

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

LITON LANES PILAU SOBRINHO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Mariana Ribeiro Santiago ; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo”, durante o I Evento Virtual do CONPEDI, ocorrido entre 23 e 30 de junho de 2020, sobre o tema “Constituição, Cidades e Crise”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo. De fato, não se pode olvidar que as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para a matéria, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto nos segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na eficácia dos negócios jurídicos da internet, no consumidor no ambiente virtual, na problemática do superendividamento, nos contratos eletrônicos no mercado secundário, na relação entre consumo e imigração, na rotulagem frontal de alimentos, na responsabilidade civil, nos casos de hipervulnerabilidade do consumidor, nas especificidades do arrependimento na compra de passagem aérea, nas exigências sobre a performance do Poder Judiciário, na desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações de consumo, na análise econômica do desvio produtivo, no consumo colaborativo, nos desafios impostos ao consumidor em tempos de pandemia etc.

Em sua abordagem, nota-se que os autores utilizaram referenciais teóricos refinados sobre a sociedade de consumo, sociedade de risco, sociedade da informação, sociedade do cansaço, globalização, dialogo das fontes etc., o que realça o aspecto acadêmico do evento.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí / Universidade de Passo Fundo)

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago (Universidade de Marília)

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**POR UMA ANÁLISE TAMBÉM ECONÔMICA DA TEORIA DO DESVIO
PRODUTIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL
ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND PRODUCTIVE DEVIATION THEORY**

Paulo Fernando de Mello Franco ¹
Antonio José Maristrello Porto ²

Resumo

A jurisprudência tem decidido que a conduta de quem submete alguém a uma espera indevida configuraria ilícito passível de reprimenda judicial pela via de uma indenização pecuniária. Contudo, embora concordemos com essa resposta, nos parece que ela veio desacompanhada de uma orientação de como mensurar o valor destas indenizações. É com o objetivo de diminuir a subjetividade na mensuração dessas indenizações que desenvolvemos este artigo, correlacionando Direito e Economia da Responsabilidade Civil com a questão dos custos de oportunidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Teoria do desvio produtivo, Direito do consumidor, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Superior Court of Justice ruled that the conduct of submitting anyone to an undue delay implies civil liability through a pecuniary compensation. Although we agree with the general decision, it seems to us that it has no clear orientation on how to quantify the value of the appropriate indemnities. The purpose of this article is to suggest an elegant approach that minimizes subjective and unwanted variance by discussing both the legal doctrine of “Deviation of Consumers’ Productive Resources” and the economic theory of opportunity costs.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Productive deviation theory, Consumer law, Economic analysis of law

¹ Doutor em Direito.

² Doutor em Direito.

1. INTRODUÇÃO

Alguns diriam que *o tempo é relativo*. Diriam outros que *o tempo voa*. No efêmero mundo de hoje, nossas 24 horas diárias parecem não comportar as tantas coisas que há para fazer. Enfim, todos têm relógios, mas poucos têm tempo (SERRES, 2015). E, em plena Era da *Hiperinformação*, o tempo é especialmente precioso e notadamente escasso. Tão precioso e escasso que não é dado que o percamos, principalmente quando essa perda se dá por pouco ou nenhum investimento em precaução ou qualidade por parte do fornecedor.

Como se costuma dizer, *quem espera, sempre alcança*. Mas quem muito espera, provavelmente se cansa. Quando a espera é inevitável, paciência, não há o que fazer senão aguardar. Mas e quando a demora se dá por desídia ou descaso de outrem? O ato ou efeito de esperar se tornaria, nestes casos, juridicamente relevante? É dizer, a conduta de quem submete alguém a uma espera indevida configuraria ilícito passível de reprimenda judicial pela via de uma indenização? Para o Superior Tribunal de Justiça – STJ –, agora, a resposta parece ser afirmativa.

Reverendo seu posicionamento anterior, no qual predominava a idéia de que o tempo de espera nada mais era do que um mero aborrecimento - que chamaremos ao longo do *paper* de *jurisprudência do mero aborrecimento* –, o STJ começou a adotar, em recentes decisões, a denominada Teoria do Desvio dos Recursos Produtivos (DESSAUNE, 2011) para condenar réus a indenizarem autores, especialmente consumidores, pelo tempo que estes despenderam, indevidamente, por conta de um ato ilícito praticado pelos fornecedores que lhes fez esperar.

Em outras palavras, o STJ passou a entender que, quando indevida, a espera, além de cansar, pode gerar responsabilidade civil e, por conseguinte, um dever de indenizar por parte daquele que abusou do direito de demorar. Ao Direito cabe incentivar os fornecedores a agirem com cautela e desestimular que estes causem danos. Caso contrário, *i.e.*, caso os fornecedores se sintam indiferentes às sanções do Direito às suas condutas e à sua demora, a tendência é que mais danos aconteçam e menos se invista em precaução.

Contudo, embora concordemos com a afirmação de que o tempo de espera – e, pois, o tempo desperdiçado pelo consumidor – possam ensejar o pagamento de uma indenização, a adoção da Teoria jurídica do Desvio Produtivo nos parece, com a devida *venia*, ter vindo desacompanhada do substrato econômico que consubstancia a reparação pela perda do tempo útil do consumidor, principalmente no que concerne ao valor destas indenizações que, a nosso sentir, carecem de parâmetros minimamente objetivos.

Assim, o objetivo do presente artigo é lançar luzes sobre o tema e discutir os contornos jurídicos da Teoria do Desvio Produtivo e filtrá-la à luz de uma Análise também Econômica do Direito, a fim de que, tanto quanto possível, o *quantum* das indenizações possa encontrar parâmetros razoáveis – e, mais do que isto, justificáveis –, certamente melhores do que a juridicamente insegura e economicamente indefinida loteria de valores das condenações, que tende a não ser eficiente. Seguem os nossos argumentos.

2. A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA TEORIA DO DESVIO DOS RECURSOS PRODUTIVOS DO CONSUMIDOR

Quanto vale o tempo que alguém injustamente perdeu? Quanto merece receber de indenização uma pessoa que foi esquecida por minutos ou horas na linha telefônica enquanto aguardava pelo atendente do Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC)? Quanto de compensação deveria ser pago a um cliente de um grande banco que, diante das imensas filas, sabe exatamente a hora que entrou na agência, mas não faz a menor idéia de quando sairá dela?

A jurisprudência maciça dos Tribunais de 1ª e de 2ª instâncias brasileiros reconhecia que o tempo perdido em decorrência de um vício ou defeito na prestação de um serviço ou na aquisição de produtos, deveria ser internalizada pelo consumidor, mesmo quando a demorava se desse por ato ilícito e não escusável do fornecedor.

Com isso, se criou o que convencionamos chamar de jurisprudência do mero aborrecimento, segundo a qual, o ato ou efeito de se aborrecer nada mais é do que uma circunstância natural da vida contemporânea, pelo que, partícipes dela, deveríamos nos acostumar com dissabores e suportar pequenos – no entender dos Tribunais – incômodos causados por dolo ou culpa daqueles com quem contratamos.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJERJ), por exemplo, a convicção do acerto da adoção da jurisprudência do mero aborrecimento era tanta que foi redigida

a Súmula nº 75¹ que, embora meramente persuasiva, era – e ainda é, não raro – comumente aplicada pelos juízes. E, quase que como um mantra, o Poder Judiciário endossava a construção de que o mero aborrecimento afastaria toda e qualquer vicissitude considerada, na visão dos julgadores, suportável e corriqueira. Afinal, se, como diz a Súmula, “o [...] descumprimento de dever legal ou contratual” é mero aborrecimento, o que não seria? Fato é que, paulatinamente, toda e qualquer agrura da relação de consumo vinha sendo tida como mero aborrecimento e, com isto, as ações judiciais consumeristas ou eram julgadas improcedentes ou tinham como resultado uma indenização pífia, que, justamente porque inexpressiva, mantinha os fornecedores completamente indiferentes em relação às condenações.

O que motivou – e talvez ainda motive – a elucubração e posterior sedimentação da jurisprudência do mero aborrecimento foi, com toda certeza, a percepção de que havia muitos processos decorrentes das relações de consumo, tantos que, somados, abarrotam o Judiciário e impedem que os juízes se dediquem à solução de controvérsias mais relevantes do que a discussão massificada de problemas de consumo. Aos que assim pensam, a judicialização excessiva das relações de consumo é **causa** da saturação do acesso à Justiça e do abarrotamento do Poder Judiciário.

Ousamos, porém, discordar desse entendimento. A nosso ver, o demandismo exacerbado dos consumidores nos parece muito mais uma **conseqüência** sistêmica da má prestação dos serviços ou da baixa qualidade dos bens adquiridos no mercado do que necessariamente um comportamento oportunista por parte dos consumidores que querem se locupletar dos valores – baixos, em geral, convenhamos – das indenizações.

Há consumidores que ingressam no Judiciário sem qualquer fundamento e com mera expectativa de recebimento dos valores de uma condenação? Certamente que sim, mas não podemos tomar a parte pelo todo. A generalização excessiva tende a fazer com que os justos paguem pelos pecadores. E todos, inclusive a sociedade, acabam perdendo com isto.

Reconhecemos que, contra fatos, não há argumentos. Existem muitos processos, tantos que há mais processos do que os juízes têm capacidade de apreciar. O tema se mostra particularmente relevante em face da preocupante constatação de que o Judiciário tem funcionado nos dias de hoje como se fosse um Serviço de Atendimento

¹ Súmula nº 75 do TJERJ. O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

ao Consumidor (SAC). É inadmissível e incompatível com o desenho institucional do Estado-juiz que o Judiciário se comporte assim. O impacto desse excesso se mostra ainda mais preocupante quando identificamos que a judicialização dos conflitos de consumo não se restringe aos Juizados Especiais (Cíveis, Criminais, Federais e de Fazenda Pública)². Muitas destas ações judiciais permeiam os Tribunais de Justiça e chegam até mesmo às instâncias extraordinárias, nas quais se incluem o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

De acordo com dados produzidos pelo Projeto Permanente Supremo em Números da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio, no biênio 2012-2013 cerca de 14,77% das demandas recebidas pelo STF, Corte Constitucional do Brasil, versavam sobre relações de consumo³. E, a corroborar a gravidade do problema, o percentual tem crescido vertiginosamente desde 2002 como indicam as métricas apresentadas pelo Projeto Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça:

Assuntos Mais Demandados na Justiça Estadual do Brasil em 2017		
<i>Ranking</i>	Assunto	Número/Percentual de Processos
1	Direito Civil – Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
2	Direito do Consumidor – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
3	Direito Previdenciário – Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário	1.151.179 (2,27%)
4	Direito Civil – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
5	Direito Civil – Família/Alimentos	853.049 (1,68%)

4

Verifica-se que, desses muitos processos, os temas mais demandados pelos consumidores são as questões obrigacionais e contratuais e, ao lado delas, com percentuais semelhantes, pedidos de indenização por dano moral decorrentes de responsabilidade civil do fornecedor. Em outras palavras, a denotar a relevância do estudo proposto neste *paper*, o assunto indenização e responsabilidade do fornecedor,

² Juizados Especiais são, no Brasil, modelos de justiça consensual, que tentaram, quando de sua criação, facilitar o acesso a justiça. Hoje, anos após a sua criação – sugerida com a Constituição mais recente de 1988 –, o cenário é de abarrotamento – e morosidade – também destes Juizados.

³ Cujas informações podem ser encontradas em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/acoes-de-consumo-somam-quase-metade-dos-90-milhoes-de-processos-no-judiciario-10266371#ixzz4Kph8Neud>>. Acesso em: 03.06.18.

⁴ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017, p. 165.

no qual se insere a discussão da Teoria do Desvio dos Recursos Produtivos e da jurisprudência do mero aborrecimento, é um dos principais responsáveis por assoberbar o Poder Judiciário do Brasil.

Nesse sentido, ainda, merece menção a constatação de que o assunto dano moral/indenização ocupa posição de destaque quando concentramos nossa análise nas ações judiciais de consumo propostas especificamente contra Instituições Financeiras. No Rio de Janeiro, por exemplo, os pedidos de indenização por dano moral representam 65,5% dos assuntos mais freqüentes dos processos contra os bancos, conforme nos mostra a pesquisa da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) que ora se destaca:

Causas de Pedir Consumeristas Mais Freqüentes Contra Instituições Financeiras no Estado do Rio de Janeiro			
Descrição	Freqüência	Percentual	Percentual Acumulado
Indenização por Dano Moral	263145	65,5%	65,5%
Responsabilidade do Fornecedor	95041	23,6%	89,1%
Bancários	20508	5,1%	94,2%
Indenização por Dano Material	18460	4,6%	98,8%
Contratos de Consumo	4553	1,1%	100,00%

A quantidade expressiva de ações judiciais que se dignam a discutir problemas oriundos da relação de consumo costuma despertar apenas para o óbvio: os muitos processos de consumo, quando somados, engessam o judiciário e o tornam ainda mais moroso do que de costume já o é. Uma outra consequência – ainda mais perversa – que é quase sempre ignorada pelos que se dispõem a analisar os impactos da judicialização desmesurada é o fato de que o contencioso de massa – em especial o de índole consumerista – implica custos não só para as partes litigantes, mas também (e principalmente) para o próprio Judiciário e, em última análise, para a própria sociedade. E, mais grave do que tudo isso, é o fato de que, em grande parte desses casos – particularmente nas demandas individuais –, os ônus dos processos ultrapassam, em muito, os bônus que as partes pleiteiam em juízo.

Diante disso, em um lapso de genialidade ou de ignorância, a jurisprudência do mero aborrecimento se dispõe a funcionar como uma forma de contra-ataque do Poder

Judiciário que, a qualquer preço, quer fulminar o a elevada quantidade de processos judiciais propostos por consumidores insatisfeitos. Como? Mediante a criação de custos para estes processos, custos estes que terão de ser ponderados pelos consumidores quando da propositura de suas demandas. A jurisprudência do mero aborrecimento desestimula que os consumidores, cômicos ou não de seus direitos, promovam ações judiciais. Pensam os criadores desta “solução” que, com menor incentivo para processar, menos ações ingressarão no Judiciário e melhor será o acesso à justiça. Ledo e ingênuo – ou malicioso – engano.

Um processo judicial desnecessário – não no sentido de ser desimportante, mas sim no sentido de que a controvérsia nele discutida poderia ter sido resolvida por outros meios alternativos, não beligerantes – representa um custo social. Mas o custo social da injustiça também é consideravelmente alto e indesejado pela sociedade.

Eis, então, o cruel dilema que se escancara diante de nós: no *trade off* entre custear esses processos de consumo – e aumentar ainda mais os gastos públicos – ou eliminá-los – obstando sua propositura ou impedindo seu seguindo –, o que vale mais? O acesso a justiça do cidadão ou a racionalização dos recursos públicos? Justiça **ou** eficiência? Direito **ou** Economia?

Prefiramos uma resposta salomônica: justiça e eficiência. Direito e Economia. É perfeitamente possível, para nós, que convivam – de modo harmônico, claro – as dimensões de justiça e eficiência. Aliás, é justamente disto que cuida a Análise Econômica do Direito, força motriz que orienta o raciocínio das ideias que expomos neste *paper*. E, para que tal se dê, precisaremos racionalizar os custos endógenos e exógenos de um processo judicial, mas não podemos, com isto, nos esquecer de que os direitos, quando existentes, não podem ser fulminados simplesmente porque custam caro. Afinal, caros ou baratos, os direitos – especialmente os fundamentais, como é o caso dos direitos do consumidor⁵ – requerem que o Estado despenda recursos para materializá-los.

Os direitos têm custos. Disto não dá para fugir. O que talvez possamos e devamos escapar é do desperdício de recursos públicos que, *se e quando* otimizados, fazem com que o Estado bem sem que, com isto, a justiça se perca.

⁵ Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal do Brasil. 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: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

A manutenção da higidez das órbitas de justiça e de eficiência não admite que punamos o consumidor – que simplesmente exerce um direito constitucional de ação – mediante a aplicação desmesurada da jurisprudência do mero aborrecimento. Posturas como esta apenas aumentam o tamanho da já robusta bola de neve que incrementa – e faz perdurar – um círculo vicioso de desrespeito aos direitos do consumidores a partir da leitura equivocada que se faz do acesso à justiça. A nosso ver, o correto seria perceber que, se há muitos processos, é porque há muitos danos porque, se assim não for, o fato de não existirem muitas indenizações – por conta da jurisprudência do mero aborrecimento – se criará a crença nos fornecedores de que vale a pena deixar de investir – ou investir pouco – para evitar que estes muitos danos aconteçam.

Como dissemos, precisamos aperfeiçoar o acesso a justiça, mas enxergar o consumidor como vilão não resolve o problema e, mais do que isto, vai de encontro ao que uma Análise também Econômica da Responsabilidade Civil sugeriria.

2. POR UMA ANÁLISE TAMBÉM ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que serve o instituto da responsabilidade civil? Qual a função social que se pode extrair da imposição de um dever de indenizar àquele que causa dano a outrem? O que pretende o ordenamento jurídico quando se estrutura para condenar à reparação integral⁶ todo aquele que, por ato ilícito⁷, macula um feixe de direitos de terceiros? O que quer o Direito quando interpreta extensivamente, pela via doutrinária, jurisprudencial ou até mesmo legiferante a amplitude das situações em que se mostra aplicável a responsabilidade civil objetiva em que a comprovação da culpa passa a ser despicienda? Engana-se quem pensa que o principal objetivo de tudo isso é proteger o ofendido através do ressarcimento da vítima. Este é, quando muito, seu propósito meramente subsidiário.

A função primeva da responsabilidade civil é a de (des)estimular condutas a fim de tentar impedir, tanto quanto possível, que ocorram danos ou, ao menos, que suas hipóteses de ocorrência sejam diminuídas. O verdadeiro papel da responsabilidade civil é, pois, (des)incentivar, de modo mais ou menos incisivo, a depender da situação, que se

⁶ Art. 944, Código Civil brasileiro. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁷ Conforme os artigos Art. 186 e 187, do Código Civil brasileiro. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

invista em precaução, o que terá como consequência, certamente, uma menor incidência da ocorrência destes danos. A preocupação da responsabilidade civil é – ou deveria ser – a preservação *ex ante* do ofendido e não simplesmente a concatenação *ex post* de sua reparação. E, é justamente no cerne desta perspectiva funcional da responsabilidade civil que, à luz uma Análise também Econômica do Direito, se desenvolverá o presente *paper*.

Em sentido econômico, a institucionalização da jurisprudência do mero aborrecimento gera, como toda regra jurídica, um custo para as partes envolvidas em um suposto litígio que possa vir a surgir, custo este que se desenhará em incentivos para que consumidores e fornecedores se comportem de determinada maneira: se todo aborrecimento, dos mais ínfimos aos mais toleráveis, é visto pelos Tribunais como incapaz de gerar responsabilidade civil e um conseqüente dever de indenizar, os consumidores tenderão a não procurar o Poder Judiciário, por conta da elevação dos custos, não necessariamente pecuniários, destes processos.

É que, ainda que estes consumidores possam se valer de mecanismos de Justiça Gratuita ou de Justiça Consensual – como, por exemplo, os Juizados Especiais Cíveis, nos quais, no Brasil, não há cobrança de custas judiciais para a propositura de demandas, salvo em fase recursal, bem como inexistente a obrigatoriedade de contratação de um advogado caso o valor da causa seja de até 20 (vinte) salários mínimos⁸ –, os custos de logística; de tempo; de redação da petição e; de comparecimento à audiência, por exemplo, se tornariam proibitivos diante da jurisprudência do mero aborrecimento que desaconselharia agentes racionais e avessos a riscos que propusessem ações judiciais fadadas à uma possível improcedência.

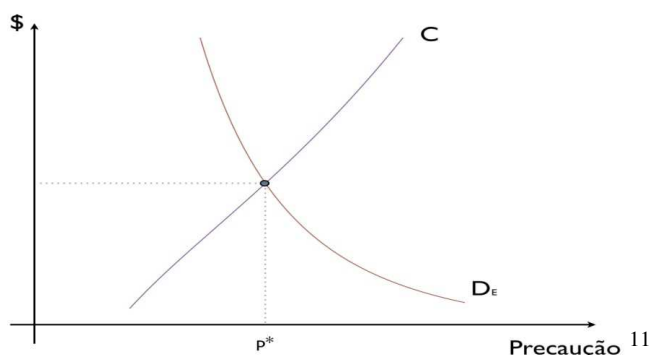
Assim, se danos considerados pequenos não têm aptidão, embora sejam danos, para gerar um dever de indenizar em favor dos consumidores, a consequência perversa disto é que os fornecedores terão pouco ou nenhum estímulo/incentivo para investir em precaução e minimizar, tanto quanto possível, que estes danos aconteçam. Eles, os fornecedores, tenderão investir valores inferiores ao nível ótimo de cautela – que seria socialmente desejável – e, por conseguinte, com menos investimentos em precaução, mais situações de dano acontecerão, o que comprometeria o propósito da função econômica da responsabilidade civil.

⁸ Conforme o art. 9º e 54 da Lei 9.099/95. Art. 9º, da Lei 9.099/95. Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. Art. 54, da Lei 9.099/95. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Portanto, resta comprovado que a visão tão-só jurídica da responsabilidade civil é insuficiente para gerar, no potencial ofensor – e inclusive na vítima –, a consciência de investir mais ou menos, *i.e.*, além ou aquém dos níveis ótimos, em precaução. Quer-se com isso, a partir da aproximação interdisciplinar entre Direito e Economia, raciocinar *se, quando e em que medida* a sanção da responsabilização civil é capaz de, enquanto preço⁹ que é, fazer com que a relação entre ofensores e ofendidos reaja aos estímulos jurídico-econômicos para que possa orbitar em uma atmosfera de precauções recíprocas, as quais tendem a, por conta do comportamento cooperativo, gerar maior eficiência – que, para nós, é variável igualmente relevante para ser considerada quando da aplicação das regras e princípios jurídicos que, além de justos, devem prospectar efficientismo.

À luz de uma Análise também Econômica do Direito, o dever de cautela necessariamente se imporia aos fornecedores causadores de danos se custos da precaução para evitá-los (C) fossem menores do que o dano esperado (DE) decorrente de suas condutas, o qual seria obtido a partir da multiplicação do dano (d) propriamente dito pela probabilidade (p) de que este dano efetivamente ocorresse. Para este raciocínio, segundo o qual os custos de precaução são estimados de acordo com o DE ($d \cdot p$), me inspiro na denominada Fórmula de Hand que, para a Análise Econômica do Direito, se presta a calcular, em nossa visão, o quanto de cautela se pode exigir de um potencial ofensor. Para Hand, uma conduta é considerada culposa – e, pois, passível de reprimenda judicial – se o investimento em precaução (C) do responsável por esta conduta é menor do que o montante do dano esperado (DE).

Em outras palavras, para Hand, haverá culpa sempre que $C < d \cdot p$ ¹⁰, o que assim se ilustraria:



⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 25.

¹⁰ Esclareço que embora a regra de Hand se disponha a aferir culpa, ela também se presta a auxiliar a racionalidade jurídica da responsabilidade civil objetiva. Explico. A fórmula de Hand não calcula apenas a precaução do ofensor: ela pode ser utilizada para aferir os níveis de precaução das vítimas. Assim, situações de culpa concorrente ou de culpa exclusiva da vítima poderiam ser assim enquadradas a partir da equação $C < d \cdot p$.

Munidos desse raciocínio, penso que a equação de Hand poderia, adaptando-a aos propósitos deste trabalho, sugerir a necessária desconstrução da jurisprudência do mero aborrecimento que, a nosso ver, faz a leitura equivocada em relação a quantidade de ações judiciais de consumo. Seria o caso de incentivar, pela via do Direito, que fornecedores investissem mais em *C*, especialmente em razão do elevado *p* da fórmula de Hand.

A jurisprudência defensiva do Poder Judiciário – defensiva no sentido de tentar conter o avanço desenfreado do acesso à justiça – acaba sobrecarregando, *in casu*, o consumidor que, além de ser o elo mais fraco da relação de consumo, se vê obrigado a suportar, sozinho, o ônus dos prejuízos causados pelo fornecedor. Até concordamos que, em tese, um mero aborrecimento não deva gerar uma condenação em valores elevados de indenização, mas faz pouco ou nenhum sentido que se transfira o ônus da causação de danos exclusivamente ao consumidor, como se este tivesse o dever de suportar aborrecimentos e, *contrario sensu*, como se o fornecedor tivesse o direito de aborrecê-lo. A mensagem que o Poder Judiciário transmite aos fornecedores é a de que é eficiente causar danos, indo ao encontro do que apregoa a teoria econômica do dano eficiente, sobre a qual passaremos a falar.

2.1. A Teoria do Dano Eficiente

A discussão acerca da teoria dos danos eficientes se insere em um contexto de racionalização econômica dos mecanismos jurídicos de responsabilidade civil. Pretendemos, ao correlacionarmos dano eficiente e Teoria do Desvio Produtivo, discutir os impactos que uma regulação legislativa ou judiciária – a exemplo da jurisprudência do mero aborrecimento – poderia gerar nas condutas daqueles sobre os protagonistas do dever de indenizar e do direito a receber indenização, *i.e.*, fornecedores e consumidores.

A Análise Econômica do Direito não pretende contribuir com respostas tão-só econômicas para solucionar problemas de índole jurídica. Trata-se, sim, de uma Análise “Econômica”, mas, também, “do Direito”. Assim, para nós, não basta que o dano seja eficiente – no sentido de que é mais vantajoso para o fornecedor causar danos do que repará-los ou, principalmente, impedir que sejam causados. É preciso que a relação consumidor-fornecedor se desenvolva de modo também justo, além de eficiente.

¹¹ Cf. PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade. *Economic Analysis of Law Review*. vol.7. n°1. p. 207-232. jan-jun 2016.

A abordagem econômica da responsabilidade civil nos ajuda a compreender, para fins de eficiência, qual deva ser a alocação ótima dos recursos postos em discussão: de um lado, o prejuízo dos consumidores e, de outro, o custo-benefício dos fornecedores causadores de danos. Não seria nada eficiente, nem para a Economia, nem para o Direito, que a maximização dos lucros dos fornecedores decrescesse o bem estar social da utilidade esperada pelos consumidores. Isto representaria, em termos econômicos, um custo social mais elevado do que a sociedade estaria disposta a suportar.

A disciplina da jurisprudência do mero aborrecimento parece induzir que, para o ofensor, vale a pena ofender. E, a Análise Econômica do Direito não pode ser condescendente com isto. É por esta razão que a responsabilidade civil não pode ser orientada de modo tão-só jurídico ou tão-só econômico, porque, se assim fosse – como, infelizmente, no Brasil ainda o é –, enquanto agentes racionais que somos, ainda que esta racionalidade seja limitada, haveria estímulos para que nos comportássemos de modo economicamente eficiente, mas juridicamente inaceitável: como fornecedores, pagaríamos indenizações e nada ou pouco investiríamos em precaução. A pergunta que a responsabilidade civil – para fins econômicos – quer responder é “como evitar que os danos aconteçam?” e não simplesmente pensar em “como repará-los?”.

À eficiência se impõe que conviva com a dimensão da justiça e; da justiça se espera que sopesse, motivadamente, a perspectiva da eficiência¹². Assim, embora existam convincentes incentivos – os quais contam até mesmo com um robusto suporte teórico da Economia pautado na ideia do *dano eficiente*¹³ – para que se invista abaixo do nível ótimo em precaução, é papel do Direito estruturar regras jurídicas que, socialmente desejáveis, inibam, por assim dizer, injustiças eficientes – e, pois, incentivem investimentos em patamar igual ou acima do nível ótimo de cautela.

¹² Refiro-me, em especial, à recente inclusão dos artigos 20, 21, 22 e 23 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB - pela Lei nº 13.655/18 que inovou ao criar um dever expresso de motivação das decisões judiciais – e reforçou este dever às decisões administrativas e dos órgãos de controle – que leve em consideração os impactos destas decisões, *i.e.*, sugerindo, com isto, argumentações de índole consequentialista que, na minha visão, retratam uma iniciativa em prol da Análise Econômica do Direito. Contudo, ressalvo que há quem pense que tais artigos não necessariamente traduzem uma ferramenta de AED, como é o caso do sempre excelente trabalho do amigo e também membro da Associação Brasileira de Direito e Economia assim referenciado CARVALHO, Cristiano. A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito? AED é o melhor instrumento que pode controlar os possíveis excessos e orientar a boa aplicação desta lei. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-05062018>>. Acesso em: 05.06.18.

¹³ V., por exemplo, BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 270, Chicago, Estado Unidos, dezembro de 2005.

E, tendo em vista que a opção do fornecedor por reiterar práticas displicentes que causam danos ao consumidor – como a da imposição de espera por conta de injustificada demora – tem de ser desestimulada, o redirecionamento da jurisprudência em favor da adoção, agora, da Teoria dos Desvios Produtivos do Consumidor parece servir bem para este propósito.

3. A TEORIA DO DESVIO DOS RECURSOS PRODUTIVOS DO CONSUMIDOR PROPRIAMENTE DITA

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor pressupõe, em linhas gerais, que a perda de tempo do consumidor, quando ocasionada por ato ilícito do fornecedor, configura dano indenizável. *O tempo não para* e, justamente por isto, quando desperdiçado por conduta indevida de outrem, merece ser reparado.

Como vimos, a jurisprudência predominante dos Tribunais brasileiros se inclinava para negar reparação em razão do tempo perdido ao argumento de se tratar de mero aborrecimento. Contudo, mesmo à época do predomínio da jurisprudência do mero aborrecimento, era possível encontrar, ainda que de modo bastante tímido, decisões do Superior Tribunal de Justiça nas quais, embora a *nomen juris* Desvio Produtivo não tenha sido utilizado, o conteúdo do Recurso Especial (REsp) levou em consideração o cerne da Teoria. Cito, por exemplo, o Recurso Especial nº 1.634.851/RJ que reconheceu existir dever de indenizar em razão do tempo indevidamente esperado pelo consumidor¹⁴.

¹⁴ PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE. [...] 5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). 7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele – consumidor – quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante –, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. 8. Recurso especial desprovido. STJ, REsp 1.634.851/RJ 2015/0226273-9, Relator: Ministra Nancy Andriighi, Data do julgamento: 12/09/2017, T3 Terceira Turma, Dje: 15/02/2018.

De todo modo, da timidez aos holofotes, a Teoria ganhou repercussão a partir de alguns julgados (AREsp nº 1.260.458/SP; AREsp nº 1.241.259/SP e; AREsp 1.132.385/SP) do Superior Tribunal de Justiça que expressamente mencionaram a idéia do dano por desvio produtivo do consumidor para acatar pedidos de indenização como, para o STJ, espécie do gênero dano moral.

No Agravo em Recurso Especial AREsp nº 1.260.458/SP, o STJ entendeu ter havido desvio produtivo passível de indenização em face de um Banco que insistentemente cobrava encargos abusivos pelo atraso de parcelas que eram tardiamente debitadas da conta do consumidor por falha do próprio banco. O consumidor deste caso, que insistiu, por três anos, na tentativa de uma resolução amigável com o desidioso banco, ainda teve de investir mais uma parcela considerável de seu tempo com ações judiciais que precisou ajuizar contra o fornecedor, o que, além de ônus pecuniários, impôs-lhe custos de desgaste e de desperdício de tempo¹⁵. O STJ levou em consideração que o tempo gasto a toa pelo consumidor poderia ter sido alocado para a realização de outras atividades – econômicas ou sociais, por exemplo – que foram inviabilizadas por conta da má conduta do fornecedor.

Na decisão monocrática do Agravo em Recurso Especial AREsp nº 1.241.259/SP, a condenação em danos morais da fornecedora Renault do Brasil S.A. se deu, dentre outros motivos, em razão na demora na reparação dos vícios de um veículo 0km (zero quilômetro) adquirido que, assim que saiu da concessionária, apresentou problemas não sanados nem antes e nem depois do prazo de 30 (trinta) dias determinado pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁶.

¹⁵ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. 1. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 2. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MESMO ÓBICE SUMULAR. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL” (STJ – Aresp 1.260.458 - SP 2018/0054868-0, Relator : Ministro Marco Aurélio Bellizze, data da publicação Dj: 05/04/2018).

¹⁶ Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC/2015, art. 1.042) interposto por RENAULT DO BRASIL S.A. contra decisão que inadmitiu recurso especial, em virtude da incidência da Súmula n. 7 do STJ e da falta de comprovação da alegada divergência jurisprudencial (e-STJ fls. 1.034/1.035). O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 799): APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - VÍCIO SUPERADO - FASE DE CONSEQUÊNCIAS INAPLICÁVEL - INDEVIDA RESTITUIÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - DANOS MORAIS - PÉRIPOLO NO REPARO - FRUSTRAÇÃO DA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO - DANOS MATERIAIS NÃO REQUERIDOS - LOCATIVOS - ABUSO DA TUTELA DE URGÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - GRATUIDADE REVOGAÇÃO - PROCEDÊNCIA PARCIAL -SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. - Inviável a adoção das consequências do artigo 18. § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, se não superada a fase de saneamento - perícia que fez prova da normalidade do veículo, inadmissível a prova superveniente baseada em argumento temerário: - Vício “sério” no veículo, porém, que autoriza o dever de indenizar (artigo 389, do Código Civil) - vício do produto que ensejou danos morais. [...] - Frustração

No AREsp 1.132.385/SP, o STJ, também em decisão monocrática, negou provimento ao Agravo interposto em Recurso Especial para aplicar a Teoria do Desvio Produtivo em favor de uma sociedade de advogados que buscou a tutela jurisdicional para a reparação dos danos causados por uma pessoa jurídica provedora de serviços de hospedagem de *websites* que, por um longo período de tempo, deixou fora do ar a página virtual do escritório, o que lhe causou consideráveis danos, tendo em vista que a internet é, hoje, uma das principais – senão a principal – ferramenta de conexão entre clientes e advogados. A Teoria do Desvio Produtivo foi utilizada aqui para considerar que os – aqui considerados – consumidores mereceriam reparação pelo tempo em que ficaram *offline* da Internet¹⁷.

Vê-se, da análise da jurisprudência colacionada, que a Teoria do Desvio Produtivo é comumente relacionada a categoria do dano moral. Contudo, temos dúvidas se seria esta a sua melhor classificação. Para nós, melhor seria reconhecer que o Dano Temporal ou o Dano pela Perda de Tempo é, na verdade, uma categoria autônoma de dano.

Assim dizemos porque a configuração do Desvio Produto como categoria de Dano Moral tende a gerar *subindenizações*, isto é, indenizações cujos valores se mostrem aquém do que se queria reparar. É dizer, esta confusão conceitual tenderia a subestimar tanto as indenizações por dano moral quanto as indenizações por perda de tempo – ou por desvio produtivo, àqueles que assim preferirem.

A responsabilidade civil por Desvio Produtivo do consumidor é, para nós, assim como já tivemos oportunidade de defender em relação à consagrada teoria da perda de uma chance (PORTO e FRANCO, 2018), categoria singular dentro da teoria geral dos danos. Parece-nos impertinente a inserção do Desvio Produtivo porque, ademais, acreditamos que nem sempre este Desvio Produtivo se apresenta como

em desfavor do consumidor, aquisição de veículo com vício “sério”, cujo reparo não torna indene o périplo anterior ao saneamento - violação de elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável - desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune - inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. 'Quantum' arbitrado de acordo com a extensão do dano e dos paradigmas jurisprudenciais - artigo 944, do Código Civil - R\$15.000,00; RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (STJ - Aresp 1.241.259 – SP 2018/0022875-2, Relator : Ministro Antonio Carlos Ferreira, data da publicação Dj: 27/03/2018).

¹⁷ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC À HIPÓTESE. CONSONÂNCIA DA TESE ADOTADA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. DANO MORAL. OCORRÊNCIA ATESTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.” (STJ – AREsp 1.132.385/SP 2017/0165913-0, Relator : Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, data da publicação Dj: 03/10/2017).

hipótese de dano extrapatrimonial. O que queremos dizer é que a indenização pela perda do tempo útil do consumidor pode assumir tanto a feição de dano existencial – extrapatrimonial – quanto a feição de dano de índole patrimonial.

Expliquemos. Suponhamos que o tempo perdido na fila de um banco por uma determinada pessoa seria utilizado, caso este não tivesse sido desperdiçado pela indevida morosidade da agência bancária, para que ela, vendedora de uma loja de roupas, pudesse bater a meta de vendas diárias na loja em que trabalha. Neste caso, por ato ilícito da instituição financeira – que não prestou o serviço com a qualidade devida e esperada pelo consumidor –, a vendedora – *in casu* consumidora dos serviços do banco – deixou de lucrar com as comissões das vendas que receberia caso estivesse exercendo sua atividade profissional. Ora, se a perda do tempo útil do consumidor gerou, neste caso, lucros cessantes, como então, segundo a – a nosso ver indevida – configuração do STJ, falar em dano moral? Seria o Desvio Produtivo, nesta situação, dano material? Sem que respondamos, ainda, qual a nossa solução, um simples caso como este já denotaria o desacerto do STJ – e da doutrina e da jurisprudência em geral – em limitar o Desvio Produtivo à seara dos danos morais.

Como resolver isso? No nosso entendimento, essa consumidora poderia pleitear, cumulativamente, indenizações por dano moral; por dano material – lucros cessantes ou danos emergentes –; por perda de uma chance e; ainda, por perda do tempo útil – ou por desvio produtivo do consumidor. As hipóteses de responsabilidade civil seriam concomitantes porque, como dissemos anteriormente, configuram situações autônomas de danos. Nestes termos, a demora no atendimento por parte da instituição financeira poderia ensejar, por exemplo, uma condenação por dano material – no caso, por lucro cessante por tudo o que ela deixou de vender por estar ausente da loja em que trabalha –; outra por dano moral – caso porventura a consumidora tivesse sido ofendida por um dos funcionários do banco, o que atingiria diretamente sua personalidade – e; a que aqui mais nos interessa, mais uma em razão da perda do tempo útil. Esta seria, para nós, a melhor forma de, através da responsabilidade civil, incentivar o banco a investir em precaução – contratando mais funcionários, *e.g.* – e, pois, desestimular que a instituição financeira causasse mais danos aos consumidores.

Pensem em outro exemplo. Imaginemos que neste mesmo banco, descumpridor contumaz das determinações de tempo máximo de espera em suas filas, uma outra pessoa tenha decidido processar a instituição financeira. Desta vez, o consumidor que se sentiu lesado é um trabalhador que, em período de aviso prévio,

estivesse procurando emprego ou, ainda, um vendedor ambulante participante do mercado informal. Nos dois casos, o tempo útil que lhes foi suprimido no moroso atendimento dos caixas do banco não teria aptidão para gerar uma indenização por lucros cessantes porque, por se tratar de dano material, demanda prova do prejuízo – não é *in re ipsa* como são algumas das hipóteses de dano moral – e, tanto o indivíduo procurando emprego e o vendedor do mercado informal não teriam como comprovar seus prejuízos. Não mereceriam estes uma indenização pela perda do tempo útil? Certamente que sim, mas não por dano moral, tampouco por dano material – porque seria tecnicamente impróprio –, mas sim por dano pela perda de tempo ou dano por Desvio Produtivo.

Tanto nesse quanto no exemplo anterior, caso se trate o dano pelo Desvio Produtivo como dano moral ou material, provavelmente os valores de indenização não conseguirão refletir a amplitude dos danos sofridos pelo consumidor. Melhor seria, voltemos a dizer, que os consumidores dos exemplos acima fossem ressarcidos por dano material – lucros cessantes –, dano moral – se houver – e dano por Desvio Produtivo pelo desperdício do tempo útil.

Desconhecer o Desvio Produtivo como categoria autônoma de dano geraria, mais uma vez, indenizações *subestimadas* que, por conta do baixo valor, tornariam eficiente, para o fornecedor, que estes continuassem a causar danos. Mais eficiente seria que a responsabilidade civil, filtrada pela Análise Econômica do Direito, se estruturasse para desmotivar causadores de danos a continuar causando-os, a fim de que começassem a pensar que é melhor investir em precaução do que pagar indenizações.

4. CONCLUSÃO

É comum ouvirmos falar, ao menos no Brasil, em “indústria do dano moral” para designar, com sentido pejorativo, o fenômeno da judicialização excessiva, especialmente na seara das relações de consumo. Os partidários desta idéia crêem que a “industrialização do dano moral” é uma nomenclatura adequada para ilustrar a litigância predatória praticada por consumidores que, ávidos em busca de indenizações, supostamente vulgarizam o Poder Judiciário com pedidos descabidos e despropositados.

Até concordamos que exista uma “indústria do dano moral”, mas a indústria do dano moral que enxergamos é aquela que interessa para o fornecedor de produtos e serviços que, confortável com a vilanização do consumidor, paga pouca ou nenhuma indenização com o aval dos Tribunais do Brasil. E, com o suporte da jurisprudência do

mero aborrecimento, fornecedores são constantemente desestimulados – pelo Direito – a investir em precaução e, paralelamente, são incentivadas a – também pelo Direito – causar mais danos.

É papel do Direito, filtrado pelos influxos da Análise Econômica do Direito, a concatenação de mecanismos jurídicos, como os da responsabilidade civil, por exemplo, aptos a moldar comportamentos e a criar produtos, a um só tempo, justos e eficientes. A doutrina puramente jurídica da responsabilidade civil, por mais que não seja alheia às funções pedagógicas e dissuasórias da indenização, é insuficiente para reduzir os custos sociais de comportamentos que, focados em eficiência, se esquecem da dimensão da justiça.

A Teoria do Dano Eficiente, por mais que gere vantagens àqueles que decidem causar danos, dificilmente gerará um ganho líquido social se calcularmos o montante dos prejuízos suportados pelas vítimas. Afinal, a Análise Econômica da Responsabilidade Civil reconhece que as externalidades, especialmente quando negativas, geram falhas de mercado que comprometem a eficiência das relações sociais e o caráter necessariamente cooperativo que as relações negociais devem ter. Estas externalidades aumentam os custos de transação e impedem os acordos privados – e, pois, soluções eficientes. Assim, em razão dos altos custos de transação, o Direito deve agir para reduzi-los e, se possível, viabilizar a negociação privada. Daí a interlocução entre a economia da Responsabilidade Civil e a geração de incentivos, a partir dela, nas condutas dos fornecedores de bens e de serviços.

Em razão disso, andou bem a jurisprudência dos Tribunais Superiores ao reconhecer, finalmente, que a perda do tempo útil por ato ilícito do fornecedor deveria configurar dano passível de reparação civil. Agora sim, superando a jurisprudência do mero aborrecimento, o Direito pode começar a fornecer incentivos eficientes para que menos situações de dano nas relações de consumo aconteçam.

Isso se mostra importante porque, se para o consumidor, o tempo perdido é mero aborrecimento não indenizável; para o fornecedor a demora na solução dos problemas causados – ou que ainda possam ser causados – representa oportunidade de investimento – o dinheiro que seria usado para pagar condenações por danos causados poderá ficar rendendo até que saia a condenação que sequer pode sair –, gerando, para ele, maior rentabilidade do que a que teria se investisse para impedir a ocorrência deste e de outros danos.

Felizmente, a inópia jurídica parece que será finalmente superada. Ao consagrar a idéia de que o tempo perdido pelo consumidor, nos atos ilícitos contra ele perpetrados, pode gerar dano moral, a Teoria do Desvio dos Recursos Produtivos do Consumidor representa uma guinada da responsabilidade civil em direção a uma Análise também Econômica do Direito, uma vez reconhece que há falha por parte do fornecedor sempre que se constar que houve pouco ou nenhum investimento em precaução para evitar a perda desnecessária do tempo, bem escasso que é, do consumidor.

Espera-se que, com isso, a indenização pelo desperdício do tempo do consumidor – que, esperamos nós, deve ser feita com base no cálculo dos custos de oportunidade do consumidor – tende a criar incentivos para que os fornecedores reduzam, em termos quantitativos, a ocorrência de danos causados aos consumidores. É que, se antes a demora era mero aborrecimento, agora, por poder gerar indenização, pode desestimular o raciocínio do dano eficiente que, agora, a depender das condenações, pode não mais ser tão eficiente quanto aparentava ser.

O tempo que o Poder Judiciário perdeu concatenando a jurisprudência do mero aborrecimento, deveria ter investido para, por exemplo, diante da notória reiteração das agências bancárias em descumprir o horário limite determinado pela legislação local, ou de demais fornecedores que, sempre presentes como réus de ações judiciais decorrentes da relação de consumo, expedir Ofício ao Ministério Público Estadual e ao PROCON para, alertando-os, exigir esforços destes em prol da observância das Leis e das obrigações contratuais, cujo descumprimento, longe de ser mero aborrecimento, não pode ser estimulado pelo Estado-juiz.

A grande quantidade de processos judiciais de consumo deveria, *ab ovo*, ter despertado para o fato de que o consumidor, parte mais frágil da relação de consumo, talvez seja vítima e não algoz.

5. REFERÊNCIAS

ANTONIDES, Gerrit; VERHOEF, Peter C.; VAN AALST, Marcel. Consumer Perception and Evaluation of Waiting Time: A Field Experiment. *Journal of Consumer Psychology*, Vol. 12, No. 3, 2002. URL: <https://www.jstor.org/stable/1480624>
Accessed: 01-08-2018 16:47 UTC

CARMON, Ziv; KAHNEMAN, Daniel. The experienced utility of queuing: experience profiles and retrospective evaluations of simulated queues. Durham, NC: Fuqua School, Duke University, 1995.

CUPIS, Adriano de. *Il Danno: teoria generale della responsabilita civile*. 2 ed. 2 v., Milano: Giuffr , 1996.

DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor. O Prejuízo do Tempo Desperdiado. São Paulo: RT, 2011.

DIJK, N. M.. Why queuing never vanishes. *European Journal of Operational Research*, v.99, n.2, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil pela perda do tempo. *Revista Sele es Jurídicas*, Rio de Janeiro, COAD, p. 29-32, Mai. 2013.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUGLINSKI, Vitor. O Dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais. *Revista de Direito do Consumidor*, n  99, São Paulo: RT, 2015.

GROSS, D. e HARRIS, C. M.. *Fundamentals of queueing theory*. John Wiley & Sons, New York, 1974.

ITTIG, P. *The real cost of making customers wait*. *International Journal of Service Industry Management*, v.13, n.3, 2002.

JANSEN, Nils. *The Idea of a Lost Chance*. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2, 1999. Oxford University Press. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20468270>. Acesso em: 16.05.17.

J NSON, Bodil. *Dez Considera es sobre o Tempo*. Tradu o de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, 47, 1979.

KOSTECKI, M. *Waiting lines as a marketing issue*. *European Management Journal*. v.14, n.3, 1996.

KULSHRESHTHA, Praveen. Rationing by Waiting, Opportunity Costs of Waiting and Bribery. Department of Economics, Delhi School of Economics, University of Delhi Stable. *Indian Economic Review*, New Series, Vol. 38, No. 1, 2003. URL: <https://www.jstor.org/stable/29793777> Accessed: 04-09-2018 18:39 UTC

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown & Company, 1972.

LARSON, Richard C. Perspectives on Queues: Social Justice and the Psychology of Queuing. *Operations Research*, 35, 6, November-December, 1987.

MAIA, Maurilio Casas. Dano Temporal, desvio produtivo e perda do tempo útil e/ou livre do consumidor: Dano cronológico indenizável ou mero dissabor não ressarcível? *Revista Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 23-28, Mai. 2013.

MAISTER, David. The Psychology of Waiting Lines. In *The Service Encounter*, John Czepiel, Michael Solomon and Carol Suprenant (Eds.), Lexington, MA: Lexington Books, 1985.

MANN, Leon. Queue culture: The waiting line as a social system. *American Journal of Sociology*, 1969.

MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. 5ª Edição, Cengage Learning, 2009.

MCGRATH, Joseph E.; KELLY, Janice R.. *Time and Human Interaction: Toward a Social Psychology of Time*, New York: Guilford Press, 1986.

PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade. *Economic Analysis of Law Review*. vol.7. nº1. p. 207-232. jan-jun 2016.

_____; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Teoria da Perda de uma Chance e a Microeconomia. *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW* , v. 1, p. 202-225, 2018.

_____; FRANCO, Paulo Fernando de Mello; GAROUPA, N.. As indenizações pela perda do tempo útil do consumidor: espera e custos de oportunidade. *REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR* , v. 1, p. 263, 2019.

SERRES, Michel. *Polegarzinha: uma nova forma de viver em harmonia, de pensar as instituições, de ser e de saber*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2ª edição, 2015.

SHIRLEY, Taylor. Waiting for Service: The Relationship Between Delays and the Evaluation of Service. *Journal of Marketing*, 58, April, 1994.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010.

VARIAN, Hal R.. *Microeconomia: Uma abordagem moderna*. Elsevier, 2012.

ZHOU, Rongrong; SOMAN, Dilip. Consumers Waiting in Queues: The Role of First-Order and Second-Order Justice, 25 *PSYCHOL. & MARKETING* 262, 264, 276, 2008.