

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR PELA PERDA DE TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR

SUPPLIER'S CIVIL RESPONSIBILITY FOR CONSUMER LOSS OF TIME

Wilker de Freitas de Araujo¹

RESUMO: O presente artigo possui como objeto a análise das hipóteses de responsabilização civil do fornecedor pelos danos existenciais a luz da teoria do desvio produtivo do consumidor, consagrada pelo Advogado Marcos Dessaune que classifica como indenizável os danos existenciais experimentados pelos consumidores que desviam suas competências e suprimem atividades existenciais para solucionar problemas advindos da relação de consumo, dos quais não deram causa. Para tanto buscou-se analisar o instituto da responsabilidade civil desde sua concepção histórica ao conceito doutrinário contemporâneo para então abordar cada elemento constitutivo do referido instituto e por fim a abordagem do código consumerista desde sua gênese a aplicação da responsabilidade civil e da teoria do desvio produtivo do consumidor finalizando com análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

1623

Palavras-chave: Direito do consumidor. Dano existencial. Tempo útil do consumidor. Responsabilidade civil. Direito civil.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the hypotheses of civil liability of the supplier for existential damages in the light of the theory of consumer productive diversion, enshrined by Lawyer Marcos Dessaune, who classifies the existential damages experienced by consumers that divert their competences and suppress activities as indemnifiable. existential to solve problems arising from the consumption relationship, of which they gave no cause. To this end, we sought to analyze the civil liability institute from its historical conception to the contemporary doctrinal concept and then address each constitutive element of that institute and finally the consumerist code approach from its genesis to the application of civil liability and the theory of productive deviation ending with a jurisprudential analysis of the Superior Court of Justice.

Keywords: Consumer law. Existential damage. Consumer useful time. Civil responsibility. Civil right.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano, Pós-Graduando em Advocacia Extrajudicial, Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal, atuante como colaborador voluntário da Defensoria Pública do Distrito Federal, Núcleo de atendimento de Santa Maria-DF. Wilker.freitas9@gmail.com.

I. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O instituto da responsabilidade civil é uma criação jurídica que surge quando o agente não observa uma cláusula contratual (responsabilidade civil contratual) deixando de cumprir uma obrigação acordada entre os contratantes ou quando desobedece a letra da lei no que tange a conduta humana e sua vivência em sociedade (responsabilidade civil extracontratual) causando danos a um terceiro, desta forma surge a obrigação de reparação ao ofendido. . (TARTUCE, 2019, p. 720).

Neste passo, observa a doutrina acerca da definição de responsabilidade civil:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)(GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 51).

Trata-se de um instituto de reparação de danos e de equilíbrio nas relações sociais que esteve presente durante toda a história humana e acompanha sua evolução conforme as condutas reprimidas e os bens jurídicos tutelados. Durante o curso da história é perceptível a evolução e a adaptação de um ordenamento jurídico que acompanha, em regra, o grupo social e possui o nobre objetivo de assegurar o convívio harmonioso, a justiça e a resolução dos litígios, contudo, tais premissas são de cunho subjetivo e, por esta razão, sua interpretação oscila pelo tempo e pelo espaço.(MIGUEL, 2006, p.10).

Para compreender a amplitude e a importância do aludido instituto é necessária uma reestruturação histórica desde os primórdios do homem em sua vida social, quando da divisão em grupos, onde a ordem social era imposta pelo indivíduo com maior força física do grupo e toda a atividade social orbitava em torno da autotutela embarcada em um instinto protetivo presente em todos os membros do grupo, ao homem contemporâneo em sociedade devidamente estruturada, buscando equilíbrio social de forma racional.

Ao passar dos tempos constatou-se imenso prejuízo à população em razão do uso imoderado da força para alcance de justiça e reparação social às ofensas sofridas. Esse prejuízo se dava em razão das vinganças privadas extrapolarem a extensão dos danos, mostrando-se um meio brutal e desproporcional para alcance do equilíbrio das relações sociais. Observa Moltocaró e Tamaoki (2014, p.4) quanto a insegurança das vinganças privadas

Assim, essa autotutela como mecanismo de resolução dos conflitos nas civilizações primitivas revelou-se uma total insegurança para a sociedade, não havendo qualquer interferência do Estado ou de terceiros, pois uma vontade se impunha a outra, prevalecendo a força. prevalência do mais forte ante ao mais fraco.

A falta de parâmetros para aplicação da autotutela pelo lesado ao ofensor fez com que o Estado intervisse nas relações de dano/reparação para cercear os arbítrios ocorridos na busca por equilíbrio nas relações sociais estabelecendo critérios práticos para o uso da força. Neste contexto, não havia distinção entre responsabilidade civil ou responsabilidade penal.

Nesse passo, Surge a lei de Talião que pregava o princípio do mal pelo mal, no qual as reparações passaram a ser de idêntica proporção ao dano, sendo os castigos regulados pelo Estado, surgiu, então, nesta época, a política do “olho por olho e dente por dente” contida na referida lei. Por muitos anos a lei de Talião vigorou em toda a Mesopotâmia e foi recepcionada por outros povos daquele tempo, em especial os Romanos que incorporaram a norma no conjunto de leis estruturalmente conhecidas como as Lei das XII tábuas.

Ao decorrer dos tempos as sociedades e as estruturas de poder evoluem e se alteram. A alteração na estrutura de poder estatal e o advento de uma autoridade soberana fez com que os castigos aplicados pelo lesado ao ofensor fossem banidos e o Estado assumiu o papel de subjugar os ofensores, dosar e aplicar-lhes as penas devidas.

Não mais tarde, os romanos passaram a permitir a tarifação como reparação das ofensas em substituição aos castigos físicos, contudo ainda não se verificava a culpa como fator de aplicação das penas, neste sentido observa (MIGUEL 2006, p. 4):

Após esse período surge o da composição voluntária, com o qual o ofendido passou a ter a faculdade de substituir a retaliação ao agente por uma compensação de ordem econômica. Passa o lesado a perceber as vantagens advindas desta mudança de conduta junto ao causador do dano. É o dinheiro substituindo o castigo físico. Nessa fase a culpa ainda não é cogitada como elemento necessário à indenização, ou seja, a responsabilidade é objetiva, já que dispensa a análise da culpa.

Tal evolução foi de grande repercussão para o mundo jurídico eis que o Estado passava a assumir a função de repreender o ofensor, mas, passou-se a permitir a vítima optar por buscar a reparação do dano por meio da pecúnia, sendo tal ocasião um divisor de águas no meio jurídico. Mesmo com os avanços da época acerca da apuração da

responsabilidade civil, injustiças ocorreriam em razão do ordenamento jurídico tratar da responsabilidade apenas na modalidade objetiva, ou seja, não importando a participação consciente do agente e o grau de culpa do ofensor. (MIGUEL, 2006, p. 5).

Não mais tarde, os Romanos, em importante evolução jurídica dos conceitos sobre responsabilidade civil, esboçam os primeiros rascunhos do que conhecemos hoje como responsabilidade civil subjetiva quando da criação da Lei Aquília. Sobre a Lei Aquília, nos explica os ilustres professores:

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana — contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena

para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido[...] (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 51).

Inaugurava-se para o mundo um novo período histórico com a queda do império romano, tendo grande importância para a evolução intelectual da humanidade. A chegada Idade média, fez com que a atenção do mundo se voltasse para novos bens sociais e novas dinâmicas entre o Estado e seus jurisdicionados. Assim, o homem avançou na complexidade das leis reguladoras da vida social.

1626

Dentre as numerosas evoluções jurídicas, há de se mencionar, em destaque, o direito francês que reciclou os institutos da lei aquília dos romanos e amadureceu tais ideias ao ponto de não mais serem necessárias as enumerações dos casos de dano/reparação, eis que, se esculpia uma espécie de princípio aquiliano que norteava a responsabilidade civil. (TARTUCE, 2019, p. 721)

Acerca da inauguração da idade moderna, um dos principais marcos que impactariam os institutos jurídicos é sem dúvida a Revolução francesa (1789). Uma das revoluções burguesas do século XX, com seu caráter de aproximação com o proletariado, foi a causadora da queda de uma das principais monarquias absolutistas do período, guiando o país sob o manto principiológico da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, buscando afastar a interferência abusiva do Estado nas relações privadas. (MIGUEL, 2006, p. 6)

Após a Revolução francesa, nos primórdios da sociedade moderna, Napoleão Bonaparte assume o comando da França e edita seu *códex civilis*, que mundialmente ficou conhecido como o Código de Napoleão ou Código Francês, influenciando diversas outras

codificações pelo mundo. Dentre as inovações trazidas pelo código francês, verifica-se uma espécie de interpretação extensiva da *Lex Aquilia* que imprensindia a verificação da existência de culpa do ofensor para caracterização da responsabilidade civil, nascendo para o mundo jurídico contemporâneo a responsabilidade subjetiva, bem como, a previsão da responsabilidade contratual e divisão da responsabilidade penal e civil. (MIGUEL, 2006, p. 6)

Além do ápice francês no que tange a classificação da responsabilidade civil por critérios subjetivos, o código francês delimitou ideias sobre a teoria do risco que legitimava sua aplicação no contexto de uma atividade perigosa que aumentava os riscos à saúde ou à vida, devendo a responsabilidade civil, nesses casos, ser apurada por critérios objetivos independentemente a culpa do agente.

Moltocaró e Tamaoki (2014, p.7) observam que “A teoria do risco não substituiu a teoria da culpa, mas ambas coexistiam, de modo que havia tanto a responsabilidade subjetiva quanto a responsabilidade objetiva.” No Brasil, o dever de reparar os danos pelos atos ilícitos foi inicialmente concebido pelo código criminal de 1830, 6 anos após a promulgação da constituição imperial, onde o ofensor era obrigado a satisfazer a vítima pelo dano decorrente do delito criminal.

Posteriormente, Clóvis Beviláqua, influenciado pelo código de Napoleão, elabora o projeto do código civil que veio a ser promulgado no ano de 1916, importando diversos institutos jurídico da legislação estrangeira e balizando a responsabilidade civil na teoria da culpa, germinada pelos romanos quando da criação da lei aquília e desenvolvida pelos franceses quando da promulgação do Código de Napoleão. (MIGUEL, 2006, p. 6)

A responsabilidade civil era tratada no artigo 159 do aludido código contendo a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”. Portanto, adota-se a responsabilidade civil subjetiva independentemente a diferença entre conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita.

Quase um século depois, o Brasil promulga seu novo Código Civil em 2002 que inovou no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à responsabilidade civil, uma vez que, além da responsabilidade civil subjetiva e de forma excepcional a adoção da teoria

do risco, apresentava também como conduta passível de reparação o abuso de direito. (MOLTOCARO e TAMAOKI, 2014, p.9)

O código civil de 2002 trata da responsabilidade civil em uma conjugação de artigos espalhados pelo código, sendo o artigo 927 que dita que: “aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e os artigos 186 e 187 que definem o conceito do ato ilícito:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

Art. 187 também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Percebe-se a preocupação do legislador em suprimir todas as formas de injustiças e desequilíbrios nas relações sociais trazendo grandes inovações ao ordenamento jurídico. (MIGUEL, 2006, p. 8)

Sobre a estreia do novo diploma civil, há de se mencionar a previsão indenização por dano moral, não obstante sua previsão no artigo 5º, inciso V da Constituição federal de 1988, sua previsão também no código civil de 2002 contribuiu para a consolidação e reconhecimento da espécie de dano indenizável. Além da responsabilidade civil subjetiva, há também a previsão de aplicação da responsabilidade civil objetiva por meio da teoria do risco, prevista no parágrafo único do artigo 927 do código civil de 2002:

Art. 927- Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Neste passo, não se considera uma inovação jurídica brasileira a implementação da teoria do risco no código civil, uma vez que esta já estava sedimentada no código do consumidor de 1990, mas o referido artigo do código civil contribuiu para implementação da teoria por generalização, não mais se voltando a seara consumerista. O Código Civil de 2002 adotou uma teoria mista de responsabilidade civil sendo a teoria da culpa a regra geral e a teoria do risco a regra excepcional, ampliando o alcance da justiça as vítimas.

Mister faz-se colacionar o comentário do ilustre mestre Frederico de Ávila:

Do exposto até aqui, é possível perceber que, de certa forma, há uma tendência de retorno ao abandono da verificação da culpa para a imputação da responsabilidade civil. Com isso, a responsabilidade que evoluiu do objetivismo dos primórdios para o subjetivismo aquiliano inclina a retornar ao objetivismo. Porém, a

semelhança de agora com outrora termina na prescindibilidade da culpa, já que não mais se cogita de pena sobre a pessoa propriamente dita, mas sim sobre o patrimônio economicamente apreciável da mesma. (MIGUEL, 2006, p.10)

O problema social da efetiva reparação do ofendido ante aos atos do ofensor é confrontado pelo ordenamento jurídico na busca em satisfazer e equilibrar as relações sociais por meio da Responsabilidade Civil. Conforme demonstrado, a Responsabilidade civil é um instituto jurídico em constante evolução decorrente da vida conflituosa do homem em sociedade.

1.1 TEORIA DA CULPA E DO RISCO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA X RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

Com o advento do novo código civil de 2002 percebe-se que o legislador adotou teoria mista no que diz a respeito da responsabilidade civil tendo, por regra, a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) e excepcionalmente a responsabilidade objetiva (teoria do risco) caracterizadas implicitamente no artigo 927 e parágrafo único do código civil de 2002

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A teoria da culpa, também chamada de responsabilidade civil subjetiva ou teoria clássica, se baseia na observação da conduta do agente no que diz respeito a culpa em sentido latu (abrangendo dolo e culpa). (GONÇALVES, 2017, P.509). Conclui-se que a responsabilidade civil subjetiva consiste na pesquisa do comportamento humano e sua contribuição direta ou indireta para a ocorrência do dano.

Nas palavras do doutrinador Pereira, (2018, p.52):

[...] Assim procedendo, não considera apto a gerar efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou certas características.”

Dito isso, faz-se necessário trazer à baila conceitos doutrinários sobre as condutas humanas aptas a gerarem efeitos jurídicos, classificadas como teoria dos fatos jurídicos. O direito e as normas são redigidos para acompanhar o homem em seu ciclo vital, tendo isso em mente, o legislador e a doutrina resolveram valorar os atos da vida dotando-os de

efeitos no mundo jurídico, dado seu grau de importância e conveniência, nomeando-os de fato jurídico em sentido amplo. (GONÇALVES, 2017, p.324).

Nesse diapasão, conclui-se facilmente que a noção de fato jurídico, entendido como o evento concretizador da hipótese contida na norma, comporta, em seu campo de abrangência, não apenas os acontecimentos naturais (fatos jurídicos em sentido estrito), mas também as ações humanas lícitas ou ilícitas (ato jurídico em sentido amplo e ato ilícito, respectivamente), bem como aqueles fatos em que, embora haja atuação humana, esta é desprovida de manifestação de vontade, mas mesmo assim produz efeitos jurídicos (ato-fato jurídico)(GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 423).

Tem-se por objeto de estudo da responsabilidade civil subjetiva a conduta humana dotada de ilicitude que cause danos a outrem devendo ser analisada sob os aspectos de nexo de causalidade sendo irrelevante para o ordenamento jurídico, no direito privado, a distinção de dolo ou culpa, bastando a conduta humana ser juridicamente qualificada como conduta ilícita. (PEREIRA, 2018, p.57).

No direito primitivo, o homem adotava a responsabilidade civil objetiva que consistia apenas na conduta ligada por um elo de causalidade ao dano e que, com o decorrer das evoluções jurídicas, o homem concebeu e adotou a teoria da culpa como pilar basilar da responsabilidade civil moderna.

Na idade moderna, tem-se a insatisfação com a teoria subjetiva, que evidenciava sua incompatibilidade com o cunho desenvolvimentista da época. A insatisfação com a teoria da culpa dava-se em razão da necessidade de comprovação de dano, antijuridicidade da conduta do agente e nexo de causalidade entre eles, ocorre que, em razão das numerosas desigualdades econômicas e de capacidade organizacional, os lesados não conseguiam, por vezes, demonstrar os requisitos para caracterização da responsabilidade civil, o que evidenciava uma barreira intransponível juridicamente. (PEREIRA, 2018, p.57).

A doutrina caminhou para consagração da teoria do risco, cujo mandamento central é o de que quem exerce atividade perigosa que cause risco à saúde ou à vida e disso obtém cômodos lucros deve também suportar os incômodos ou riscos, sem abandonar à fidelidade pela teoria da culpa sendo ainda a regra geral.(GONÇALVES, 2017, p.509).

Atualmente, o ordenamento jurídico adota como excepcionalidade a responsabilidade civil objetiva na seara cível e como regra na seara consumerista. O conceito contemporâneo de responsabilidade civil objetiva é apresentado pela doutrina nos seguintes termos:

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 58).

Em síntese, tem-se que a responsabilidade civil subjetiva é regra prevista no ordenamento jurídico, no que tange as relações cíveis, mas, passa a ser exceção em outras cátedras jurídica como o direito administrativo e direito consumerista, revelando a tendência contemporânea de retorno ao objetivismo. (MIGUEL, 2006, p.10)

2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme observado anteriormente, a responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual sendo a responsabilidade contratual uma consequência pelo não cumprimento de determinada obrigação, conforme disposição do artigo 389 e outros do código civil de 2002. (GONÇALVES, 2017, p. 506).

Já a responsabilidade civil extracontratual é abordada pelo código civil de 2002 sob o título de ato ilícito sendo a obrigação decorrente da infração ao dever de conduta, conforme artigos 927, 186 e 187 do código civil de 2002. (GONÇALVES, 2017, p. 506).

Em tal momento, faz-se necessário analisar com maior cautela a modalidade de responsabilidade civil extracontratual eis que possui natureza especial e abrangência muito maior, nas palavras de GAGLIANO e FILHO, (2018, p.68) “[...] a responsabilidade contratual distingue-se por características muito peculiares à disciplina geral das obrigações e contratos”

Para Tartuce, (2018, p. 744) por mais dispare que possa ser tal classificação entre os doutrinadores brasileiros contemporâneos, ainda prevalece o entendimento de serem quatro os elementos cuja a existência deve ser averiguada para que possa, então, emergir a responsabilidade ao causador de danos, sendo classificados como: A) Conduta humana; B) Culpa Genérica; C) Nexo de causalidade; D) dano ou prejuízo.

Já para Gagliano e Filho, (2018, p.69) a culpa em sentido *latu* é mero elemento accidental. Isto se dá porque a proposta dos autores é a conceituação de elementos genéricos da responsabilidade civil abrangendo a Responsabilidade Subjetiva e a Responsabilidade Objetiva, por isso, a necessidade da percepção de existência ou não de culpa não se adequaria à proposta da conceituação dos elementos básicos para existência de

responsabilidade civil, uma vez que a culpa é somente elemento subjetivo a ser averiguada posteriormente, por fim, para os autores, os elementos necessários são: A) Conduta Humana (positiva ou negativa); B) Dano ou Prejuízo; C) o nexo de causalidade.

Em razão de corrente majoritária, serão abordados conceitos doutrinários dos elementos: A) Conduta humana; B) Culpa Genérica; C) Nexo de causalidade; D) dano ou prejuízo.

2.1 CONDOTA HUMANA (AÇÃO OU OMISSÃO)

Cuida-se, portanto, da conceituação de conduta humana que tem por elemento central a voluntariedade do agente imputável de agir positivamente ou negativamente (omissão) e com consciência das ações praticadas. (GAGLIANO E FILHO, 2018, p.73).

Nas palavras de Tartuce (2018, p. 744) sobre ação e omissão:

A regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica).

O dever jurídico existente posterior a conduta omissiva decorre de disposição legal ou por acordo de vontades, mister necessário provar que se a conduta fosse cumprida o dano teria sido evitado. (GONÇALVES, 2017, p.513).

Ao falar de conduta humana é necessário ressaltar que toda a ação humana orbita em torno da voluntariedade, ou seja, a conduta humana, considerada capaz de caracterizar a responsabilidade civil, é aquela proveniente da liberdade de escolha do agente.

Desta forma, apenas o homem ou as pessoas jurídicas por ele criadas podem ser responsáveis civilmente por suas condutas voluntárias e conscientes. Não estando presentes os elementos da voluntariedade ou consciência do ato não há que se falar em ação humana muito menos em responsabilidade civil em modalidade subjetiva. (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 74).

A regra é que o agente voluntariamente e de forma consciente escolha agir de determinada forma e que, por ventura, se tal escolha causar danos a terceiros, há a responsabilidade de reparação, todavia, o código civil de 2002 traz as espécies de

responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro, por fato de animal ou pela coisa, em seus artigos 932, 936, 937 e 938, veja:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II — o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III — o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV — os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V — os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Embora em um primeiro olhar não se veja ação ou omissão voluntária dos agentes responsáveis pela reparação dos danos descritos na lei, é de grande importância mencionar que os danos de fato de terceiro, de animais ou de coisas são decorrências das omissões do próprio responsabilizado, conforme explica Gagliano e Filho (2018, p.77) “[...] em tais situações, ocorreriam omissões ligadas à deveres jurídicos de custódia, de vigilância ou de má eleição de representantes, cuja responsabilização é imposta por norma legal.”

Portanto, a conduta humana elementar para caracterização da responsabilidade civil é ação ou omissão voluntária e consciente qualificada juridicamente que cause danos a terceiros.

2.2 CULPA DO AGENTE

A culpa do agente é tratada pelo artigo 186 do Código Civil de 2002 e é a ação ou omissão voluntária remetendo o aplicador ao dolo, uma vez que voluntário seria a violação deliberada, intencional, de um dever jurídico. Contudo, em seguida, menciona negligência, imprudência e imperícia fazendo alusão à culpa que nada mais é que a inexistência de

diligências mínimas de cautela que se espera conforme o senso comum. (GONÇALVES, 2017, p. 513)

Tem-se então, quanto a classificação de culpa em sentido estrito (dolo ou culpa), caráter de irrelevância já que possuem a mesma força de responsabilização ante ao dano causado, conforme observa Tartuce (2019, p. 747) “[...] Em todos esses casos, o agente deverá arcar integralmente quanto a todos os prejuízos causados ao ofendido.[...]” Desta feita, se observa que apenas a existência de conduta seja dolosa ou culposa faz-se necessária para responsabilização do agente sob as premissas da responsabilidade subjetiva.

Por fim, mesmo não fazendo distinção entre dolo ou culpa, é necessária a averiguação da proporção da culpa do agente no dano causado, pois a restituição se medirá conforme a extensão do dano e gravidade da culpa do ofensor, nos termos dos artigos 944 e parágrafo único do Código Civil. (GONÇALVES, 2017, p. 513).

2.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causa, também conhecido como nexo etiológico, é o elo que liga a conduta humana -positiva ou negativa- ao dano experimentado pelo ofendido. Nas palavras de Venosa (2017, p.423) “[...]. É o liame que une a conduta do agente ao dano. [...]”, ou seja, é o elemento essencial para identificação do responsável pelos danos, eis que investiga a conduta humana e sua potencialidade na causa do dano.

O nexo de causa é elemento indispensável e bastante discutido no âmbito doutrinário e jurisprudencial em razão de sua complexidade. A doutrina avançou nos estudos do nexo de causalidade e elencou três teorias capazes de explicar o elemento do nexo de causa, sendo elas: a teoria da equivalência, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência consiste na não diferenciação dos antecedentes do resultado danoso, ou seja, possui um espectro amplo considerando, como nexo causal, toda a cadeia de fatos antecedentes aos danos. (GAGLIANO e FILHO 2018, p. 145). O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da equivalência no âmbito do direito penal, tendo como exemplo o artigo 13 do Código penal “Art. 13 - O resultado, de que depende a

existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Dessa forma, interpreta-se que, se todo o antecedente não existisse, o resultado não se consumaria, contudo, percebe-se que a teoria da equivalência leva o aplicador da norma a buscas infinitas pelo verdadeiro causador dos danos que, por vezes, não teria qualquer relação jurídica com o ofensor direto e o ofendido, conforme explica Gagliano e Filho (2018, p. 147):

Nessa linha, se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc., o que envolveria, absurdamente, um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude.

A interferência indireta na cadeia de produção com a impossibilidade de previsão dos resultados decorrentes da ação humana causa grande inconvenientes e imprecisões jurídicas.

Já a teoria da causalidade adequada consiste na identificação das possibilidades antecedentes do dano e se limita a verificar a possível causa, que de forma potencial, causou o evento danoso. (TARTUCE, 2019, p. 759). Pereira (2018, p. III) observa a teoria da causalidade adequada e esboça, etimologicamente, a maneira que a teoria deve ser adotada pelo aplicador da norma:

[...] o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. [...]

Tem-se que, se por um lado, a Teoria da equivalência, que é exacerbadamente ilimitada, faz com que o aplicador da norma tenha que realizar infinitas investigações e responsabilizar sujeitos que nada teriam com a relação jurídica e, por outro lado, a teoria da causalidade adequada, por mais que seja restrita no âmbito investigativo, impescinde da avaliação do julgador, que tem por premissa avaliar os fatos e valorar quais os atos potenciais para causa do dano, admitindo um grau elevado de discricionariedade que permitiria certa insegurança jurídica. (GAGLIANO e FILHO 2018, p. 150).

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida como teoria da causalidade necessária, em que o nexos de causalidade é a ligação do antecedente fático a um vínculo de necessidade ao resultado danoso decorrente diretamente de uma imediata ação humana.

Nas palavras de Tartuce, (2019, p. 760) a teoria da causalidade direta ou imediata é explicada como:

[...] Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. Essa teoria foi adotada pelo art. 403 do CC/2002, sendo a prevalecente segundo parcela considerável da doutrina [...]

Explica Gonçalves (2018, p.362) que “[...] é indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.”

Entende-se que o ordenamento jurídico, no que tange ao direito civil, indiscutivelmente adotou a teoria da causalidade direta ou do dano imediato em que o agente ofensor apenas irá responder pelo dano que se concretizar por consequência direta e imediata de suas ações.

O nexos de causa é elemento indispensável para caracterização da responsabilidade civil, mesmo os casos de responsabilidade civil objetiva, que prescindem a análise de culpa, e sua inexistência inviabiliza a responsabilização civil. Assim tem-se que caso fortuito ou força maior são determinantes para quebra do vínculo etiológico dos danos, uma vez que inexiste a relação de causa e efeitos, bem como os casos de culpa exclusiva da vítima. (VENOSA, 2017, p. 422).

2.4 DANO E SEU CONCEITO DOUTRINÁRIO

Conceitua-se dano ou prejuízo como sendo uma lesão a um interesse juridicamente tutelado e qualquer espécie de responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano reparável. (GAGLIANO e FILHO 2018, p. 82). Para Gonçalves, (2018, p.367) tem-se por dano:

Essa opinião sintetiza bem o assunto, pois, enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma “diminuição do patrimônio”, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.

Observa-se que o dano é um prejuízo suportado por alguém em decorrência da lesão de algum direito, pretensão ou interesse. Dessa forma, o simples descumprimento de um preceito normativo não gera o dever de indenizar, apenas surgirá a obrigação de reparação quando de tal conduta resultar o dano indenizável. (PEREIRA, 2018, p.64).

[...]O interesse, assim entendido, é o objeto da tutela da lei. E o que fere o interesse em si é o dano. Por meio dele, se impede a possibilidade de que o bem satisfaça uma necessidade humana, ou se retira a aptidão geral para satisfazer um valor almejado e procurado pelo homem. (RIZZARDO, 2015, p. 220)

A reparação buscada pela responsabilidade civil consiste em ressarcir danos indenizáveis possibilitando ao ofendido retornar ao status quo ante ou caso não seja possível, deve-se valorar o dano experimentado para que o ofensor compense em pecúnia o ofendido e lhe diminua o sofrimento.

O dano indenizável é o dano passível de liquidação, ou seja, torna-se palpável e mensurável no mundo físico. Para que a obrigação de reparar se torne viável de ser cumprida pelo ofensor, contudo, o dano deve ser atual e certo. Isso se dá porque nem todo o dano é indenizável, uma vez que só será indenizável o dano que for certo, ou seja, o dano que surge no momento da ação ou omissão do ofensor e está concretizado no mundo físico deixando de ser hipótese e passando a ser fato. (PEREIRA, 2018, p.68).

1637

Além de ser certo o dano deve ser atual, ou seja, em regra, um dano futuro não justifica um dever de reparação. Há discussões sobre a reparação de danos futuros nos casos de perdas e danos na forma do artigo 402 do Código Civil, mas tal possibilidade só é viável para casos de danos atuais que projetem seus efeitos para além do presente, alcançando bens jurídicos futuros. (GONÇALVES, 2018, p.370).

Com a evolução tecnológica e social, o legislador, a doutrina e a jurisprudência convergiram em uma valoração dos direitos individuais como bens jurídico invioláveis e passíveis de reparação fazendo surgir espécies de danos contemporâneos, conforme observa Pereira (2018, p.52) sobre a contemporaneidade e evolução de espécies de danos indenizáveis:

Na atualidade, o dano adquiriu papel central na responsabilidade civil. A consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico, deslocou a ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível, assistindo-se ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas invenções. Não parece exagerada, nesse cenário, a alusão à era dos danos.

Pode-se concluir que o dano constitui elemento essencial à etiologia da responsabilidade civil sendo este o centro de toda órbita do dever de reparação, uma vez que a consequência da responsabilidade civil é a reparação do dano e, quando este é inexistente, não há, em regra, que se falar em obrigação de reparar.

3. O TEMPO: COMO BEM JURÍDICO E RECURSO PRODUTIVO.

As evoluções tecnológicas e divisão sistêmica da sociedade dos últimos 10 mil anos resultaram em uma mudança no modelo econômico e organizacional da sociedade que proporcionou a divisão especializada de trabalho com um relativo desenvolvimento material e, especialmente, o desenvolvimento do sistema de trocas. A combinação dos fatores evolutivos resultou em um expressivo aumento da produtividade gerando uma verdadeira massificação de produtos permitindo ao homem a troca de bens e serviços por de outros que necessitava.

A liberdade e qualidade de vida proporcionada pelo sistema pós-industrial, embora mesclado com fatores negativos do sistema capitalista de produção, concedeu liberdade para o consumo de bens e serviços de qualidade, produzidos por fornecedores especialista na área de produção tornando dispensável o tempo que seria gasto pelo consumidor quando da produção para uso próprio. (DESSAUNE, 2019, p. 17).

Ainda classifica Dessaune (2017, p. 110) que o modelo proporcionado pelo sistema pós-industrial demonstrou ao homem o significado do tempo como capital humano, uma vez que consiste em recurso produtivo finito impossível de ser acumulado ou recuperado, cabendo ao homem melhor administra-lo e investi-lo naquilo que entender mais vantajoso.

Para Gagliano e Filho (2018, p. 102) “Compreender o tempo de cada um como um bem jurídico tutelável é um dos novos desafios da contemporaneidade.” Buscando amoldar-se a nova realidade em busca de equidade e de uma vida mais digna o Estado incumbiu-se em reduzir as desigualdades, dentre elas, as relações consumeristas.

Surge então o dever jurídico dos fornecedores de colocarem no mercado de consumo bens e serviços seguros e de qualidade dando, implicitamente, ao consumidor condições de melhor empregar seu tempo e suas competências em outras atividades de sua livre escolha.

Nas palavras de Pereira (2018, p. 51) a dignidade da pessoa humana declarada como princípio máximo pela Constituição Federal da República promulgada em 1988 passou a ser núcleo das relações jurídicas elevando o homem e sua singularidade ao eixo central do ordenamento jurídico, assim, com o desenvolvimento tecnológico e avanço das relações sociais a sociedade contemporânea precisou enfrentar novas relações jurídicas com problemáticas e danos advindos do atual contexto jurídico e histórico.

possível afirmar que o tempo é um fato jurídico sentido estrito apto a deflagrar efeitos jurídicos, portanto o tempo é um bem juridicamente tutelável na sociedade contemporânea, pós-industrial, cuja lesão deflagra ao ofensor a obrigação de reparar. (GAGLIANO e FILHO, 2018, p.102).

3.1 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Conforme apresentado anteriormente, a mudança no modo de produção fez com que as relações na sociedade contemporânea resultassem, implicitamente, na liberação do tempo do consumidor fazendo com que este se tornasse recurso produtivo, cuja a destinação cabe ao consumidor acerca do melhor investimento de seu tempo, no dever do Estado em reduzir as desigualdade e no dever dos fornecedores para com os produtos e serviços postos no mercado de consumo. (DESSAUNE, 2019, p. 21-22).

Mesmo sendo irrefutável, os fornecedores de produtos ou prestadores de serviços não realizam sua missão jurídica e lesam cotidianamente o consumidor por despreparo, desatenção ou má-fé, tendo os fornecedores contribuído, ou permitido, o problema de consumo. As condutas ilícitas resultam em danos aos consumidores, que veem suas expectativas frustradas restando apenas buscar reparo ou compensação pelos danos sofridos, sendo responsabilidade do ofensor em solucionar o problema de consumos, uma vez que por ação ou omissão deste que o dano surgiu. (DESSAUNE, 2019, p21-22).

Ocorrendo um evento danoso (vício ou defeito) poderá o consumidor ser novamente lesado pelo fornecedor que, ao se deparar com o problema no fornecimento de produtos ou prestação de serviços, se esquivar injustificadamente da obrigação de solucionar o problema de forma menos onerosa e em tempo razoável não restando alternativas ao consumidor senão tomar decisões forçadas e, sob influência inevitável, renunciar direitos suprimindo outras atividades planejadas ou desejadas para desviar suas competências afim

de solucionar o problema de consumo que não deu causa, concretizando-se, assim, danos existenciais sofridos pelo consumidor/vítima além dos quais procurava solucionar.

Explica Soares Rampazzo (2017, p.119) sobre danos existenciais:

O dano existencial é entendido como uma alteração prejudicial, juridicamente relevante e involuntária, total ou parcial, permanente ou temporária, em uma ou em mais atividades componentes da rotina da vítima, que contribua à sua realização pessoal.

O dano existencial possui o condão de interferir/interromper as atividades destinadas ao desenvolvimento pessoal e digno da personalidade da vítima, ou seja, é uma renúncia involuntária das atividades escolhidas pela vítima e necessária ao bem-estar pessoal, como: estudar, descansar, dedicar-se ao lazer ou mesmo cuidar de si.(SOARES RAMPAZZO, 2017, p.119).

Explica Dessaune (2019, p.23) que o prejuízo às atividades planejadas ou desejadas pelo consumidor para resolução de problemas de consumo que não deu causa consistiria em um verdadeiro desvio dos recursos produtivos do consumidor uma vez que o fato danoso ocasiona o desperdício do tempo vital, que é um recurso produtivo incalculável e não passível de reposição.

Gagliano e Filho (2018, p. 102) observam que, por muito tempo, a doutrina quedou-se inerte em discutir sobre o tempo e sua importância como um bem merecedor de tutela jurídica. Entretanto, constatam que as agressões à livre disposição do uso do tempo útil passaram a ser recorrentes, o que resultou na crescente discussão acerca dos danos existenciais e da tutela jurídica do tempo.

Ao defrontar-se com o tema, a jurisprudência tradicional considerava que tais problemas de consumo representavam mero dissabor ou aborrecimento e, portanto, não tinham condão de ensejar a responsabilização civil indenizatória. Assim, entendia a jurisprudência tradicional em razão de uma equivocada percepção de premissas que conduzem a interpretação do julgador. Inicialmente, quanto ao dano moral, se entendia como um desdobramento emocional ocasionado por lesões sofridas pela vítima. Contudo, a conceituação do objeto tutelado por dano moral evoluiu e atualmente centra-se no bem ou interesse jurídico atingindo, ou seja, o objeto do dano moral que antes era a dor e sofrimento tornou-se qualquer atributo da personalidade que venha a ser ofendido por lesão injusta. Outra falsa percepção é a de que os eventos de desvio produtivo do

consumidor consistiriam ofensa a integridade psicofísica do consumidor, quando, na verdade, trata-se de uma ofensa ao seu tempo vital e suas atividades existenciais. Por fim, entendia-se que o tempo não seria bem jurídico tutelado, porém, é integrante de rol exemplificativo de direitos da personalidade, mais especificamente atrelado ao direito fundamental da vida. (DESSAUNE, 2019, p. 25)

Ainda nas observações de Dessaune, (2019, p.25-26) conclui-se que a lesão antijurídica ao tempo que dá alicerce à vida, sendo atributo da personalidade, caracterizar-se-ia como dano moral. Já a lesão antijurídica às atividades existenciais configurara-se em dano existencial. Porém, a vida se desenvolve e dura um certo tempo e, assim, constitui-se nas próprias atividades existenciais que no tempo se exercem, ou seja, um evento danoso que ocasione um desvio produtivo pode causar um dano existencial.

3.2 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA.

Dessaune explica (2019, p. 29) que a responsabilidade pelo desvio produtivo do consumidor prescinde da existência de 5 requisitos e pressupostos a serem observados, sendo: (1) A falha na prestação de serviço ou fornecimento de produtos que cause danos ou tenha potencial danoso; (2) A prática abusiva do fornecedor de produtos ou prestador de serviços em esquivar-se da responsabilidade de solucionar o problema; (3) O desvio produtivo do consumidor; (4) Nexo causal existente entre o evento danoso e a conduta do fornecedor de produtos ou prestador de serviços e; (5) Dano existencial sofrido pelo consumidor.

Quanto a jurisprudência, no que diz respeito ao dano existencial, analisa Soares Rampazzo (2017, p.120) decisão proferida pela Corte de Cassação italiana, em decisão nº 6.572, proferida em 24.03.2006, que conceitua o dano existencial como uma perturbação negativa na maneira de viver socialmente e na rotina pessoal e privada da pessoa impedindo-a de exprimir sua personalidade no mundo externo.

Ainda sobre a decisão da Corte de Cassação italiana analisada por Soares Rampazzo (2017, p.120), a doutrinadora conclui que a decisão tornou clara a singularidade de dano biológico, de dano moral e de dano existencial como 3 espécies de danos diversos e indenizáveis, sendo o dano biológico um dano causado a saúde do indivíduo, o dano moral

um dano de natureza interiorizada, e essencialmente anímica, e o dano existencial como uma privação da vítima ao direito de vivenciar e de escolher seus hábitos e suas vivências.

No Brasil, ganha destaque decisão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Resp. nº 1.634.851/RJ, (2017, p.1) de relatoria da ministra Nancy Andrichi, julgado em 12/09/2017, que trouxe em sua ementa fundamentação baseada na teoria do desvio produtivo do consumidor consagrada pelo Advogado Marcos Dessaune, assim ementado:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE. 1. Ação civil pública ajuizada em 07/01/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73. 2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/73); (ii) a preclusão operada quanto à produção de prova (arts. 462 e 517 do CPC/73); (iii) a responsabilidade do comerciante no que tange à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica (art. 18, caput e § 1º, do CDC). 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4. Esta Corte admite a juntada de documentos, que não apenas os produzidos após a inicial e a contestação, inclusive na via recursal, desde que observado o contraditório e ausente a má-fé. **5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.** 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das Documento: 1576048 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 15/02/2018 Página 1 de 35 Superior Tribunal de Justiça relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). 7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele – consumidor – quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante –, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. 8. Recurso especial desprovido.

(STJ- REsp: 1.634.851/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 12/09/2017, publicação no DJe dia 15/02/2018.) (grifo nosso)

No julgamento do recurso especial ementado acima, em breve síntese, tratava-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em razão de prática abusiva de comerciante que colocava no mercado de consumo produto viciado e, na solução do problema transferia ao consumidor o ônus de entrar em contato com o fornecedor e ir até a assistência técnica.

No voto proferida pela Relatora, no julgamento do referido REsp, argumenta-se acerca da perda do tempo útil e enfatiza-se sobre uma verdadeira batalha que enfrenta o consumidor para, só então, ter sua legítima expectativa atendida e que transferir ao consumidor o ônus do comerciante ocasionaria demasiado acréscimo ao mercado de consumo.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, a mais recente precedente data de 05/02/2019, julgamento do REsp 1.737.412/SE, de relatoria de relatoria da ministra Nancy Andrighi manteve decisão do Tribunal de Justiça, assim ementando:

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. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. Documento: 91900399 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 4 de 16 Superior Tribunal de Justiça 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- REsp 1. 737.412/SE, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05/02/2019, publicação no DJe dia 08/05/2019) (grifo nosso)

Embora venha sendo adotada a teoria do desvio produtivo do consumidor para fundamentar a responsabilização do fornecedor de produtos ou serviços por problemas de consumo cujo consumidor não deu causa, falha é sua aplicação por completo, eis que, em que pesem as argumentações trazidas pela Ministra Nancy Andrighi, a condenação ainda se baseia em condenação por dano moral e não por dano existencial.

Em uma pesquisa realizada em 2008 pelo doutrinador Dessaune (2019, p.27) revelou-se que:

[...]quando precisa resolver os problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, a maior parte dos respondentes (33,8%) o faz desviando-se do “trabalho”, 21,2%, afastando-se dos “estudos” e 20,7%, apartando-se do “descanso”. Perguntados como valorizam o seu “tempo”, nenhum entrevistado o desmereceu. 52,2% o consideraram “muito importante” e outros 46,2% o classificaram como “um bem/recurso fundamental na vida”. Ao serem questionados sobre “o que essas situações de desvio de atividades e de desperdício de tempo representam”, apenas 7,5% disseram que tais situações representam um “mero dissabor ou um contratempo normal na vida de qualquer pessoa”, enquanto 92,5% dos respondentes consideraram que se trata de “algum tipo de dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado [...]

Resta evidenciada a necessidade do reconhecimento do dano existencial como espécie de dano singular indenizável, sendo imperioso o avanço da jurisprudência para o alcance da efetiva proteção dos direitos do consumidor (DESSAUNE, 2019, p. 25).

Verifica-se a importância que o judiciário brasileiro vem dando ao tempo e seus desdobramentos jurídicos, contudo, ainda é faltoso em reconhecer o dano existencial que, se configura como dano irreversível, uma vez que a ofensa que causa danos existenciais inclui

os aspecto de (1) não mais poder fazer, tendo em vista que a vítima, por força lesiva, não poderá mais ter condições de praticar o algo que tinha o hábito de fazer naquele

tempo que gastou; (2) ter que fazer de outro modo, ou seja, caso a atividade existencial possa ser refeita, esta não se dará da forma planejada pela vítima, devendo esta exercê-la de modo diverso e contrário a sua vontade; (3) ter que fazer o que não necessitava fazer antes, caso a vítima tenha que reformular sua rotina em razão do problema de consumo e incluir atividades que antes não necessitava praticar; (4) necessidade de auxílio para fazer, uma vez que a depender da extensão do dano, pode a vítima necessitar de auxílio para exercer atividades que antes não necessitava. Ante ao apresentado, verifica-se a importância de fixação de indenização para danos existenciais em razão da força que possui em alterar a vida e o tempo da vítima. (SOARES RAMPAZZO, 2017, p. 126-127)

Conclui-se que qualquer dano merece ser indenizado e observado pelo Estado. O reconhecimento de danos singulares serve para efetivar a devida proteção que merecem as vítimas, especialmente no âmbito consumerista onde a vulnerabilidade do consumidor é presumida em razão de não possuir o mesmo poder econômico, informativo, ou técnico que os fornecedores.

A legislação consumerista possui o objetivo de efetivar a proteção aos consumidores vulneráveis com tratamentos específicos às relações de consumo, inclusive com normas para reparação e indenização por danos sofridos pelos consumidores. Ocorre que os acordãos apresentados até então, em que pese o reconhecimento de um verdadeiro desvio de competências e recursos produtivos do consumidor, acabam por não proteger por completo o interesse daqueles mais vulneráveis, pois resultam em condenações por danos morais, deixando de indenizar todos os danos experimentados pelo consumidor, qual sejam os danos existenciais (dano decorrente da privação da vítima ao direito de viver e de escolher seus hábitos e sua vivência) que merecem a tutela específica do Estado para alcançar o verdadeiro equilíbrio nas relações de consumo tornando-as mais confiantes, respeitadas, justas e harmoniosas.

REFERÊNCIAS

MOLTOCARO, Thiane Martins e TAMAOKI, Fabiana Junqueira. Responsabilidade Civil: Da Evolução Histórica Ao Estudo Do Dano Moral. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça, Dourados, v. 01, n. 01, p.01-27, fev. 2014. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/issue/view/60>>. Acesso em 16 ago. 2019.

MIGUEL, Frederico de Ávila, Responsabilidade Civil: Evolução E Apanhado Histórico. A Problemática Da Efetiva Reparação Do Dano Suportado Pela Vítima Em Razão Da Culpa Como Pressuposto. *Âmbito Jurídico*, Ourinhos, v. 35, p. 35-51, dez. 2006. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-evolucao-e-apanhado-historico-a-problematICA-da-efetiva-reparacao-do-dano-suportado-pela-vitima-em-razao-da-culpa-como-pressuposto>>. Acessado em 21 ago. 2019.

DESSAUNE, Marcos, Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: um panorama, *Revista Direito em Movimento*, v. 17. N. 01, p. 15-31, 1º Semestre/2019. Disponível em<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero2/versaodigital/index.html>. Acessado em 10/11/2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2019.

GAGLIANO, Pablo e FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva 2018.

GONÇALVES, Roberto. C. *Direito Civil Brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil*. 13ª Edição, São Paulo, Saraiva 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil Vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

1646

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*, 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

VENOSA, Salvo, S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil*, 18ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NETTO, B., Peixoto, F. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

FILOMENO, Brito, J. G. *Direitos do Consumidor*, 15ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

Jr., THEODORO, Humberto. *Direitos do Consumidor*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 13^a Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor, 4^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 201

SOUZA, de, S. C., WERNER, V., J. G., NEVES, Cardoso, T. F. Direito do Consumidor. 1^a Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

RAMPAZZO SOARES, Flaviana. Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho, 1^a Edição. São Paulo: Editora LTr, 2017.

____BRASIL. Constituição Federal de 1988. Site do Planalto. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 11/09/2019.

____BRASIL. Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em 15/09/2019.

____BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990, Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 20/09/2019.

____BRASIL. Código Penal, Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, , Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 28/09/2019.

____BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.634.851/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. julgado em 12/09/2017, publicação no DJe dia 15/02/2018, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?document_o_tipo=5&documento_sequencial=93691219®istro_numero=201502262739&publicacao_data=20190322&formato=PDF> . Acesso em 03/10/2019.

BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 11.737.412/SE, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. julgado em 05/02/2019, publicação no DJe dia 08/02/2019, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=DESVIO+PRODUTIVO+D O+CONSUMIDOR&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> . Acesso em 03/10/2019.