

Embora já esteja superado pela doutrina nacional mais recente e pelo próprio Cavaliere que atualizou o seu entendimento,¹⁰ tal conceito anacrônico de dano moral continuou a ser reproduzido indiscriminadamente no Direito brasileiro. Diante dessa situação, Fernando Noronha vem advertindo que existe uma “tradicional confusão entre danos extrapatrimoniais e morais [...] presente em praticamente todos os autores justamente reputados como clássicos nesta matéria, desde Aguiar Dias até Carlos Alberto Bittar e Yussef S. Cahali”.¹¹

Nesse sentido, Francisco Amaral¹² ensina que *dano extrapatrimonial* é aquele que decorre da lesão a bem jurídico que não integra o patrimônio da pessoa. Nas palavras do autor, “o extrapatrimonial diz respeito ao dano sem valoração pecuniária, em um conceito mais amplo e genérico, que abrange, evidentemente, o sofrimento psicológico da pessoa”. Amaral ressalta que, por influência da doutrina francesa que usa a expressão “*dommage moral*” no sentido de prejuízo não econômico, no Brasil o dano extrapatrimonial acabou sendo chamado de “dano moral”, com previsão expressa na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, embora eles não sejam coincidentes. Para o autor, o dano moral como ficou aqui conhecido tem um sentido mais restrito, representando a dor, o sofrimento espiritual, a aflição, o desânimo da pessoa.

Paulo de Tarso Sanseverino¹³ reforça que no direito brasileiro, possivelmente em função da demora na aceitação da indenizabilidade do dano extrapatrimonial diante da resistência do Supremo Tribunal Federal em admiti-la fora dos casos expressamente previstos em lei, “os prejuízos sem conteúdo econômico têm sido abrangidos pela denominação genérica de *dano moral*”. Segundo o autor, a única exceção é o dano estético, que adquiriu relativa autonomia em decorrência da regra prevista no § 1º do art. 1.538 do antigo Código Civil de 1916.

Na mesma direção, Noronha¹⁴ leciona que *danos extrapatrimoniais* são aqueles que decorrem da “violação de quaisquer interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária [, afetando] exclusivamente a esfera dos valores espirituais ou afetivos” – os quais, no Brasil, são tradicionalmente denominados “danos morais”.

Para o autor, no entanto, “verdadeiros danos morais” são apenas os *danos anímicos*, que ele define como “todas as ofensas que atinjam as pessoas nos aspectos relacionados com os sentimentos, a vida afetiva, cultural e de relações sociais”, ocasionando “perturbações na alma do ofendido”.

Porém em atenção àquela “designação tradicional” – de se chamar os danos extrapatrimoniais de morais –, Noronha defende que os danos extrapatrimoniais podem então ser denominados “danos morais em sentido amplo”, e que os danos morais anímicos podem ser

¹⁰ Cf. CAVALIERI FILHO, 2009, p. 80 e 81.

¹¹ NORONHA, 2013, p. 591.

¹² AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 10. ed. rev. e modif. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 954-957.

¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189.

¹⁴ NORONHA, 2013, p. 584 e 590-592.

chamados de “danos morais em sentido estrito”.

Lançando luz sobre a problemática, Lucas Abreu Barroso e Eini Rovenia Dias¹⁵ esclarecem que, em sentido estrito, o dano moral é sinônimo do dano anímico, configurando-se na lesão que causa dor ou sofrimento anímico sem provocar um estado patológico no espírito. Os autores, entretanto, distinguem-no do dano psíquico que, no seu entender, implica o desenvolvimento de transtornos psíquicos de ordem patológica, sendo o resultado de uma lesão à integridade psicofísica da pessoa. Para Barroso e Dias, mesmo nas situações em que o dano moral (anímico) provoca uma patologia psíquica, não se pode confundir o dano anímico com o dano psíquico. E concluem que, apesar de a expressão “danos morais” ser normalmente utilizada para designar a lesão aos direitos extrapatrimoniais, os danos morais em sentido estrito apenas alcançam os denominados danos anímicos, não cabendo, portanto, reduzir a ideia da reparação extrapatrimonial exclusivamente à figura desse dano moral tradicional.

Flávio Tartuce,¹⁶ expoente da doutrina ainda dominante no Brasil, salienta que, atualmente, há duas correntes sobre o dano moral. A primeira, que segundo o autor é majoritária e à qual ele se filia, “relaciona os danos morais às lesões aos direitos da personalidade”, ao passo que a segunda vê “o dano moral como lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana”. Ao examinar o instituto quanto ao seu conteúdo, em sentido impróprio, Tartuce consigna que “o dano moral constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, por exemplo, à liberdade, ao gênero, à orientação religiosa, entre outros”. E explica que essa categoria trata “do dano moral em sentido amplo ou *lato sensu*, que não necessita da prova do sofrimento em si para a sua caracterização”.¹⁷

A Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, proferiu decisão emblemática consagrando essas duas principais correntes doutrinárias hodiernas do dano moral, inclusive sua importante desvinculação de eventuais consequências emocionais da lesão. O julgamento unânime ocorreu em 17-03-2015 no Recurso Especial 1.245.550/MG, nestas palavras:

A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.

O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.

Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas

¹⁵ BARROSO, Lucas A.; DIAS, Eini R. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 94, 2014. *passim*.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 427.

¹⁷ TARTUCE, 2020, p. 431.

são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade (STJ, REsp 1.245.550/MG, j. 17-03-2015, v.u., Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Mas a meu ver é Francisco Amaral¹⁸ que apresenta, na atualidade, o conceito mais abrangente e efetivo do instituto, sustentando que “o direito brasileiro considera dano moral o que decorre da lesão de bem jurídico não patrimonial, compreendendo os bens objeto dos direitos da personalidade, os direitos políticos e sociais, e os direitos ou situações jurídicas de família”. Segundo o autor, “o dano moral ou extrapatrimonial compreende, portanto, o dano resultante da lesão de direitos extrapatrimoniais da pessoa, como são os direitos subjetivos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e também direito à saúde, este um direito social, e ainda os direitos políticos, sociais e de família.”

Assim, diante daquela “tradicional confusão” desvelada por Noronha¹⁹ e dos ensinamentos dos autores acima estudados, é possível concluir que o dano extrapatrimonial é o *gênero*, e que o dano moral anímico é uma *espécie* dele. Contudo, considerando-se que no Brasil os danos extrapatrimoniais são costumeiramente designados de “danos morais”, há a necessidade de se reconhecer a existência – e assim se fazer a distinção – do dano moral *lato sensu* (ou em sentido amplo), como gênero, do dano moral *stricto sensu* (ou em sentido estrito), como espécie dele.

Além disso, deve-se revisitar e ter em mente a lição precisa de Amaral²⁰ de que “*dano* é a lesão a um bem jurídico [ou,] mais propriamente, é o prejuízo decorrente de uma lesão a um bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar”. Significa dizer que a configuração de um dano exige a lesão de um bem jurídico e a ocorrência de um prejuízo para o titular do direito violado ou, em outras palavras, é dizer que todo dano pressupõe algum prejuízo resultante de um fato antijurídico. Em uma linha: *dano* é o prejuízo decorrente da lesão a um bem jurídico, material ou imaterial.

Por tudo isso, objetivando compatibilizar aquele entendimento doutrinário-jurisprudencial tradicional com a necessidade de se conferir efetividade ao princípio da reparação integral, tornou-se necessário ampliar o conceito de dano moral no Brasil para que fosse possível reconhecer novas categorias de danos extrapatrimoniais para além da esfera anímica da pessoa e, ao mesmo tempo, para que se permitisse a reparação autônoma de mais de uma espécie deles oriunda do mesmo evento danoso.²¹

Assim sendo os danos extrapatrimoniais, por serem tradicionalmente chamados no Brasil de “danos morais”, podem ser identificados e classificados com base no bem jurídico lesado,

¹⁸ AMARAL, 2018, p. 957.

¹⁹ De que, no Brasil, existe uma “tradicional confusão entre danos extrapatrimoniais e morais [...] presente em praticamente todos os autores justamente reputados como clássicos nesta matéria” (NORONHA, 2013, p. 591).

²⁰ AMARAL, 2018, p. 954.

²¹ BARROSO; DIAS, 2014, p. 93-94.

nomeadamente: dano moral *lato sensu* e dano moral *stricto sensu*. O dano moral *lato sensu* (ou em sentido amplo), enquanto gênero que corresponde ao dano extrapatrimonial, pode ser atualmente conceituado como o prejuízo não econômico que decorre da lesão a bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, abrangendo os bens objeto dos direitos da personalidade, ao passo que o dano moral *stricto sensu* (ou em sentido estrito), enquanto espécie de dano extrapatrimonial (ou moral *lato sensu*), pode ser definido como o prejuízo não econômico que decorre da lesão à integridade psicofísica da pessoa – cujo resultado geralmente são sentimentos negativos como a dor e o sofrimento.

3. A SUPERAÇÃO DO ARGUMENTO DO “MERO ABORRECIMENTO” NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A partir de 2009, confrontado com a jurisprudência erigida sobre o argumento do “mero aborrecimento” – por vezes designado impropriamente de “tese” –, debrucei-me sobre o seguinte *problema*: na atual sociedade de consumo brasileira, o consumidor tem sido corriqueiramente levado a despende o seu tempo e a se desviar das suas atividades cotidianas para enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores. Indaga-se então: essas situações configuram algum dano extrapatrimonial reparável ou, diversamente, representam meros dissabores ou aborrecimentos normais na vida do consumidor?

Para responder ao problema, a *primeira hipótese* que formulei respalda-se em uma reação natural e previsível da pessoa consumidora: diante de um problema de consumo criado pelo fornecedor, que se omite ou se recusa a solucioná-lo voluntária, tempestiva e efetivamente, o consumidor carente²² e vulnerável é levado a despende uma parcela do seu tempo, a se desviar das suas atividades cotidianas e, muitas vezes, a assumir deveres e custos do fornecedor para enfrentar o problema que lhe foi imposto.

A *segunda hipótese*, complementar à primeira, deduz-se de dois postulados a seguir enunciados: a lesão ao tempo e às atividades cotidianas do consumidor, que é identificada nessas situações em análise, representa um prejuízo de cunho existencial efetivo porque: (1) o tempo é um recurso produtivo limitado, que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e (2) ninguém pode realizar, ao mesmo tempo, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro deslocando-se no tempo outra atividade.

A *terceira hipótese*, complementar à segunda, ampara-se em três fatos observáveis e verificáveis: o dano extrapatrimonial suportado pelo consumidor, que é identificado nessas situações em estudo, é ressarcível porque a lesão ao tempo e às atividades cotidianas da pessoa consumidora é real e efetiva, ou seja, há um dano certo; porque esse prejuízo de índole existencial é consequência direta e imediata de um ato desleal e não cooperativo do fornecedor, que leva o

²² “Carente” é quem possui “carências”, conforme explicação na NR abaixo.

consumidor carente e vulnerável a um evento de desvio produtivo, isto é, há um dano imediato; e porque a ofensa ao tempo e às atividades cotidianas da pessoa consumidora, que são respectivamente bem e interesses existenciais juridicamente relevantes e tutelados, é indevida, ou seja, há um dano injusto.

Logo a minha tese é de que o fornecedor, ao criar um problema de consumo no mercado e se eximir da sua responsabilidade de saná-lo voluntária, tempestiva e efetivamente, leva o consumidor em estado de carência²³ e situação de vulnerabilidade a desperdiçar o seu tempo vital e a se desviar das suas atividades existenciais²⁴ para enfrentar o problema que lhe foi imposto. Consequentemente o consumidor sofre um dano extrapatrimonial de natureza existencial, cujo prejuízo é presumido e deve ser reparado pelo fornecedor que o causou. Esse evento danoso denomina-se “desvio produtivo do consumidor” e não se amolda à jurisprudência tradicional, segundo a qual ele representaria “mero dissabor ou aborrecimento” normal na vida do consumidor.²⁵

Ao publicar o primeiro estudo sobre a problemática em 2011, na obra intitulada *Desvio Produtivo do Consumidor*,²⁶ e avançando em 2017 na *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*²⁷ – obras que pioneiramente identificaram e valorizaram o tempo do consumidor como um bem jurídico –, percebi que não se sustentava a compreensão jurisprudencial brasileira de que a *via crucis* enfrentada pelo consumidor, diante de um problema de consumo criado e imposto pelo próprio fornecedor, representaria “mero dissabor ou aborrecimento” normal na vida do vulnerável, e não um dano extrapatrimonial ressarcível.

Os substantivos “dissabor” e “aborrecimento” traduzem um sentimento negativo qualificado pelo adjetivo “mero”, que significa simples, comum, trivial. Em outras palavras, a jurisprudência baseada no argumento do “mero aborrecimento” está implicitamente afirmando que, em determinada situação, houve lesão à integridade psicofísica de alguém apta a gerar um sentimento negativo (“dissabor” ou “aborrecimento”). Porém, segundo se infere dessa mesma jurisprudência, tal sentimento é pequeno, trivial ou sem importância (“mero”), portanto incapaz de romper o equilíbrio psicológico da pessoa e, consequentemente, de configurar o dano moral compensável.

²³ *Estado de carência* corresponde ao estado de desconforto ou de tensão gerado pela ativação de certa carência (necessidade, desejo ou expectativa). Tal estado impulsiona a pessoa a obter certo objeto ou a alcançar determinada meta e, geralmente, não permite demora (DESSAUNE, Marcos. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3. ed. rev., modif. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022. p. 365).

²⁴ *Atividades existenciais* são as atividades que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade, destacando-se estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial (DESSAUNE, 2022, p. 359).

²⁵ DESSAUNE, Marcos. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3. ed. rev., modif. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022. p. 18-19.

²⁶ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. 1. ed. São Paulo: RT, 2011.

²⁷ 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.

Com efeito, essa jurisprudência tradicional revela um raciocínio erigido sobre bases equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão errônea. O primeiro equívoco é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era essencialmente a dor, o sofrimento, o abalo psíquico, e se tornou a lesão a um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, abrangendo os bens objeto dos direitos da personalidade. O segundo equívoco é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são a sua liberdade, o seu tempo vital e as atividades existenciais que cada pessoa escolhe nele realizar – como trabalho, estudo, descanso, lazer, convívio social e familiar, etc. O terceiro equívoco é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra protegido tanto no rol aberto dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida. Por conseguinte o lógico seria concluir que os eventos de desvio produtivo do consumidor acarretam, no mínimo, dano moral *lato sensu* reparável.²⁸

Ocorre que o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida, enquanto direito fundamental, constitui-se das próprias atividades existenciais que cada um escolhe nela realizar.²⁹ Logo um evento de desvio produtivo traz como resultado um dano que, mais do que moral, é existencial pela alteração prejudicial do cotidiano e/ou do projeto de vida do consumidor.³⁰

Na dicção da recente *Teoria ampliada do Desvio Produtivo*, o fenômeno em questão pode ser assim conceituado e sistematizado:

Desvio produtivo do consumidor é o evento danoso (dano-evento) que tem origem quando o fornecedor, no curso da sua atividade, cria um problema de consumo e se exime da sua responsabilidade de saná-lo voluntária e efetivamente em prazo compatível com a essencialidade, a utilidade ou a característica do produto ou do serviço. Com esse comportamento, o fornecedor leva o consumidor em estado de carência³¹ e situação de vulnerabilidade a desperdiçar o seu tempo vital e a se desviar das suas atividades existenciais para enfrentar o problema que lhe foi imposto, o que resulta na alteração prejudicial e indesejada do cotidiano e/ou do projeto de vida do consumidor, bem como na correspondente perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida em situações desgastantes perfeitamente previsíveis e evitáveis. Esse prejuízo extrapatrimonial é causado pela indicada interferência indevida do fornecedor na autodeterminação temporal e existencial do consumidor, sendo tal prejuízo deduzido de dois postulados assim enunciados: o tempo é um recurso produtivo limitado, que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, ao mesmo tempo, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes. Logo, cada vez que o consumidor precisa adiar ou suprimir uma atividade existencial para enfrentar um problema criado e imposto pelo fornecedor, em regra ele só

²⁸ DESSAUNE, 2022, p. 299.

²⁹ DESSAUNE, 2022, p. 367.

³⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 42-46, *passim*.

³¹ *Estado de carência* corresponde ao estado de desconforto ou de tensão gerado pela ativação de certa carência (necessidade, desejo ou expectativa). Tal estado impulsiona a pessoa a obter certo objeto ou a alcançar determinada meta e, geralmente, não permite demora (DESSAUNE, 2022, p. 365).

consegue repô-la deslocando no tempo uma segunda atividade planejada ou desejada, e assim sucessivamente. O consumidor submete-se a esse *modus operandi* próprio do fornecedor seja pela necessidade ou premência de satisfazer determinada carência,³² seja para buscar uma solução, seja para evitar um prejuízo, seja para reparar algum dano. Conclui-se, portanto, que um evento de desvio produtivo acarreta, derradeiramente, lesão à liberdade e à existência digna da pessoa natural consumidora, que assim sofre imediata e necessariamente um dano extrapatrimonial de natureza existencial, cujo prejuízo é presumido (*in re ipsa*) e deve ser reparado mediante comprovação do evento danoso. Num evento de desvio produtivo o consumidor também pode sofrer, simultaneamente, outras espécies de dano.³³

4. A NOVA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

O lançamento da 1ª edição da obra intitulada *Desvio Produtivo do Consumidor*,³⁴ em novembro de 2011, preencheu um vazio doutrinário até então existente no Direito brasileiro. A partir da sua publicação, começaram a surgir, paulatinamente, as primeiras decisões judiciais utilizando a nova tese em sua fundamentação.

Tem-se notícia de que o juiz de Direito Fernando Antonio de Lima, da Comarca de Jales/SP, teria prolatado a primeira sentença em âmbito nacional fundamentada na tese do *Desvio Produtivo do Consumidor*. Conforme informam Alexandre Morais da Rosa e Maurilio Casas Maia, tal sentença seria, inclusive, a primeira decisão brasileira de primeiro grau que, historicamente, teria cogitado a autonomia do dano temporal.³⁵

Destaca-se o seguinte trecho da “Sentença de Jales”:

[...] O Advogado Marcos Dessaune escreveu o livro *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. Desenvolveu a notável tese de que não basta a introdução [no mercado] de produtos e serviços de qualidade, seguros e reunidos com as informações devidas.

É que, segundo o ilustre estudioso, o fornecedor tem o dever implícito (subjacente) de liberar os recursos produtivos do consumidor, para que o consumidor empregue seu tempo nas atividades de sua preferência.

O tempo é recurso produtivo. A Ciência Econômica ensina que os recursos disponíveis são escassos para satisfação das necessidades desejadas. As pessoas fazem escolhas a todo momento, para satisfazer o máximo de carências com o mínimo possível de recursos.

Havendo poucos recursos, os seres humanos são obrigados a fazer escolhas, para conseguirem o máximo de bem-estar – aquilo que os economistas denominam de “utilidade”.

O problema da escassez tem que ver com a Lei da Oferta e da Procura, que rege a dinâmica da quantidade e do preço dos bens econômicos. A escassez faz o preço (*rarity pretium facit*).

Assim, quanto mais escasso um bem de consumo, maior o preço; quanto mais abundante no mercado econômico, menor o preço.

³² *Carências* designam o conjunto das necessidades, desejos e expectativas da pessoa. Quando ativadas, as carências criam um estado de desconforto ou de tensão que impulsiona a pessoa a obter certo objeto ou a alcançar determinada meta, geralmente não permitindo demora (DESSAUNE, 2022, p. 360).

³³ DESSAUNE, 2022, p. 363-364.

³⁴ DESSAUNE, 2011, *passim*.

³⁵ BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio C. (Org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 39.

A Lei da Oferta e Procura aplica-se também ao recurso produtivo tempo, porque as pessoas querem sempre mais tempo para investir em *qualidade de vida*. Trata-se de um “bem” também escasso, ou seja, as pessoas detêm menos tempo do que desejam.

Além de *escasso*, o tempo ostenta estas outras características: a) *intangibilidade*: não é passível de ser tocado; b) *ininterrompibilidade*: não pode ser parado; c) *irreversibilidade*: não pode ser revertido; d) *irrecuperabilidade*. Assim, diferentemente dos bens materiais, o tempo não pode ser acumulado nem recuperado durante uma vida humana.

Em razão dessas características (escassez, inacumulabilidade, irrecurabilidade), o tempo se revela um *bem primordial*, tão ou tão valioso quanto à saúde física e mental.

Nesse sentido, o tempo – útil³⁶ ou produtivo – deveria compor o rol dos direitos tutelados pela Constituição, ao lado da vida, saúde, liberdade, igualdade, privacidade, honra, imagem o que não ocorre expressamente na CF/88.

O mercado de consumo é abastecido com inúmeros produtos e serviços defeituosos (em sentido amplo). O consumidor não é atendido em suas necessidades, o bem-estar do vulnerável não é alcançado.

Para resolver esses problemas de consumo, o consumidor despoja do seu tempo produtivo ou útil, desviando suas competências (trabalho, estudo, descanso, lazer, convivência familiar).

Cumpra, pois, que o consumidor seja indenizado pela subtração de seu tempo produtivo, sob a dupla perspectiva de compensação da vítima e punição do ofensor de modo que condutas semelhantes não se repitam.

A reparação pelo desvio produtivo do consumidor situa-se na órbita dos danos morais, ou constitui categoria autônoma? [...] (TJSP, Comarca de Jales, proc. 0005804-43.2014.8.26.0297, j. 28-08-2014, Juiz Fernando Antonio de Lima).

Em segunda instância, tem-se notícia de que o desembargador Fábio Podestá, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), teria relatado a primeira decisão colegiada em âmbito nacional fundamentada na tese do *Desvio Produtivo do Consumidor*.

Eis a ementa do acórdão:

Ação de indenização por danos morais. Vício do produto. Máquina de lavar. Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos. Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas. Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor. Nítida ocorrência do “Venire contra factum proprium”. Fixação de cláusula penal. Dano material que não se confunde com o dano moral. Tempo demasiado sem o uso do referido produto. Desídia e falta de respeito para com o consumidor. Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável. Inteligência da tese do *Desvio Produtivo do Consumidor*. Danos morais. Configurados. afronta à dignidade da pessoa humana. Caso dos autos que não se confunde com um “mero aborrecimento” do cotidiano. Indenização fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido (TJSP, AC 0007852-15.2010.8.26.0038, Araras, j. 13-11-2013, v.u., Quinta Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fábio Podestá).

³⁶ No meu entendimento, não se deve classificar o tempo de “útil”, porque isso implicaria reconhecer que existe algum tempo “inútil” na vida humana, o que é inconcebível, assim como não se deve denominá-lo “livre”, porque alguém poderia argumentar, ainda que falaciosamente, que se trata de um tempo de “menor valor”. Aliás, rigorosamente falando, não existe tempo “livre” na vida humana: ele é sempre “ocupado”, do ócio ao negócio. Assim sendo, prefiro designar esse relevante bem jurídico de “tempo vital ou existencial” (DESSAUNE, 2022, p. 171-172).

Com a disseminação da nova tese do *Desvio Produtivo* a partir de 2012, os tribunais brasileiros progressivamente passaram a adotá-la como *ratio decidendi* de causas que envolviam o dispêndio excessivo de tempo do consumidor com problemas de consumo, iniciando assim um processo de gradual transformação da jurisprudência lastreada no argumento do “mero aborrecimento”. Até então e em grande medida, tal jurisprudência defensiva material não reconhecia a existência de danos extrapatrimoniais (ou morais *lato sensu*) em situações em que eles estavam claramente presentes, sob o argumento de ter ocorrido no caso concreto um “mero aborrecimento” do cotidiano.³⁷

O ápice da alteração da jurisprudência em análise ocorreu em 17-12-2018, quando o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) cancelou, por unanimidade de votos, após provocação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro (OAB/RJ), o enunciado da Súmula 75 que havia sido criada em 2004 e ficara popularmente conhecida como a “súmula do mero aborrecimento”. O verbete em questão havia sido aprovado em 22-11-2004 com o seguinte teor: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar *mero aborrecimento*, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

Tanto o requerimento da OAB/RJ quanto a decisão do TJRJ foram fundamentados na *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*.³⁸ Isso ocorreu no Processo Administrativo 0056716-18.2018.8.19.0000, cujo acórdão relatado pelo desembargador Mauro Pereira Martins consagrou o seguinte entendimento em sua ementa:

[...] Julgados desta Corte de Justiça que, desde os idos de 2009, trazem dentre os direitos da personalidade o *tempo* do contratante, que não pode ser desperdiçado inutilmente, tomando por base a moderna *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Súmula que não mais se coaduna com o entendimento adotado por este Sodalício. [...] Acolhimento da proposta de cancelamento do enunciado nº 75, da súmula de jurisprudência predominante deste Tribunal de Justiça (TJRJ, Proc. Adm. 0056716-18.2018.8.19.0000, j. 17-12-2018, v.u., Órgão Especial, rel. Des. Mauro Pereira Martins).

No mesmo ano de 2018, o STJ começou a julgar monocraticamente os primeiros agravos em recursos especiais que não foram admitidos na origem, invariavelmente mantendo as decisões dos tribunais estaduais que haviam adotado a *Teoria do Desvio Produtivo* como razão de decidir para condenar fornecedores a ressarcir os danos morais decorrentes da lesão ao tempo vital dos consumidores.

Dentre as mais de 80 decisões monocráticas da Corte Superior contadas até junho de 2021, uma das primeiras foi proferida em 05-04-2018 pelo ministro Marco Aurélio Bellizze nos

³⁷ DESSAUNE, 2022, p. 308-319.

³⁸ CONJUR. *Órgão Especial TJ do Rio de Janeiro cancela “súmula do mero aborrecimento”*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/orgao-especial-tj-rio-cancela-sumula-mero-aborrecimento]. Acesso em: 09-06-2021.

autos do Agravo em Recurso Especial 1.260.458/SP, nestas palavras:³⁹

[...] Adoção, no caso, da *teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados [...] (STJ, AREsp 1.260.458/SP, j. 05-04-2018, dec. mono., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

Em 05-02-2019, a Terceira Turma do STJ, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, proferiu a primeira decisão colegiada da Corte Superior fundamentada na *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. O objetivo recursal era determinar se o descumprimento de normas municipais e federais, que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias, seria capaz de configurar dano moral indenizável de natureza coletiva.⁴⁰

Nesse sentido, o acórdão do STJ restabeleceu a sentença e a condenação em danos morais coletivos imposta no primeiro grau de jurisdição, tendo o julgamento ocorrido nos autos do Recurso Especial 1.737.412/SE em ação coletiva promovida pela Defensoria Pública de Sergipe, cujo acórdão apresenta a seguinte ementa:

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 [disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo]. *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Dano moral coletivo. Ofensa injusta e intolerável. Valores essenciais da sociedade. Funções. Punitiva, repressiva e redistributiva.

[...]

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 útil⁴¹ 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 (STJ, REsp 1.737.412/SE, j. 05-02-2019, v.u., Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi).

³⁹ CONJUR. *STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>. Acesso em: 05-07-2021.

⁴⁰ CONJUR. *STJ aplica teoria do desvio produtivo e condena banco por dano moral coletivo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/stj-aplica-desvio-produtivo-condena-banco-dano-coletivo>. Acesso em: 05-07-2021.

⁴¹ No meu entendimento, não se deve classificar o tempo de “útil”, porque isso implicaria reconhecer que existe algum tempo “inútil” na vida humana, o que é inconcebível, assim como não se deve denominá-lo “livre”, porque alguém poderia argumentar, ainda que falaciosamente, que se trata de um tempo de “menor valor”. Aliás, rigorosamente falando, não existe tempo “livre” na vida humana: ele é sempre “ocupado”, do ócio ao negócio. Assim sendo, prefiro designar esse relevante bem jurídico de “tempo vital ou existencial” (DESSAUNE, 2022, p. 171-172).

Ainda em 2019 começaram a surgir, Brasil afora, os primeiros julgados em que a própria jurisprudência ampliou, por analogia, a aplicação da *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* para outras áreas do Direito.

Em 02-06-2019, a 12ª Câmara de Direito Público do TJSP julgou a AC 1000624-72.2018.8.26.0205, na qual empregou a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, por analogia, ao Direito Administrativo. Cuida-se de caso em que o Estado de São Paulo foi condenado a indenizar danos morais por cobrar indevidamente o IPVA de 2017 de um carro que havia sido vendido em 2015 pelo cidadão-contribuinte, que se viu obrigado a desperdiçar o seu tempo e se desviar das suas atividades para resolver o erro criado pela Administração Pública.⁴²

De acordo com o desembargador Souza Meirelles, relator do processo:

[...] *in casu*, para evitar maiores prejuízos, ante o erro perpetrado pela Administração Pública, o requerente se viu obrigado a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas competências de atividades como o trabalho, estudo, descanso, ou lazer para tentar resolver o problema advindo da conduta da parte requerida.

[...]

Não se ignora que a *Teoria do Desvio Produtivo* foi originalmente cunhada para ter aplicação, primordialmente, às relações de consumo. No entanto, tenho por certo ser plenamente possível a incidência da supramencionada teoria às relações estabelecidas no âmbito do Direito Administrativo, em verdadeira aplicação da teoria do diálogo das fontes, pela qual as normas jurídicas não se excluem por pertencerem a ramos jurídicos distintos, porém conexos, devendo, pelo contrário, ser aplicadas dentro de uma ideia de complementaridade, tendo em vista nosso sistema jurídico uno (TJSP, AC 1000624-72.2018.8.26.0205, j. 02-06-2019, v.u., 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Souza Meirelles).

Em 10-06-2019, a Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT-17) julgou o RO 0000210-16.2018.5.17.0101, no qual aplicou a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, por analogia, ao Direito do Trabalho. Trata-se de caso em que o empregador foi condenado a indenizar danos morais por descumprir seu dever legal de dar baixa na CTPS do empregado, levando-o ao desgaste temporal de precisar promover uma ação judicial para exigir um direito evidente.⁴³

Nos termos do voto da desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, relatora do processo:

[...] pode-se utilizar ao caso, por analogia, o entendimento que ora vem se tornando pacífico no âmbito do E. STJ no que tange às relações de consumo, que diz respeito à *teoria do desvio produtivo*.

⁴² CONJUR. *TJ-SP usa teoria do desvio produtivo para anular cobrança indevida de IPVA*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/tj-sp-usa-teoria-desvio-produtivo-anular-cobranca-ipva]. Acesso em: 22-11-2019.

⁴³ CONJUR. *TRT-17 aplica teoria do desvio produtivo para condenar empresa*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/trt-17-aplica-teoria-desvio-produtivo-condenar-empresa]. Acesso em: 22-11-2019.

Segundo Marcos Dessaune, principal expoente, no Brasil, pelo desenvolvimento da chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor:

(...) 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 [...]

[...]

Diante das similaridades existentes entre as relações de consumo e de trabalho, em especial a característica de hipossuficiência do consumidor⁴⁴ e do trabalhador, entendo plenamente cabível nessa Especializada a referida teoria, impondo-se ao empregador que descumprir dever legal que lhe competia, levando o trabalhador ao desgaste de ajuizar uma ação para obter o bem da vida (incontroverso diga-se de passagem, pois a baixa da CTPS é dever do empregador) ao pagamento de uma reparação por danos morais (TRT-17, RO 0000210-16.2018.5.17.0101, j. 10-06-2019, v.u., Terceira Turma, rel. Des. Daniele Corrêa Santa Catarina).

Em 07-10-2019, novamente a Terceira Turma do TRT-17 julgou o RO 0001757-05.2015.5.17.0002, no qual reiterou o entendimento acima.⁴⁵

Em 23-10-2019, a Sexta Turma Especializada em Direito Administrativo e Cível do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) julgou a Apelação 0068187-66.2015.4.02.5101, na qual também empregou a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, por analogia, ao Direito Administrativo. Trata-se de caso em que o INSS foi condenado a indenizar danos morais a um aposentado que passou a receber, mensalmente, quantia inferior a um salário mínimo. Conforme consta do acórdão, a Autarquia Previdenciária incluiu na aposentadoria do segurado uma consignação de 30% da sua renda mensal para ressarcimento de um benefício fraudado por terceiros, ocasião em que o aposentado se viu forçado a perder tempo e ainda teve que custear advogado em busca de tutela jurisdicional, em razão da desídia do INSS que não adotou as cautelas necessárias para evitar o dano.⁴⁶

Para o relator do processo, o desembargador federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Configura-se, no caso, o *desvio produtivo* do tempo existencial do segurado, com lesão à sua esfera de dignidade – de que fala com propriedade o jurisperito e advogado, Marcos Dessaune [...], cuja teoria já foi encampada inclusive pelo STJ (*vide*, dentre outros, por exemplo: *AREsp 1.260.458/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze*), – decorrente da perda de tempo e de dispêndio para custear advogado, em busca de tutela jurisdicional, por mera desídia do réu, que não adotou as cautelas cabíveis para evitar o dano, mesmo ciente de que o direito ao recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição do demandante achava-se sob o amparo de sentença já transitada em julgado e de

⁴⁴ Nas relações de consumo fala-se em “vulnerabilidade” do consumidor, conceito que se aproxima da ideia de “hipossuficiência” do trabalhador.

⁴⁵ CONJUR. *Empresa deve indenizar por não fazer anotações em carteira de trabalho*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-out-22/empresa-indenizar-nao-assinar-carteira-trabalho]. Acesso em: 05-07-2021.

⁴⁶ CONJUR. *TRF-2 condena INSS por desvio produtivo de segurado*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-nov-17/trf-condena-inss-desvio-produtivo-segurado]. Acesso em: 22-11-2019.

que ele não participou da irregularidade do benefício objeto de fraude, cujo fraudador é ignorado pela Autarquia Previdenciária e pelos demais órgãos investigativos (MPF e PF), o que agrava a responsabilidade da demandada, sem que tenha havido culpa concorrente do autor, perpassando a fronteira do mero dissabor na espécie (TRF-2, Ap. 0068187-66.2015.4.02.5101, j. 23-10-2019, v.u., Sexta Turma Especializada em Direito Administrativo e Cível, rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama).

Em 23-10-2019, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) criou o tema “Teoria do desvio produtivo do consumidor” na página de consulta denominada *jurisprudência em temas / CDC na visão do TJDFT / princípios e teorias*, em seu site, que traz o seguinte enunciado atualizado em 31-05-2021:⁴⁷

Segundo a *teoria do desvio produtivo*, a desnecessária perda de tempo útil⁴⁸ imposta pelo fornecedor para o reconhecimento do direito do consumidor configura abusividade e enseja indenização por danos morais.

Adiante, em 24-05-2021, a ministra Kátia Magalhães Arruda, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), proferiu decisão monocrática no AIRR 0001380-97.2018.5.17.0141 em que reconheceu “a transcendência quanto ao tema ‘dano moral - falta de anotação na CTPS’,” porém negou provimento ao agravo de instrumento da empresa reclamada. Destarte manteve o entendimento do TRT-17 que, nos autos da Reclamação Trabalhista 0001380-97.2018.5.17.0141, havia aplicado a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, por analogia, a mais um caso juslaboral.⁴⁹

Eis um trecho do acórdão recorrido transcrito pela ministra relatora:

A empresa, em razão do não reconhecimento do vínculo empregatício, não efetuou o pagamento das parcelas rescisórias e deixou de registrar e dar baixa do contrato de trabalho na CTPS, motivo pelo qual resta presumível o dano daí decorrente, que influencia até mesmo na busca de novo emprego.
[...] pode-se utilizar ao caso, por analogia, o entendimento que ora vem se tornando pacífico no âmbito do E. STJ no que tange às relações de consumo, que diz respeito à *teoria do desvio produtivo*.
Segundo Marcos Dessaune, principal expoente, no Brasil, pelo desenvolvimento da chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor:

⁴⁷ TJDFT. *Jurisprudência em temas / CDC na visão do TJDFT / princípios e teorias*: Teoria do desvio produtivo do consumidor. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/copy2_of_aplicabilidade-do-cdc-as-relacoes-juridicas-entidade-de-previdencia-privada-e-seus-participantes]. Acesso em: 06-07-2021.

⁴⁸ No meu entendimento, não se deve classificar o tempo de “útil”, porque isso implicaria reconhecer que existe algum tempo “inútil” na vida humana, o que é inconcebível, assim como não se deve denominá-lo “livre”, porque alguém poderia argumentar, ainda que falaciosamente, que se trata de um tempo de “menor valor”. Aliás, rigorosamente falando, não existe tempo “livre” na vida humana: ele é sempre “ocupado”, do ócio ao negócio. Assim sendo, prefiro designar esse relevante bem jurídico de “tempo vital ou existencial” (DESSAUNE, 2022, p. 171-172).

⁴⁹ CONJUR. *Teoria do desvio produtivo pode ser aplicada em casos trabalhistas, decide TST*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/tst-confirma-aplicacao-teoria-desvio-produtivo]. Acesso em: 05-07-2021.

(...) 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 [...] (TST, AIRR 0001380-97.2018.5.17.0141, j. 24-05-2021, dec. mono., rel. Min. Kátia Magalhães Arruda).

Em 22-02-2022, a Terceira Turma do STJ, novamente sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, proferiu outra importante decisão colegiada do Tribunal da Cidadania fundamentada na *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Os propósitos recursais eram, entre outros, dizer se é possível a condenação ao pagamento de danos morais coletivos em demanda em que se discute direitos individuais homogêneos; determinar se em demanda em que se discute a caracterização de dano moral coletivo é necessária a prova concreta do dano; e definir se a reiterada existência de caixas eletrônicos inoperantes, sobretudo por falta de numerário, e o conseqüente excesso de espera em filas de agências bancárias, por tempo superior ao estabelecido em legislação municipal, são causas suficientes de dano moral coletivo.⁵⁰

Nesse sentido, o acórdão do STJ manteve a condenação em danos morais coletivos imposta pelo Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO), tendo o julgamento ocorrido nos autos do Recurso Especial 1.929.288/TO em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Tocantins, cujo acórdão ostenta a seguinte ementa e fundamentação:

Recurso Especial. Ação civil pública. [...] Dano moral coletivo. Direitos individuais homogêneos. Compatibilidade. Dano moral coletivo. Aferição *in re ipsa*. Caixas eletrônicos inoperantes. Falta de numerário. Desabastecimento. Excessiva espera em filas por tempo superior ao limite previsto em lei municipal. Reiteração das condutas. Dano moral coletivo caracterizado. Valor da compensação. Razoabilidade. [...]

21. É assente na jurisprudência desta Corte Superior que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, de modo que sua configuração decorre do simples fato da violação, ou seja, da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

[...]

37. Nesse passo, deve-se ressaltar que o tempo útil⁵¹ e seu máximo aproveitamento são interesses coletivos, subjacentes à função social da atividade produtiva e aos deveres de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, que são impostos aos fornecedores de produtos e serviços.

38. A proteção contra a perda do tempo útil⁵² do consumidor deve, portanto, ser realizada sob a vertente coletiva, a qual, por possuir finalidades precípua de sanção, inibição e reparação indireta, permite seja aplicada a *teoria do desvio*

⁵⁰ CONJUR. *Teoria do desvio produtivo: caixas desabastecidas e filas excessivas em banco geram dano moral coletivo*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/caixas-desabastecidos-filas-banco-geram-dano-moral-coletivo]. Acesso em: 14-03-2022.

⁵¹ No meu entendimento, não se deve classificar o tempo de “útil”, porque isso implicaria reconhecer que existe algum tempo “inútil” na vida humana, o que é inconcebível, assim como não se deve denominá-lo “livre”, porque alguém poderia argumentar, ainda que falaciosamente, que se trata de um tempo de “menor valor”. Aliás, rigorosamente falando, não existe tempo “livre” na vida humana: ele é sempre “ocupado”, do ócio ao negócio. Assim sendo, prefiro designar esse relevante bem jurídico de “tempo vital ou existencial” (DESSAUNE, 2022, p. 171-172).

⁵² Ver observação na NR acima.

produtivo do consumidor, que conduz à responsabilidade civil pela perda do tempo útil⁵³ ou vital.

39. Com efeito, a *teoria do desvio produtivo* – desenvolvida por Marcos Dessaune e empregada, pela primeira vez, nesta Corte Superior, no julgamento do REsp 1634851/RJ, de minha relatoria – preceitua a responsabilização do fornecedor pelo dispêndio de tempo vital do consumidor prejudicado, desviando-o de atividades existenciais.

[...]

43. Desse modo, é imperioso concluir, na linha do referido precedente desta Terceira Turma, que a inadequada prestação de serviços bancários, caracterizada pela reiterada existência de caixas eletrônicos inoperantes, sobretudo por falta de numerário, e pelo conseqüente excesso de espera em filas por tempo superior ao estabelecido em legislação municipal, é apta a caracterizar danos morais coletivos.

[...]

58. Na hipótese, não se evidencia a exorbitância apta a permitir a redução do valor fixado pela Corte de origem a título de compensação pelos danos morais coletivos, porquanto entende-se razoável o *quantum* fixado correspondente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada instituição financeira [...] (STJ, REsp 1.929.288/TO, j. 22-02-2022, v.m., Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi).

5. CONCLUSÕES

O conceito de dano moral ampliou-se no Brasil nos últimos anos, partindo da noção de dor e sofrimento anímico para alcançar, atualmente, o prejuízo não econômico decorrente da lesão a um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, compreendendo os bens objeto dos direitos da personalidade – como o tempo da pessoa humana. Essa ampliação conceitual vem permitindo o reconhecimento de novas categorias de danos extrapatrimoniais para além da esfera anímica da pessoa – como o dano estético, o dano temporal, o dano existencial etc. –, bem como a reparação autônoma de mais de uma espécie deles originária do mesmo evento danoso.

A *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* promoveu a ressignificação e a valorização do tempo do consumidor – elevando-o à categoria de um bem jurídico –, vem possibilitando a superação da jurisprudência brasileira baseada no argumento do “mero aborrecimento” – que fora construída sobre bases equivocadas –, contribuiu para a ampliação do conceito de dano moral – apontando esse tempo como um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado – e ensejou o gradual desenvolvimento de uma nova jurisprudência nacional – a do desvio produtivo do consumidor.

Para ilustrar esse avanço jurisprudencial ocorrido nos 11 anos que transcorreram do lançamento da 1ª edição da obra (2011) até o presente momento (2022), realizei cinco pesquisas quantitativas de jurisprudência entre fevereiro de 2017⁵⁴ e dezembro de 2022.⁵⁵ De acordo com o

⁵³ Ver observação na NR acima.

⁵⁴ Quatro meses antes do lançamento da 2ª edição da obra.

⁵⁵ A metodologia de pesquisa utilizada foi efetuar, na página de “pesquisa de jurisprudência” do *site* de cada tribunal estadual, distrital, federal e do STJ, durante um único dia escolhido aleatoriamente, buscas pela expressão exata e inequívoca “desvio produtivo” (entre aspas) na ementa e no inteiro teor das decisões colegiadas proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis, pelas câmaras cíveis dos tribunais de 2ª instância e pelas turmas de direito privado do STJ, adicionalmente às buscas nas decisões monocráticas proferidas pelos ministros daquela Corte Superior.

último levantamento de dados, no dia 15-12-2022 a expressão exata e inequívoca “desvio produtivo” já havia sido citada em 44.918 acórdãos dos 27 tribunais estaduais e do Distrito Federal, em 222 acórdãos dos seis tribunais regionais federais⁵⁶ e em 256 decisões monocráticas e quatro acórdãos do STJ.

Ao lado disso, a partir de 2019 a *Teoria* consumerista passou a ser aplicada, por analogia, ao Direito Administrativo (e.g. pelo TJSP e pelo TRF-2) e ao Direito do Trabalho (e.g. pelo TRT-17), tendo sua utilização na esfera juslaboral posteriormente confirmada pelo TST.

Diante dessa construção jurisprudencial fundada na analogia, em 2020 iniciei novos estudos sobre a possibilidade de a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* também ser aplicada em outras áreas do Direito. As conclusões a que cheguei foram incorporadas à minha tese consumerista e apresentadas à comunidade acadêmica e jurídica na 3ª edição da obra – intitulada *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*⁵⁷ –, que foi lançada em livro no Brasil em agosto de 2022.⁵⁸

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e modif. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARRETO, Miguel. *A indústria do mero aborrecimento*. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2016.

BARROSO, Lucas A.; DIAS, Eini R. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 94, 2014.

BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio C. (Org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. 1. ed. São Paulo: RT, 2011.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3. ed. rev., modif. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022.

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.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁶ A Justiça estadual e do Distrito Federal têm competência para processar e julgar, em 1º e 2º graus, todas as causas envolvendo Direito do Consumidor, exceto aquelas em que a União, as entidades autárquicas e as empresas públicas federais forem interessadas. Nessa circunstância – que envolve uma quantidade infinitamente menor de demandas de consumo –, a competência para processar e julgar as causas envolvendo Direito do Consumidor desloca-se para a Justiça federal de 1º e 2º graus.

⁵⁷ DESSAUNE, 2022, *passim*.

⁵⁸ CONJUR. *Novos campos: Marcos Dessaune lança Teoria do Desvio Produtivo ampliada*. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/marcos-dessaune-lanca-teoria-desvio-produtivo-ampliada>]. Acesso em: 08-12-2022.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Recebido: publicação a convite.

Aprovado: publicação a convite.

Como citar: DESSAUNE, Marcos. A superação do argumento do “mero aborrecimento” promovida pela Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor na jurisprudência brasileira. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 3, p. 113-132, set./dez. 2023.

