

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CAMILA GONÇALVES DA SILVA

**A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA PERSPECTIVA DO
STJ: UM ESTUDO DE CASO DE SEU LEADING CASE**

São Paulo

2020

CAMILA GONÇALVES DA SILVA

**A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA PERSPECTIVA DO
STJ: UM ESTUDO DE CASO DE SEU LEADING CASE**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Brunno Pandori Giancoli

São Paulo

2020

CAMILA GONÇALVES DA SILVA

**A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA PERSPECTIVA DO
STJ: UM ESTUDO DE CASO DE SEU LEADING CASE**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): Brunno Pandori Giancoli

Examinador(a):

Examinador(a):

Dedico este trabalho aos meus pais, Aildo e Divanete, e ao meu irmão Leandro, por serem o melhor exemplo de caráter, amor e força de vontade que eu conheço.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me capacitado e guiado os meus passos, por ter me concedido a oportunidade de estudar na Universidade Presbiteriana Mackenzie, sonho que parecia impossível, mas que com muita perseverança se concretizou através de bolsa de estudos em 2015. Durante esses cinco anos busquei honrar essa oportunidade com bravura e continuarei honrando no exercício da profissão.

À minha família, por me incentivarem a ser uma pessoa melhor.

Ao meu namorado Renan, que tem o dom de me acalmar nos momentos difíceis, por todo amor e companheirismo.

Aos amigos, Giulia, Guilherme, Pedro, Regina e Saulo, com quem compartilhei as minhas angústias, por não me deixarem desanimar e por alegrarem os meus dias.

Ao meu Orientador, Brunno Pandori Giancoli, pela paciência, pelo conhecimento e pelo auxílio nessa trajetória.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie pela oportunidade e aos brilhantes professores da Faculdade de Direito da Universidade pelos indispensáveis ensinamentos.

RESUMO.

O presente artigo tem por finalidade realizar uma abordagem acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor sob a perspectiva do STJ, através da análise de um *leading case*. Salientando-se que referida teoria nasceu com o intuito de valorizar o tempo dos consumidores, como recurso produtivo escasso e bem jurídico passível de proteção, devendo ser indenizado quando desperdiçado de forma injusta e intolerável pelos fornecedores. Ainda, buscou-se compreender, o que é *leading case*, como este instituto está inserido no ordenamento jurídico brasileiro e por quê o *leading case*, objeto deste artigo, consitui importante conquista na seara consumerista.

Palavras chaves.

Precedente Judicial; Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor; Tempo dos Consumidores; Recurso Produtivo Escasso.

ABSTRACT.

The purpose of this article is to take an approach the Consumer Productive Deviation Theory from the perspective of the STJ, through the analysis of a leading case. It should be noted that this theory was born with the intent of valuing the time of consumers, as a scarce and legally protected productive resource, which must be compensated when wasted in an unfair and intolerable manner by suppliers. Still, we tried to understand, what is leading case, how this institute is inserted in the Brazilian legal system and why the leading case object of this article is an important achievement in the consumerist field.

Keywords: Judicial precedent; Consumer Productive Deviation Theory; Consumer Time; Scarce Productive Resource.

SUMÁRIO. 1.Introdução; 2.Compreendendo o Fenômeno do Leading Case; 3.A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor; 4. *Leading Case*: A Primeira Decisão Unânime Do Superior Tribunal De Justiça Sobre A Teoria Do Desvio Produtivo Do Consumidor; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, com o avanço tecnológico é possível verificar uma grande variedade de produtos e serviços sendo comercializados e consumidos no mercado, o que gera uma intensa interação entre consumidores e fornecedores. Contudo, essa relação que tende a ser harmoniosa, para alguns consumidores acaba se tornando um infortúnio, quando estes se deparam com situações como, aguardar longos períodos de espera em fila buscando atendimento, ficar horas no telefone para cancelar serviços de TV por assinatura, enfrentar burocracia para reaver valores pagos indevidamente, esperar meses pelo conserto ou troca de produtos, dentre outras, que acabam gerando descontentamento e perda de tempo.

Nesse contexto, surgiu a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, estudada pelo advogado Marcos Dessaune, em sua obra “Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada” (2017), que busca explicar como as condutas lesivas praticadas por alguns fornecedores acarretam na perda de tempo injusta e intolerável dos consumidores, configurando desvio produtivo que merece ser indenizado.

Diante de tais circunstâncias, este artigo visa analisar a primeira decisão colegiada proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que aplicou a referida teoria para condenar uma instituição financeira ao pagamento de danos morais em razão de sua postura desleal com os consumidores, mostrando que a aludida decisão constitui importante *leading case* na seara consumerista.

Para tanto, o presente artigo trará em seu primeiro capítulo uma visão geral sobre o instituto do *leading case*, abarcando sua origem e contextualização no ordenamento jurídico brasileiro. Isso será feito a partir da análise dos artigos de lei mais relevantes sobre o assunto, a fim de propiciar a compreensão de seus benefícios e de sua importância na construção de um Poder Judiciário mais eficiente e coerente em suas decisões.

Em seguida, será explicitado acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, sua configuração e, principalmente, a hipótese de ressarcibilidade da perda de tempo dos consumidores, diferenciando-a do mero dissabor, argumento utilizado por parte da jurisprudência para tornar as situações supracitadas toleráveis, o que será duramente criticado.

Salienta-se que este artigo utiliza a pesquisa teórica como metodologia, tendo sido realizada por meio de revisão de livros e artigos científicos acerca dos assuntos debatidos, bem como por meio da análise das principais peças processuais que originaram o acórdão objeto deste trabalho.

Por fim, pretende-se demonstrar o atual estágio de aplicabilidade da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor através da análise de um caso paradigma, evidenciando que as situações anteriormente vistas como mero dissabor, atualmente estão sendo tratadas como dano passível de ressarcimento, trazendo maior equilíbrio às relações consumeristas.

2. COMPREENDENDO O FENÔMENO DO *LEADING CASE*

A mera tradução do termo “*Leading Case*” para a língua portuguesa resulta em “Caso Principal”, tal significado não faz jus ao que o aludido termo representa no mundo jurídico, visto que a expressão “*Leading Case*” é comumente utilizada para se referir a uma decisão judicial pioneira, que passa a ser utilizada como referência para embasar decisões posteriores em casos semelhantes, ou seja, trata-se de um “caso paradigma” cuja fundamentação respalda novas decisões.

Para Guido Soares, “o *Leading Case* é uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno do qual outras gravitam” (SOARES, 1999, p.40) e que, ao existir no mundo jurídico: “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”. (SOARES, 1999, p.42).

No Brasil, o termo correspondente a *Leading Case* é precedente judicial, ambos possuem como principal característica o poder de influência e representam mais do que um mero subsídio persuasivo, pois possuem capacidade de vincular ou não, decisões judiciais subsequentes em situações idênticas.

Dessa forma, o conceito de precedente é assimilado pelos dois sistemas jurídicos com maior predominância na atualidade, que são o *Commom Law* e o *Civil Law*. Ressalta-se que os referidos sistemas operam o direito à sua maneira, com peculiaridades próprias, razão pela qual atribuem eficácia dissemelhante ao precedente judicial.

O *Commom Law* é adotado por países como Inglaterra e Estados Unidos e também é conhecido como Sistema Anglo-Saxônico. Tem os costumes e as tradições como principais fontes de direito, por isso foi denominado “direito comum”, conforme explica Rossi:

De uma forma bem abrangente podemos afirmar que a tradição do *commom law* inglês encontra berço nos costumes, ou seja, naqueles hábitos e comportamentos constantemente reiterados, que nos fazem crer na plena convicção de que são corretos e, portanto, devem ser seguidos por todos. (ROSSI, 2015, p. 44-45)

Destarte, ao longo do tempo, conforme os costumes e as tradições foram sendo aplicados pelos Tribunais, estes acabaram por cristalizá-los em precedentes, concebendo-se assim a Teoria dos Precedentes Judiciais, que consiste em determinar que os precedentes sejam aplicados em casos semelhantes, produzindo efeito vinculante para julgamentos posteriores, com o intuito de fortalecer um sistema jurídico baseado em jurisprudência, visando propiciar maior previsibilidade do direito.

Já o *Civil Law*, sistema jurídico adotado pelo Brasil, também denominado Sistema Romano Germânico, tem como principal fonte do direito a norma escrita, ou seja, a lei, que é interpretada pelo juiz e pelos demais operadores do direito com base no caso concreto, levando em consideração valores sociais, econômicos, culturais e políticos predominantes na sociedade, conforme explana Rossi:

Com efeito, na família do *civil law* reconhecem-se como fonte do direito as normas legais, devendo as decisões judiciais serem fruto da interpretação e aplicação dessas normas (leis) (ROSSI, 2015, p. 67)

Embora o *Civil Law* tenha como característica predominante a adoção da lei como principal fonte do direito e utilize o precedente judicial e a jurisprudência de modo secundário, com objetivo meramente orientador, nota-se que o Brasil vem dando passos em direção ao *Common Law*, considerando a notória valorização do precedente judicial (*Leading Case*), pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), como um importante mecanismo processual.

É possível afirmar que o judiciário brasileiro recebe diariamente uma enorme demanda de processos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em 2019 a 15ª edição do Relatório Justiça em Números,¹ estudo que faz um diagnóstico dos tribunais brasileiros e transforma as informações coletadas em dados estatísticos. De acordo com o referido relatório, só no ano de 2018 foram protocolados cerca de 19,5 milhões de novos processos, considerando “apenas as ações originárias dos tribunais, os processos de conhecimento e as execuções extrajudiciais”², nota-se que é um número representativo e que este ainda não abrange os processos que já estão em tramitação.

Diante dessa realidade, a ideia de juiz artesão, aquele que dispunha de tempo para elaborar uma sentença de forma cirúrgica, acabou sendo substituída por um juiz que precisa otimizar o seu tempo e os recursos disponíveis para dar conta de tanto trabalho. Essa não foi uma mudança imposta, foi uma adaptação natural do sistema judiciário para corresponder a esse

¹ CONSELHO nacional de justiça. 15ª Edição do relatório Justiça em Números. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf

² Idem, p. 219

cenário, obviamente os juízes ainda se debruçam de maneira mais atenciosa sobre causas complexas que fogem do padrão, mas em caráter de exceção, caso contrário a morosidade tornaria a justiça ineficiente.

Nesse novo universo, o papel dos precedentes judiciais é de grande importância, sendo estes, instrumentos relevantes para que o princípio da razoável duração do processo seja atendido, sem prejuízo da segurança jurídica, propiciando maior eficiência e celeridade aos jurisdicionados.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15)³, reflete o fortalecimento desse relevante mecanismo processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro, vez que prevê um sistema de precedentes vinculantes e explicita a necessidade de sua observação, como fez, por exemplo, no artigo 489, §1º, inciso VI do CPC/15⁴, que contempla a hipótese de que qualquer das partes ao postular no caso concreto pela aplicação de eventual precedente ou jurisprudência, e o julgador entender pelo seu não cabimento, este deverá demonstrar a distinção entre o caso paradigma e a situação fática ou apresentar a superação do entendimento, sob pena da decisão não ser considerada fundamentada.

Nesse passo, o magistrado não poderá se desvencilhar do exercício hermenêutico ao prolatar a decisão de um caso fundado em precedente judicial, sendo insuficiente a mera citação de outro precedente ou a mera indicação de jurisprudência que supere o entendimento pretérito, devendo argumentar de forma fundamentada se há similaridade ou não entre as teses em questão.

O CPC/15 também se atentou em promover a uniformização dos entendimentos dos tribunais ao determinar que estes mantenham sua jurisprudência “estável”, fazendo-a perdurar por um período de tempo razoável; “íntegra”, ou seja, completa, única, confiável; e “coerente”, que demonstre correlação harmônica ao aplicar à lei no caso concreto, conforme determina expressamente o artigo 926, *caput*, do CPC/15 ao declinar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

A preocupação tida pelo legislador em uniformizar a jurisprudência é legítima e muito importante, pois demonstra um grande passo para abandonar a cultura que a doutrina denominou como “jurisprudência lotérica”, que consiste em aplicar tratamento desigual à processos com situações idênticas, prática que fere frontalmente o princípio da isonomia e da

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

⁴ Art. 489, §1º, VI - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

segurança jurídica, vez que não é raro se ouvir falar em “torcida” para que determinado processo seja distribuído na vara X e não na vara Y, porque o juiz da vara X tende a aplicar um entendimento mais favorável à tese apresentada.

Não se verifica pretensão de violar o princípio da livre convicção do juiz, mas de buscar soluções que propiciem um bom funcionamento do sistema judiciário, dado que a imprevisibilidade do direito é um entrave à segurança jurídica.

Nessa trajetória, um dos artigos mais aclamados do CPC/15 é o 927, isso porque ele elenca em seus incisos um rol de decisões que deverão ser observadas pelos juízes e tribunais, são elas: (I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) os enunciados de súmula vinculante; (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ao determinar que tais decisões sejam “observadas”, o CPC/15 claramente está emanando uma ordem, ou seja, determinando aos tribunais e aos julgadores que sigam as decisões firmadas pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior, evidenciando uma necessária vinculação, criando um sistema de precedentes vinculantes com maior alcance, cujo propósito é estabelecer coerência e uniformização dos entendimentos, visto que os precedentes ganharam um caráter normativo, tornando o aludido artigo o maior expoente de vinculação previsto no código.

Em regra, toda decisão emanada por um tribunal superior, vez que revestida de imperatividade, atributo de sua condição de ato estatal, possui efeito vinculante perante o grau de jurisdição inferior, entretanto, esse efeito abrange apenas o âmbito do processo em que a decisão foi proferida, recebendo o nome de efeito *inter partes*, quando só atinge as partes do processo e *ultra partes* quando atinge as partes e determinados terceiros.

Contudo, o efeito vinculante dos precedentes judiciais vai além, sua dimensão não se limita apenas as partes de um caso concreto, conforme explana Eduardo Talamini (2011, p.138) “[...] a força vinculante implica a indiscutibilidade *erga omnes* de determinada dicção judicial, dirigida aos demais órgãos aplicadores do direito”, ou seja, o efeito vinculante é abrangente a ponto de vincular além dos órgãos jurisdicionais inferiores, outros órgãos da administração pública, com relação a outros processos que contenham partes distintas.

Entretanto, restringir o efeito vinculante à abrangência do pronunciamento judicial não

é suficiente para explicá-lo, visto que este se reveste de outros fatores, conforme ensina Talamini:

[...] A primeira e mais perceptível especialidade reside no objeto do *decisium* investido de força vinculante. Ele não versa sobre um conflito de interesses concreto, mas sobre uma *questão jurídica* em abstrato – algo que, usualmente, ficaria adstrito apenas à fundamentação do ato decisório. A decisão investida de força vinculante consiste em pronunciamento sobre validade, eficácia ou interpretação do ato normativo. (TALAMINI, 2011, p. 139)

Assim, o efeito vinculante consegue envolver uma universalidade de pessoas em razão do caráter geral do ato, devendo ser aplicado toda vez que uma mesma questão jurídica se apresenta. Inclusive, nas hipóteses em que a referida vinculação se faz obrigatória por previsão legal e não é respeitada, por exemplo, no caso de inobservância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, será cabível o ajuizamento de Reclamação Constitucional, nos termos do artigo 988, inciso III e seguintes do CPC/15⁵, cujo objetivo é controlar decisões judiciais que se esquivam de entendimentos vinculantes, garantindo maior efetividade, visto que tal conduta poderá ser considerada afronta à autoridade da decisão.

A impositividade dos precedentes judiciais, ou seja, o alcance de sua vinculação, também recebe o nome de “eficácia”. Segundo Luís Roberto Barroso, existem três tipos de eficácia: (I) a “eficácia meramente persuasiva”; (II) a “eficácia normativa”; (III) a “eficácia intermediária”. A primeira, “eficácia meramente persuasiva”, diz respeito a eficácia tradicional, onde o precedente judicial atua simplesmente como um argumento do magistrado e seus efeitos se restringem às partes, podendo até inspirar o legislador ou outros operadores do direito, mas por derradeiro é fonte secundária do direito. A segunda, “eficácia normativa”, quando em sentido forte, se refere às decisões proferidas pelos tribunais que devem ser observadas pelas instâncias inferiores, sob pena de ajuizamento de Reclamação Constitucional, conforme recepcionado nos incisos do artigo 988 do CPC/15 e, por fim, a terceira, “eficácia intermediária”, que trata das decisões em que o próprio ordenamento jurídico atribui efeito abrangente o suficiente para transcender ao caso em que foi proferida, ou seja, pode atingir sujeitos que não eram parte no processo em que foi prolatada, mas que não comporta o uso da Reclamação, vez que a lei não prevê tal possibilidade, tornando-se uma categorial residual.

⁵ Art. 988, III - Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

Como visto, o CPC/15 modificou consideravelmente a eficácia e a importância dos precedentes judiciais no Brasil, não apenas por eleger um rol de decisões com eficácia vinculante em seu artigo 927⁶ ou por criar um mecanismo de controle em seu artigo 988, mas também por se utilizar de outros dispositivos, conforme acima demonstrado, para valorizar e impulsionar a adoção de uma sistemática de precedentes. Entretanto, por ser algo recente no ordenamento jurídico brasileiro, fica claro que a aludida sistemática deverá ser aprimorada com a sua operacionalização, contudo, é plausível o esforço do legislador em buscar alternativas para modernizar e otimizar o sistema judiciário nacional, aproximando-o do sistema *Common Law*, primando pela isonomia e segurança jurídica.

Salienta-se, ainda, a partir da análise panorâmica realizada acerca do instituto do precedente judicial, que um sistema de precedentes vinculantes traz muitos benefícios, como maior efetividade, igualdade e segurança jurídica. Além de levar ao magistrado a necessária compreensão de que ele é parte de um todo, que não atua de forma isolada embora tenha autonomia e, por isso, deve contribuir para uma justiça coerente, eficiente e célere.

Sendo assim, pode-se afirmar que a adoção de um sistema de precedentes judiciais com vinculação obrigatória corrobora para promover maior eficiência aos tribunais tão sobrecarregados, que poderão otimizar de forma racional a sua demanda, não se tornando necessário dispendir tanto tempo em questões já apreciadas, fazendo com que as questões inéditas e de maior complexibilidade sejam analisadas com mais atenção, resultando na redução do tempo de tramitação dos processos, sem retirar a autonomia interpretativa dos julgadores que terão a liberdade de ponderar sobre a aplicação do precedente ao caso concreto, desde que de forma fundamentada, o que evita o engessamento do poder judiciário.

Além disso, um sistema de precedentes judiciais garante isonomia aos jurisdicionados, pois é um meio de rechaçar a existência de decisões conflituosas, uma vez que preza pela aplicação da mesma solução em demandas idênticas, ou seja, dada a sua vinculação, confere igualdade de tratamento aos jurisdicionados que se encontram em situações semelhantes, o que evita frustração e aumenta a credibilidade do poder judiciário.

⁶ Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

3. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor está inserida em uma conjuntura social e econômica dinâmica, muitas vezes conflituosa, que envolve a relação entre consumidores e fornecedores.

Nessa relação, o papel do fornecedor é comercializar/fornecer produtos e/ou serviços de boa qualidade, durabilidade, segurança e desempenho, conforme determina o artigo 4^o⁷, inciso II, alínea “d” da Lei 8.078/1990⁸, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), em consonância com a sua missão, com a lei e com o que foi anunciado/prometido, aliado a um atendimento cordial, ágil, eficiente e de boa-fé, a fim de se alcançar a satisfação do consumidor. Porém, na prática nem sempre esse ideal é alcançado, tendo em vista que muitos fornecedores simplesmente ignoram a lei e comercializam produtos defeituosos, prestam serviços de forma deficiente e, de alguma forma, acabam causando prejuízos ao consumidor.

Em observação a reiteração de condutas desleais praticadas pelos fornecedores, o advogado Marcos Dessaune, publicou em 2011, o livro “Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado”, obra que contribuiu fortemente para difundir a aludida teoria no Brasil e, posteriormente, no ano de 2017, publicou o seu segundo livro sobre o tema, com o título “Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada”, sendo este último utilizado como subsídio para elaboração do presente artigo.

Em seus estudos, Dessaune constatou empiricamente que, quanto maior o domínio de conhecimento e maior o poder aquisitivo de uma empresa, maior é a sua intenção de violar a norma jurídica para auferir lucros com problemas relacionados ao consumo. Isso acontece em virtude da vantagem econômica que tais empresas conseguem obter ao subverter às normas consumeristas, vez que em numerário a vantagem obtida supera eventuais custos advindos de processos judiciais ou administrativos, resultando em uma prática benéfica para o fornecedor mal-intencionado.

É de se supor que tais empresas de grande porte, aqui tratadas abstratamente, agem dessa maneira movidas pelo desejo consciente de lucrar sempre mais, estando geralmente amparadas por um cálculo estatístico que, baseado em

⁷ Art. 4^o A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:[...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:[...] d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm

demandas administrativas e judiciais anteriores, demonstra que a relação custo-benefício da sua inércia operacional, aliada à sua estratégia jurídica de resistir às legítimas reclamações dos consumidores, é bastante vantajosa economicamente. (DESSAUNE, 2017, pg. 82).

Por outro lado, quando se tratam de problemas atinentes à relação de consumo que envolvam profissionais autônomos ou empresas de pequeno porte, raramente se constata a intenção de obter vantagem econômica às custas dos consumidores, sendo mais comum referidos problemas decorrerem de fatores como desatenção e falta de preparo.

Todavia, quando deliberadamente um fornecedor se omite, protela soluções, induz a erro, engana ou de qualquer forma deixa de prestar atendimento em situações que conscientemente sabe que, potencialmente ou efetivamente, causou danos ao consumidor, se desvencilhando da sua responsabilidade de resolver problemas a que deu causa e imputa ao consumidor o encargo de despender tempo, custo operacional e material para remediar tal situação, estar-se-á diante do desvio produtivo do consumidor. Salienta-se, contudo, que a perda de tempo que gera o desvio produtivo do consumidor não se refere ao mero desperdício de tempo e sim, a perda de tempo injusta e intolerável.

É indiscutível que o tempo é um capital precioso, por ser irreversível, contínuo, intangível, irrecuperável e possuir outras peculiaridades únicas. Na sociedade capitalista “tempo é dinheiro”, isto é, as pessoas alienam seu tempo tendo como contrapartida o dinheiro ou algo semelhante, por meio do qual adquirem bens que garantem sua subsistência e satisfazem as suas necessidades. Apesar de ser um meio primordial para obtenção de dinheiro, o tempo também é fonte de lazer, ócio, relações pessoais, conhecimento, viagem, cultura, sendo provavelmente a maior riqueza da existência do ser humano.

Dentre as várias concepções existentes sobre o tempo há de se destacar o entendimento do Professor Aury Lopes Jr. ao ensinar que: “[...] a concepção de poder passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor de poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade”. (LOPES Jr, 2009, p. 143)

Em sua obra, Dessaune utiliza o supracitado entendimento do Professor Aury Lopes Jr. para explicar a concepção do tempo como pena no âmbito das relações consumeristas. Ele expõe que não raramente diante de um problema de consumo, seja para efetuar a troca de um produto com vício ou para reivindicar a qualidade de um serviço, o consumidor se vê obrigado a se submeter ao “*modus solvendi*” do fornecedor. Essa expressão criada pelo Autor para denominar o procedimento veladamente imposto pelo fornecedor para supostamente solucionar

o problema, uma vez que, ao encontrar-se em uma posição mais favorável face o consumidor, impõe seu suposto “processo de resolução”, que consiste em se utilizar de diversas justificativas e artifícios para diminuir, impossibilitar e até mesmo se exonerar da responsabilidade de sanar um problema que ele mesmo deu causa ou de alguma forma ajudou a criar no mercado, tendo o poder de transformar o tempo empregado pelo consumidor tentando solucionar o problema em “castigo”, algo realmente degradante e indesejado.

Assim, ao incorrer em práticas abusivas, estabelecendo prazos incompatíveis com a necessidade do consumidor, ignorando a utilidade que o produto e/ou serviço tem na vida deste, o fornecedor claramente se aproveita da vulnerabilidade jurídica, econômica e informacional do consumidor, violando frontalmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa, bem como os princípios previstos no CDC, estabelecendo-se uma relação desequilibrada, carente de probidade e solidariedade, onde o consumidor pressionado se vê diante de duas alternativas altamente indesejáveis e na maioria das vezes inevitáveis: assumir o prejuízo ou tentar solucionar a situação lesiva por conta própria.

Para elucidar, Dessaune elenca algumas situações desleais que, infelizmente, são corriqueiras no Brasil:

[...] enfrentar fila em banco por tempo superior ao razoável ou ao que lei local estabelece, especialmente quando poucos caixas estão abertos para atendimento ao público; receber pelo correio, sem prévia solicitação, um cartão de crédito indesejado que induz o consumidor juridicamente vulnerável a acreditar que precisa tomar providências para seu cancelamento; retornar várias vezes à loja, quando não se é imediatamente direcionado à assistência técnica autorizada pelo fabricante, para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta falha no funcionamento pouquíssimo tempo depois de comprado ou logo depois de a garantia ter vencido [...] (DESSAUNE, 2017, p. 68-69)

Em síntese, o Desvio do Produtivo do consumidor opera quando o consumidor precisa desviar seus recursos produtivos escassos, ou seja, seu tempo e/ou suas competências, para sanar problemas decorrentes de produtos e/ou serviços defeituosos, espelho de uma conduta desleal e não cooperativa dos fornecedores.

Outrossim, em conjunto com o tempo, as competências do indivíduo também são classificadas por Dessaune como recurso produtivo limitado da pessoa, assim sendo, ele as denomina como o “[...] conjunto de conhecimentos ou saber, habilidades ou saber-fazer e atitudes ou saber, necessários para qualquer atividade” (DESSAUNE, 2017, p. 68-69). O indivíduo adquire e aprimora gradualmente as suas competências durante toda a sua vida e, para

tanto, investe tempo e energia, se sacrifica e enfrenta diversas dificuldades para se capacitar e alcançar os seus objetivos, não sendo tolerável o desvio de suas competências em atividades indesejadas, principalmente quando se trata de problemas de consumo a que não deu causa.

Além disso, ainda que os fornecedores exerçam as suas atividades visando em primeiro lugar o lucro, Dessaune defende que estes possuem, mesmo que implicitamente, a missão de liberar os recursos produtivos do consumidores, visto que, com o sistema capitalista e a especialização dos fornecedores em suas atividades, não é mais necessário que as pessoas produzam os seus próprios bens como ocorria na era pré-industrial, haja visto a atual produção em larga escala de produtos e serviços no mercado que, na maioria das vezes, são ofertados sob a alegação de gerarem facilidades e otimização à vida das pessoas. O que implica dizer que os consumidores, ao empregarem o seu dinheiro para adquirir determinado bem ou serviço, têm a expectativa, mesmo que inconscientemente, de obter economia de tempo e maior liberdade para direcionar seus recursos produtivos, ou seja, buscam com isso direcionar suas competências e o seu tempo às atividades que realmente prezam, seja no âmbito da vida pessoal ou profissional.

Contudo, quando os fornecedores agem na contramão de sua missão implícita, exercendo práticas abusivas no mercado, disponibilizando produtos e serviços defeituosos, quando não prestam informações claras e ignoram completamente os desígnios a eles impostos pela legislação, gerando frustração aos consumidores a ponto de obrigá-los a desviar seus recursos disponíveis escassos, causando-lhes inequívoco prejuízo, fazem surgir para si a responsabilidade civil de indenizar os danos eventualmente causados.

O instituto da responsabilidade civil, por conceito, consiste no “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI, 2014, p.23-24), sendo composta por três pressupostos, que são: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. A conduta compreende o ato ilícito que contraria o ordenamento jurídico e pode ser uma ação ou omissão; o dano, diz respeito ao prejuízo/lesão causado ao bem jurídico tutelado, sem dano não há o que se falar em dever de reparação e, por fim, o nexo de causalidade, que se traduz no vínculo que une a conduta ao dano.

A responsabilidade civil se divide em duas modalidades, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, está prevista no artigo 186⁹ do Código Civil e decorre de um ato doloso ou culposo que gere dano a outrem, ou seja, pode se caracterizar pela intenção do agente de causar o dano ou quando o agente incorre no dano com culpa, isto é, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, hipótese em que há violação

⁹ 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.

do dever de cuidado, sem que o agente tenha intenção de obter o resultado danoso. A segunda modalidade, responsabilidade objetiva, está prevista no parágrafo único do artigo 927¹⁰ do Código Civil e dispensa a comprovação de dolo ou culpa, sendo estes irrelevantes para se configurar o dever de indenizar do agente, pois a atividade em si ou o trabalho desempenhado, já importam no dever de indenizar caso algum dano seja desencadeado.

No contexto das relações consumeristas a responsabilidade objetiva é predominante, haja visto a vulnerabilidade dos consumidores. O Código de Defesa do Consumidor elege a responsabilidade objetiva dos fornecedores com a finalidade de propiciar maior proteção aos consumidores e facilitação na tutela de seus direitos, dessa forma, o consumidor não precisa se desincumbir do ônus probatório na relação processual, pois seria algo extremamente penoso considerando a disparidade de conhecimento e tecnologia entre as partes, garantindo aos consumidores o direito à reparação integral do dano.

Dessa forma, há diversos fatores que justificam o fato CDC ter privilegiado a responsabilidade objetiva, principalmente o cuidado de não permitir que os consumidores fiquem à mercê dos fornecedores, consoante se depreende nos seus artigos 12¹¹, 14¹² e 18¹³ que vislumbram situações em que fabricantes, produtores, construtores e fornecedores são obrigados a responder pelos danos causados aos consumidores, sem que seja necessário a comprovação de culpa, podendo ainda haver responsabilização solidária entre os fornecedores, asseverando efetivamente a reparação integral dos danos, sejam eles materiais, morais, individuais ou difusos.

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor defende que o **tempo** e as competências dos consumidores, como recursos produtivos escassos, quando lesados também devem ser objeto de reparação, visto que é por meio deles que a existência humana se realiza, sendo um bem merecedor de tutela.

¹⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹¹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹² Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

¹³ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Quando o fornecedor descumpre sua missão e a lei, atende mal e cria um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso, dá ensejo à sua responsabilidade civil de sanar o problema ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente. (DESSAUNE, 2017, p. 251-252)

Outrossim, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de um rol taxativo de bens jurídicos passíveis de reparação, se limitando ao artigo 927 do Código Civil que prevê de forma genérica a obrigação de reparar os danos causados a outrem, logo, cabe ao magistrado ponderar sobre o cabimento da reparação ao analisar o caso concreto, discernindo se o bem jurídico em tela faz jus a tutela.

Segundo Dessaune, para que seja configurada a responsabilidade civil decorrente do desvio produtivo do consumidor, é necessário que haja um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, seja pelo fornecimento de produtos ou serviços defeituosos, seja pela prática de condutas abusivas no mercado pelo fornecedor que, por sua vez, se esquivava da responsabilidade de solucionar o problema de consumo, impondo seu “*modus solvendi*”, que consiste na postura de protelar e/ou colocar empecilhos na resolução do problema, com conseqüente desvio produtivo do consumidor (requisito obrigatório), que é impelido a deixar as suas atividades cotidianas de lado para tentar resolver um problema que não deu causa, dispendendo seu tempo vital e suas competências, o que resulta em dano existencial injusto e indenizável.

Para o autor, o dano extrapatrimonial decorrente da responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor ofende direitos fundamentais, tem natureza existencial e também pode atingir a coletividade.

[...] conclui-se que um evento que um evento de desvio produtivo acarreta lesão ao tempo existencial e a vida digna da pessoa consumidora, que assim sofre necessariamente um dano extrapatrimonial de índole existencial *in re ipsa*, independentemente da existência de culpa do fornecedor. [...] pode gerar danos patrimoniais, que são ressarcíveis mediante comprovação, além de danos coletivos pela lesão de direitos individuais homogêneos, a se verificar em cada situação. (DESSAUNE, 2017, p. 253)

Todavia, ainda que a teoria seja bem fundamentada e lúcida em relação aos abusos diariamente sofridos pelos consumidores, parte da jurisprudência defende que o tempo dispendidos por estes na tentativa de resolver problemas de consumo junto aos fornecedores não passa de mero dissabor do cotidiano ou mero aborrecimento, pois não acarreta transtornos permanentes ao indivíduo.

Ocorre que a não valorização do tempo como recurso escasso, o não reconhecimento deste capital valioso como bem jurídico passível de ser tutelado, acarreta no estímulo e perpetuação de condutas desleais no mercado por parte dos fornecedores, principalmente daqueles mal intencionados que perseguem o lucro em detrimento à qualidade dos produtos e serviços oferecidos, angariando vantagem econômica em cima da vulnerabilidade dos consumidores, banalizando os princípios resguardados pelo CDC, acabando por aumentar ainda mais o nível de frustração e sentimento de impunidade dos consumidores, o que veementemente referido diploma legal busca combater.

Quando o desrespeito ao consumidor e à violação de garantias fundamentais é resumida em mero aborrecimento pelos nobres julgadores, há o pleno desencorajamento da pessoa consumidora em buscar medidas legais para efetivar seus direitos, não pode ser admitido que os consumidores continuem sendo expostos à situações degradantes, como longos períodos de espera por atendimento em agências bancárias e ambulatórios, dificuldade para cancelar cobranças indevidas, negativa de devolução de quantias pagas indevidamente, desrespeito de prazos legais para sanar problemas, dentre tantas outras situações penosas e vexatórias que quando comprovadas geram inequívoco prejuízo aos consumidores.

Contudo, felizmente pode-se dizer que há uma onda crescente de jurisprudências no Brasil aplicando à Teoria do Desvio do Consumidor, o que revela um avanço na concretização do objetivo maior que é a proteção ao consumidor, em consonância com o que determina a Constituição Federal em seu artigo 170, inciso V, ao dispor “que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] a defesa do consumidor”.¹⁴

Além disso, segundo Dessaune (2017) até janeiro de 2017, já haviam sido contabilizados cerca de 852 acórdãos proferidos em âmbito nacional, referenciando a aludida teoria, resultado que demonstra um grande passo para se instituir um melhor padrão de atendimento ao consumidor, com conseqüente valorização de seu tempo vital e de suas competências. Ressalta-se, por fim, que todo dano merece ser ressarcido e que o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de novos danos é algo benéfico à sociedade, pois garante maior reparabilidade e aprimoramento de condutas sociais numa perspectiva futura.

¹⁴ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

4. *O LEADING CASE: A PRIMEIRA DECISÃO UNÂNIME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR*

Apesar da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor já ter sido aplicada diversas vezes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em decisões monocráticas, de maneira inédita, em fevereiro de 2019, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, aplicou a referida teoria para condenar um instituição financeira do Sergipe ao pagamento de duzentos mil reais à título de indenização, por violação à parâmetros estabelecidos na Lei Municipal nº 2636/98 e nos Decretos nº 633/2005 e nº1422/2007, relacionados ao tempo despendido pelo consumidor na espera por atendimento e por precariedade no atendimento em agências bancárias.

O processo teve origem na Ação Civil Pública nº 0013164-47.2009.8.25.0001, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, através do Núcleo de Direito do Consumidor em face do Banco do Estado do Sergipe, conhecido como Banese.

Em sua petição inicial, a Defensoria descreve um série de violações aos direitos dos consumidores decorrentes do descumprimento dos supracitados diplomas legais pelo réu, principalmente no que diz respeito ao tempo de espera permitido para que o usuário obtenha atendimento, que é até quinze minutos em dias normais e até trinta minutos em vésperas e após os feriados prolongados e nos dias de pagamento dos funcionários públicos, municipais e estaduais.

Além disso, não obstante o desrespeito ao tempo razoável de espera previsto em Lei Municipal, a autora revelou que o réu, além de violar garantias asseguradas pelo Código de Defesa do Consumidor, desrespeitou frontalmente um dos princípios fundamentais da República que é a dignidade da pessoa humana, haja visto ter constatado em diligência pessoal a formação de longas filas de espera, resultantes da falta de pessoal para realizar atendimento e a ausência de banheiros para que os consumidores pudessem utilizar, conforme relato:

O resultado desta prática foi, por sua vez, constatado no curso de **inspeção oficial realizada pelos Defensores Públicos pertencentes ao núcleo, no dia 05/06/2009**, a agência bancária requerida, qual seja, Banco do Estado de Sergipe Aracaju. Verificou-se **o atendimento de dezenas de pessoas que esperavam, em pé, em “filas gigantescas”**, sendo que foram pegadas duas senhas e o tempo de atendimento foi por volta de 1 hora e 10 minutos, algo extremamente sacrificante de espera. Vale ressaltar que **diversos consumidores reclamaram do atendimento nas agências localizadas na cidade de Aracaju**, bem como, a inexistência de banheiros com placas de identificação de forma clara, pois disseram que existia banheiro na agência, no entanto o consumidor tem que pedir a chave a um caixa para poder ter

acesso. É público e notório, que não é visível nenhum banheiro quando o cliente adentra a agência. (ACP nº 0013164-47.2009.8.25.0001 – 3ª Vara Cível da Comarca de Aracaju-SE, p. 3- grifos da autora)

Diante do comportamento transgressor da Instituição Financeira, a Defensoria requereu a concessão de antecipação liminar da tutela, medida judicial que permite a antecipação parcial ou total dos pedidos formulados no processo ante o preenchimento dos requisitos previstos em lei, fundamentando-a no risco de dano irreparável à saúde dos consumidores aracajuanos, tendo em vista o fato de que diariamente centenas de consumidores sofriam sacrifícios físicos e morais, por terem que se submeter à enormes filas de espera, perdendo praticamente todo o seu dia, deixando de comparecer à compromissos importantes e demais afazeres, por estarem “presos” a uma fila de banco.

Assim, o referido pedido de tutela consistia em determinar que Banesse adotasse as providências necessárias para adequação dos serviços, no prazo de dez dias sob pena de multa diária no caso de descumprimento, tais como: colocar funcionários em número suficiente à disposição dos consumidores para proporcionar atendimento eficaz e em tempo adequado; instalar no mínimo quinze assentos com encostos para proporcionar atendimento digno aos idosos, gestantes, deficientes e pessoas com criança de colo; eliminar todos os obstáculos que de alguma forma pudessem dificultar o acesso dessas pessoas e a construção de banheiros nas agências com as devidas placas de identificação. Ainda, na hipótese de deferimento da tutela, requereu que a Coordenadoria de Defesa do Consumidor fosse oficiada para fiscalizar o cumprimento das obrigações. Por fim, requereu a condenação da Instituição Bancária ao pagamento de duzentos mil reais a título de danos morais coletivos, devendo o referido montante ser convertido ao fundo específico.

No dia 16 de junho de 2019, a tutela pleiteada foi deferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE, determinando ao réu que providenciasse a implantação das medidas requeridas pela autora no prazo de noventa dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de cinco mil reais.

Após ter sido devidamente citado, em 30 de julho de 2009, o réu apresentou contestação, oportunidade em que alegou que a autora não possuía legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública contra ele. Nesse sentido, alegou também sua ilegitimidade passiva, vez que, segundo o réu, somente o Banco Central do Brasil pode aplicar penalidades às instituições financeiras. Argumentou ainda, que a Lei Municipal que fundamenta a demanda é inconstitucional, pois esta excederia os limites do interesse local e da competência do

Município, pois segundo sua tese caberia apenas à União ditar normas às instituições financeiras.

No tocante à liminar, o réu declarou que o referido assunto estaria na esfera de discricionariedade da instituição, além de reforçar que agia dentro da lei e que não desrespeitava seus clientes, os qualificando como “maior patrimônio de um banco”. Aduziu ainda, que o fenômeno das filas não é exclusividade das agências bancárias, considerando que pode ocorrer em outras atividades econômicas, tanto públicas quanto privadas, e que bastava uma simples visita aos órgãos públicos para constatar as filas que a autora buscava combater nas agências do réu. Por fim, requereu a improcedência dos pedidos formulados pela autora com consequente extinção do processo sem julgamento do mérito, bem como condenação por litigância de má-fé e demais ônus de sucumbência.

No dia 23 de janeiro de 2014, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido formulado pela autora, condenando o réu em obrigação de fazer pertinente às adequações necessárias nas agências bancárias, em consonância com a legislação municipal, por entender que a autora possui sim legitimidade para propositura da demanda, vez que esta figura no art. 134 da CF/88¹⁵, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, estando ela presente no rol de legitimados, tanto para defesa dos necessitados tanto no âmbito individual, quanto no âmbito das coletividades difusas, no qual se enquadram os consumidores.

Em relação a preliminar de ilegitimidade passiva formulada pelo réu, o juízo decidiu pelo não acolhimento, vez que a atribuição de fiscalizar as operações financeiras pertence a União e aos seus órgãos delegados. Outrossim, cabe ao Município fiscalizar as questões de interesse local, como horários de funcionamento, construções, alvarás e demais assuntos pertinentes, tal qual o tempo de espera do consumidor, tendo o ente competência legislativa reconhecida pelo STJ e pelo STF, para disciplinar o tempo máximo de espera nas filas de agências bancárias.

No tocante ao mérito da ação, o juízo ressaltou a importância de zelar pelo efetivo direito à dignidade do indivíduo, defendendo que não é possível a inércia do judiciário em se tratando de deficiência na prestação de serviços pelas instituições bancárias, mesmo que o foco da demanda não esteja relacionado à finalidade da instituição financeira em si.

Concernente à condenação de numerário relacionado ao dano moral coletivo, o juízo

¹⁵ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

entendeu devido, rejeitando a alegação do réu de que seria necessária a prova de culpa, pois a referida tese já havia sido superada pelos Tribunais Superiores, que reconhecem o dano moral coletivo quando presentes os requisitos do dano moral individual, quais sejam, a existência de fato danoso que gere dor e sofrimento, configurando dano moral difuso, por atentar contra o interesse da coletividade (*in casu* dos consumidores).

Assim, a decisão ensejou ao réu que procedesse com as medidas necessárias para adequação das agências bancárias, como a disponibilização de pessoal suficiente no setor de caixa para prestarem atendimento no tempo previsto em Lei Municipal, sem prejuízo das demais medidas supracitadas. Para o cumprimento de todas as exigências, o juízo fixou o prazo de noventa dias, sob pena de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Por fim, condenou o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios em dez por cento do valor da causa.

Inconformado, o Banco do Estado do Sergipe recorreu da referida decisão ao Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE) e obteve êxito, haja visto a sentença ter sido reformada sob o entendimento de que os descumprimentos às normas legais incorridos pelo réu não eram suficientes à ensejar agressão ao patrimônio de toda a coletividade de maneira significativa. Dessa forma, restou afastado o dano moral coletivo e mantida a condenação do juízo *a quo* no que diz respeito ao implemento de mudanças estruturais e a contratação de funcionários.

A Defensoria Pública do Estado de Sergipe recorreu da decisão, requerendo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) à aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor com a consequente reforma do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE) a fim de ver mantida a sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau.

Ao apreciar as alegações das partes e as decisões proferidas no autos da Ação Civil Pública, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do recurso especial interposto pela Defensoria do Estado de Sergipe, decidiu acerca da possibilidade de configuração de danos morais coletivos pelo descumprimento de normas municipais e federais que dispõem sobre o tempo e padrão de atendimento presencial em agências bancárias.

Cabe salientar que o voto da Exma. Relatora Sra. Ministra Nancy Andrighi foi acompanhado pelos demais Ministros. Inicialmente a Relatora esclareceu a controvérsia relacionada a configuração do dano extrapatrimonial coletivo, visto que este não se assemelha ao dano moral individual e tampouco com a soma de lesões extrapatrimoniais individuais. A Relatora explicitou que, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a ampliação dos bens protegidos pelo ordenamento jurídico e dessa forma, a proteção passou abranger também os bens de titularidade da coletividade, cuja proteção é de interesse de todos.

Anteriormente a responsabilidade civil se relacionava apenas aos aspectos da personalidade individual, como a dor, o sofrimento e o abalo psíquico, cuja previsão legal está prevista no artigo 944¹⁶, *caput*, do Código Civil, que prevê que a reparação do dano moral não deve ultrapassar a extensão do dano, ou seja, a vítima não deve receber um valor menor e nem maior ao dano suportado, mas equivalente ao *status quo* que antecede o prejuízo, de forma que seja observado o princípio da reparação integral do dano e respeitada a proibição ao enriquecimento ilícito da vítima.

Entretanto, com o passar do tempo o instituto da responsabilidade civil recepcionou a possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial coletivo, sendo que este não se configura com os aspectos da personalidade do indivíduo singular, mas se associa com a integridade psico-física da comunidade, cuja natureza possui caráter transindividual, ou seja, seus titulares são “[...] pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”, conforme conceitua o próprio Código de defesa do Consumidor em seu artigo 81¹⁷, parágrafo único, inciso I.

Sob esta ótica, o dano moral coletivo visa, em primeiro lugar, punir e inibir a reincidência do ofensor à prática danosa, sendo o proveito econômico uma consequência e não o objetivo, destarte referido proveito econômico deverá ser revertido à sociedade através do Fundo de Restituição dos Bens Coletivos, nos termos no artigo 13 da Lei 7.347/85¹⁸. Logo, o que se espera com a condenação ao dano moral coletivo é punir o agente que comete atos abusivos e inibir a reiteração de práticas desleais, com isso, alcançar o aperfeiçoamento da postura dos fornecedores na sociedade, *in casu* relacionada ao atendimento aos consumidores, buscando eliminar práticas malquistas.

Quanto ao tempo máximo de espera em fila, a Ministra elucidou que “[...] o tempo útil e seu máximo aproveitamento são, como visto, interesses coletivos, subjacentes aos deveres de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que são atribuídos aos fornecedores de produtos e serviços e à função social da atividade produtiva”¹⁹. Neste ponto, a Ministra faz alusão ao que Dessaune chama de missão implícita dos fornecedores, como visto no capítulo anterior, dada a possibilidade de especialização e produção em massa advinda da era pós-

¹⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

¹⁸ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

¹⁹ ANDRIGHI, Nancy. 2017. p.15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-colegiada-stj-teoria-desvio.pdf>

industrial, há a liberação dos recursos produtivos dos consumidores diante da ausência de necessidade deles mesmos dispenderem seu tempo e energia na produção direta de bens para seu próprio consumo.

Acentua-se que é notória a essencialidade que o serviço bancário tem na vida de muitas pessoas, fazendo com que estas se submetam ao *modus solvendi* imposto por grande parte das instituições financeiras. No caso em análise, a Autora constatou em diligência pessoal que as pessoas esperavam cerca de uma hora e dez minutos por um atendimento, muitas vezes em pé e sem a utilização de sanitários. Ao se considerar uma jornada de trabalho comum de quarenta e quatro horas semanais e oito horas diárias, uma hora e dez minutos excede totalmente o intervalo intrajornada destinado à alimentação e repouso de muitas pessoas. Portanto, na situação posta, uma pessoa que precisava pagar uma conta, fazer um saque e/ou depósito, ou ainda, se utilizar de outros serviços nas agências da ré, precisava “aceitar” que naquele dia não conseguiria fazer a sua refeição, tampouco poderia descansar antes de retornar ao trabalho e, ainda teria que compensar os minutos excedentes, pois, como se sabe, não é possível estar em dois lugares simultaneamente.

Contudo, pontua-se a possibilidade de se realizar determinados serviços/transações pelo celular e/ou pela internet, entretanto, não se pode desconsiderar que há uma razoável parcela da sociedade que não possui grau de instrução suficiente pra dispor de atendimento online e autoatendimento e/ou não teve oportunidades de inserção no mundo virtual, portanto, tratam-se de pessoas vulneráveis que ficam à mercê dos procedimentos veladamente impostos pelas instituições financeiras.

Dessa forma, a instituição ré violou a sua missão implícita de liberar os recursos produtivos dos consumidores, pois disponibilizou serviços com vício de qualidade, haja visto a falta de pessoal em número adequado para atender a demanda de clientes, além de operar com clara precariedade em razão da ausência de acentos e sanitários, ocasionando um longo e sacrificante período de espera. Logo, lesou o direito homogêneo de uma coletividade de consumidores, que pôde ser sentido individualmente pois decorrente do mesmo serviço defeituoso.

Nesse contexto, a Relatora se atentou ao fato de que a norma municipal transgredida vigorava desde o ano de 2007 (Lei Municipal 3.441/2007) pronunciando-se que “[...] a instituição financeira recorrida optou por não adequar seus serviços a esses padrões de qualidade, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação ao interesse

social máximo de aproveitamento dos recursos produtivos”²⁰. Outrossim, a postura negligente do banco evidencia a clara transferência dos custos de adequação dos serviços, isto é, quando a instituição deixou de investir recursos para solucionar os problemas atinentes à prestação de serviços, presumidamente auferiu lucro extra através da utilização abusiva do tempo vital dos consumidores.

Assim, a Relatora deu provimento ao recurso especial da Defensoria e determinou a reforma do acórdão do TJSE para condenar o Banese ao pagamento de danos morais coletivos no montante arbitrado na sentença, por entender que os atos lesivos acima explicitados foram suficientes para o ensejo.

Embora o processo que originou a decisão constituída pelo brilhante voto da Ministra Nancy Andrighi ainda esteja em discussão, esta constitui *leading case* em razão da sua primariedade, visto que é a primeira decisão colegiada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu e aplicou a teoria do produtivo do consumidor, tornando-se um importante paradigma com o condão de influenciar inúmeras demandas semelhantes. Embora não tenha força vinculante com eficácia obrigatória, a referida decisão possui eficácia persuasiva e, tendo em vista o arcabouço legislativo que impulsiona a adoção de um sistema de precedentes e a estabilidade jurisprudencial, vislumbra-se que o entedimento do referido julgado repercuta e seja observado pelos tribunais inferiores e demais julgadores, considerando que constitui uma grande conquista em relação a proteção dos consumidores, pois reprime a conduta desleal dos fornecedores e aumenta o rol de bens passíveis de tutela, com a valorização do importante e irrecuperável capital da existência humana, o tempo.

Sendo assim, caminha-se para um cenário composto por uma corrente de precedentes favoráveis aos consumidores, que poderão, diante de uma situação de abuso do fornecedor, utilizar-se da tese firmada como subsídio, artifício de influência na defesa de seus direitos. Espera-se, contudo, que cresça ainda mais a quantidade de decisões aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor, para criar uma jurisprudência sólida e estável, orientando os julgadores na resolução de casos semelhantes, com aplicação de punições exemplares, a fim de se obter uma mudança significativa de conduta dos fornecedores, que deverão aperfeiçoar cada vez mais os seus produtos e serviços, para adequá-los à vida e as necessidades dos consumidores.

²⁰ ANDRIGHI, Nancy. 2017. p.17. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-colegiada-stj-teoria-desvio.pdf>

5. CONCLUSÃO

A evolução das relações jurídicas existentes na sociedade contribuiu para modernização e criação de mecanismos que visam aprimorar a atuação do poder judiciário, além de abrir caminho para a concepção de novas teorias que buscam aperfeiçoar as condutas sociais.

No presente artigo, verificou-se que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil é uma oportunidade de modernizar e aprimorar a prestação jurisdicional, por se tratar de mecanismo hábil para conferir maior celeridade processual, isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. Contudo, também pode-se dizer que é um desafio, considerando que o sistema jurídico brasileiro, o *Civil Law*, tem como fonte primária do direito a norma escrita e concede ao precedente judicial importância secundária, com isso, encontra-se uma assimetria de entendimentos sobre a mesma matéria, visto que cada magistrado está habituado a aplicar a lei ao caso fático de acordo com o seu livre convencimento, o que acaba gerando a chamada jurisprudência lotérica.

Evidentemente, o sistema de precedentes vinculantes não vislumbra o engessamento do judiciário, visto que traz consigo dispositivos que possibilitam a atualização e superação de entendimentos, garantindo que o precedente somente seja aplicado ao caso concreto se for a melhor solução, não se restringindo a mera repetição da tese jurídica do caso paradigma (*leading case*). Para tanto, é necessário que haja cooperação e engajamento na comunidade jurídica na construção de uma jurisprudência uniforme, que garanta a tão desejada segurança jurídica aos jurisdicionados, para que a frustração de se deparar com entendimentos díspares sobre a mesma matéria seja substituída pela previsibilidade e credibilidade.

Mais do que compreender o instituto, o presente estudo buscou analisar um exemplo de *leading case* que trata de um assunto relevante, que vem ganhando cada vez mais espaço na seara consumerista, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Esta teoria se configura a partir de situações aviltantes a que corriqueiramente diversos consumidores são submetidos, seja por má-fé, descaso e/ou negligência dos fornecedores, que disponibilizam produtos e serviços defeituosos no mercado, obrigando os consumidores a injustamente desperdiçarem seu tempo e suas competências para solucionar problemas a que não deram causa.

Com isso, verificou-se a importância do tempo na vida das pessoas, sendo este o capital mais valioso da existência humana, em razão da sua finitude e irrecuperabilidade. Apesar do tempo ainda não ter sido conceituado como bem jurídico em dispositivo legal, sua tutela tem sido admitida na esfera das relações consumeristas devido ao reconhecimento da inovadora

teoria do desvio produtivo do consumidor, estudada pelo Advogado Marcos Dessaune.

Assim, o presente artigo fez uma análise acerca da primeira decisão colegiada proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça à aplicar esta teoria, evidenciando os principais argumentos utilizados pelas partes e a maneira como os Tribunais foram decidindo sobre o caso fático, mostrando que o desvio produtivo do consumidor também pode se configurar quando há lesão aos direitos da coletividade, na hipótese do fornecedor transgredir ao seu dever legal de qualidade e desempenho, previsto no artigo 4º, inciso II, alínea “d”, do CDC²¹, estando sujeito à obrigação de reparar os danos causados.

Sendo assim, o acórdão analisado constitui importante precedente, já que denota um posicionamento relevante do STJ com potencial de enfraquecer a corrente de jurisprudências que, equivocadamente qualifica os abusos diariamente sofridos pelos consumidores como “mero aborrecimento” ou “medo dissabor”, trazendo um alento aos consumidores, pois a perpetuação do entendimento do aludido *leading case* soará como um alerta aos fornecedores, que deverão ajustar as suas condutas e aprimorar a prestação de serviços, para garantir eficiência e liberar os recursos produtivos dos consumidores, que poderão direcionar o seu tempo para o trabalho, estudo, família, lazer, descanso ou o que lhe for conveniente.

²¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:[...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:[...] d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIGHI, Nancy. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.412 - SE (2017/0067071-8)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-colegiada-stj-teoria-desvio.pdf> Acesso em 15/03/2020
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. - Acesso em 12/04/2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Ação Civil Pública nº0013164-47.2009.8.25.0001**. 3ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE. 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm - Acesso em 18/04/2020
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm - Acesso em 18/04/2020
- BRASIL. **Código de Processo Civil 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm - Acesso em 15/03/2020
- BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em 18/04/2020
- CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- CONSELHO nacional de justiça. **Justiça em números 2019**. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf - Acesso em 15/03/2020
- CONSELHO nacional de justiça. **15ª Edição do relatório Justiça em Números**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros_20190919.pdf - Acesso em 15/03/2020
- DEFENSORIA Pública. **Ação Civil Pública nº 0013164-47.2009.8.25.0001 em trâmite perante a 3ª Vara Cível de Aracaju**. TJSE. Réu: Banco do Estado de Sergipe S/A – Banese.
- DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2ª Edição Revisada e Ampliada. Vitória/ES, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 4ª Ed. Rev. E Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NERY Junior, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins**. Editora revista dos Tribunais, 2011.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à Brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law - Introdução ao Direito dos EUA**. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

**TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE
CURSO**

Eu, Camila Gonçalves da Silva

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41582535, Período noturno, Turma S,

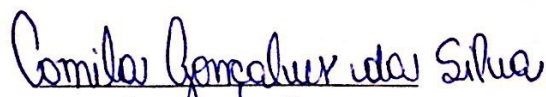
tendo realizado o TCC com o título: A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor na Perspectiva do STJ: um estudo de caso de seu leading case.

sob a orientação do(a) professor(a): Brunno Pandori Giancoli

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de junho de 2020.


Assinatura do discente