

TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: a possibilidade de aplicação em outras áreas do Direito

ARAÚJO, Jonathan de Oliveira ^a ; SILVA, Raquel Andrade e ^b

^a Graduando em Direito – UNIFAGOC

^b Mestra e Doutoranda em Administração Pública. Professora UFV, UNIFAGOC e FDV



^a jonim.jo@gmail.com
^b raquel.silva@unifagoc.br

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a possibilidade da responsabilização pelo desvio produtivo do consumidor na área trabalhista à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor. Para tanto, adotou-se um método de pesquisa qualitativo, baseando-se em análise de doutrinas e jurisprudências sobre o tema. Ao final, busca-se demonstrar a importância do tempo como bem juridicamente tutelável, cuja violação gera a responsabilidade pelo desvio produtivo do consumidor. Além disso, busca-se demonstrar a aplicação dessa teoria e sua ampliação no direito brasileiro, sobretudo na área trabalhista.

Palavras-chave: Desvio produtivo do consumidor. Tempo. Bem tutelável. Responsabilidade civil.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor é, sem dúvidas, um marco para o ordenamento jurídico brasileiro, estando consagrado como um dos direitos fundamentais e Princípio da Ordem Econômica estabelecidos nos arts. 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal, tendo suas bases fundadas no Princípio da boa-fé.

A proteção à vida e à saúde, à segurança, à educação para o consumo; o direito à informação clara, precisa e adequada; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva por meio do equilíbrio das relações de consumo - esses são alguns dos direitos previstos no ordenamento consumerista que garantem ao consumidor uma posição mais justa e igualitária dentro das relações de consumo.

Apesar da proteção trazida pelo Código do Consumidor à parte vulnerável nas relações de consumo, ainda se perpetuam atitudes desleais em que os consumidores ficam à mercê dos fornecedores, à espera de um posicionamento acerca da assistência para reparação de vícios ou defeitos no produto ou serviço ou até mesmo deixam de exercer os seus direitos enquanto consumidores. Em outras vezes, o consumidor despende tempo e energia para solucionar problemas a que não tenha dado causa, cujo dever de observação da legislação consumerista é de responsabilidade do fornecedor.

Dessa forma, visando à proteção do consumidor, com observância na evolução dos direitos dos consumidores, principalmente sob a ótica do quanto o consumidor gasta de tempo e energia para resolver problema de um produto ou serviço a que não deu causa

e, por consequência, não tem o dever de saná-lo, o autor e advogado Marcos Dessaune idealizou a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, a qual busca a proteção do tempo como um bem juridicamente tutelável.

No entanto, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor ainda é de pouca aplicação pelo fato de os julgadores muitas das vezes considerarem que o desvio produtivo do consumidor não gera danos morais, descaracterizando-o como mero aborrecimento. Porém, a aplicabilidade da teoria para caracterizar danos morais em relações de consumo vem transcendendo de sua esfera estritamente consumerista para outras searas do direito, como ocorreu no recurso ordinário da 3ª turma do TRT da 17ª região, de relatoria da juíza Daniela Corrêa Santa Catarina a qual utilizou, por analogia, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor para caracterizar danos morais em uma relação trabalhista por falta de anotação na CTPS durante o período em que o vínculo não havia sido reconhecido

Tendo em vista a utilização da teoria para caracterizar danos morais em uma relação de trabalho, a dúvida consiste na possibilidade da ampliação da aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor para caracterizar danos morais em outras searas do direito brasileiro. Por esse motivo, o objeto de pesquisa desse trabalho consiste na possibilidade da aplicação da teoria em outros ramos do direito, com vista a sua crescente aplicação pelos tribunais.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito do trabalho, de acordo com as influências da reparação dos danos consumeristas, utilizando para tanto os objetivos específicos:

- a) a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro;
- b) a aplicação da responsabilidade civil no âmbito trabalhista;
- c) a aplicação da teoria do desvio produtivo no âmbito trabalhista;
- d) a investigação jurisprudencial sobre o tema.

A metodologia será de abordagem qualitativa, e as técnicas de análise serão bibliográficas e documentais. Por meio da pesquisa bibliográfica, será investigado o posicionamento de autores renomados nas áreas, através de bibliografias. Já a pesquisa documental versará sobre a análise das jurisprudenciais relevantes acerca do tema, sobretudo o recurso ordinário da 3ª turma do TRT da 17ª região.

Feita essa abordagem, será elaborado um breve comentário acerca dos princípios que norteiam o direito do consumidor e a responsabilidade civil, para que, por fim, seja pautado o que é o tempo, como bem jurídico tutelável, e o que é o dano moral. O trabalho avançará para o momento final em que se discute se o julgado estaria abrindo um precedente para a ampliação da aplicação da teoria da perda do tempo útil.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O primeiro capítulo deste trabalho abordará a evolução histórica do instituto

da responsabilidade civil, sua incorporação na norma brasileira e seus elementos fundamentais. A responsabilidade civil ocorre de uma relação obrigacional, a qual cause um dano, por meio da não observância de uma norma legal ou por um descumprimento contratual, tendo, portanto, o dever de reparar aquele que sofreu com esse dano. Nesse sentido, surge a responsabilidade civil contratual e extracontratual ou aquiliana.

Os primeiros relatos do surgimento da responsabilidade civil podem ser encontrados no Direito Romano codificado na lei das XII Tábuas, cuja responsabilidade sem culpa era a regra; conseqüentemente, o causador do dano era punido com a Pena de Talião. A ideia era de vingança privada (“olho por olho, dente por dente”), ou seja, o autor do dano pagaria com a mesma proporção do dano que havia causado.

É necessário falar sobre a grande contribuição do jurista Ulpiano para a normatização e sistematização do direito romano. O jurista é conhecido pela máxima “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (São estes os preceitos do direito: viver honestamente, não lesar o próximo e dar a cada um o que lhe pertence). Da máxima de Ulpiano, consegue-se extrair os primeiros passos para a sistematização principiológica do direito romano o qual veio a influenciar grande parte dos sistemas normativos atuais.

No Brasil, tanto o Código Civil de 1916, quanto o atual código, adotaram o modelo dualista, no qual há a responsabilidade civil contratual ou negocial e a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, consistindo a diferença no que tange à responsabilidade extracontratual.

O Código Civil de 1916 trazia a ideia da responsabilidade civil extracontratual firmada sobre o alicerce apenas do ato ilícito previsto no art. 159 o qual dispunha que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. No Código Civil de 2002, manteve-se o ato ilícito previsto no art. 159 da codificação de 1916, atualmente previsto no art. 186 o qual nos diz que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nota-se que há diferenças entre os comandos supramencionados. Uma das diferenças consiste na conjunção “ou”, permitindo a responsabilização sem danos, o que, na atual codificação, não é mais possível (art. 927, caput CC). Uma outra diferença pode ser observada no que tange a possibilidade da responsabilização por dano moral puro, sem que haja alguma perda patrimonial.

Junto aos aspectos da responsabilidade civil, não podemos nos esquecer do ato emulativo proveniente da Teoria do Abuso de Direito, o qual considera como fator para responsabilidade objetiva, o exercício irregular de direito, ou seja, aquele ato que é considerado lícito, porém, ao exercê-lo, o autor excede seus limites (art. 187, CC).

Alguns institutos trazem o exercício irregular de direito como parâmetro para responsabilidade objetiva. No Código do Consumidor, temos a responsabilidade civil objetiva pela publicidade abusiva; no direito do trabalho, pelas greves abusivas; o abuso

do poder patronal na área processual através das lides temerárias; o abuso do exercício da propriedade no direito das coisas; e, no direito digital, o abuso de direito através dos "spams".

Após o sucinto relato acerca da evolução histórica do instituto e a sua incorporação no ordenamento brasileiro, faz-se mister explicar sobre os elementos fundamentais da responsabilidade civil. Para que exista o dever de indenizar, é necessário compreender os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, quais sejam: a) Conduta humana; b) Culpa genérica; c) Nexo causal; d) Dano ou prejuízo.

Os pressupostos da responsabilidade civil são motivo de divergências prioritárias pelo fato de alguns doutrinadores entenderem que existem apenas três elementos que compõem a responsabilidade civil, sendo que os elementos conduta humana e culpa não poderiam ser dissolvidos, possuindo as mesmas características e, portanto, não seriam analisados de forma separada. A respeito das divergências doutrinárias, Tartuce (2016, p. 532 apud CAVALIERI FILHO, 2005, p. 41) leciona que são três os elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal; e c) dano. Ainda que alguns doutrinadores firmem entendimentos nesse sentido, a maioria da doutrina aponta para o entendimento de que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil, em que a culpa lato sensu e a conduta humana são elementos distintos.

O pressuposto da conduta humana ocorre quando o autor, por uma ação ou omissão, cause dano a outrem. A conduta pode ser uma ação (positiva), quando a autor quer causar o dano, ou por omissão (negativa), quando, por descuido ou por um "não fazer", acaba resultando em dano.

A respeito da conduta omissiva do autor, é primordial que se demonstre o dever jurídico de cuidado, denominado "omissão genérica", e também que o autor deixou de praticar determinada conduta. Ainda nesse sentido, deve ser demonstrado que, se o autor agisse, o dano seria evitado.

A análise da culpa, para fins da responsabilidade civil, deve ser feita tendo em consideração a culpa lato sensu, a qual tem como espécies a culpa stricto sensu e o dolo.

O dolo é a conduta voluntária e intencional do agente de prejudicar outrem. É o ato de ação ou omissão voluntária mencionados no art. 186, primeira parte, do Código Civil 2002. Estando presente o dolo, estará presente também o dever de reparar todos os danos sofridos pela vítima - essa é a regra da teoria da reparação integral do dano.

No entanto, quando a vítima ou terceiro concorrer para o evento danoso de forma culposa, estaremos diante de uma culpa concorrente; conseqüentemente, a indenização será fixada de acordo com o que a vítima ou o terceiro concorreu para que o evento acontecesse.

A culpa pode ser dividida em diferentes classificações. Quando à origem, à atuação do agente, ao critério de análise, à presunção e ao grau de culpa. Ao contrário do dolo, no qual existe a intenção de provocar o resultado, na culpa stricto sensu o autor não deseja o resultado, porém, por ação ou omissão, o resultado indesejado acaba por ocorrer. Fazendo uma comparação com o art. 18 do Código Penal, a culpa pode ser relacionada

aos elementos de negligência, imprudência ou imperícia. A negligência ocorre quando o autor, com falta de cuidado, pratica a ação; a imprudência é a falta de cuidado somada à omissão; e a imperícia ocorre quando falta habilidade, treinamento, ou quando o autor não tem competência para tanto, estando relacionada aos profissionais.

O nexo causal é o elemento essencial para a existência do dever de indenizar. É o liame que interliga conduta culposa e o dano experimentado pela vítima. Nesse segmento, tanto na responsabilidade objetiva, na qual o nexo é formado pela conduta somada à responsabilidade sem culpa ou pela atividade de risco prevista no art. 927 do Código Civil, quanto na responsabilidade subjetiva, cujo nexo é formado pela culpa genérica, o elemento virtual de causalidade deve estar presente.

O nexo de causalidade deve ser analisado pelo aplicador do direito de acordo com o caso concreto, uma vez que os excludentes de causalidade podem conseqüentemente excluir a culpa do autor. A exclusão do nexo ocorre quando a vítima ou o terceiro concorreu exclusivamente para ocorrência do fato e nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

É valioso ressaltar que as excludentes de causalidade concernentes à culpa e ao fato exclusivo da vítima ou de terceiros estão relacionadas com a teoria da causalidade adequada, portanto, apenas atenuam, não excluindo o dever de indenizar.

Superadas essas conceituações, é fundamental, para o prosseguimento deste artigo científico, falar sobre o último elemento fundamental que configura a responsabilidade civil, o dano. O dano é elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, uma vez que, sem sua ocorrência, não há que se falar em dever de indenizar; isso porque o dano é o elemento final da ação, é o resultado da conduta do agente.

Os danos patrimoniais ou materiais são aqueles em que há a perda de um bem corpóreo da vítima. Os danos materiais podem ser divididos em danos positivos e danos negativos. Os danos negativos consideram o que foi efetivamente perdido, enquanto os danos positivos consideram o que a pessoa deixou de ganhar. Ressalta-se que, em regra, os danos devem ser comprovados pela não admissão do dano eventual.

Ao lado do dano material, existe o dano moral ou imaterial, no qual não é necessário que haja uma perda material corpórea para que subsista o dever indenizatório. Não tem uma forma unânime da doutrina que determine o quanto de bem imaterial foi atingido, mas, para a maioria, o direito atingido, quando se trata de dano moral, é o direito personalíssimo, aquele inerente à pessoa e, portanto, o dever de reparar tem a função de amenizar o mal sofrido.

Existe uma tendência de ampliação das modalidades de danos indenizáveis em nosso ordenamento; novas modalidades de danos passaram a ser admitidas, podendo até mesmo ser cumulados. A doutrina divide os danos em: danos clássicos e danos contemporâneos. Os clássicos compreendem o dano material ou patrimonial e o dano moral. Os contemporâneos são: o dano estético, danos morais coletivos, danos sociais, pela perda de uma chance, pelo abandono sócio afetivo, pela perda do tempo útil, dentre outros.

Portanto, assenta-se que, assim como ocorreu uma grande evolução no Direito

Romano com as mudanças na forma de responsabilização pelos danos e nas aplicações das penas advindas da Lei da XII Tábuas, ocorre atualmente em nosso ordenamento. Dentre as novas formas de caracterizar o dano, cabe destaque a modalidade do dano pela perda usurpação do tempo útil do consumidor, da qual trata este trabalho. A teoria do desvio produtivo do consumidor se baseia na ideia de que a perda do tempo que o consumidor despende para sanar problemas a que não deu causa deve ser indenizável, tratando o prejuízo do tempo desperdiçado como objeto passível de tutela jurídica.

APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

Para dar prosseguimento a este trabalho, será crucial fazer uma síntese acerca da responsabilidade por danos na perspectiva do direito do trabalho. O dever reparatório no campo do direito do trabalho está conexo à relação contratual trabalhista formada entre empregado e empregador. Dano moral e estético, dano à imagem, dano material – essas são as modalidades de danos passíveis de reparação em uma relação de trabalho.

O dano moral é o prejuízo injustificadamente provocado ou experimentado por uma pessoa em virtude da ação de outra; pode ser psicológico ou físico, atingindo a sua honra, intimidade, vida privada e imagem. Ainda nessa direção, o dano moral pode ser direto, indireto ou reflexo.

Nesse contexto, Stolze e Pamplona (2017, p. 891) conceituam que o dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é redutível a dinheiro: “Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

O conceito de dano moral trazido pelos autores traduz o que está previsto no inciso V do art. 5º do Texto Máximo: “Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Indo na mesma direção o inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 nos diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Assim, é importante mencionar que o dano moral, assim como o dano estético, passou a ser abrangido pelo direito do trabalho após a Constituição de 1988.

O dano extrapatrimonial foi motivo de muita discussão diante da difícil mensuração do grau de ofensa ocasionado à vítima, porém esse percalço já foi superado, uma vez que o valor quantificado do quanto se deve indenizar em decorrência do dano moral não tem caráter ressarcitório, mas compensatório.

No âmbito trabalhista, temos dois aspectos de análise cujo dano será passível de reparação. O primeiro está relacionado à saúde e à segurança laboral do obreiro; o outro se relaciona à saúde e à segurança do obreiro em razão do cumprimento do contrato de trabalho. Como bem discorrido por Godinho (2019, p. 738), existem dois planos em que

os danos são abordados na seara trabalhista:

Há, em um primeiro plano, as indenizações por dano moral ou dano à Imagem que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas. Neste plano situar-se-iam, por exemplo, a indenização em face de discriminação racial promovida pela empresa contra o obreiro, apar da indenização por indevido uso da imagem do trabalhador nas atividades empresariais. Em um segundo plano, há as indenizações relativas a danos à segurança e saúde físicas e morais do empregado no contexto do cumprimento contratual (lesões acidentárias). Desponta aqui a possibilidade de distintas indenizações, todas englobadas nos efeitos conexos do contrato de trabalho: por dano material, por dano moral e, finalmente, até mesmo por dano estético.

Nesse diapasão, podemos observar que existem as lesões acidentárias, que vinculam o dano material, moral e estético ao cumprimento do contrato de trabalho, e o dano moral e dano à imagem, que atingem diretamente a pessoa.

O dano moral pode ser caracterizado em decorrência das situações em que o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica é afetado. A Lei 13.467/17, mais conhecida como Lei da reforma trabalhista, trouxe inovação ao colocar a pessoa jurídica como sujeita de direito a reparação civil por dano moral.

Godinho (2019) exemplifica o procedimento discriminatório, falsa acusação de cometimento de crime, tratamento fiscalizatório ou disciplinar degradante ou vexatório, como situações em que o dano pode atingir a esfera da intimidade, imagem, honra e privacidade do sujeito de direito.

Outros exemplos de ações que podem gerar o dano moral são pontuados por Cassar (2017), como são os casos em que o empregador agride oralmente ou xinga seu empregado; expõe o empregado a tratamento vexatório; explora a imagem do empregado de forma pejorativa, entre outros. A reforma trabalhista inseriu, através dos artigos 223- C e 223-D- ambos da CLT-, de forma taxativa, as causas passíveis de reparação por dano extrapatrimonial das pessoas físicas e jurídicas, aliás, a Lei 13. 467/17 deu novas dimensões ao Título II-A, do artigo 223 A ao artigo 223 G da CLT, que trata dos danos extrapatrimoniais. Os artigos inseridos pela reforma trabalhista são motivo de discussões constitucionais e objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, como a ADI/6050, ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra).

De acordo com a associação, os incisos I, II, III e IV do artigo 223-G da CLT ferem o princípio da isonomia, pois fixam limites vinculados ao salário do trabalhador ofendido. Além disso, as imposições restringem a atuação do magistrado, que não pode fixar valor superior ao previsto, indo ao contrário com os mandamentos da reparação ampla prevista na Constituição. A ação foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes, o qual, após requisitar informações ao Congresso Nacional e ao presidente da República, remeteu o documento para a Advocacia-Geral da União (AGU) e para a Procuradoria-Geral da República (PGR), para manifestação.

Ao lado do dano moral, temos o dano à imagem, que Godinho (2019, p. 739) conceitua como “valoração e juízo genéricos que se tem ou se pode ter em certa comunidade”, justificadamente passível de reparação civil, não só no tocante à pessoa física, mas também a pessoa jurídica.

O dano material é o dano em que há uma perda patrimonial, a qual é de possível valoração. Em se tratando da relação de trabalho, o dano material está presente nas lesões acidentárias que deixam o trabalhador inabilitado para exercer tais funções ou os gastos que ele desempenhou para se curar ou melhorar das lesões; também pode ser a lesão que o deixou incapacitado para o exercício do trabalho.

Por sua vez, o dano moral, em função da atividade exercida, está ligado a lesões que não vão atingir a esfera psicológica ou física do trabalhador. As doenças profissionais, ocupacionais e o acidente de trabalho são passíveis de reparação por danos morais. De acordo com a ressalva feita por Godinho (2019), o bom estado físico e mental do ser humano é primordial à sua vida e, conseqüentemente, à honra; portanto, são tutelados constitucionalmente.

Há ainda as lesões que causam dano estético, ou seja, aquelas que causam destruição parcial da feição da vítima, podendo acontecer nos casos em que o obreiro, em decorrência do trabalho, tem um membro amputado, causando uma desarmonia física e psíquica.

É significativo falarmos sobre a responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho que deu ensejo a interposição de recurso extraordinário, com repercussão geral. Segue a ementa da decisão:

Recurso Extraordinário. RE 828040. DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador- Indenização por Dano Moral - Acidente de Trabalho - DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Material - Acidente de Trabalho.

No julgamento do RE, interposto em 2019 no Supremo Tribunal Federal, a maioria dos ministros votou a favor da tese elaborada pelo relator, o ministro Alexandre de Moraes o qual sustentou que:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva, e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Para o relator, há uma compatibilidade entre a norma do Código Civil e a Constituição Federal; portanto, o empregador é quem responde objetivamente pelos danos resultantes de acidentes de trabalho, bem como pelos danos decorrentes de

atividades que por si só apresentem riscos.

Dado exposto, ressalta-se que, em qualquer situação geradora do dano (lesões acidentárias decorrentes ou não do contrato de trabalho), o que se busca é inibir as suas ocorrências, sejam elas relativas aos danos morais, estéticos, à imagem ou dano material.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO NO ÂMBITO TRABALHISTA

O capítulo anterior tratou da forma como ocorre a aplicação da responsabilidade civil no direito do trabalho, por meio de exemplos de situações passíveis à reparação de dano nas relações de trabalho. Abordou de forma sucinta sobre as alterações trazidas pela reforma trabalhista no que se trata do quanto e em quais situações se deve indenizar. Tais alterações foram motivo de diversas ações diretas de inconstitucionalidades. Ao final foi feita uma explanação sobre o RE 828040, com repercussão geral a respeito da responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho. Passada essa etapa, será feita uma abordagem acerca da tutela constitucional do tempo como valor jurídico e a responsabilidade civil à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor e sua aplicação na seara trabalhista.

A tutela constitucional do tempo como bem vital e a teoria do desvio produtivo do consumidor

Para que se analise o dano temporal como um dano juridicamente ressarcível, é preciso entender que o que se busca proteger não é o tempo em si. O tempo é abstrato, é um parâmetro criado pelo homem. Na realidade, quando se fala em dano temporal, o que se busca tutelar é o tempo vital, econômico e produtivo pertencente a cada indivíduo que tem a liberdade de dispor dele como deseja. Como está escrito na letra do poeta Cazuza, o tempo não para. O tempo é um bem vital, que se desfaz em si próprio e não se recupera. Não podemos falar em tempo sem nos lembrarmos que a vida se limita a ele.

São muitas as visões que conceituam o que é tempo, dentre as quais as visões filosóficas, jurídicas, econômicas; porém, para este trabalho, traremos o conceito de tempo dado por Pablo Stolze Gagliano (2013, p. 44-45), o qual coloca o tempo sob duas perspectivas: dinâmica e estática. Na primeira, o autor nos diz que tempo é um “fato jurídico em sentido estrito ordinário”, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito. Na segunda, ele nos fala que, em perspectiva “estática”, o tempo é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica.

Dessa forma, para que haja responsabilização por dano temporal, o tempo deve ser analisado de acordo com o efeito que ele provoca no mundo do direito; sendo assim, nem todas as situações em que o indivíduo sofra uma perda de tempo serão passíveis de tutela jurídica. Não basta perder tempo, é necessário que aquela perda surta efeito danoso relevante.

Ir à praia, brincar com os filhos, viajar a negócios, ler, estudar, dentre outras, são consideradas atividades cotidianas que a maioria das pessoas realiza no decorrer da vida, sendo algumas reconhecidas constitucionalmente, como é o caso do direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre os direitos sociais.

O nosso ordenamento, em vários de seus diplomas, busca proteger bens importantes, tais como: a vida, a liberdade, a dignidade, a privacidade, a honra, a propriedade, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Além desse, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor também menciona alguns direitos reconhecidos constitucionalmente:

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:

Portanto, o dano ocasionado pela usurpação do tempo se interliga com o direito à liberdade e à dignidade. A ocorrência de um dano temporal pode afetar a forma como a vítima vai utilizar o seu tempo, isso porque cada pessoa tem a liberdade de utilizar ou dispor do seu tempo para realizar atividades satisfatórias, prazerosas ou qualquer outra de seu desejo. É nessas ideias que a teoria do desvio produtivo do consumidor firma suas bases.

A teoria do desvio produtivo do consumidor foi idealizada pelo advogado Marcos Dessaune, o qual a desenvolveu com o objetivo de obter o reconhecimento do tempo como bem juridicamente tutelável. Para Dessaune (2017), o tempo é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e que a vida se constitui das próprias atividades existenciais que nela se sucedem.

Nas palavras de Marcos Dessaune:

O desvio produtivo do consumidor tem origem quando o fornecedor cria um problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo e não o resolve espontânea, rápida e efetivamente, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de fazê-lo. Significa dizer que o fenômeno lesivo em apreço é deflagrado pela prática abusiva do fornecedor de omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade pelo problema primitivo, cujos custos e soluções ele tenta transferir veladamente para o consumidor. O desvio produtivo do consumidor é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade, induzido pelo “modus solvendi” abusivo do fornecedor, despende o seu

tempo vital, adia ou suprime algumas de suas atividades e, muitas vezes, assume deveres e custos do fornecedor. (DESSAUNE, 2017, p. 246).

Sob a ótica do autor, o desvio produtivo do consumidor é vislumbrado através de situações em que o consumidor desperdiça o seu tempo vital, existencial e produtivo, que poderia ser utilizando para realizar atividades por ele desejadas, ora para sanar problemas a que não deu causa, ora esperando uma solução, por parte do fornecedor. Consequentemente, a perda do tempo em que o consumidor despende para sanar esses problemas deve ser indenizável.

De forma silogística, a vida, a dignidade e a liberdade são direitos previstos na Constituição Federal, e o tempo se atrela a esses direitos; desse modo, o tempo é um bem protegido constitucionalmente e sua violação é passível de reparação.

Como mencionado anteriormente, é necessário, para caracterizar o dano temporal passível de reparação, que, no caso concreto, seja verificado o efetivo dano causado. Algumas situações requerem o emprego de um tempo maior para que sejam realizadas: a espera de um atendimento através do SAC, em que é necessário um tempo razoável para a resolução do problema; ou a espera em uma fila bancária em dias mais movimentados. A diferença consiste em identificar se o tempo necessário para realizar tais tarefas ultrapassa o razoável. Sobre algumas situações em que se poderiam configurar o dano pela usurpação do tempo, Rizzato Nunes (2013) exemplifica:

Do ponto de vista jurídico, esse tempo perdido, roubado na esfera do direito do consumidor, pode realmente gerar indenizações. De fato, há muitas situações de perda efetiva de tempo em matéria de relações jurídicas de consumo. As filas reais de muitos serviços que já referi em bancos, hospitais, aeroportos (e aqui não só filas, como também os atrasos, os cancelamentos, as perdas de conexões e situações similares), etc. e as filas virtuais nos serviços de atendimento telefônicos em geral, quer seja para reclamar ou cancelar uma compra, são prova dessa perda. O consumidor também gasta muito de seu tempo para obter resultado adequado de seus direitos violados, como, por exemplo, nos serviços de assistência técnica e nos consertos em geral ou quando fica aguardando o retorno de serviços essenciais de energia elétrica ou distribuição de água, interrompidos pelos mais variados motivos, etc.

Essas situações exemplificadas levam o consumidor a sofrer o dano pela usurpação de seu tempo, podendo gerar a responsabilização de quem, injustificadamente, as causou. No entanto, essa perda deve ser efetiva, caso contrário, não passará de mero dissabor.

Por fim, é válido analisar a ementa da Apelação nº 0513055-50.2017.8.05.0001, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, de relatoria da desembargadora Ilona Márcia Reis:

APELAÇÃO CÍVEL. Direito do consumidor, plano de saúde. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Responsabilidade civil. Danos morais. Contrato de cartão de

crédito. Cobrança indevida de anuidade. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. MERO ABORRECIMENTO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO. MAJORAÇÃO DO HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

No caso transcrito, houve uma cobrança indevida de anuidade do cartão de crédito em que não fica evidenciado o dano temporal. A relatora deixa claro que, por mais que, conforme o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, denote-se má prestação de serviço, no caso em análise, esta não é capaz de ensejar dano moral passível de reparação, caracterizando-se como mero aborrecimento.

Assim, podemos analisar que a incidência da responsabilidade pelo desvio produtivo do consumidor deve ser feita de forma cautelosa, para que fique devidamente demonstrado o dano temporal.

A teoria da perda do tempo útil e sua aplicabilidade na área trabalhista

Podemos observar que é presente a evolução do conhecimento e aceitação pelos tribunais acerca da aplicabilidade da responsabilidade pela usurpação do tempo. A ideia de que a usurpação do tempo inflige à esfera pessoal do indivíduo, interferindo na vida de quem sofre com o dano, passa a ser, cada vez mais, vista com outros olhares.

A responsabilidade pela perda do tempo útil tem o intuito de reparar os danos sofridos pelo consumidor. Nota-se, a princípio, que o dever de reparar o dano temporal nasce das relações de consumo em que o consumidor tem o seu tempo indevida e injustificadamente usurpado.

A lei consumerista busca proteger, principalmente, o consumidor que integra a parte vulnerável na relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor nos fala que a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo deve ser observada (artigo 4º, inciso I, do CDC); por conseguinte, o diploma coloca o consumidor como parte merecedora de maior proteção e atenção nas relações de consumo.

Essa proteção, em vista da vulnerabilidade do consumidor, é observada porque existe uma discrepância entre as partes na relação de consumo. O fornecedor ou prestador de serviço detém mais conhecimento sobre o seu produto ou serviço; além disso, impõe ao consumidor regras como: preços, qualidade, quantidade, forma de pagamento, dentre outras. Por esse motivo, é o consumidor quem carece de leis que tentem equipará-lo à parte mais forte dessa relação.

Desse modo, a lei consumerista não protege o consumidor porque ele adquiriu um produto durável cujo vício foi detectado 30 dias após a aquisição, ou porque ele consumiu um produto fora do prazo de validade e teve um problema digestivo; ou ainda o consumidor que ficou por horas ao telefone esperando que seu problema fosse resolvido. A lei consumerista protege o consumidor por ele ser a parte vulnerável dentro dessa relação.

Em um primeiro momento, a teoria do desvio produtivo do consumidor vem

sendo aplicada às relações de consumo em que o consumidor tem seu tempo usurpado indevidamente, não somente por ele ser considerado vulnerável, mas também, pela tutela a vida, liberdade e dignidade do consumidor, como já demonstrado anteriormente. Em um segundo momento, a aplicação da reparação de danos pela perda do tempo útil sai de sua esfera consumerista e passa a ser aplicada em outros ramos do direito, reforçando o ponto de vista que vem sendo firmado nos tribunais e nos meios acadêmicos.

Com a crescente aplicabilidade da reparação pela perda do tempo útil pelos tribunais a luz da teoria do desvio produtivo do consumidor, existe uma tendência de que a perda do tempo útil se enquadre em uma nova modalidade de dano independente. Isso porque, além da recorrente aplicação, as decisões jurisprudenciais sobre a temática aumentaram.

Destarte, é valoroso, para este trabalho, trazer demonstrado o recurso ordinário da 3ª turma do TRT da 17ª região, de relatoria da juíza Daniela Corrêa Santa Catarina, que coaduna com a ideia da possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor em outras áreas do direito, dando importância ao tempo vital indevidamente desperdiçado. Por analogia, a relatora condenou a reclamada em danos morais, tendo como base a teoria do desvio produtivo do consumidor, “in verbis”:

A falta de anotação da CTPS do autor representa ofensa à dignidade do trabalhador e autoriza o deferimento da respectiva reparação.

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

No caso em tela, os danos morais foram fixados pela falta de anotação na CTPS do trabalhador. Em sede de decisão de 1º grau, o trabalhador alega ter sido admitido em 01 de maio de 1998, mas o contrato de emprego somente foi registrado em 01 de julho de 2000, durando até 15 de outubro de 2017, quando o vínculo foi rompido. Frisa-se que não ficou demonstrada a ofensa à imagem do trabalhador, porém houve ofensa à dignidade pelo tempo em que ele prestou serviço sem ter o vínculo devidamente reconhecido.

A hipossuficiência existente entre as partes nas relações consumeristas e trabalhistas é outra semelhança que colabora para a possibilidade da aplicabilidade da reparação pelo desvio produtivo em outros ramos do direito, uma vez que o que se busca reparar, quando existente o dano pela perda do tempo útil, não é o tempo e sim a vida, a dignidade e a liberdade.

É importante a demonstração de parte da apelação cível nº 1000624-72.2018.8.26.0205, da Comarca de Getulina, São Paulo, a qual versa sobre a cobrança indevida do IPVA de 2017 de um carro que foi vendido em 2015. Em seu voto, o relator Souza Meirelles reconhece a possibilidade da aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor em outras áreas do direito. Nas palavras de Meirelles (2018):

Não se ignora que a Teoria do Desvio Produtivo foi originalmente cunhada para ter aplicação, primordialmente, às relações de consumo. No entanto, tenho por certo ser plenamente possível a incidência da supramencionada teoria às relações estabelecidas no âmbito do Direito Administrativo, em verdadeira aplicação da teoria do diálogo das fontes, pela qual as normas jurídicas não se excluem por pertencerem a ramos jurídicos distintos, porém conexos, devendo, pelo contrário, ser aplicadas dentro de uma ideia de complementaridade, tendo em vista nosso sistema jurídico uno.

Meirelles escreve ainda que o requerente se viu obrigado a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas competências de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso ou o lazer, para tentar resolver o problema advindo da conduta da parte requerida, indo ao encontro dos princípios em que se funda a teoria do desvio produtivo do consumidor.

Dessa forma, se dizemos que o dano temporal afeta apenas as relações de consumo, acabamos por restringir a ampliação protetiva, no que tange ao dano temporal e à responsabilidade pelo tempo perdido, em outras áreas do direito brasileiro.

Os danos causados pela usurpação do tempo não só afetam o tempo vital, econômico e produtivo do consumidor, mas também a liberdade e a dignidade de quem sofreu com o evento danoso. Por esse motivo, não resta dúvida de que, ao utilizar a teoria para fixar danos morais em uma relação trabalhista, o que se buscou, na verdade, foi proteger, não só o tempo, mas também a dignidade e a liberdade do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os caminhos para que o tempo, como bem juridicamente tutelável, seja uma modalidade de dano aplicável em outras áreas do direito, ao ponto de não ser desconfigurado, em muitas situações, como mero aborrecimento, são árduos. No entanto, uma das principais funções do direito é evoluir de acordo com as mudanças na sociedade. Novas modalidades de danos surgiram ao longo dos anos, porque a sociedade passou a exigir novas demandas.

O aumento de jurisprudências, julgadas e discussões acadêmicas acerca da teoria do tempo útil faz com que se perceba uma evolução nas formas de aplicação, adequação e configuração da aplicabilidade da reparação pelo desvio produtivo do consumidor, indo em direção à proposta deste trabalho, qual seja: a possibilidade da aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor em outras áreas do direito.

Para muitos, tornar o dano temporal uma modalidade de dano independente seria sucatear o dano, o que abarrotaria o judiciário com demandas consideradas como mero dissabor. É certo que não é em qualquer situação que incidirá a responsabilidade pelo dano temporal, devendo sempre, se o dano ocasionado pelo desperdício injustificado do tempo foi efetivo.

Pelos motivos demonstrados neste trabalho, a resposta ao problema apresentado

é positiva. A da teoria do desvio produtivo do consumidor é passível de aplicação na área trabalhista. Primeiro, porque o direito evolui de acordo com as mudanças da sociedade (podemos perceber isso na evolução histórica da responsabilidade civil e nas modalidades de danos surgidos). Segundo, pois o tempo é um bem vital e imensurável de natureza irrecuperável. E, por fim, porque é necessário lembrar que o dano, seja qual for a natureza da relação (consumerista, trabalhista, administrativa, etc.), deve ser devidamente reparado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº1000624-72.2018.8.26.0205. Rel. Desembargador. Souza Meirelles. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/desvio-produtivo.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região**. Acórdão nº 0000210-16.2018.5.17.0101 RO (1009) Rel. Desembargadora: Daniela Corrêa Santa Catarina. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt-es-aplica-teoria-desvio-produtivo.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça da Bahia**. Apelação Cível nº 0513055-50.2017.8.05.0001. Rel. Desembargadora. Ilona Márcia Reis. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/6f1692fe-b170-3bef-b38a-ca92b88ef658>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Associação ajuíza ADI contra novas regras da CLT sobre danos morais. 8 jan. 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=400370&tip=UN>. Acesso em: 15 out. 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. rev. atual. e ampl. 14. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

CAZUZA. **O tempo não para**. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/cazuza/o-tempo-nao-para.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória, 2017.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, P. S. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jurisvox**, Centro Universitário de Patos de Minas, v. 1, n. 14, páginas 42-47, jul. 2013.

NUNES, Rizzatto. **A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida**. 2013. Disponível em:

<https://migalhas.uol.com.br/coluna/abc-do-cdc/174621/a-sociedade-contemporanea-e-ladra-de-tempo-e-ladra-de-vida>. Acesso em: 12 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. rev. atual. e ampl. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.