

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALICE TOUGUINHA WEIDLE

**O DANO POR DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO: UMA NOVA ESPÉCIE DE
DANO EXTRAPATRIMONIAL?**

Porto Alegre

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALICE TOUGUINHA WEIDLE

**O DANO POR DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO: UMA NOVA ESPÉCIE DE DANO
EXTRAPATRIMONIAL?**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais.

Orientador: Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho àqueles que deram leveza aos momentos de

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estabelecer a real natureza do dano por desvio produtivo do consumidor, objetivando verificar se o dano abordado seria autônomo, configurando um novo tipo de lesão desvinculada do dano moral, ou se a tal lesão ao tempo útil do consumidor se constituiria em verdadeira modalidade do dano moral.

Para tal, foi feita a análise doutrinária dos aspectos centrais do dano moral e do dano extrapatrimonial, distinguindo-os. Por fim, através pesquisa doutrinária e com auxílio de jurisprudências, conceituou-se o desvio do tempo produtivo, realizou-se comparação com dano moral, e analisou-se aspectos da reparabilidade do dano temporal e suas funções, demonstrando-se que embora o dano não possa ser considerado autônomo por falta de previsão constitucional para tal, há a possibilidade de paliativamente classificá-lo como vertente do dano moral, assegurando maior proteção ao consumidor.

Palavras Chave – Dano. Dano Moral. Dano Extrapatrimonial. Interesses Imateriais. Desvio. Desvio Produtivo. Tempo Produtivo. Tempo Útil. Dano Temporal. Indenização.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	6
2	O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ATUAL ESFERA DO DIREITO PRIVADO	7
2.1	DO DANO MORAL AO DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	7
2.2	DA MULTIPLICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO ATUAL	17
3	O DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO COMO CASO DE DANO AUTÔNOMO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR	24
3.1	A DEFINIÇÃO DO DANO POR DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO	24
3.2	A REPARABILIDADE DO DANO POR DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO	
	30	
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
5	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A constante mudança da sociedade implica em avanços também nas relações de consumo. Conforme novos produtos e serviços são oferecidos, também novas lesões passam a ser diagnosticadas.

Um dos mais recentes diagnósticos a ser percebido nas relações consumeristas é o desvio do tempo produtivo do consumidor (também chamado de desvio produtivo ou, ainda, desvio do tempo útil), que seria oriundo da maior valoração do tempo útil e do seu desperdício nos dias atuais .

Frente à tese sustentada por seu autor Marcos Dessaune no sentido de que estaríamos experimentando uma nova modalidade de dano extrapatrimonial, e diante do contraste da jurisprudência que timidamente adota mas com a ressalva de tornar o dano como vertente do dano moral, é mais do que pertinente uma análise como a do presente estudo, que objetiva analisar o dano do desvio produtivo do consumidor quanto à sua configuração, autonomia e possibilidade de reparação no cenário atual.

2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ATUAL ESFERA DO DIREITO PRIVADO

2.1 DO DANO MORAL AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A ideia de que não existe apenas um patrimônio físico a ser protegido legal e juridicamente remonta a um passado distante. Em que pese não houvesse profunda análise sobre o dano moral e a preocupação com o sua reprimenda fosse o objetivo principal, deixando a atenuação do abalo sofrido à vítima em segundo plano, já no Código de Hamurabi (o qual se acredita ter sido elaborado por volta de 1.700 a.c.) estavam presentes elementos que demonstravam a preocupação com a repreensão dos danos ocasionados à esfera imaterial de um indivíduo¹.

No Código, além da priorizada aplicação da lei de talião às ofensas pessoais (retaliação nos exatos moldes da ofensa recebida), havia a previsão de pagamento pecuniário à vítima, o qual possuía a função de reprimir e desincentivar a prática de atos indesejados², como claramente se depreende da leitura, a título de exemplo, dos seus artigos 209 e 211 :

§ 209. Se um *awilum* (*homem livre*) ferir o filho de outro *awilum* e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe há dez ciclos de prata pelo aborto.

§ 211. Se pela agressão fez a filha de um Muskenun expelir o (fruto) de seu seio: pesará cinco ciclos de prata.

Seguindo esta mesma linha, também no denominado Código de Manu, consistente em um conjunto normativo hinduísta que até hoje influencia os aspectos sociais e religiosos da realidade indiana, encontrava-se a reparação de danos imateriais³. Entende-se que tal código "trouxe-nos a luma uma

¹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano mora, dano material e reparação*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001. p. 46.

² REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 11.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. (Novo Curso de Direito Civil, v. 3). p. 105.

conceituação primária da indenização por dano moral"⁴, uma vez que, diferentemente do Código de Hamurabi, previa reparações de cunho exclusivamente pecuniário e obstava o *animus* do delinquente ao afastar a represália física ensejadora de mais violência⁵.

À sua forma, também no Alcorão, na Bíblia, na Grécia Antiga, no Direito Romano e no antigo Direito Canônico, se encontravam dispositivos com a finalidade de repressão às lesões que ultrapassavam o patrimônio físico do lesado. Mas, embora já prevista em sistemas anteriores, a reparação decorrente do dano moral demorou a ser reconhecida nas normas que regulam as terras brasileiras.

As Ordenações do Reino de Portugal, as quais eram aplicáveis ao Brasil nos tempos coloniais, não previam o ressarcimento das ofensas que atingissem a moral dos lesados, de forma que a sua reparabilidade só passou a ser cogitada pelos brasileiros com a elaboração do Código Civil de 1916, o qual, em seus artigos 76, 79 e 159, abria margem de interpretação neste sentido⁶, por assim dispor:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.

Art. 79. Se a coisa perecer por fato alheio á vontade do dono, terá este ação, pelo prejuízos contra o culpado.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano

Todavia, as leis civilistas da época, ao não fazerem menção expressa acerca do tema, ensejaram a adoção de entendimento doutrinário e jurisprudencial para preenchimento da lacuna interpretativa, que se deu no sentido de se afastar a reparação de danos imateriais devido à falta de

⁴ REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 12.

⁵ REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 12.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. (Novo Curso de Direito Civil, v. 3). p. 110.

previsão legal e também devido ao carácter processual do art. 76 (que supostamente apenas submeteria o exercício de ação ao requisito de interesse processual)⁷, conquanto o próprio Clóvis Beviláquia, autor do projeto do Código Civil, tenha defendido⁸ a incidência de responsabilização por danos morais quanto à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos⁹.

Assim, durante a vigência do Código Civil datado de 1916, a reparação ficou restrita às previsões constantes em leis especiais tais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), Código Eleitoral (Lei 4.437/65), Lei de Imprensa (Lei 5.520/67, hoje em dia revogada), Lei dos Direitos Autorais (Lei 5.998/73), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, a qual passou a incluir o dano moral como objeto de ação de responsabilidade civil em matéria de tutela dos interesses difusos e coletivos mediante modificações oriundas da Lei 8.884/94)¹⁰.

Não obstante, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal hoje vigente, foi reconhecida a existência do direito à integridade moral, previsto no artigo 5º, inciso V¹¹, passando a haver também a previsão constitucional para a

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. (Novo Curso de Direito Civil, v. 3). p. 110.

⁸ ESPINDOLA, de accôrdo com COVIELLO, procura estabelecer que o interesse de agir difere do interesse, que fôrma o conteúdo do direito subjectivo, para concluir que no interesse moral não está incluído o damno moral. Mas o interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjectivo considerado no momento, em que reage contra a lesão ou ameaça. E, se o damno moral é uma lesão do direito forçosamente provoca a reacção, cria a *ratio agendi*. O Código, porém, não deu grande latitude ao poder de reacção jurídica suscitado pelo damno moral; restringiu-o, subjectivamente, neste artigo, e fixou-o, objectivamente, ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de actos ilícitos.

(BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, volume 1: commentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936. p. 313)

⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. (Novo Curso de Direito Civil, v. 3). p. 110

¹¹ 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: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

defesa da reparação por danos morais, disposta no inciso X¹² do mesmo dispositivo.

Assim, seguindo a linha do Código do Consumidor que prevê a reparação por danos morais nas relações consumeristas em seu art. 6º¹³, tal avanço jurídico se fez presente, mais tarde, na nova legislação civilista, pois o novo Código Civil, datado de 2002, passou a dispor em seu artigo 186 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". Assim, o dano moral encontrou sua reparabilidade abarcada pela previsão legal do artigo 927 do referido Código, visto que este prevê, em seu texto, a expressa menção ao dispositivo 186: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." ¹⁴

Desta forma, sanada a omissão quanto à inclusão de danos morais na responsabilidade civil brasileira, findou-se a preocupação jurídica acerca da possibilidade da sua incidência. Com tal barreira vencida, aprofundou-se a questão sobre a definição do que seria dano moral, para esclarecer-se quando a reparação é, de fato, devida. Então, o que seria, exatamente o dano moral?

Desde o seu surgimento, o instituto vem sendo discutido, encontrando-se diversas teses doutrinárias para fixação de critérios que possam ser usados para a sua aferição e reparação¹⁵. Como bem abordado por Francisco Calvancanti Pontes de Miranda, o dano moral não pode ser confundido com as lesões decorrentes de atos imorais, pois não seria a infração à moral e aos

¹² 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: [...] X - 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; [...]

¹³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2014. p. 429.

¹⁵ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações*. 7 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

bons costumes o que definiria a presença de abalo moral a outrem, e sim a ofensa à esfera ética da pessoa que sofreu o dano.¹⁶

Assim, para Pontes de Miranda, o dano patrimonial seria aquele que ofende bem que está contemplado na riqueza patrimonial da pessoa, enquanto dano moral seria a ofensa à bem imaterial. Desta forma, ainda destaca que "o mesmo fato ilícito absoluto - seja ato ilícito, seja ato-fato ilícito, seja fato ilícito strictu sensu - pode determinar responsabilidade pelo dano não patrimonial e pelo dano patrimonial"¹⁷.

À vista disso, encontramos a definição de Maria Helena Diniz¹⁸, que aprofunda a questão e conceitua dano moral como "a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo". Sobre esta ótica, o que distingue o dano moral do dano patrimonial é o interesse do lesado e o efeito da lesão, já que a consideração da índole ou natureza do direito subjetivo atingido não resolveria a questão com o devido cuidado, gerando resultados imprecisos:

Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois o prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material. Realmente, poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial.¹⁹

Para tanto, a autora vale-se do exemplo de que uma lesão corporal, contemplada pelo direito da personalidade²⁰, poderia tanto ser vista como lesão

¹⁶ MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, volume 53: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 218.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, volume 53: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 219

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade Civil*. 16 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 81.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade Civil*. 16 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

²⁰ No entender de Flaviana Rampazzo Soares, é o reconhecimento do princípio da dignidade humana que origina os direitos da personalidade, estando ligados à integridade física e integridade moral dos indivíduos. Assim, os direitos de personalidade, seriam "atributos

de natureza patrimonial quanto moral, uma vez que o dano sofrido poderia abarcar, além do abalo moral, as despesas pecuniárias mensuráveis de lucros cessantes e/ou tratamentos médicos oriundos da incolumidade física.

Ainda, tal posicionamento a leva a classificar o dano moral como direto e indireto, sendo o primeiro oriundo de lesão a um interesse que diz respeito a um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos de personalidade (como a vida, liberdade, honra, intimidade, imagem, sentimentos afetivos e integridade física), e o segundo decorrente de ofensa à um bem jurídico patrimonial que acaba por lesionar um interesse jurídico de um bem não patrimonial (como a perda de um objeto com valor afetivo)²¹.

Nesta mesma senda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, consideram o dano moral como consistente na "lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro"²². Para eles, também o reflexo do dano é que possibilitará definir se o dano é patrimonial ou material, pois afirmam que o dano moral se dá quando da lesão à esfera personalíssima do indivíduo, abrangendo direitos de personalidade como vida privada, intimidade, honra e imagem - direitos estes que são "assentados na dignidade humana"²³ e tutelados constitucionalmente, mas, repisa-se, não apresentam conteúdo pecuniário e nem comercialmente redutível a dinheiro.

Nesta mesma linha, mas de forma menos abstrata, a definição utilizada por por Yussef Said Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores

corpóreos e incorpóreos que constituem o indivíduo, que se manifestam com voz própria e recebem proteção jurídica." (SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 35.)

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade Civil*. 16 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. (Novo Curso de Direito Civil, v. 3). p. 101

²³ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 22.

fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no desacrérito à reputação, na humilhação pública, no devastamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constringimento moral.²⁴

Para Sérgio Cavalieri Filho, o dano moral poderia se dar tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito: no primeiro caso, quando um bem ou atributo da personalidade é agredido e na segunda hipótese, quando a agressão é à própria dignidade humana que possibilita os outros direitos por ser a viga dos direitos fundamentais²⁵. Assim, ao seu ver, dano moral é aquela lesão que efetivamente fere a dignidade da pessoa ou um bem inerente à sua personalidade:

Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação, etc.). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização.²⁶

Ademais, em que pese outros autores, como Silvio Rodrigues²⁷, defendam que dano moral é constituído na dor decorrente de violação à bem jurídico tutelado, Cavalieri defende que a dor seria apenas a consequência do dano moral, e não a sua causa, pois "assim como a febre é o efeito de uma agressão

²⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

²⁵ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida. In: MELGARÉ, Plínio (Org.) e ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 449.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p.112

²⁷ O autor define dano moral como "dano sem qualquer repercussão patrimonial", sendo "a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem". (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, volume 4: Responsabilidade Civil*. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 206).

orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém."²⁸

Isso posto, ressalta-se que, para o presente trabalho, se entende haver, na doutrina brasileira, uma confusão de ideias que não se restringe apenas quanto ao critério utilizado para a definição de dano moral. Isso porque nem todas as definições são plenas quando aplicáveis ao caso concreto, sendo prejudicialmente limitadoras por demais ou demasiadamente abrangentes, como se passa a explicar.

Primeiramente, conforme já exemplificado, mesmo que alguns autores entendam que o dano moral se caracteriza na presença do sentimento de dor oriundo da incidência de ofensa à bem jurídico, tal elucidação não merece prosperar. A evolução doutrinária e jurisprudencial já convalida a existência de dano moral mesmo quando inexistente sofrimento, considerando a dor mero acessório ao dano moral, e não o dano moral em si.

Exemplo do argumento acima trazido é a caracterização de inscrição indevida do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes: a mera inclusão na lista de inadimplentes, de forma indevida, é suficiente para que se configure o dano moral por atingir direito à personalidade, sem que haja necessidade de comprovação de prejuízo e/ou dor sentida pelo lesionado em virtude da conduta lesiva - razão pela qual o dano já é hoje dia considerado com *in re ipsa* pela jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO RESTRITIVO AO CRÉDITO. PARCELA QUE GEROU A INSCRIÇÃO QUITADA. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DANO MORAL. Evidenciada a inscrição indevida do nome da autora em cadastro restritivo ao crédito, decorrente de dívida paga, o dano moral decorre naturalmente do fato, prescindindo de prova objetiva do efetivo prejuízo. Precedentes STJ e desta Corte. DA COMPROVAÇÃO DO DANO. Em relação ao dano moral, o entendimento consolidado é que em se provando a violação do direito, presume-se a ocorrência do dano (*in re ipsa*), cabendo à parte contrária, se for o caso, desfazer tal presunção. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A indenização deve obedecer aos critérios de razoabilidade, atingindo sua

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p.112

função reparatória e punitiva. Quantum arbitrado em R\$ 4.000,00, que se mostra adequado, guardando proporcionalidade com o dano causado e as peculiaridades do caso. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados mediante os critérios estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC, evitando-se, dessa forma, que se revelem montante inadequado, sem, no entanto, deixar de valorar o trabalho do patrono. A fixação da verba deve observar o caso concreto, de modo que traduza adequada remuneração ao trabalho profissional. Fixado percentual de 20% sobre o valor da condenação. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060975943, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 19/06/2015)

Desta forma, está superada a definição quanto à dor como elemento fundamental para ocorrência do dano moral, visto que a doutrina, conforme acima demonstrado, adota outros fatores, como nome, honra e imagem (exemplo acima), para a sua configuração.

Seguindo-se esta linha de pensamento, entende-se como correta a manifestação no sentido de que o critério para aferição do dano propriamente moral seria a existência de ofensa à direitos da personalidade, tais como nome, vida privada, imagem, honra, reputação e intimidade, que nada mais são do que a consequência do reconhecimento da dignidade humana (reconhecimento próprio e pelos demais).²⁹

Embora outros autores definam o dano moral - e aqui se chama a atenção para o aspecto "moral" do dano - como aquele abalo que lesiona ou se reflete em interesse não patrimonial protegido juridicamente, o conceito deve ser empregado com a devida cautela por ser excessivamente genérico.

A definição que limita o dano moral como lesão a bem imaterial, por si só, não está equivocada, porquanto descreve o caráter imaterial do dano moral. Todavia, ressalta-se que embora tal conceito englobe o dano moral, não é o mais apropriado para defini-lo, visto que abrange outras espécies de danos extrapatrimoniais. Por tal razão, esta a última ideia, na verdade, conceitua o dano extrapatrimonial propriamente dito³⁰.

²⁹ SOARES, Fláviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 35.

³⁰ "Os danos morais, como decorrência de sua própria definição, não podem compor um elenco fechado e rígido de situações, uma vez que são todas aquelas que não têm expressão

A confusão terminológica é compreensível devido ao fato de que modo intrínseco, juntamente com o dano moral, mais precisamente quanto à sua espécie denominada dano à privacidade, surgiu a ideia da existência da reparação de danos extrapatrimoniais³¹. Não obstante, apesar de corriqueiramente utilizados como sinônimos, os termos dano moral e dano extrapatrimonial não são equivalentes, sendo a questão inclusive abordada por Pontes de Miranda, que em sua obra demonstrou descontentamento com a adoção da nomenclatura dano moral pelos juristas³²:

A expressão "dano moral" foi admitida e assente porque não se queria mais do que se afastar a patrimonialidade. Sociologicamente, é defeituosa, por sua estreiteza; mas o conceito jurídico encheu-se de todos os danos não-patrimoniais (morais, religiosos, artísticos, jurídicos, científicos e outros mais).

Assim como outros tipos de abalos sofridos na esfera imaterial do indivíduo, os danos morais se constituem como um tipo de dano extrapatrimonial. Desta forma, o dano moral é espécie do gênero intitulado dano extrapatrimonial - o que se denota, inclusive, do entendimento adotado pela jurisprudência brasileira:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA. DANO EXTRAPATRIMONIAL NÃO CONFIGURADO. I. O dano extrapatrimonial é o gênero do qual dano moral é espécie. Tendo em vista que o autor não especificou qual o dano extrapatrimonial pretendido, a sentença utilizou o termo dano moral com o mesmo sentido do termo dano extrapatrimonial, ampliando o alcance daquele, razão pela qual não se verifica a hipótese de sentença extra ou citra petita. II. As alegações de dano

econômica." (SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 170.)

³¹ "A exemplo do que ocorreu com a privacidade, a aplicação direta da norma constitucional de tutela da dignidade humana veio abrir caminho à proteção de outros interesses existenciais que, há muito, demandavam reparação. Por exemplo, dourina e tribunais brasileiros passaram, mesmo à margem de previsão legislativa específica, a considerar como dano ressarcível o dano à imagem, o dano estético e o dano à integridade psicofísica. Consolidou-se, na experiência brasileira, a efetiva tutela reparatória destes aspectos da personalidade, constitucionalmente protegida." (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91).

³² MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial*, volume 54: direito das obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 74

sofrido pela autora remetem a meros transtornos e dissabores. A simples cobrança indevida de valores não caracteriza violação de qualquer direito de personalidade. Ante a inexistência do dano, não há falar na respectiva indenização. III. Conforme entendimento jurisprudencial é cabível a compensação de honorários. É o que decorre da interpretação do artigo 21, caput, do Código de Processo Civil e da Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a questão relativa à possibilidade de compensação da verba honorária já está se tornando pacífica em nossa Corte. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70030450985, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 27/08/2009)

Assim, para o presente trabalho, dano moral é uma ofensa oriunda da lesão que atinge os direitos da personalidade do indivíduo e uma espécie de dano extrapatrimonial, sendo este último a lesão de que atinge interesse imaterial da pessoa, englobando tanto ofensas à personalidade (dano moral) como outros tipos de ofensa que se refletem na esfera não patrimonial do lesado.

É em cima de tal diferenciação que o presente estudo se embasará, sendo mister a compreensão dos conceitos adotados para o aprofundamento da questão quanto ao surgimento de novos tipos de danos extrapatrimoniais, sua relevância e a possibilidade de reparação no quadro atual do direito brasileiro, para que então se aprofunde a análise do "desvio produtivo do consumidor" como um dano autônomo.

2.2 DA MULTIPLICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO ATUAL

A evolução da sociedade e a constante busca por uma maior proteção às vítimas que sofrem abalos em seus interesses levaram a uma verdadeira variedade de danos passíveis de reparação. Como explica Flávio Tartuce, "à medida que se reconhecem direitos, que são criadas novas tecnologias e que o ser humano amplia os seus meios de conquistas, também surgem novos prejuízos e, sem dúvidas, novas vítimas."³³

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 7ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 416

Nesta sorte, além da previsão de reparação do dano moral concomitantemente com a reparação por danos patrimoniais, tal avanço também gerou o reconhecimento de uma maior gama de danos tuteláveis, especialmente de caráter extrapatrimonial. Atualmente, já há certo consenso sobre a existência e a possibilidade de reparação de alguns destas novas modalidades de danos extrapatrimoniais, tais como os danos estéticos, danos por perda de uma chance, dano por morte, dano por abandono sócio afetivo, entre outros, mas o tema ainda é motivo de debates.

O direito brasileiro apresentou - e continua apresentando, mesmo que de forma amenizada - certa resistência em aceitar a configuração destes novos danos, justamente devido ao seu caráter extrapatrimonial. Apesar de hoje haver maior aceitação quanto ao seu reconhecimento³⁴, em virtude da lesão ser à interesse imaterial do indivíduo, muitos juristas relutaram em admitir os novos danos como novas modalidades separadas de dano extrapatrimonial, visto que ou os reduziam a lesões não suscetíveis de indenização³⁵ diante da impossibilidade de enquadrá-los como dano moral. Ademais, às vezes, simplesmente por serem considerados de menor relevância, eram classificados como vertentes e/ou acessórios do dano moral.

Como exemplo do acima referido, encontramos o caso do dano por perda de uma chance, originário da Europa: objeto de pioneiro estudo italiano e após discutido na França, para posteriormente surgir na jurisprudência brasileira, tal lesão, se configura "quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal"³⁶, "caracterizada quando

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 7ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 416.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 7ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 419.

a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento) como prova de certeza do dano"³⁷.

Já houve a confusão deste novo dano com os danos de lucros cessantes, mas o que obsta incluir a perda de uma chance no conceito de lucros cessantes é o fato de que, diferentemente deste último instituto, na perda de uma chance não há a possibilidade de se provar uma efetiva perda, justamente por causa da sua natureza aleatória³⁸.

É exatamente neste ponto que reside a diferenciação dos referidos danos: enquanto nos lucros cessantes é possível se ter certeza quanto ao prejuízo sofrido, no dano por perda de uma chance o dano é hipotético³⁹ - caso fosse certo, estaríamos diante de uma situação de lucros cessantes.

Assim, a perda de uma chance é enquadrada como dano emergente, eis o que visa à indenização de possibilidade de vitória que restou frustrada: a perda de uma chance não visa indenizar o que se deixou de ganhar, mas sim busca indenizar a oportunidade desperdiçada que provavelmente levaria ao ao

³⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

³⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38.

³⁹ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO E DEVOLUÇÃO DE VALORES. SENTENÇA EXTRA PETITA. A sentença que soluciona o feito nos limites do pedido na peça inicial não constitui decisão extra petita capaz de gerar sua nulidade. LUCROS CESSANTES. PERDA DE UMA CHANCE. O direito à indenização por lucros cessantes não tem por base o lucro imaginário ou hipotético que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito, mas o ressarcimento do que o lesado perdeu ou razoavelmente deixou de ganhar em atividade real e lesão em concreto. A teoria da perda de uma chance busca responsabilizar o causador por um dano diferente daqueles previstos no art. 403 do CC, emergente e lucro cessante, construindo modalidade sui generis pela frustração de uma posição pessoal mais vantajosa que poderia ser alcançada não fosse o ato ilícito do terceiro. DANO MORAL. O reconhecimento à compensação por dano moral exige a prova de ato ilícito, a demonstração do nexo causal e o dano indenizável que se caracteriza por gravame ao direito personalíssimo, situação vexatória ou abalo psíquico duradouro que não se justifica diante de meros transtornos ou dissabores da relação jurídica civil. - O descumprimento contratual que dá causa à rescisão, não é suficiente à caracterização do dano moral indenizável. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70056447188, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2014)

êxito, visto que o possível resultado pretendido e a possível perda sofrida não podem ser tidas como certas⁴⁰.

Não obstante, a lesão que se constituía na perda de uma chance era considerada com uma agravante ou uma modalidade de dano moral em si⁴¹. Tal aconteceu em casos como o de um candidato a concurso público que recebeu nota zero em sua prova de datilografia por esta não ter sido localizada pela correção, devido à inobservação do Manual de Instruções para Fiscalização que prezava pelo recolhimento das cinco folhas entregues aos candidatos.

Reconhecendo-se que o candidato, caso gabaritasse a prova de datilografia, teria chances reais de ter passado e de ter sido nomeado (ou que ao menos a sua aprovação enriqueceria o seu currículo), em sede de decisão judicial foi garantido ao lesado o pagamento de cinco vencimentos correspondentes ao cargo em que concorria⁴².

Entre outros exemplos que Sérgio Savi utiliza para ilustrar o ponto, está o da responsabilização do advogado que não é diligente na defesa dos interesses de seus clientes, impedindo este último de ver seus direitos satisfeitos ou protegidos. O autor destaca que em nestes os casos, oriundos do

⁴⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 39.

⁴¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 47.

⁴² RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PUBLICO.DESCUMPRIMENTO PELOS FISCAIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DE PROVA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. DEMONSTRADA A FALHA NA APLICAÇÃO DE PROVA PRÁTICA DE DATILOGRAFIA EM CONCURSO PUBLICO PELA INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES PARA FISCALIZAÇÃO, SEGUNDO AS QUAIS DEVERIAM SER RECOLHIDAS TODAS AS CINCO FOLHAS ENTREGUES AO CANDIDATO, CABIA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE ESTE NÃO AS RESTITUÍRA. NA FALTA DESTA PROVA, E DE SE PRESUMIR QUE A PROVA RESTOU EXTRAVIADA POR CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE RESTOU DEMONSTRADA A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS COM A PERDA DA CHANCE CONCRETA DE LOGRAR APROVAÇÃO E SER NOMEADO. EMBARGOS ACOLHIDOS. VOTOS VENCIDOS. (Embargos Infringentes Nº 59816407, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 06/11/1998)

Rio de Janeiro⁴³, do Rio Grande do Sul⁴⁴ e outro do já extinto Tribunal de Alçada de São Paulo⁴⁵, o dano por perda de uma chance é aferido de forma correta, mas é vinculado ao dano moral como sendo modalidade deste⁴⁶. Neste sentido, o doutrinador evidencia o claro equívoco de classificação da perda de chance como sendo dano exclusivamente moral, esclarecendo que tal dano pode ter também um caráter patrimonial.

⁴³ MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE. DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário a tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 2003.001.19138, 14ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Ferdinando do Nascimento, julgado em 07/10/2003).

⁴⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. 1 - Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Alegação da ocorrência de greve por parte dos juizes federais, e conseqüente dedução de que houve a suspensão dos prazos processuais. Negativa de matrícula em disciplina na faculdade de Medicina. Mandado de segurança denegado. Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pela impetrante. 2 - Valor fixado na sentença a título de ressarcimento por danos morais (10 salários mínimos) que permanece inalterado já que consentâneo com as circunstâncias do caso concreto e com os parâmetros adotados pela Câmara. 3 - Em não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Ausência da comprovação da necessidade. Deserção verificada. Improveram os apelos da autora e do co-réu Luiz Carlos, e não conheceram do recurso do co-réu Guaraci. (Apelação Cível Nº 70006606487, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 06/11/2003)

⁴⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA NA ATAÇÃO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA SÓ APÓS O DECURSO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE AVALIAR O DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO PELO PERDA DA CHANCE DE VER O PLEITO EXAMINADO PELO JUDICIÁRIO. MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 8ª Câmara, Apelação Cível nº 680.655-1, Rel. José Arnaldo da Costa Telles, julgado em 23/10/1996).

⁴⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 49.

Para tanto, relata o caso de julgado⁴⁷ em que o funcionário de uma empresa obtém insucesso quanto à sua contratação em outros locais de trabalho, alegando que tal a recusa em contratá-lo seria advinda de informações inverídicas prestadas pelo seu antigo empregador aos futuros novos empregadores. Caso o candidato não estivesse em vias de ser contratado e as informações não fossem o único motivo a lhe afastar do novo emprego pretendido - ou seja, caso a contratação não fosse certa e não dependesse apenas do crivo das informações prestadas pelo empregador anterior - estaria configurada a perda de uma chance, todavia, cumulada com aspectos materiais: quais sejam, os salários que o funcionário receberia, mas pode ter deixado de receber em virtude da perda da oportunidade da contratação.

Assim sendo, Sérgio Savi destaca que a perda de uma chance pode se constituir em agravante do dano moral, mas não no dano moral em si. Até mesmo porque, como defende o autor, a perda de uma chance, por si só não acarreta em um dever de indenizar automático: é necessário que haja uma expectativa séria e real de sucesso (como ele mesmo pondera, expectativa de 50% de êxito) para que se configure a perda da chance e o dever de se indenizar a oportunidade desperdiçada - nos casos de a expectativa não atingir tal patamar, poderia a condenação se dar em caráter exclusivamente moral por perda da expectativa - a qual difere se chance.⁴⁸

⁴⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES DESABONATÓRIAS SOBRE A CONDUTA DO AUTOR PRESTADAS POR PREPOSTO DA RÉ. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. REDUÇÃO DO QUANTUM. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. Não resta dúvida de que a ré é responsável pelos atos de seu preposto que, por ordem ou não de seus superiores, forneceu informações inverídicas sobre a conduta do autor, informações estas, determinantes para a não contratação deste por diversas empresas. II Dano material afastado. Ausência de comprovação. III Danos morais reduzidos para um valor mais consentâneo com as nuances do caso. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70003003845, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 29/05/2002)

⁴⁸ AÇÃO INDENIZATÓRIA - Pleito fundado na alegação de conduta culposa do advogado no curso de outra demanda judicial, culminando com o não recebimento de recurso de apelação, em razão da extemporânea devolução ao cartório dos autos do respectivo processo - Configuração de dano moral, mercê da frustração da legítima expectativa quanto à possibilidade de acolhimento do recurso - Caracterização da perda de chance - Inocorrência, todavia, de dano material indenizável, posto que o suposto prejuízo econômico da autora resultou de decisão judicial, cuja hipotética possibilidade de reforma não enseja a caracterização de dano material certo e diretamente decorrente da conduta do réu -

Assim, em que pese o autor tenha demonstrado a dificuldade que o judiciário encontrava, e por vezes ainda encontra, em tratar da perda de uma chance como um dano autônomo, consegue-se, a partir do estudo das suas colocações, entender que a perda de uma chance pode possuir caráter extrapatrimonial ou patrimonial, não podendo ser limitada à dano meramente moral, pois, nas suas próprias palavras:

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de representar um dano material, poderá *também*, ser considerada um agregador do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de a chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano *exclusivamente* moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, o mesmo poderá configurar um dano material, uma sub espécie de dano emergente.⁴⁹

Assim, abordada brevemente, a perda de uma chance demonstra claramente a motivação da impossibilidade de se limitar todos os danos que lesem interesses imateriais ao conceito de dano moral, visto que os danos, mesmo que extrapatrimoniais, lesam interesses diferentes entre si e necessitam de regulação específica.

Reconhecimento da sucumbência recíproca - Recurso Provido em parte. (Apelação Cível nº 179.675-4/6, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Sebastião Carlos Garcia, julgado em 16/09/2004).

⁴⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 56.

3 O DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO COMO CASO DE DANO AUTÔNOMO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

3.1 A DEFINIÇÃO DO DANO POR DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO

Como já dito, com os avanços da sociedade e da tecnologia, surgem vítimas de novos danos sofridos e assim, amplia-se também a gama de direitos tutelados⁵⁰. A lei está sempre em movimento porque a sociedade também está.

Com o progresso de novos modos de pensamento, produção, avanço e comportamento, novas exigências são criadas e novos detalhes, antes não percebidos, ou considerados de menor relevância, recebem um novo olhar e uma maior consideração. É o que ocorre com o dimensionamento do tempo na vida atual.

Embora não seja expressamente tutelado pelo ordenamento brasileiro⁵¹, ele tem um papel cada vez mais importante e mais decisivo. Não é novidade que com a globalização e sua difusão de informações, assim como com novos meios tecnológicos que geram praticidade e imediatismo ao substituir aspectos manuais ou até mesmo ambientais, surge a uma maior demanda e maior exigência quanto à otimização da produção global.

O tempo, que antigamente demarcava a pontualidade entre uma colheita e outra ou o crescimento de um animal para abate, hoje não mais significa inércia diante da espera. Com a possibilidade de se fazer mais e de forma mais rápida, o tempo passou a ter verdadeiro valor econômico. A frase "o tempo custa caro" já empregada pelo pensador grego Teosfrato ainda antes de cristo,

⁵⁰ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 130.

⁵¹ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 132.

originou o ditado hoje popular "tempo é dinheiro", cada vez mais pertinente. Perder tempo nunca nos custou tanto quanto nos dias atuais.

A capacidade de produzir mais trouxe com ela expectativas e cobranças mais rígidas, principalmente no cenário capitalista em que o Brasil está inserido. Mas, embora se exijam mais resultados e sejam atribuídas mais tarefas aos indivíduos, o tempo disponível para a sua realização e o caráter humano do indivíduo, com suas limitações, não se estendeu.

Desta forma, o homem de hoje precisa saber render mais, listando as suas prioridades e escolhendo o que deixar em segundo plano para otimizar o seu tempo útil. E é justamente neste sentido que o tempo perdido pelo indivíduo e a interferência na esfera da sua vida pessoal são tão danosos.

Se o tempo útil de um indivíduo já é escasso, qualquer desperdício, mesmo que realizado por ele mesmo, é frustrante - todavia tal escolha é ele facultada e o não aproveitamento do tempo é de sua inteira responsabilidade. Nos casos em que o desperdício advém de conduta oriunda de descaso de outros, tal opção é imposta ao consumidor. Quando o lesado tem que se dispor a resolver questão que não originou - e que poderia não ter ocorrido por simples diligência daquele que provocou a lesão - o seu gerenciamento sobre o próprio tempo é arruinado, prejudicando também a sua otimização.

O sentimento gerado é o de impotência e de vulnerabilidade. Sente-se como que tendo seu tempo furtado e, juntamente com ele, também uma parcela da sua existência como pessoa, visto que o lesado destinaria àquele lapso temporal à outra finalidade que mais lhe agradasse. É diante desta nova percepção, valoração do tempo e fragilidade do consumidor que surge o conceito de um novo dano no direito atual, sendo denominado "desvio produtivo do consumidor".

Elaborado por Marcos Dessaune, tal dano se configuraria nas situações em que o consumidor gasta seu tempo em decorrência do mau atendimento do

fornecedor, ensejando dever de reparação por força da responsabilidade civil, visto que, para ele, o fornecedor teria como dever, também, liberar os recursos produtivos do consumidor (tais como conhecimentos, habilidades e atitudes) para que o este pudesse empregar seu tempo útil nas atividades que preferir.⁵²

Antigamente tratado como mero dissabor cotidiano, apesar de novo, o dano já foi motivo de condenações em diferentes tribunais do país, como Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Paraná, São Paulo, entre outros. Todavia, o que se observa nestes julgados é o mesmo padrão de comportamento dos juristas ao abordar o assunto considerado novo.

Não há dúvida que o debate acerca do tema é de maior relevância, porém, da mesma forma como ocorreu com o dano por perda de uma chance, que só agora vem se firmando na jurisprudência brasileira, também o desvio por tempo produtivo, antes desconsiderado, enseja indenizações, porém de cunho moral, como se deste fosse modalidade. A exemplo do alegado, transcreve-se trecho de acórdão proferido, no qual resta evidente a classificação do dano desvio por tempo produtivo, objeto da tese de Marcos Dessaune, como mero desdobramento do dano moral:

E, diante da não-resolução do problema no trintídio, forçando o consumidor a ingressar em Juízo, acarretando o agravamento da condição de vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica, ou o que o autor MARCOS DESSAUNE chamou em sua obra de "DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR", ou seja, o tempo desperdiçado na resolução de um problema que deveria ter sido resolvido rapidamente pelo fornecedor, há danos morais indenizáveis, que, diante das particularidades do caso concreto, estabeleço em R\$ 1.000,00, valor a ser corrigido monetariamente pelo IGPM desde a data da sessão, e acrescido de juros moratórios legais de 12% ao ano, da citação.⁵³

⁵² DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

⁵³ Trecho do voto lavrado pelo Dr. Fabio Vieira Heerdt, julgador de Recurso Inominado nº 71003680824, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Julgado em 12/07/2012, que teve a seguinte ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. PRAZOS DE GARANTIA LEGAL E CONTRATUAL QUE SE SOMAM. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 50 DO CDC. PRECEDENTES DA TURMA. PRODUTO NÃO REPARADO NO PRAZO DO ARTIGO 18, §1º, DO CDC. AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. "DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR DO CONSUMIDOR" PELOTEMPO DESPERDIÇADO. DANO EXTRA REM. DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS.

Outro exemplo claro de confusão entre desvio do tempo produtivo e dano moral, e a qual muitos outros acórdãos se assemelham, é o de um julgado sobre a condenação por danos morais quanto à reiterada necessidade de se levar veículo zero quilômetro à concessionária para consertos:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VÍCIOS EM VEÍCULO ZERO QUILOMETRO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA COMERCIANTE. É cediço que toda a cadeia de fornecedores, incluindo o comerciante, responde solidariamente pelos vícios de qualidade em produtos, consoante dicção do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta Corte. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A aquisição de veículo zero-quilômetro que, já nos primeiros meses de uso, passa a apresentar problemas, não solucionados prontamente pelas fornecedoras, apesar de lhes haver sido confiado reiteradas vezes para conserto, não pode ser relegada ao plano do mero aborrecimento, caracterizando ilícito civil e dano moral passível de reparação. Hipótese em o veículo apresentava problemas no ar condicionado, vazamento de óleo do motor, sistema de arrefecimento, tendo sido levado por diversas vezes para conserto na concessionária ré, que solveu o problema somente depois de vários meses, fazendo o autor jus à reparação extrapatrimonial. Condenação mantida. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, se mostra razoável e proporcional. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70064838311, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 25/06/2015)

O acórdão abordou tão somente a questão dos danos morais que foram reconhecidos em sede de sentença, a qual se utilizou do fundamento do desvio do tempo produtivo como alicerce da condenação, considerando ambos os danos como se fossem o mesmo. Ao constatar que o autor da demanda teve que levar o veículo demasiadas vezes para conserto na concessionária, sofrendo irritação e tendo frustrada sua expectativa quanto ao produto comprado e o serviço prestado, além de ter seu tempo perdido, o juízo definiu que "houve verdadeira conduta reprovável pela parte ré, diante da ausência de

DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO OU À RESTITUIÇÃO DO PREÇO. DANOS MORAIS. RECURSO PROVIDO.

tomada de providências no sentido de resolver a questão, em tempo razoável, não agindo, assim, com o respeito devido ao consumidor".

Não obstante, o douto juiz, em meio as suas razões, além de alegar que tal situação se configuraria em conduta reprovável da ré e flagrante desrespeito ao consumidor por não ter sido solucionado o impasse em lapso temporal razoável, afirmou que o descaso da empresa também afetaria a dignidade do consumidor, proferindo decisão nos seguintes termos:

Há, nos autos, suficientes elementos de convicção no que se refere à ocorrência de dano moral, na medida em que evidenciadas circunstâncias que indicam violação de direitos da personalidade, ofensa à dignidade da pessoa humana e grave desconsideração para com a pessoa do outro contratante.

Primeiro, diante da evidente frustração da justa expectativa do consumidor, que optou por adquirir um veículo zero quilômetro justamente em razão da comodidade e garantia proporcionadas, no intuito de não sofrer percalços ou transtornos com o veículo recém-adquirido. *In casu*, por diversas vezes o autor teve que retornar à concessionária para buscar solucionar os sucessivos problemas apresentados no veículo, resultando em considerável perda de tempo, desgaste emocional e físico, privação do uso do bem adquirido e quebra de uma expectativa concreta de que se estava adquirindo um produto de qualidade.

Fundamentada em tais razões, a condenação por danos morais, embasada no desvio do tempo produtivo, foi alicerçada aos artigos 186 e 927 do Código Civil, artigo 6º, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, assim como artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

E isso posto, chega-se ao cerne do deste estudo. Ao longo do presente trabalho, discutiu-se a diferença entre dano moral e dano extrapatrimonial, reforçado-se a distinção do significado dos termos. Em meio a estas conclusões, definiu-se que dano moral é uma espécie do gênero chamado dano extrapatrimonial, justamente pelo fato de que o gênero, que significa lesão a interesse de bem imaterial, engloba o dano que lesiona a dignidade da pessoa e/ou os interesses vinculados aos direitos da personalidade, também considerados imateriais.

Assim, distinguindo o dano moral dos demais danos ao aliá-lo à ofensa à identidade do indivíduo, encontramos agora uma objeção quanto à inserção do dano por desvio produtivo do consumidor como uma modalidade sua. Entendemos que este último dano, embora afete a vítima, não afeta propriamente os direitos à sua personalidade e nem a sua dignidade, diferindo-o do dano moral.

Ainda atendo-se ao exemplo supracitado, embora elencadas no julgado acima exposto, as lesões que se entende serem decorrentes de "evidente frustração da justa expectativa" (ou "quebra de uma expectativa"), "privação do uso do bem adquirido" e, inclusive, "considerável perda de tempo", não podem ser consideradas direitos de personalidade, pois não são direitos que compõem a pessoa⁵⁴ e, assim, tampouco podem estar ligados à ofensa à dignidade humana, o que obstaria seu enquadramento como dano moral. Portanto, presume-se que o dano moral foi arbitrado no referido caso como sendo oriundo do "desgaste emocional e físico" a que foi submetido o consumidor por razão do transtorno que tomou seu tempo e esforços, mas não pelo desperdício do seu tempo.

Esclarece-se que, diante da análise da importância do tempo na sociedade atual, embora se reconheça haver prejuízo decorrente de lesão temporal, não teria ela embasamento jurídico para sustentar uma condenação judicial. Assim, no acórdão acima transcrito, caso não houvesse sido demonstrado abalo e desgaste físico e emocional, não haveria razão para se falar em condenação. Direitos à personalidade e à dignidade são constitucionalmente protegidos, porém o tempo não é diretamente tutelado.

O ideal é que apenas o dano ao tempo em si pudesse ser motivo de condenação, sem que os efeitos resultados por ele fossem razão determinante de condenação. A melhor e mais benéfica proteção do consumidor, que aliás

⁵⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37.

se projeta no art. 7º⁵⁵ do Código do Consumidor, seria se tanto dano evento, desvio produtivo, quanto seu possível dano consequência, dano moral, fossem lesões vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se aqui que a ausência de ofensa aos direitos da personalidade e à dignidade, por ocasião do desvio produtivo, não implica dizer que não houve transtorno com o tempo perdido e que este, por si só, não devesse ser indenizado. Isso esclarecido, salienta-se que a impossibilidade de configurar-se o desvio produtivo do consumidor como dano autônomo na verdade não decorre da inexistência fática do dano, mas sim da falta de previsão legal que reprove lesão a tal interesse imaterial. Em outras palavras: a ofensa, que não é moral, ocorre no mundo fático, mas não no mundo jurídico, por falta de norma que a regule.

3.2 A REPARABILIDADE DO DANO POR DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO

Como o ordenamento jurídico não prevê ainda uma tutela para o tempo, realmente não há dano temporal configurado no acórdão acima päsentado. Não se pode afirmar que o tempo produtivo da pessoa foi lesionado, razão pela qual não se há falar, atualmente, em dano autônomo.

Para a reparação civil e nos termos do art. 927 do Código Civil, é necessário que haja ato ilícito (expressão que, na opinião de alguns doutrinadores deveria ser substituída por ato injusto) para que se concretize o dever de reparação. Todavia, tal não ocorre com o tempo, visto que a violação quanto ao seu gerenciamento, pura e simplesmente, hoje em dia não se caracteriza dano devido à omissão legal quanto a este aspecto.

⁵⁵ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Embora seja indiretamente tutelado, não há dispositivo que garanta proteção à integralidade do tempo e o torne não suscetível a lesões diretamente.

Sabe-se que a Constituição Federal compila uma série de disposições sobre matéria trabalhista brasileira, inclusive dispendo sobre aspectos temporais da relação trabalhista, como a jornada de trabalho e descanso.

O próprio artigo 7º da Carta Magna⁵⁶ define que a jornada de trabalho, em seu aspecto ideal não deve ultrapassar oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, ou seis horas para trabalho realizado em turnos ininterruptos. Ainda, o mesmo dispositivo define que é direito dos trabalhadores possuir repouso semanal remunerado e ter gozo de férias remuneradas.

Assim, o tempo, indiretamente, é bem tutelado de forma constitucional, levando-se em conta o valor social do trabalho e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana⁵⁷. Todavia, para o autor Marcos Dessaune, tal previsão legal diz respeito à observância da melhoria da condição social do empregado e não "sobre o tempo que ele dispõe na vida"⁵⁸, de modo que a violação do direito fundamental ao tempo, por parte do empregador, configuraria ato ilícito quanto à condição social do trabalhador.⁵⁹

⁵⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (...)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; (...)

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; (...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (...)

⁵⁷ "Ressalte-se que tal guarida constitucional, em suas dimensões biológica, social e econômica, também é fruto do reconhecimento da "dignidade da pessoa humana" e do "valor social do trabalho" como fundamentos da República Federativa do Brasil". (DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.)

⁵⁸ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

⁵⁹ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

Ademais também é pertinente ressaltar que a figura do tempo também se encontra resguardada dentro da figura do "lazer", direito social à entrega do ócio ao repouso⁶⁰, presente no art. 6º⁶¹ também da Constituição Federal e também no art. 227⁶² do mesmo diploma. Também nestas condutas o tempo está inserido de forma subjetiva, pois, como afirma Marcos Dessaune "essa singelas normas que tratam do 'lazer' não fazem nenhuma alusão ao 'tempo', direta ou indiretamente. Apenas se deduz que ele (tempo) é o *suporte implícito* à realização dessa atividade recreativa que se destina (...)." ⁶³

Assim, para o autor, quando a Constituição Federal menciona direito à saúde, educação e lazer, entre outros, está assegurando, intrinsecamente, que haja respeito ao tempo necessário para que se possa exercer tais direitos. Neste caso, o tempo seria um direito subjetivo fundamental da pessoa humana, considerando-se como expressamente tutelados os bens jurídicos no artigo elencados.⁶⁴

Diante de tais exposições, chega-se a um consenso de que, em ambos os casos, a afronta ao direito de lazer configuraria ato ilícito "pela violação do dever jurídico originário, que empregadores e outros sujeitos têm, de respeitar a ociosidade repousante, o convívio social e o divertimento das pessoas", mas que não haveria proteção jurídica expressa ao tempo em si.⁶⁵

⁶⁰ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

⁶¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶³ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

⁶⁴ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

⁶⁵ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

Para solucionar tal impasse, Marcos Dessaune menciona que a Constituição Federal deveria incluir expressamente um dispositivo que englobe o tempo como um bem jurídico tutelado, prevendo o direito à indenização pelo seu desvio.⁶⁶ Desta forma, o dano, além de poder ser considerado autônomo, ainda encontraria respaldo legal para ensejar reparação.

Não obstante, outra sugestão para que se concretize o dever de indenizar, oriundo do desrespeito do tempo de outrem, é o Projeto de Lei 7356/2014, de autoria de Carlos Souza, que objetiva acrescentar um parágrafo único ao art. 6º da Lei 8.078/90 para determinar que a indenização por danos morais também englobe o desvio de tempo produtivo do consumidor - o que já vem sendo realizado pelos tribunais, consoantes decisões acima colacionadas.

Esta última medida selaria de vez a indagação quanto à natureza da perda de tempo útil: a adoção de tal pensamento rechaça a alegação de que o referido dano seria espécie de dano extrapatrimonial e estaria lado a lado com o dano moral. O projeto de lei define, de forma prática, que o tempo desperdiçado se constitui em modalidade de dano moral, e deve deste modo ser reparado.

O que realmente importa dizer é que, mediante a tutela direta do tempo do indivíduo, seja forma autônoma, dano *extra rem*⁶⁷, seja vinculado ao dano moral, a vedação do desvio produtivo acarreta na consolidação do conceito de dano no ordenamento brasileiro, aqui elaborado por Fernando Noronha:

⁶⁶ O autor sugere um dispositivo constitucional com a seguinte redação: "O tempo de que cada indivíduo dispõe na vida, caracterizado pela escassez, inacumulabilidade e irreparabilidade, é recurso produtivo primordial e inviolável da pessoa, assegurando-se a ela o direito à indenização do dano de desvio produtivo decorrente desse seu tempo pessoal" (DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 136.)

⁶⁷ "(...) o dano *extra rem* é aquele que apenas indiretamente está ligado ao vício do produto ou do serviço porque, na realidade, decorre de causa superveniente, relativamente independente, e que por si só produz resultado. A rigor, não é o vício do produto ou do serviço que causa dano *extra rem* - dano material ou moral -, mas sim a conduta do fornecedor, posterior ao vício, por não dar ao caso a atenção e solução devidas. O dano moral, o desgosto íntimo, está dissociado do defeito, a ele jungido apenas pela origem. Na realidade, repita-se, decorre de causa superveniente (o não atendimento pronto e eficiente ao consumidor, a demora injustificável na reparação do vício. Tem caráter autônomo." (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 576.)

O dano pode ser caracterizado simplesmente como sendo o prejuízo de uma lesão antijurídica de bem alheio. Numa noção mais esclarecedora, poderá dizer-se que é o prejuízo, econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.⁶⁸

Consoante o que se percebe no art. 186 do Código Civil, que define que violar direito e causar dano a outrem, seja por ação, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência acarreta na configuração e ato ilícito, a tutela do tempo, em qualquer aspecto, já satisfaz uma das condições civis para que haja a reparação.

Incide sobre o caso, então, a responsabilidade civil⁶⁹, que possui hoje três funções: inibitória, para desencorajar a realização da conduta de forma reiterada; compensatória, que visa a satisfazer, amenizar ou tentar compensar a vítima pela sua lesão; e, por fim, reparatória, que almeja à restituição da perda.⁷⁰

Parte da doutrina, que inclui Fernando Noronha⁷¹ e Sérgio Cavaleiri⁷² Filho, defende, ainda, ampliar o papel do dano moral para agregar a ele um caráter punitivo que se embasaria na reprovabilidade da conduta praticada, de forma que a indenização sirva como punição, levando em conta a reincidência, obtenção de lucro, e a capacidade econômica tanto do lesado quanto do agressor.

⁶⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 579.

⁶⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

⁷⁰ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1684.

⁷¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 462.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126.

Apresentando um contraponto, Fabio Ulhoa Coelho⁷³ defende que, na verdade, a função punitiva não poderia ser aplicada nas relações cuja responsabilidade é objetiva - exatamente como nas relações consumeristas - por não se analisar e considerar, nestes casos, a culpabilidade do agente como fator determinante de responsabilização. Assim, ficaria adstrita à responsabilidade objetiva.

Não obstante, há também os juristas que, como Anderson Schreiber, repudiam o caráter punitivo do dano, tanto na esfera da responsabilidade objetiva quanto na esfera da responsabilidade subjetiva. Para o autor, o foco atual da indenização deve ser a proteção ao que sofreu a lesão, sendo um retrocesso a ponderação sobre culpabilidade do ofensor.⁷⁴

Quanto à análise mais aprofundada do caráter punitivo da condenação, nos parece, para o presente trabalho, impertinente. Assim limitamo-nos a reiterar posicionamento anterior no sentido de que qualquer perda de tempo involuntária já configura lesão a ser tutelada. Deste modo, levando-se em conta o caráter consumerista da relação que gera dano sobre o qual se discute, e também considerando a responsabilidade objetiva decorrente do Código do Consumidor, consideramos que não merece prosperar o caráter punitivo, por análise de culpa não encontrar respaldo no código consumerista.

Aliás, em se tratando de matéria de tempo, é importante esclarecer que no caso de desvio por tempo produtivo, sempre será inviável a indenização do dano com função reparatória. Não há o completo ressarcimento do dano conquanto ele está a impossibilidade de retroagir: o dano temporal nunca voltará a seus *status quo*. Assim como no dano moral e demais danos extrapatrimoniais, também nas indenizações por desvio do tempo produtivo "o

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 447.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213.

dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória."⁷⁵

Ou seja, a função da condenação a pagamento de valor pecuniário serve tão somente para compensar os efeitos da lesão sofrida - o valor recebido a título de indenização não seria um pagamento pelo sofrimento ocorrido, e sim uma possibilidade de se proporcionar prazeres que possam amenizar o abalo sofrido.

Sendo o dano por desvio do tempo produtivo considerado como dano autônomo ou mesmo incluído como modalidade de dano moral, a função predominantemente compensatória da sua reparabilidade se manterá, visto que em ambos os casos se estará diante de um dano extrapatrimonial. Assim sendo, salvo os casos em que haja perda de tempo mas não abalo moral, não haveria prejuízo quanto à reparação do dano, visto que ela se daria nos mesmos moldes que hoje se dá o dano moral.

Por fim, ressalta-se que a despeito de a jurisprudência ter adotado a tese do dano por perda do tempo útil como sendo uma modalidade de dano moral, prejuízo maior seria se não houvesse condenação neste sentido. Diante da impossibilidade de se condenar o prejuízo do desperdício do tempo em si, é um importante começo para a esfera consumerista a adoção da tese para melhor proteção do consumidor - mesmo que, por enquanto tal tese se limite a danos morais. Por certo, o tema ainda trará mais debates capazes à esfera consumerista, quiçá capazes de dar a autonomia que lhe falta através da atualização da legislação brasileira.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 3: Responsabilidade Civil. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É percebido, através do presente estudo que faz-se necessária uma distinção quanto aos danos extrapatrimoniais e dano moral, pois, embora considerados a mesma coisa por alguns doutrinadores brasileiro, tutelam direitos diferentes. Assim, dano moral deve ser considerado apenas aquele que afeta a dignidade da pessoa humana ou os direitos inerentes á personalidade, e que dano extrapatrimonial deve ser considerado aquele que tutela interesses imateriais da pessoa, que abrangem não somente direitos da personalidade e dignidade, mas também a perda de uma chance, por exemplo.

Com esta concepção de dano extrapatrimonial, poder-se-ia considerar o dano do desvio produtivo como um dano autônomo, já que candidato a ser considerado de interesse imaterial do indivíduo. Todavia, em que pese a lesão à bem imaterial exista no mundo fático, o mesmo não ocorre no mundo jurídico.

O tempo não é bem tutelado juridicamente de forma direta no ordenamento brasileiro, razão pela qual as indenizações não podem ser embasadas na simples lesão de desperdício indesejado de tempo. Ademais, por não ser o tempo caracterizado como um direito inerente à personalidade e nem pilar da dignidade humana, tampouco a indenização pode se dar em caráter moral, pura e simplesmente.

Ocorre que, através dos julgados colacionados, ficou evidenciada a possibilidade e tendência de se configurar danos morais decorrentes do descaso do fornecedor que acaba por originar o dano temporal, ensejando condenações que ainda assim conseguem atender ao interesse do consumidor. Seria esta uma medida paliativa quanto à elaboração de dispositivo constitucional ou infraconstitucional para tutela do tempo, mas que, embora ligeiramente mais limitada por depender do alicerce do dano moral, gera resultados semelhantes ao que se teria caso o dano fosse considerado autônomo, visto que o desvio produtivo, tanto sendo autônomo quanto sendo

dano moral, igualmente se constitui em dano extrapatrimonial passível de indenização com função predominantemente compensatória.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, volume 1: comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13/05/2015.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 24/006/2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14/05/2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 16 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 3: Responsabilidade Civil**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano mora, dano material e reparação**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001.

MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial, volume 53: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial, volume 54: direito das obrigações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações**. 7 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2003.001.19138. Décima Quarta Câmara Cível. Relator: Ferdinando do Nascimento. Julgado em 07 out. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70003003845. Sexta Câmara Cível. Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgado em: 29 maio 2002.

_____.Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 700066006487. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em: 06 nov. 2003.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70056447188. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: João Moreno Pomar. Julgado em: 27 fev. 2014

_____.Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70060975943. Nona Câmara Cível. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 19 jun. 2015.

_____.Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70064838311. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em: 25 jun. 2015.

_____.Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes Nº 59816407. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em: 06 nov. 1998

_____.Turmas Recursais. Recurso Inominado Nº 71003680824. Terceira Turma Recursal. Relator: Fábio Vieira Heerdt. Julgado em: 12 jul. 2012.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, volume 4: Responsabilidade Civil**. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação Cível Nº 680.655-1. Relator: José Arnaldo da Costa Telles. Julgado em: 23 out. 1996.

_____.Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº179.675-4/6. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Sebastião Carlos Garcia. Julgado em 16 set. 2004.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**.7ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.