

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

DANIEL DEGGAU BASTOS

**A PERDA DO TEMPO COMO CATEGORIA INDENIZATÓRIA
AUTÔNOMA: TERMINOLOGIA JURÍDICA E COERÊNCIA
SISTEMÁTICA**

**FLORIANÓPOLIS
MARÇO, 2017**

Daniel Deggau Bastos

**A PERDA DO TEMPO COMO CATEGORIA INDENIZATÓRIA
AUTÔNOMA: TERMINOLOGIA JURÍDICA E COERÊNCIA
SISTEMÁTICA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis
Março, 2017.

B327p Bastos, Daniel Deggau 1987-

A perda do tempo como categoria indenizatória
autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática /
Daniel Deggau Bastos. – Florianópolis, 2017.
246 f.

Orientadora: Rafael Peteffi da Silva
Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa
Catarina, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Responsabilidade civil. 2. Dano ressarcível. 3. Ampliação
dos danos. 4. Perda do tempo. 5. Categoria indenizatória
própria. I. Título

Esta obra é licenciada por uma licença Creative Commons de atribuição, de uso não comercial e de compartilhamento pela mesma licença 2.5



Você pode:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra;
- criar obras derivadas.

Sob as seguintes condições:

- Atribuição. Você deve dar crédito ao autor original.
- Uso não-comercial. Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.
- Compartilhamento pela mesma licença. Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, somente poderá distribuir a obra resultante com uma licença idêntica a esta.

Daniel Deggau Bastos

A PERDA DO TEMPO COMO CATEGORIA INDENIZATÓRIA
AUTÔNOMA: TERMINOLOGIA JURÍDICA E COERÊNCIA
SISTEMÁTICA

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coordenador de Curso

Banca examinadora:

Prof. Ubaldo Cesar Balthazar
Convidado para representar o Professor Orientador Dr.
Rafael Peteffi da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Dóris Ghilardi
Universidade Federal de Santa Catarina

Dedico este trabalho aos meus pais, João José e Marina.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus queridos pais, João José e Marina, meus primeiros professores, pelo carinho, por todos os ensinamentos, e pelo constante incentivo aos estudos. Em particular, ao meu pai, pela paciência dedicada à revisão deste trabalho.

A mudança repentina de trajeto habitual. Um cartaz pendurado nos corredores da UFSC. O encontro inesperado e um amor compartilhado. Não fossem os rumos da vida, os acasos, não teria conhecido Luíza Helena, que tornou meus dias mais leves e felizes.

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina me trouxe amigos. Entre eles, Dayana Luz, Fernanda Mambrini, Juliano Gonçalves, Marcel Mangili Laurindo, Thiago Neves e Thiago Yukio acompanharam de perto, em diferentes fases, a construção do presente trabalho. Sou-lhes grato pela torcida; e ao Marcel, sobretudo, pelas longas conversas ao final do expediente, que tanto contribuíram para o fecho da dissertação.

Agradeço aos companheiros de mestrado, Arthur Dalmarco, Bráulio Cavalcanti, Edson Scolari Filho, Luís Gouvêa e Marcelo de Botelho Mesquita, por dividirem as angústias e alegrias vividas no decorrer do biênio.

Agradeço, em especial, ao Professor Rafael Peteffi da Silva, pelas valiosas lições e pela seriedade demonstradas em sua função de orientador. Mesmo da Catalunha, em seu estágio pós-doutoral, manteve-se próximo o bastante na indicação do melhor caminho para o aprofundamento dos estudos inerentes à responsabilidade civil.

RESUMO

O estudo do dano ressarcível, verdadeiro eixo da responsabilidade civil, vem suscitando, de uns tempos para cá, algumas controvérsias de um certo relevo. A combinação de diversos fatores, a exemplo da objetivação do dever de indenizar e a ampliação dos danos ressarcíveis e interesses, provocaram novas discussões e diferentes problemas acerca da matéria. Dessa tendência – a ampliação dos danos ressarcíveis – surge a corrente que pretende reconhecer o tempo como um novo bem jurídico e tornar o seu desperdício um dano indenizável. Mas não é só. Para alguns autores, a perda do tempo seria uma categoria própria, autônoma, que não se confunde com o dano patrimonial e o dano moral. Estaria, assim, ao lado das categorias clássicas da responsabilidade civil. A análise dessa ideia constitui o objeto do presente trabalho, que se vale, em primeiro lugar, das diferentes concepções de dano ressarcível e seus requisitos, com destaque à imprescindibilidade das repercussões da lesão a um interesse jurídico. Em seguida, cuida das características do modelo brasileiro de responsabilidade civil, simpático ao reconhecimento de novos danos e voltado para a proteção da vítima de um dano. Apresenta as diferentes espécies de danos, a formação de um suposto catálogo de danos extrapatrimoniais, e a eventual guerra de etiquetas (rótulos) reveladoras da falta de sistematização e o desaparego à coerência da terminologia jurídica. Do direito estrangeiro, o princípio da vertebração, de Miquel Martín-Casals, bem como o *injury as such* do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), auxiliam na formação de objeções dogmáticas e práticas à invenção de nova categoria indenizatória autônoma, capaz de criar verdadeiro *tertium genus*.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano ressarcível. Ampliação dos danos. Perda do tempo. Categoria indenizatória própria.

ABSTRACT

The study of the legally relevant damage, main aspect of the civil liability, has been causing, in the recent past, controversies quite significant. The combination of different factors, such as an increase of strict liability and the wide variety of damages and interests, provoked new discussions and different problems. Resulting from that trend – the increase of the variety of damages – recently arises the idea to secure the time as a new protected interest and consider the waste of time as a new compensation category. For some authors, the waste of time should be in a class of its own. Autonomous, it should not be confused with the pecuniary loss and non-pecuniary loss. Thus, the waste of time should stay next to the classic categories of civil liability. The analysis of this idea is the object of this paper. First, it requires the overview of the different conceptions of damage and its requirements, with an emphasis to the indispensable injury repercussions and the infringement of a protected right. Next, it presents the characteristics of the Brazilian model of civil liability, very general and loose, open to new species of damage and aimed at providing better protection for victims. This paper also brings the formation of heads of damage, specially in case of non-pecuniary losses; the discussion often concentrates on identifying the correct terminology and the problems of lack of systematization. From the foreign law, the application of the “principio da vertebración” of Miquel Martín-Casals and the case of “injury as such”, from the *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* helps the formation of dogmatic and practical objections to the invention of a new autonomous compensation category, able to create a truly *tertium* genus.

Key-words: Civil liability. Damage. New damages. Waste of time. New compensation category.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 TEORIA GERAL DO DANO	19
2.1 O DANO COMO EIXO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2.2 TEORIAS FUNDAMENTADORAS DO DANO	29
2.2.1 Dano como detrimento de um bem jurídico.....	31
2.2.2 Dano como violação de um direito subjetivo	38
2.2.3 Dano como lesão a um interesse jurídico	43
2.2.4 Dano definido por suas transcendências, repercussões ou resultados	48
2.3 DEFINIÇÕES INICIAIS PARA O RECONHECIMENTO DE UM DANO INDENIZÁVEL	66
2.3.1 Certeza do dano	66
2.3.2 Imediatidade	69
2.3.3 Injustiça do dano	72
2.4 DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS	75
3 AS NOVAS ESPÉCIES DE DANO	87
3.1 A INSPIRAÇÃO FRANCESA DO SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	87
3.2 A AMPLIAÇÃO DOS DANOS SUSCETÍVEIS DE REPARAÇÃO.....	101
3.2.1 Casos polêmicos	105
3.2.2 Catálogo de danos extrapatrimoniais	109
3.2.3 A Celeuma do direito italiano e a desnecessária importação de seus termos.....	115
3.2.4 A guerra de etiquetas no direito argentino	119
3.3 O CASO DOS DANOS ESTÉTICOS NO BRASIL.....	129
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO 155	
4.1 TEMPO COMO BEM JURÍDICO TUTELADO	155
4.1.1 A semente de Dessaune: a teoria do desvio produtivo do consumidor.....	161
4.1.2 O germinar de uma teoria	171
4.1.3 Somente o tempo do consumidor é protegido?	187
4.2. A BUSCA PELA AUTONOMIA DO DANO PELA PERDA DO TEMPO	190
4.2.1 Terminologia jurídica e coerência sistemática: objeções dogmáticas à autonomia	191
4.2.2 Objeções de ordem prática e a crítica ao <i>Compensation for Injury as Such</i>	198

4.3 A PERDA DO TEMPO COMO DANO RESSARCÍVEL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS	206
4.3.1 Demandas consumeristas em geral.....	211
4.3.2 Filas em banco	218
4.3.3 Prisões indevidas	225
5 CONCLUSÃO	229
REFERÊNCIAS.....	237

1 INTRODUÇÃO

O tempo e o direito. O tempo e a responsabilidade civil. A perda do tempo na sociedade moderna. O anseio de proteger o tempo das pessoas e evitar o seu desmesurado desperdício. Neste anseio, eis que surge uma boa ideia: a busca dessa proteção por meio do reconhecimento de novos bens jurídicos. Em termos, todavia.

A ideia de proteger o tempo das pessoas de modo efetivo partiu, em primeiro lugar, daqueles que visam à tutela do consumidor. Ao menos isso é o que se constata das leituras recentes de revistas que cuidam do direito consumerista. Ao reconhecer os abusos dos fornecedores – grandes empresas, comerciantes, prestadores de serviços – estudiosos voltaram seus olhos para o tempo perdido nas relações de consumo. Ao constatarem que o tempo do consumidor é constantemente desperdiçado na sociedade atual, reverberaram que deve ser prestigiado.

O tempo, desde as reflexões de Santo Agostinho, é considerado valioso, caro, precioso. Em uma visão instrumental, permite às pessoas realizar seus afazeres, destiná-lo a seu deleite ou, até mesmo, não fazer nada. Tempo, portanto, é dinheiro e mais do que isso.

Entusiasmados com essa nova tendência – de valorização do tempo do consumidor – alguns autores pretendem construir uma tese: o tempo das pessoas é um bem jurídico que merece a tutela do ordenamento jurídico. Aqueles que desperdiçarem o tempo alheio devem indenizar as vítimas por meio de uma categoria indenizatória autônoma, que não se confunde com os danos patrimoniais e morais.

A perda do tempo, por si só, geraria o dever de indenizar, mesmo que não fossem atingidos outros bens ou interesses jurídicos. Seria uma nova categoria ou subcategoria de danos extrapatrimoniais, que não se confundiria com os danos patrimoniais e tampouco com a visão restritiva dos danos morais.

O objeto da presente pesquisa se concentra na verificação da compatibilidade dessa ideia (com *fumus* de teoria) com a teoria geral do dano ressarcível e o modelo de responsabilidade civil brasileiro.

Parte-se da premissa de que sim, o tempo deve ser protegido, fato reforçado pelo caráter amplo e aberto do modelo de responsabilidade civil brasileiro, inspirado na legislação francesa. Quando preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, surge o dever de indenizar, e a perda do tempo pode vir a gerar danos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, cada qual com suas características próprias, o que Miquel Martín-Casals cunhou de princípio de vertebração. O ponto central do trabalho se volta, portanto, para a coerência sistemática da

responsabilidade civil e para a natureza jurídica daquilo que se convencionou denominar de novos danos.

Para tanto, serão apresentados, no capítulo inicial, aspectos da teoria geral do dano ressarcível, com a verificação de seus requisitos, a par da exposição das diferentes concepções de ordem doutrinária. O dano, verdadeiro eixo da responsabilidade civil contemporânea, representa o marco inicial para a compreensão do que se está aqui a propor. A análise das diferentes correntes a respeito do significado do dano servirá para comprovar e reforçar a importância do efetivo prejuízo ou menoscabo da pessoa para a caracterização do dano ressarcível. O prejuízo, consequência da lesão a um interesse jurídico, constitui, assim, fator essencial para a própria existência das diferentes classificações e da discussão a respeito da natureza jurídica dos danos.

Já no segundo capítulo, haja vista a percepção de que o modelo brasileiro de responsabilidade civil é amplo e aberto, voltado para a proteção da vítima, e capaz de receber, sem maiores objeções, o reconhecimento de novos danos (ou novas situações geradoras de danos já conhecidos), surge a necessidade de se verificar na literatura jurídica nacional e estrangeira o tratamento do problema, em especial a questão dos diferentes e novos rótulos de danos. O que se busca, nesta segunda etapa do trabalho, é discutir o processo de ampliação dos danos suscetíveis de reparação, suas novas versões de danos que surgiram ao longo dos últimos anos e suas implicações, indicativas de eventuais confusões terminológicas, sobreposições de termos e incoerências de ordem sistemática.

Serão discutidos aspectos destacados de eventual catálogo ou categorização de danos extrapatrimoniais, podendo-se elencar, por exemplo, dano corporal, dano à vida de relação, dano sexual, dano psíquico, dano existencial, dano à privacidade, dano por rompimento de noivado, dano de férias arruinadas, dano à imagem, dano por perda de uma chance, dano de privação de uso, dano institucional, dano por nascimento indesejado e dano à identidade pessoal, com atenção específica ao tratamento dos danos estéticos no Brasil.

Como algumas destas nomenclaturas se aproximam daquelas utilizadas no direito italiano, será necessário apresentar aspectos da evolução da responsabilidade civil daquele país, avaliando-se a efetividade da utilização dos termos “dano biológico”, “dano à saúde” e “dano existencial” no Brasil.

Da constatação desses novos danos partir-se-á para a avaliação do significado de sua autonomia e, pois, da possibilidade de criação de um terceiro gênero de danos (*tertius genus*), ao lado das categorias clássicas.

Ademais, será enfocada a possível distinção entre autonomia conceitual dos danos e categorias indenizatórias.

Ao final, no derradeiro capítulo, serão tecidas considerações a respeito do tempo, desde aspectos filosóficos, retirados das reflexões de Santo Agostinho, a breves referências à monetização do tempo na economia atual, citadas por Michael Sandel.

Será abordada a concepção que vem ganhando corpo na literatura de que o tempo é um efetivo bem jurídico, tutelado pelo ordenamento jurídico. Por se tratar – a proteção do tempo – de assunto que ganhou força a partir da doutrina consumerista, serão apresentadas diferentes opiniões de autores que se dedicaram a discorrer sobre o tempo na relação de consumo e suas implicações para a responsabilidade civil. Em seguida, será analisada efetivamente a ideia daqueles que buscam tornar a perda do tempo um dano autônomo, diferente do dano patrimonial e do dano moral, lançando-se objeções de ordem dogmática e prática. Nesse ponto, chama a atenção o debate que se passa no direito europeu a respeito do *compensation for injury as such* e que carrega alta conexão com o problema e importância desta pesquisa.

É que os editores do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) dão conta de que, além de tais danos, existiria algo que deveria ser indenizado “*per se*” – o chamado *compensation for injury as such* – sem a avaliação de qualquer consequência, fato que foi prontamente criticado por autores de alto renome. Para os doutrinadores, tal invenção não deve prevalecer, pois não há coisa outra que danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Não existiria, em resumo, um *tertium genus*. Pode-se perceber, assim, que tal discussão do direito europeu assemelha-se ao objeto desta orientação; afinal, o que se passa a analisar é a tentativa de inserir uma nova categoria indenizatória ao lado ou distinta das categorias clássicas.

Ao cabo, reforçando a importância do aprofundamento desta pesquisa, serão apresentados diversos julgados que precisaram abordar a questão do tempo perdido das pessoas, consumidoras ou não, para então decidir se há efetivamente o dever de indenizar.

2 TEORIA GERAL DO DANO

Neste capítulo será abordado o estudo a respeito do dano em sentido jurídico, pressuposto da responsabilidade civil. A busca pelo seu significado a partir de diferentes literaturas, suas principais características e a relevância conferida na contemporaneidade são os principais tópicos deste capítulo inicial.

2.1 O DANO COMO EIXO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o Dicionário Aurélio¹, dano – do latim *damnu* – pode ser definido de três maneiras: 1. Mal ou ofensa pessoal; 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus e 3. Estrago, deterioração, danificação.

Tal definição ampla e imprecisa do conceito de dano – não jurídico – é justificada. No cotidiano, dano é palavra polissêmica e pode ser empregada de diferentes maneiras, funcionando como ofensa pessoal, prejuízo, detrimento, menoscabo, dor, estrago ou deterioração.

Com tal amplitude, a vida cotidiana passa a ser uma fonte incessante de danos: conseguir um emprego na disputa com terceiros; comprar os últimos bilhetes de um espetáculo, impedindo que outras pessoas possam consegui-los; captar os clientes de um competidor por prestar melhores serviços, sem utilizar mecanismos ilegítimos². A depender da amplitude do conceito a ser conferido, todos estes exemplos seriam fontes causadoras de dano.

No entanto, à Ciência do Direito pouco importa o conceito leigo de dano. Interessa a ela o dano ressarcível, pressuposto da responsabilidade civil, aferido da teoria geral do dano. De acordo com Agostinho Alvim, “a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável”³.

Clóvis do Couto e Silva, ao traçar estudo sobre o conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado, ensina que “sem que se

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 604.

² CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 61.

³ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 172.

estabeleça a noção de dano, não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade civil num determinado país⁴.

Matilde Zavala de González leciona que a noção sobre o dano não pode se divorciar de sua qualidade como ressarcível, ou seja, dano suscetível de uma compensação destinada ao afetado (à vítima). Para a doutrinadora, a compreensão do dano ressarcível deve partir, antes de tudo, do fim perseguido, que é a reparação do prejuízo experimentado pela vítima⁵.

Do mesmo modo, Schreiber reconhece que o dano em sentido jurídico não poderia equivaler ao dano em sentido material, ou seja, ao prejuízo na acepção comum do termo, já que prejuízos podem ser lícitos e irreparáveis, como a lesão física causada por uma intervenção cirúrgica⁶.

Por isso é que, a partir daqui, passar-se-á a adotar o termo dano como sinônimo de dano ressarcível – interessante ao estudo da responsabilidade civil e inerente à dogmática jurídica.

Como sustenta José Roberto de Castro Neves, “para que o dano tenha repercussão jurídica, essa perda deve ser de objeto sob o qual o titular desfruta de proteção jurídica”⁷. Não basta que haja o prejuízo. Há de se verificar a existência de tutela jurídica:

Imagine-se o sujeito que amava a sua namorada, mas esta, a despeito de tanto amor, resolve romper o relacionamento. O dano do tal sujeito é imensurável, profundo e penoso. Entretanto, para o mundo jurídico, esse dano, a princípio, não oferece repercussão (até porque a tal mulher não cometeu um ato ilícito ao decidir separar-se). Entretanto, esse mesmo sujeito, que comprara uma passagem de avião para o Alasca (na expectativa de “congelar” suas lembranças), não consegue embarcar porque a empresa aérea cancela o voo. Note-se que, neste último caso, o sujeito tem um

⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. RT. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Disminuciones psicofísicas**. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 1.

⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

⁷ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 333.

crédito apreciável juridicamente. Há uma prestação por ser cumprida, consistente nesse transporte para o Alasca, que não é feito. Neste caso, embora o dano dele seja bem menor do que o causado pela sua ex-namorada, há a possibilidade de reclamar a indenização desse dano, porque, desta feita, o bem jurídico que se perdeu era tutelado juridicamente⁸.

Silvio Neves Baptista lembra que a questão básica é saber se o fato lesivo entra ou não no mundo jurídico como dano e se preenche ou não o suporte fático previsto na norma jurídica para introduzir-se no mundo jurídico como fato jurídico danoso. Baptista cita o exemplo de um namorado que costumava dar uma ajuda financeira à namorada e resolve pôr fim ao relacionamento, interrompendo as doações que fazia. Sofre com isso a namorada uma perda econômica, mas não lhe assiste o direito de propor uma ação indenizatória porque o fato da interrupção do pagamento voluntário, conquanto fato lesivo, não integra o suposto jurídico da norma⁹. Baptista propõe, ainda, uma classificação segundo a causa que produz o fato jurídico danoso. Eis o que escreve:

[...] o dano poder ser ilícito ou lícito. É ilícito se o fato jurídico que o antecede é definido pela norma como uma ilicitude, ou por outra, se a lesão provocada viola o direito de alguém previsto em norma obrigatória ou proibitiva. Mas nem sempre o dano se constitui numa ilicitude. Há casos excepcionais em que a conduta é considerada lícita, posto que prevista em norma permissiva, sendo por isso mesmo lícito o dano que decorre do fato que lhe dá origem. Se a conduta é ilícita, o dano dela resultante é fato ilícito; se a conduta é lícita, por ser permitida pela ordem jurídica, o dano proveniente é um fato lícito¹⁰.

O autor alerta que existem situações em que o sistema jurídico estabelece em norma permissiva a possibilidade de alguém causar dano a outrem, atribuindo em compensação ao prejudicado o direito ao ressarcimento pelos danos sofridos. Cita o ato praticado em estado de necessidade, pois a lei permite ao agente o direito de causar dano a

⁸ NEVES, 2009, p. 333-334.

⁹ BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 47.

¹⁰ BAPTISTA, 2003, p. 76.

outrem, mas indica que o causador do dano tem a obrigação de indenizar a vítima pelos prejuízos resultantes daquela ação¹¹.

Calvo Costa, por sua vez, muito embora aceite a expressão dano jurídico¹², entende que não é feliz a denominação dano antijurídico utilizada por alguns juristas¹³. Segundo ele, a responsabilidade civil se preocupa com o dano injustamente sofrido, “*frente al daño causado sin derecho*”¹⁴. Logo, só se pode falar em licitude ou ilicitude no momento de qualificar uma conduta, mas não um dano. Este – o dano – na verdade, pode ser referido como ressarcível ou não (para os italianos, dano injusto ou não)¹⁵. No Brasil, como se verá, parece apropriada a nomenclatura dano *ressarcível*.

Em seu sentido jurídico, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, o dano não prescinde de uma delimitação técnica. Não são poucas as confusões que circundam este instituto. Por isso, parece não continuar válida a afirmação de Aguiar Dias quando menciona que o dano é um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil que suscita menos controvérsia¹⁶.

Trata-se, o dano, portanto, de elemento essencial à configuração da responsabilidade civil. A premissa, inevitável e inafastável, é de que não há responsabilidade civil sem dano.

Aguiar Dias chega ao ponto de assegurar que a unanimidade dos autores nega que possa haver responsabilidade sem a existência de um dano, de modo que é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há o que reparar¹⁷.

Conforme ensina Pontes de Miranda: “Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a

¹¹ BAPTISTA, 2003, p. 77.

¹² Utilizada por Agoglia e por Bueres, entre outros, para se referir ao dano que afeta interesses protegidos pelo ordenamento jurídico concebido como um todo. CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 57.

¹³ Como De Cupis.

¹⁴ CALVO COSTA, 2005, p. 57.

¹⁵ CALVO COSTA, loc. cit.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atualizada de acordo com o Código Civil de 2001, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumn Juris, 2012, p. 819.

¹⁷ DIAS, 2012, p. 819.

recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano¹⁸.

Ainda nesse ponto, Agostinho Alvim¹⁹ assevera que, como regra geral, deve-se ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação. Para o autor, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. E conclui afirmando que essa regra decorre dos princípios, pois a responsabilidade, independentemente de dano, redundaria em mera punição do devedor, com invasão da esfera do direito penal²⁰.

Contudo, ainda que pareça clara a imprescindibilidade do dano para os fins da responsabilidade civil, é preciso registrar a existência de corrente que vem pregando, inclusive no Brasil, uma responsabilidade civil sem dano.

Ao tecer reflexões críticas a seu respeito, Albuquerque Júnior²¹ relata que a responsabilidade sem dano constitui proposta específica defendida por autores que se enquadram no ambiente teórico do direito de danos²² e vem ganhando importância na doutrina nacional. A ideia

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1989, p. 181.

¹⁹ ALVIM, 1972, p. 181.

²⁰ “O primeiro requisito ou pressuposto do dever de indenizar é o dano. É imprescindível que exista dano, salvo casos excepcionais”. Muito embora Agostinho Alvim afirme que existem exceções ao cânone da indispensabilidade da presença do dano – exemplificando com os juros moratórios e a cláusula penal, e reconhecendo que se trata de pena – nas linhas seguintes esclarece que não se trata propriamente de casos de indenização sem dano, mas sim de dispensa da alegação de prejuízo”. ALVIM, 1972, p. 181.

²¹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, jan./mar., 2016, p. 90-91.

²² Lucas Abreu Barroso afirma que “o direito de danos altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro* vítima. Este instituto pretende, entre outros:

- a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa e da relativização do nexo causal;

central que a anima é a de que a responsabilização civil não teria função exclusivamente reparatório-indenizatória, mas também preventiva e inibitória da causação do dano, fato que geraria dois tipos de responsabilidade: com e sem dano²³.

-
- b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (Código de Processo Civil, arts. 461 e 461-A e Código Civil, arts. 233, 247 e 250);
 - c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re)personalização do direito civil;
 - d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo;
 - e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente;
 - f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas;
 - g) tornar irrelevante a concausa, “con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aportó una de las causas concurrentes”, objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano;
 - h) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex. seguro ambiental) etc. BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 43, jul./set., 2010, p. 105-106.

²³ ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2016, p. 94.

De todo modo, é importante que se diga que o termo “direito de danos” nem sempre é tratado como apregoa o autor. Sua nomenclatura também é usada como sinônimo de responsabilidade civil. Jorge Mosset Iturraspe, por exemplo, explica que *“El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil y ello explica que pueda hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por daños, al referirse a ella”*²⁴.

Como quer que seja, para Albuquerque Júnior a tese da responsabilidade sem dano, por subtrair um de seus elementos constitutivos, é incompleta e condutora a equívocos. Se o efeito próprio da responsabilidade civil é o indenizatório, não é possível falar em responsabilidade sem dano sem que ao menos haja uma radical transformação da própria concepção de responsabilidade civil. Pela tese combatida, haveria não só uma confusão entre antecedente e consequente, bem como uma expansão extraordinária e pouco controlável da responsabilidade civil, pois teria que dar conta de uma série de consequências que hoje lhe são estranhas. A responsabilidade civil passaria a dizer respeito também a deveres que eram considerados anteriores a ela, como no campo do direito de vizinhança (nele há uma série de deveres jurídicos que independem de dano, antecedem o dever de indenizar e, quando devidamente obedecidos, previnem o dano) e direito de visita (já que sua efetivação previne o dano moral pelo chamado abandono afetivo)²⁵.

Na literatura, cite-se ainda a obra de Bruno Leonardo Câmara Carrá, que toma por base o seu trabalho de doutoramento “Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta”. O autor explica que no limiar do século XX surgiu na França um movimento que predicava a superação dos próprios limites ônticos da Responsabilidade Civil, assinalando a possibilidade de disciplinar eventos anteriores ao próprio dano, tendo ganhado adeptos em vários países. Passou-se a defender que sob sua estrutura teórica deveriam ingressar mecanismos de defesa do dano, postulados da prevenção e da precaução inseridas no âmbito da responsabilidade civil²⁶.

²⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires: Ediar, 1971, p. 137.

²⁵ ALBUQUERQUE JÚNIOR, op. cit., p. 98-99.

²⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2-5.

Ao longo do trabalho, Carrá refuta essas várias tendências que vindicam o deslocamento das medidas de prevenção diretas dos ramos de estudo que delas já se ocupam há tempos, como o Direito Processual, o Administrativo e mesmo o Civil em algumas situações, para o campo da Responsabilidade Civil. Confirma, portanto, a imprescindibilidade do dano como pré-requisito fundante e reforça que a mera ilicitude conduz a sanções próprias da seara de outros ramos do Direito, que não a responsabilidade civil²⁷.

Para o autor, a fenomenologia do dano recomenda a sua adaptação às novas peculiaridades da vida real, especialmente diante dos “novos danos”²⁸, porém, é imprescindível distinguir a violação ao ordenamento da consequência lesiva de tal violação sobre um interesse juridicamente protegido. Apenas diante do último é que se poderia cogitar da incidência das regras sobre responsabilidade civil²⁹.

Álvaro Villaça Azevedo, ao prefaciar a obra de Carrá, assevera que beira o surreal falar de uma responsabilização civil sem a presença do dano. Critica veementemente a teoria que retira o dano da responsabilidade civil e compara como eventual pretensão de se retirar o crime do Direito Penal. Ressalta, ainda, que a única coisa que a experiência contemporânea teria permitido seria uma significativa reconfiguração do conceito jurídico de dano, sem que isso importasse em sua supressão, ou, muito menos, na alteração da essência da responsabilidade civil. Conclui que outros ramos do Direito e mesmo de outras ciências possam se ocupar da prevenção do dano ou de coibir condutas indesejadas, sem que se faça necessária a reestruturação conceitual da responsabilidade civil, que pressupõe o dano, como chave que aciona toda a sua engrenagem³⁰.

Oportuno consignar, nesta toada, a lição de Clóvis Beviláquia, quando define que a ideia de delito civil não corresponde, exatamente, à de crime, pois há crimes que não constituem delito civil, por não determinarem prejuízo, a exemplo da tentativa de furto, mas também há

²⁷ CARRÁ, 2015, p. 2-5.

²⁸ A serem estudados no capítulo seguinte.

²⁹ CARRÁ, loc. cit.

³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prefácio. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015.

delitos civis que não se capitulam na classe dos crimes, como o dolo comum, nos contratos³¹.

De todo modo, é preciso ir além. Não basta alertar que a presença do dano é indispensável ao estudo da responsabilidade civil. Afirmar que a verificação do dano é imprescindível não guarda maiores novidades. Mais do que isso, convém demonstrar – ainda que brevemente – o caminho trilhado para o reconhecimento do dano como verdadeiro eixo da responsabilidade civil.

Alvino Lima, ao discorrer sobre a redução da utilização do conceito clássico de culpa e do surgimento da teoria do risco, elencou algumas das causas dessa mudança de paradigma:

O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos, em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras de danos, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia, maiores de provar a causa dos acidentes produtores de danos, e dela se deduzir a culpa, à vista dos inventos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, o radium, os raios X e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extra-contratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde que evitasse injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam³².

Foi, portanto, a partir da teoria do risco – e a conseqüente redução da importância da culpa – que se passou a impor um novo olhar sobre a responsabilidade civil. Segundo Peteffi da Silva, é com “base nesta

³¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. [S.l.]: Ministério da Justiça, 1972, p. 291.

³² LIMA, Alvino. **Da Culpa ao Risco**. [S.I]: [S.N], [1942?], p. 86-87.

perspectiva, desenvolvida após a Revolução Industrial, que os autores asseveraram que houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposo da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano”³³.

Por sua vez, Orlando Gomes explica que “a necessidade de substituir o fundamento da responsabilidade civil manifestou-se em face de novas situações nas quais a fidelidade ao subjetivismo importaria em flagrante injustiça”³⁴. No lugar da teoria subjetiva da responsabilidade (construída na ideia da culpa), surgiram as doutrinas objetivistas, que deslocam para o risco-proveito o fundamento da responsabilidade. Em resumo, “não indagam se a ação do causador do dano foi imprudente, negligente ou intencional. Obrigam-no a indenizar o prejuízo causado, desde que tenha criado o risco”³⁵.

Na lição de Calvo Costa³⁶, começa a ser deixado de lado, pouco a pouco, o antigo dogma da inexistência de responsabilidade sem culpa. O direito, com uma concepção ressarcitória e de justiça distributiva, passa a se preocupar com a vítima do dano, resultando inconcebível que alguém sofra um prejuízo e que o deva suportar por não ter condições de apontar a conduta culposa do agente ofensor.

Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que:

a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços³⁷.

Percebe-se, portanto, a relevância ímpar do dano no estudo da responsabilidade civil, voltada – atualmente – não mais para a apuração

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

³⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70.

³⁵ GOMES, 2010, p. 70.

³⁶ CALVO COSTA, 2005, p. 50.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

do ato ilícito, mas sim para a reparação do dano sofrido pela vítima. Tal mudança de paradigma representa importante alteração no campo da ciência do direito, demandando ainda mais atenção do intérprete quando da análise dos conceitos dogmáticos.

O tópico a seguir buscará apresentar algumas posturas a respeito do *conceito* de dano indenizável.

2.2 TEORIAS FUNDAMENTADORAS DO DANO

Existe discussão sofisticada a respeito da verdadeira compreensão do significado de dano. Por se saber que o conceito de dano não é “dado, mas sim construído”³⁸, conforme leciona Judith Martins-Costa, ganha maior destaque o rigor técnico empreendido por Calvo Costa, em sua obra “*daños resarcibles*”, quando aponta quatro posturas que tentam determinar o que se entende por dano: dano como detrimento de um bem jurídico; dano como violação de um direito subjetivo; dano como lesão a um interesse jurídico; e o dano definido por suas transcendências, repercussões ou resultados.

A seguir, serão apresentadas quatro correntes seguindo a sistematização de Calvo Costa, muito embora se adote como linha teórica deste trabalho a posição de Zavala de González. Esclarece-se que a opção por autores argentinos, em sua maioria, se explica em razão da profundidade dos debates naquele país, e da pouca importância conferida pela literatura jurídica nacional sobre o tema. No mais, os tópicos não são meramente expositivos de cada corrente, contando com críticas aos seus aspectos principais, visando ao melhor diálogo de posturas diferentes.

Mas antes, mostra-se imprescindível apresentar os conceitos de bem jurídico e interesse jurídico. Na visão de Bustamante, bem jurídico é todo objeto material ou imaterial, de valor econômico ou não, que sirva ao homem para satisfazer suas necessidades. Interesse legítimo é aquele que impulsiona o homem para realizar-se mediante a satisfação das exigências físicas ou espirituais da natureza humana³⁹.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 409.

³⁹ Tradução livre de “*Bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirve al hombre para satisfacer sus necesidades. Interés legítimo es aquel que impulsa al hombre para realizarse mediante la satisfacción de las exigencias físicas y espirituales consustanciales con la*

Por sua vez, Zannoni explica que, por bem jurídico, há de se entender, em sentido amplo, qualquer objeto de satisfação. Pode-se tratar de coisas, direitos, bens imateriais com valor econômico, mas também tratar-se do corpo, da saúde, da integridade física, do projeto existencial, da intimidade, da honra, incluída a vida como o bem supremo, que constituem para o direito objetos de satisfação não patrimoniais, sem valor econômico para o seu titular⁴⁰.

Sobre a definição de *bem*, eis a lição de Aguiar Dias:

A ideia de bem geralmente aparece vagamente expressa e é assim imprestável para o fim de uma exata construção jurídica. Dizer que bem é tudo quanto satisfaça a uma necessidade humana é certo, mas alongar a definição e assentar que bem é tanto o objeto do mundo exterior, como o acontecimento natural, ação ou omissão humana ou, ainda, o estado individual da pessoa, como a vida, a saúde ou a liberdade, o estado de fato, como o silêncio noturno, ou o estado de uma coisa, como o da carta fechada, não *satisfaz*, porque tais atributos não são bens em si, mas modos de ser do bem. Este é, por exemplo, o corpo humano e não a beleza ou a saúde que o qualificam⁴¹.

Quanto ao conceito de interesse, Aguiar Dias expõe que é igualmente inexata a sua noção como avaliação, por parte do sujeito de uma necessidade, da aptidão de um objeto (bem) para satisfazer uma necessidade. Para o autor, “tal interesse não poderia gozar da tutela jurídica, que não assegura aos homens a avaliação subjetiva dos bens, mas o seu gozo, que é uma situação deles”⁴², de modo que a noção de interesse tem de atender a critério objetivo e não subjetivo, considerando-se como coisa que existe “fora de nós e não em nós”⁴³.

Como quer que seja, as concepções a respeito do interesse não parecem divergir, muito embora a perspectiva de Aguiar Dias pareça mais precisa ao reduzir a definição de bem jurídico e delimitar o interesse na

naturaleza humana.” BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1993, p. 238.

⁴⁰ ZANNONI, Eduardo. A. **El daño em la responsabilidad civil**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea: 2005, p. 51.

⁴¹ DIAS, 2012, p. 820.

⁴² DIAS, 2012, p. 820.

⁴³ DIAS, loc. cit.

própria situação ou relação do sujeito com o bem e não em aspecto próprio do sujeito. Em outra perspectiva, Judith Martins-Costa não deixa de ter razão ao definir o interesse jurídico como “aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica”⁴⁴, razão pela qual, se modificado o que se considera digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano⁴⁵.

2.2.1 Dano como detrimento de um bem jurídico

Esta corrente expressa que o dano é o menoscabo de um bem jurídico, entendido por tal as coisas e os bens ou direitos que não são coisas⁴⁶. Apontado por Calvo Costa como seu principal expoente, Karl Larenz afirma que “*daño es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*”⁴⁷.

Calvo Costa ensina que esta teoria imperou durante muito tempo no direito italiano, principalmente sustentada por Messineo – que definia o dano como abolição ou diminuição de um bem; porém Carnelutti foi quem determinou que o dano era muito mais que a lesão de um bem, para vir a ser a lesão a um *interesse* prejudicado⁴⁸.

Na doutrina espanhola, Elena Vicente Domingo ensina que este conceito conferido por Larenz foi repetido de forma um tanto acrítica, pois define o dano, mas não soluciona os problemas do dano reparável. Em verdade, trata-se de conceito jurídico que coincide com o conceito vulgar de dano⁴⁹.

Segundo Alberto Bueres, para se obter o perfil apropriado do dano, tiveram de ser superadas estas posições fenomênicas que visualizavam o dano como um menoscabo a bens (modificação da realidade material). Ao seu ver, se mostra equivocada a corrente que visualiza o dano na mera supressão ou alteração de um bem (jurídico), pois o Direito não protege

⁴⁴ MARTINS-COSTA, 2002, p. 409.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, loc. cit.

⁴⁶ CALVO COSTA, 2005, p. 63.

⁴⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 193.

⁴⁸ CALVO COSTA, op. cit. p. 64-65.

⁴⁹ DOMINGO, Elena Vicente. El nexu causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y feurza mayor. La concurrencia de culpas. In: LAGO, José Manuel Bustos; CAMPOS, Luis Fernando Reglero. (Orgs.). **Lecciones de responsabilidad civil**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 81-104.

bens em abstrato. De acordo com ele, inspirado nas lições de Carnelutti, caso uma pessoa seja furtada em certa quantidade de dinheiro, não há dano porque a coisa (o dinheiro) se extinguiu ou saiu de circulação, mas sim porque desapareceu do bolso da vítima. Ou quando alguém destrói a casa de outro, o dano não é dado pela transformação do bem, mas sim pela (ini)idoneidade de esse bem satisfazer ou não as necessidades da vítima.⁵⁰ Como se verá mais adiante, o Direito se preocupa com a tutela da idoneidade de bens que satisfaçam necessidades humanas.

Na doutrina francesa, Le Tourneau cita o caso de um imóvel que estava prestes a ser demolido, mas acaba sendo destruído por um caminhão pesado que sai da estrada⁵¹. Como o acidente não causou prejuízo ao proprietário do imóvel, pelo contrário, o poupou do trabalho de realizar a demolição, não há que se falar em *dano*, pois, apesar do efetivo menoscabo do bem, não houve efetiva lesão a interesse jurídico⁵².

De modo similar, convém trazer a passagem de Pontes de Miranda:

O que é atingível não são apenas direitos sobre coisas. Quaisquer direitos e interesses tais, que, feridos, diminuam o patrimônio em que se aglutinam. Se o fato ilícito absoluto, lato sensu, destrói ou deteriora algo que é de alguém, porém tal destruição ou deterioração de modo nenhum causou prejuízo (e. g., a pedra jogada rola pela ribanceira sem ofender qualquer planta, ou só ofendeu planta que ia ser ou devia ser cortada, porque não mais daria frutos), não houve dano que se tenha de ressarcir (cf. H. Degenkolb, *Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes*, *Archiv fürr civilistische Praxis*, 76, 57). Além disso, o prejuízo tem de ser à pessoa ou ao seu patrimônio.

⁵⁰ BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 285-304.

⁵¹ LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. **Droit de la Responsabilité**, *Action Dalloz*. Paris: Dalloz, 1998, p. 194. Tradução livre: "*A la limite, un dommage peut même être source de ... bénéfice pour la <<victime>>: je devais procéder à la démolition d'un vieux bâtiment, quand un poids lourd sort de la route... et m'évite de le faire*". Tradução livre: No limite, um dano pode até ser fonte de benefício para a vítima: eu devia proceder à demolição de um prédio velho, quando um veículo de carga pesada sai da estrada... e me impede de fazê-lo; eu não desejava efetuar meu serviço nacional, pois estava garantido de um emprego que me faria falta dez meses mais tarde, quando um acidente corporal, sem outra consequência, me fornece um motivo de isenção...

⁵² Conforme se verificará em maiores detalhes no item 2.2.3.

Se o bem não tinha qualquer valor para o dono, ou possuidor, e teria para outrem, que todavia não o compraria (se o quisesse comprar o preço oferecido seria o valor para o dono ou possuidor), não se pode cogitar de reparação. Se o bem foi roubado, ou furtado, e ainda ninguém o usucapiu, a lesão é ressarcível, porque o bem reivindicável, ou de posse vindicável, ou restituível, continua valor patrimonial⁵³.

Zavala de González, ao tratar desta corrente⁵⁴, que leva em consideração a natureza do direito ou do bem jurídico lesado, expõe outro problema, relacionado ao critério diferenciado de danos patrimoniais e extrapatrimoniais (morais *lato sensu*): “Se o fato vulnera um bem de significação econômica, o prejuízo será patrimonial; ao contrário, o dano moral consiste na lesão a direito da personalidade”⁵⁵.

Quanto à natureza do bem ou direito como critério diferenciador de danos morais e patrimoniais na literatura brasileira, Luis Renato Ferreira da Silva aponta que, por vezes, o agir lesivo de alguém destrói um objeto material, como, por exemplo, um automóvel. O automóvel é

⁵³ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264.

⁵⁴ A autora cita como seguidores desta corrente: Arturo Acuña Anzorena; Acdeel Salas; Henri e Léon Mazeaud e André Tunc.

⁵⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 3. Tradução livre: *Si el hecho vulnera un bien de significación económica, el perjuicio será patrimonial; en cambio, el daño moral consiste en la lesión de un derecho de la personalidad*. No mesmo sentido: CALVO COSTA, 2005, p. 63. Muito embora se aponte Karl Larenz como integrante desta corrente de dano ressarcível, vale registrar que, em sua obra, o jurista alemão não confunde o critério para aferição de danos materiais ou imateriais: “*Ha de tenerse en cuenta que la infracción de uno de los bienes “ideales” indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable em dinero, p. ej., em forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o perdidas em los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación, la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado*” LARENZ, 1958, p. 194-195.

objeto de um direito do proprietário, o direito de propriedade. Este direito é, ontologicamente, patrimonial (dir-se-ia, é o centro do patrimônio). Quando o agente da lesão indeniza os danos provocados no automóvel por seu valor de mercado, o objeto da indenização é um direito patrimonial, a saber, o direito de propriedade. Mais do que o automóvel, mais do que a possibilidade de calcular-se pecuniariamente o seu valor, o que dá o caráter patrimonial da indenização é o objeto que ela visa resguardar, e este objeto não é o automóvel, mas o direito de propriedade do titular do automóvel. Em outras circunstâncias, o que está sujeito à indenização é um direito que o indivíduo tem e que não se visualiza em um bem patrimonial, muito embora esteja ligado a ele⁵⁶.

Para o autor, caso o automóvel fosse integrante de coleção do proprietário que se dedicava a guardar carros de época, além da propriedade (que estaria atingida mesmo que não se tratasse de um item colecionável), haveria um outro bem da vida que foi atingido: o sentimento que o indivíduo tem em relação ao automóvel, visto que ele representa um elemento da sua identidade⁵⁷.

⁵⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira. Da legitimidade para postular indenização por danos morais. **Revista da Ajuris**, v. 24, p. 186-187, 1997.

⁵⁷ SILVA, 1997, p. 186-187. Vale citar: "O hipotético colecionador gastou parte de seu tempo procurando o referido carro para incorporá-lo à coleção. Ele se compraz de ter uma coleção com tais e quais itens para expor e exhibir no seu círculo social. Ele é referido como o detentor daquele automóvel. Ele é admirado e, às vezes, invejado. Em suma, graças a possuir a referida coleção e a ter nela o item que foi danificado, o proprietário possui mais a perder com o dano causado ao veículo do que o simples valor de mercado do automóvel, ainda que aumentado por ser um objeto raro. No valor de mercado do automóvel quantifica-se o direito de propriedade. Uma vez recomposto este valor, indenizou-se a lesão à propriedade. Neste plus, configurado pelo significado individual daquele bem no contexto do colecionador, reside um bem da vida diverso, a ser indenizado por um acréscimo pecuniário que compense o indivíduo do pesar de tê-lo perdido. Note-se que o primeiro valor, o do dano patrimonial, será igual para qualquer proprietário colecionador de automóvel. O segundo será diferente para cada proprietário, pois envolverá as características individuais de cada um. Aqui se fala de dano moral. O dano provocado atingiu um bem da vida que não se traduz em algo material, mas em um aspecto anímico. Utilizando-se da feliz nomenclatura referida por MIGUEL REALE, trata-se de dano moral subjetivo, aquele "que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente a subverter..."

Assevera, portanto, que a distinção que serve de norte para falar-se em legitimidade parte da distinção do bem jurídico protegido⁵⁸. E conclui que, caso se trate de ofensa a direitos patrimoniais, tem-se dano patrimonial, aferível pelo valor da coisa. Caso a ofensa atinja o sentimento do indivíduo, aquilo que a doutrina francesa engloba nas categorias do *préjudice d'affection* e do *préjudice d'agrément*, dá-se o dano moral subjetivo. Por outro lado, quando se lesa um dos direitos de personalidade, surge o dano moral objetivo⁵⁹. Percebe-se que Luis Renato adota a terminologia de Miguel Reale, que define o dano moral objetivo “como aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem”⁶⁰ e correlaciona o dano moral subjetivo com o “o mal sofrido pela pessoa e sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação”⁶¹. Interessante notar que Luis Renato nega a definição, comumente invocada, sobre dano moral, que parte dos efeitos para defini-lo. Indica que tal percepção peca “por ignorar que há objetos próprios que a indenização moral visa resguardar. Mais do que um simples efeito da lesão, o dano moral é dano que incide sobre objetos próprios, sobre bens da vida autônomos, podendo ter, ou não, faceta patrimonial”⁶². Muito embora acuse dessemelhanças, como se verá nas próximas linhas, as percepções do autor e dos demais estudiosos são muito similares.

⁵⁸ SILVA, 1997, p. 188-189.

⁵⁹ Ibid, p. 189.

⁶⁰ REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

⁶¹ REALE, loc. cit. E prossegue: “Quando alguém é atingido em seu ser pessoal pela perda, por exemplo de ascendente ou descendente, vítima de ato ilícito atribuível ao causador da morte da pessoa amada, temos a figura típica do dano moral subjetivo, conforme terminologia proposta no presente trabalho, e que se enquadra por inteiro no conceito de dano puramente moral tal como vem sendo geralmente caracterizado pela grande maioria dos autores. Quando, ao contrário, o ato lesivo tem como alvo direto a dimensão social ou a imagem de uma pessoa, diminuindo-lhe o valor perante a opinião pública, temos a hipótese de dano moral objetivo, o que não exclui que a diminuição da respeitabilidade individual não possa ser acompanhada, como geralmente o é, de compreensível sofrimento de ordem psíquica. Tal sofrimento, porém, insere-se no dano moral objetivo, sendo como que seu reflexo, podendo mesmo inexistir, quando o ofendido apenas se revolta contra a afronta recebida”.

⁶² SILVA, op. cit., p. 188-189.

Com precisão, Bustamante se põe a analisar as categorias, e propala que a diferença entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais não é determinada pela natureza dos bens atacados, mas sim pela índole patrimonial ou não do interesse afetado. Se o dano que recai sobre um bem jurídico, qualquer que seja, repercute no patrimônio afetando um interesse legítimo, o dano é patrimonial. Se o dano recai sobre um bem jurídico qualquer e repercute na pessoa afetando um interesse não patrimonial, como é a incolumidade do espírito ou os seus sentimentos, o dano é extrapatrimonial (prejuízo moral)⁶³.

Na ótica de Bustamante, quando se distingue entre o dano patrimonial e dano moral, o critério de diferenciação não pode ser imputado ao distinto caráter do direito lesionado, mas sim ao diverso interesse que é pressuposto desse direito⁶⁴.

Percebe-se, portanto, como resume Calvo Costa, que a deterioração de um bem patrimonial não originará necessariamente um dano patrimonial direto. Pode sim causar um menoscabo espiritual, como, por exemplo, o descumprimento de contrato de transporte que frustra as férias dos lesados⁶⁵.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias afirma que o dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar, não podendo se deixar de atentar à divisão entre danos patrimoniais e danos morais, imateriais ou não patrimoniais. Nesse ponto, Aguiar Dias dá conta de alumiar que a divisão entre dano patrimonial e moral só diz respeito aos efeitos, não à origem do dano⁶⁶:

Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua reparação sobre o lesado.

⁶³ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 238-239.

⁶⁴ BUSTAMANTE ALSINA, p. 239. Convém trazer um excerto de sua explicação: *La mayoría de la doctrina no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, cualquiera sea la naturaleza patrimonial o no del derecho lesionado, y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial.*

⁶⁵ CALVO COSTA, 2005, p. 64.

⁶⁶ DIAS, 2012, p. 822.

De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material⁶⁷.

Portanto, é perceptível que lesões a coisas possam causar danos extrapatrimoniais. Não há necessária vinculação entre lesão a bens patrimoniais e danos patrimoniais. É possível se verificar violação de bens extrapatrimoniais, que podem gerar repercussões no âmbito patrimonial. Por exemplo, a lesão à vida ou saúde pode acarretar a incapacidade laboral ou gastos com medicamentos⁶⁸. Na mesma linha, Zannoni esclarece que é incorreto qualificar a natureza do dano em razão da natureza do bem, ou objeto de satisfação, que haja sofrido menoscabo. O dano patrimonial não recebe este qualificativo em razão de o bem diminuído ser objeto de satisfação patrimonial (coisas, direitos subjetivos de valor econômico). Do mesmo modo, o dano moral não se configura necessariamente porque o bem ou objeto de satisfação é extrapatrimonial (vida, integridade corporal, honra, intimidade)⁶⁹.

Zavala de González esclarece que a natureza patrimonial ou moral do direito afetado não é o que caracteriza aquelas categorias, pois não existe correspondência constante entre a natureza do direito violado e o dano resultante. Um mesmo ato lesivo é capaz de gerar ambas as classes de danos, logo, não é certo que a lesão a um bem material seja apta a produzir somente um dano patrimonial. O menoscabo de um bem desta classe pode determinar unicamente um dano moral (indireto), como no caso do objeto que representa uma lembrança familiar sem valor econômico ou de um animal querido, mas pouco apreciado pecuniariamente⁷⁰.

Agostinho Alvim ressalta que existe outra expressão, também muito usada: dano moral com ou sem repercussão no patrimônio⁷¹. Trata-se de um artifício, uma tentativa de superar as críticas sofridas por esta corrente⁷². Segundo Agostinho Alvim, “o chamado dano moral com

⁶⁷ DIAS, 2012, p. 839.

⁶⁸ CALVO COSTA, op. cit., p. 64

⁶⁹ ZANNONI, 2005, p. 52.

⁷⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 6-7.

⁷¹ ALVIM, 1972, p. 221.

⁷² CALVO COSTA, 2005, p. 64.

repercussão no patrimônio vem a ser, pura e simplesmente, o dano patrimonial, em que há uma causa intermediária a mais⁷³.

O que se percebe, portanto, é que a busca pelo conceito jurídico de dano ressarcível não prescinde do rigor técnico dos intérpretes, fato que impulsionou a criação de outras correntes doutrinárias, como se verá a seguir.

2.2.2 Dano como violação de um direito subjetivo

A segunda corrente, adotando um critério mais restrito, define o dano como a lesão a um direito subjetivo do lesado, compreendido este como o conjunto de faculdades que correspondem ao indivíduo e que este pode exercitar para efetivar suas potestades jurídicas que as normas legais lhe reconhecem⁷⁴.

Segundo Calvo Costa, muitos confundem esta postura com a exposta anteriormente, que fazia referência ao dano como lesão a um bem jurídico, dado que todo direito tem por objeto a tutela de um bem, que, ao receber a garantia normativa, adquire a qualidade de bem jurídico. Por isso, ao se violar um direito que consista em tutela de qualquer bem jurídico, ambas as posturas parecem coincidir, quando mediante esse mesmo menoscabo ao bem se lesiona o direito que o contém⁷⁵. Assim, distinguindo as duas acepções, Brebbia aclara que o dano se provoca quando transgredir a garantia outorgada pela norma à pessoa titular do bem, e não quando se menoscaba o bem tutelado⁷⁶.

Direito subjetivo é um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual⁷⁷. Para Francisco Amaral,

direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. Figura típica da relação de direito privado e com ela até confundido, manifesta-se como permissão jurídica, com a qual pode-se fazer ou ter o que não for proibido, como também exigir de outrem o

⁷³ ALVIM, 1972, p. 222.

⁷⁴ Osorio, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, p. 240. CALVO COSTA, 2005, p. 65.

⁷⁵ CALVO COSTA, 2012, p. 193-227.

⁷⁶ BREBBIA, El daño moral, p. 41 y siguientes apud CALVO COSTA, 2005, p. 66.

⁷⁷ GOMES, 2010, p. 84.

cumprimento do respectivo dever sob pena de sanção⁷⁸.

O titular de um direito subjetivo possui poder de atuar que é atribuído pela própria lei. Dali retira-se um interesse seu – particular, próprio do indivíduo – em que a lei conferiu a possibilidade de atuar para sua satisfação⁷⁹.

Para Zannoni, quando a faculdade de atuação na esfera própria da pessoa se transforma em um concreto poder de atuar atribuído pela lei, aquela se transforma, correlativamente, no conteúdo de um direito subjetivo. Aí então se alude a um interesse que leva consigo um poder que se atribui pela lei e que não só permite, ou faculta, um fazer lícito tendente à satisfação desse interesse, mas sim: a pessoa faz seu esse interesse porque a lei lhe conferiu tal possibilidade de atuar exigindo sua satisfação. O interesse é, então, interesse legítimo e, como tal, é conteúdo de direito subjetivo⁸⁰.

Calvo Costa, do mesmo modo que Zannoni⁸¹, reputa importante definir que a existência de um direito subjetivo pressupõe um interesse legítimo, sendo esta condição necessária, ainda que não suficiente para a existência de um direito subjetivo. É que o direito subjetivo requer que a lei confira ao seu titular um poder de atuar de forma exclusiva⁸².

Mas nem mesmo o esclarecimento de que o direito subjetivo pressupõe um interesse legítimo torna esta corrente válida, ou defensável. As críticas, por sinal justas, se voltam para o fato de ser demasiadamente restrita, pois só considera dano a afronta a direitos subjetivos, previstos expressamente em lei.

Anderson Schreiber anota que a limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea. Segundo o autor, diante da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracteriza as sociedades atuais, em todo o mundo restou demonstrada a falência do modelo regulamentar inspirado

⁷⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187.

⁷⁹ CALVO COSTA, 2005, p. 65-66.

⁸⁰ ZANNONI, 2005, p. 58.

⁸¹ *Ibid.*, p. 59.

⁸² CALVO COSTA, *op. cit.*, p. 66.

na pretensão de completude das codificações oitocentistas⁸³. Esse modelo restritivo, ligado aos direitos subjetivos, também foi criticado por Sanseverino, pois concede proteção a partir de modelo clássico individualista e privatístico, mostrando-se insuficiente para atender às novas demandas da sociedade contemporânea, especialmente em questões ligadas à coletividade (meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, histórico).

Rejeita-se, portanto, essa concepção, por pretender selecionar os interesses mercedores de tutela com base em uma prévia especificação legislativa, seja sob a forma de direito subjetivo absoluto, seja por meio de qualquer outra categoria inflexível⁸⁴.

Sobre o tema, Giovanna Visintini lembra que inicialmente a jurisprudência italiana limitou a área do dano injusto à lesão de um direito subjetivo absoluto, mas posteriormente ela iniciou uma extensão para casos de lesões à legítima expectativa e situações de interesse legítimo (por exemplo, legitimação de agir para o ressarcimento pelo dano morte)⁸⁵.

Não é outro o entendimento de Jorge Mosset Iturraspe. O doutrinador argentino ensina que, ao se negar ressarcimento com base nesta tese restritiva, se diz à vítima real – de um dano inegável – que ela não merece reparação porque a lei não se deteve, até aquele momento, a analisar e apreender um interesse similar ao que se invoca. O interesse não está tutelado ou protegido por norma expressa alguma. Não se nega o prejuízo, se desconhece sua tutela legal⁸⁶.

⁸³ SCHREIBER, 2013, p. 124.

⁸⁴ Ibid., p. 125.

⁸⁵ Outros aspectos do direito italiano serão tratados no capítulo seguinte. VISINTINI, Giovanna. **Tratatto breve dela responsabilità civile**. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. Padova: CEDAM, 1996, p. 348. Tradução de: *In un primo tempo la nostra giurisprudenza ha circoscritto l'area del danno ingiusto alla lesione di un diritto soggettivo assoluto, ma successivamente si è avviato un ampliamento alle ipotesi di lesioni di legittime aspettative (ad esempio legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni da uccisione), di situazioni di interesse legittimo (è l'ipotesi che viene catalogata dai giudici con la terminologia 'diritti affievoliti' e 'diritti in espansione'), del possesso (che, como è noto, è legislativamente definito come un potere di fato) anche al di là dei limiti delle azioni possessorie, e ad altre ancora.*

⁸⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Estudios sobre responsabilidad por daños**. Tomo IV. Santa Fé: Rubinzal y Culzoni, 1982, p. 17. Tradução livre: *“tu no mereces reparación porque la ley no se ha detenido; antes de ahora, a analizar y apreender un interés similar al que invocas. El mismo no está tutelado o*

Por consequência, o problema recai, conscientemente ou não, na exigência da catalogação, tipificação, ou enumeração cerrada e completa dos interesses tutelados. É como sustentar que não há outros direitos subjetivos que aqueles tutelados expressamente na lei e concluir que não existem outros danos que impliquem violação ou menoscabo desses direitos subjetivos⁸⁷.

Seguindo a mesma lógica, Calvo Costa reputa incorreta esta postura, pois descarta a existência dos ditos interesses simples⁸⁸ que podem ser relevantes juridicamente. Para o autor, o interesse simples, ainda quando não esteja revestido de juridicidade de forma específica, pode estar de forma genérica e – se for assim – deve ser atendido aos fins ressarcitórios⁸⁹.

Zannoni, por sua vez, alerta que nem em França nem no Código Civil Argentino a norma limita o conceito de dano ao menoscabo de um interesse que constitui pressuposto de direito subjetivo⁹⁰. Aquelas pessoas possuidoras de interesses simples poderiam ser objetivamente protegidas por razões de equidade e solidariedade social, mesmo não sendo titulares de direitos subjetivos. Os interesses simples, por não serem pressupostos de direitos subjetivos, carecem, *a priori*, de proteção legítima para exigir satisfação. Ainda assim, não são repugnantes ao Direito, sendo acolhidos pela jurisprudência por revestir o caráter de *sérios e lícitos*, como fatores de ressarcimento⁹¹.

Clóvis do Couto e Silva⁹² cita a chance como exemplo de interesse tutelado que não se configura como direito subjetivo. Muito embora o autor não utilize a alcunha “interesse simples”, resta clara a convergência de pensamentos. Para o autor, a chance, assim como os interesses coletivos, mesmo não se configurando como direitos subjetivos, mostram-se capazes de serem tutelados.

protegido por norma expresa alguna. No se niega el perjuicio, se desconoce su tutela legal”.

⁸⁷ MOSSET ITURRASPE, 1982, p. 17.

⁸⁸ A ser apresentado no tópico posterior.

⁸⁹ CALVO COSTA, 2005, p. 68.

⁹⁰ ZANNONI, 2005, p. 62.

⁹¹ CALVO COSTA, op. cit., p. 68-69. *Como ejemplo de ellos basta citar el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que ha determinado que “se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen.*

⁹² SILVA, 2015.

Calvo Costa explica que o concubinato historicamente havia sido questionado por sua imoralidade e se dizia que a concubina carecia de um interesse legítimo pela morte de seu companheiro, pois também carecia de vocação alimentar⁹³. Em outro exemplo, Paulo de Tarso Sanseverino lembra as lições de Zannoni, quando este se refere a

[...] situações em que o titular do interesse lesado não chega a ser detentor de um direito subjetivo, exemplificando com a situação de uma criança órfã sustentada por uma pessoa sem vínculo de parentesco, que falece em decorrência de um ato ilícito. A morte do benfeitor ocasiona uma lesão aos interesses da criança, que dele dependia economicamente, embora não fosse juridicamente dependente. Teria a criança legitimidade para buscar uma reparação? Essa questão foi bastante debatida na França na hipótese de morte do concubinato, passando-se a admitir proteção à mulher desde que não se tratasse de concubinato adúltero, devendo ser analisada a questão a seguir entre os elementos para configuração do dano (injustiça do prejuízo). No momento, basta a observação de que o interesse protegido é aquele que não encontre vedação na ordem jurídica⁹⁴.

Outro erro apontado a esta corrente se refere à crença de que a índole do direito subjetivo afetado determina se o dano é patrimonial ou extrapatrimonial. Trata-se da mesma crítica já sofrida pela primeira corrente apresentada⁹⁵.

A lesão a um direito de propriedade sobre um bem, além de provocar um menoscabo de índole patrimonial, também pode causar um prejuízo de ordem moral para o lesionado. É o caso, por exemplo, de o relógio se tratar de uma peça única que vinha sendo transmitida entre os

⁹³ CALVO COSTA, 2005, p. 69.

⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral:** indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144-145.

⁹⁵ Eis a crítica de Calvo Costa: *ello resulta desacertado pues la lesión a un derecho de propiedad sobre un bien x (vgr. robo de un reloj), además de provocar un menoscabo de índole patrimonial puede irrogar un perjuicio de índole moral para el damnificado, verbigracia, si el mismo era un regalo que le había efectuado su padre por tratarse dicho reloj de una pieza única que se venía transmitiendo entre los familiares que le antecedieron de generación en generación.* CALVO COSTA, 2012, p. 193-227;

familiares⁹⁶. Além da indenização a título de danos patrimoniais, referentes ao valor de mercado do relógio, é possível a indenização a título de danos morais, dado o valor histórico e sentimental da peça.

2.2.3 Dano como lesão a um interesse jurídico

Carnelutti foi quem, com meridiana precisão, determinou que o dano era muito mais do que a lesão a um bem⁹⁷, para passar a ser a lesão a um interesse do lesado. Ao se preocupar em demonstrar, com maior exatidão, as noções de bem e interesse, o autor italiano não confunde o dano como a abolição ou diminuição de um bem da vida⁹⁸. Para ele, o dano está relacionado com a idoneidade do bem para satisfazer as necessidades do prejudicado⁹⁹.

Neste ponto, Aguiar Dias chama atenção para a advertência de Carnelutti quando afirma que o direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada¹⁰⁰.

Entende-se, assim, o bem como o objeto, a entidade capaz de satisfazer uma necessidade do sujeito, enquanto o interesse é a possibilidade que tem esse sujeito de satisfazer a necessidade por meio de um bem. Trata-se o interesse de uma situação de proveito¹⁰¹.

⁹⁶ CALVO COSTA, 2005, p. 69.

⁹⁷ Criticando a primeira corrente.

⁹⁸ Carnelutti, Francesco. *Il danno e il reato*. 2. Milão: CEDAM, 1930, p. 9: “2. Danno, in senso giuridico, vuol dire, secondo Paoli, ch’è il più recente studioso di questo argomento (1), <<abolizione o diminuzione, anche parziale, anche temporanea, di un benne della vita...>>. In massim, va bene. Mas se potrebbe dire, secondo me, con maggiore esattezza e con maggiore brevità. Que gioca naturalmente, in prima linea, la nozione de bene e di interesse.

⁹⁹ Carnelutti, Francesco. *Il danno e il reato*. 2. Milão: CEDAM, 1930, p. 14: “[...] in altre parole il danno riguarda sempre la situazione della persona rispetto al bene, non il bene in sè. Appunto il concetto di lesione si attaglia all’interesse, non invece al bene (considerato al di fuori dal suo rapporto con un uomo). Questo è il motivo, per cui la formula può e deve essere semplificata in queste parole brevi: lesioni di interesse. Non credo che il danno possa essere definito più precisamente di così.

¹⁰⁰ DIAS, 2012, p. 820-821.

¹⁰¹ BUERES, 2001, p. 290.

Para esta corrente, composta por diversos estudiosos¹⁰², o dano é a lesão a interesses jurídicos patrimoniais ou extrapatrimoniais, de tal modo que será patrimonial ou moral de acordo com a índole do interesse afetado¹⁰³.

Por interesse jurídico entende-se a possibilidade de que uma ou várias pessoas possam ver satisfeitas suas necessidades mediante um bem ou bens determinados. O que o Direito vai tutelar são as situações particulares de cada uma das pessoas, pois o interesse nada mais é do que a relação entre o sujeito que experimenta essa necessidade e o bem apto para satisfazê-la¹⁰⁴.

O objeto do dano se identifica com o objeto da tutela jurídica que, conseqüentemente, é sempre um interesse humano. E esta tutela por parte do Direito se dá de duas maneiras: fazendo prevalecer um interesse frente a outro que se lhe opõe ou o subordinando frente a outro que prevalece, mas impondo ao mesmo tempo a necessidade de que esse sacrifício seja compensado de algum modo¹⁰⁵.

Por sua vez, Pontes de Miranda lembra que

à base do dever de indenizar está o interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano. (O interesse, de que aqui falamos, é o interesse de direito material, e não o interesse pré-processual, que consiste na necessidade da tutela jurídica, conceitos que alguns juristas lamentavelmente confundem)¹⁰⁶.

Para Calvo Costa, todo aquele interesse que não encontre tutela no Direito, nem explícita, nem genericamente (v. gr., por ser reprovado pelo Direito), e que seja lesionado, não provocará a reação do sistema a fim de lograr a sua reparação¹⁰⁷.

¹⁰² Calvo Costa cita Bueres, Zannoni, Carnelutti, Stiglitz, Vásquez Ferreyra, Agoglia-Boragina, Visintini como adeptos desta concepção.

¹⁰³ CALVO COSTA, 2005, p. 70.

¹⁰⁴ Ibid., p. 72.

¹⁰⁵ Ibid., p. 71. Na mesma linha, Zannoni: “*Se ha dicho que “el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y, consiguientemente, es siempre un interés humano”. En cualquier forma que se presente, la noción de daño va indisolublemente unida a la de damnificado. Es decir, todo daño es daño a y no, en abstracto, puro daño*”.

¹⁰⁶ MIRANDA, 1989, p. 206.

¹⁰⁷ CALVO COSTA, op. cit., p. 71-72.

Também todo aquele dano simplesmente naturalístico – que consista unicamente em um simples menoscabo a bens – não faz jus à reparação. Se o bem sobre o qual recai a lesão física não satisfaz um interesse humano, não existe dano jurídico. É que o Direito não tutela os bens em si mesmos, considerados abstratamente, mas sim na medida em que satisfaçam um interesse humano¹⁰⁸.

Qualquer detrimento a um bem que não pertença a nenhuma pessoa (*res nullius*) e que não afete nenhum interesse, jamais provocará a reação do sistema jurídico, posto que não haveria interesse jurídico lesionado e, por consequência, nenhuma pessoa revestida do caráter de titularidade¹⁰⁹. Por isso é que Pontes de Miranda indica ser importante definir quem sofre o dano, e não qual o dano, pois o dano ao patrimônio não é ao bem corpóreo ou incorpóreo como tal, mas ao patrimônio de alguém. Deixa claro que “o dano ao peixe que não é de ninguém não é ressarcível; nem o é ao pássaro, que poderia ser apanhado pelo transeunte ou quem tenha alçapão. Por isso que a proteção é da pessoa, e não do bem [...]”¹¹⁰.

Para ilustrar, Calvo Costa explica que o Direito não tutela o imóvel em si mesmo, mas sim a possibilidade que o seu proprietário tem de satisfazer através dele suas necessidades. Possibilidade esta que os outros – não proprietários – não teriam, por não serem os donos do imóvel. Quando se afeta a esfera jurídica do sujeito, por exemplo, o gozo da propriedade sobre a qual poderá exercer uma faculdade, existirá dano¹¹¹.

Com a mesma lógica, quanto à verificação de prejuízo sem violação a interesse jurídico protegido, Schreiber traz exemplo de ladrão que, durante a fuga, tem sua parte no fruto de um roubo subtraída por seu comparsa. Neste caso, não duvida de que sofreu um prejuízo, contudo, não terá direito à indenização, pois seu interesse não é tutelado. Isto é, seu prejuízo não configura dano¹¹².

¹⁰⁸ CALVO COSTA, 2005, p. 72.

¹⁰⁹ CALVO COSTA, loc. cit., Com o mesmo entendimento: “*Si, por hipótesis, alguien destruye físicamente un objeto que es res nullius, no está provocando un menoscabo jurídicamente relevante; falta el damnificado, la víctima del daño. Es, en efecto, un damnificado quien sufre el daño y quien, consiguientemente, puede exigir su reparación al responsable. No hay daño sin damnificado*” ZANNONI, 2005, p. 50.

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 404-405.

¹¹¹ CALVO COSTA, op. cit., p. 73.

¹¹² SCHREIBER, 2013, p. 164-165.

Orlando Gomes, por sua vez, em sua *Introdução ao Direito Civil*, traça uma abordagem diferenciada sobre o vocábulo “interesse”. Indica que “na conhecida definição de Ihering, direito é o interesse juridicamente protegido, mas, ainda que esse conceito estivesse imune a críticas cumpriria fazer a ressalva de que nem todo interesse legalmente protegido é direito”¹¹³.

[...] Quando os interesses do indivíduo se consubstanciam nas permitidas manifestações de sua vontade autônoma, apresentam-se como direitos. Se, no entanto, o interesse particular do indivíduo é tutelado pelo preceito estatuído no interesse geral, estará protegido de modo reflexo, mas não se caracteriza como um *direito*, porque o interessado não dispõe da faculdade de compelir quem o contraria a observar a norma, nem da faculdade de liberá-lo do seu dever. Enquanto das disposições que atribuem ao indivíduo uma esfera de poder derivam *direitos subjetivos*, das normas que estabelecem deveres a serem observados no interesse geral, não nasce para o indivíduo direito, na acepção técnica do vocábulo. No entanto, seu *interesse* é protegido, porquanto o Estado pode exigir, de todos, obediência à norma que prescreve tais deveres¹¹⁴.

Gomes reconhece que, via de regra, a existência de interesses juridicamente protegidos que não se configuram como direitos subjetivos decorre de normas de Direito Público,

como, por exemplo, as que regulam o trânsito, mas resulta, também de fatos relativos ao Direito Privado, como nas situações em que o indivíduo não pode exigir que outrem pratique qualquer ato para satisfazer o seu interesse, o qual é protegido, não obstante, pelo ordenamento jurídico ao lhe assegurar a prerrogativa de promover a anulação do ato contrário ao seu interesse¹¹⁵.

À sua maneira, Gomes não confunde direito e interesse, defendendo a diversidade de procedimento quando contrariados.

¹¹³ GOMES, 2010, p. 94.

¹¹⁴ GOMES, loc. cit.

¹¹⁵ GOMES, loc. cit.

Zannoni, ao questionar o que opõe a vítima ao exigir sua reparação, responde que se trata de um interesse patrimonial ou extrapatrimonial que haja sofrido uma lesão ou agravo. Para que se possa dizer que existe um interesse lesionado é imprescindível que a vítima demonstre que o menoscabo afeta, impossibilita, em sua esfera própria, a satisfação ou gozo de bens jurídicos (em sentido *lato*) sobre os quais exercia uma faculdade de atuar. Tal faculdade de atuação na esfera própria da vítima constitui seu interesse; o dano lesionou esse interesse¹¹⁶.

A questão também traz à tona o problema dos já mencionados interesses simples, ou seja, aqueles que são meras expectativas lícitas de continuar obtendo o objeto de satisfação, não sendo pressupostos de direitos subjetivos e carecem de um meio de proteção legítimo para assegurar sua satisfação. Não se trata de interesses repugnantes ao direito. O seu gozo é lícito, ainda que sua pretensão não seja exigível¹¹⁷.

Calvo Costa considera que os interesses simples podem ser protegidos e objeto de reparação se revestirem o caráter de *sérios e lícitos*. É o exemplo, extraído do direito argentino, do noivo que sofre angústia e aflição pelo homicídio de sua noiva ou o sofrimento espiritual que padece o pai pelas lesões irreversíveis de seu filho menor de idade¹¹⁸.

Para isso, segundo Calvo Costa, é necessário reformular toda a concepção do ato ilícito, pois já não se fala mais em tipicidade, mas sim em atipicidade. Deve-se também elaborar novamente o conceito de antijuridicidade, centrando pressuposto não somente na conduta culpável

¹¹⁶ ZANNONI, 2005, p. 50-51.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 60.

¹¹⁸ CALVO COSTA, 2005, p. 75. Cuando hablamos de lesión a intereses legítimos, hacemos referencia a la alteración que sufre una determinada situación jurídica de provecho, que sirve de sustrato y encuentra amparo en un derecho subjetivo; en cambio, manifestamos que se ha lesionado un interés simple cuando se ha afectado una situación fáctica de provecho la que – si bien no cuenta con medios de protección otorgados por la ley que permitan su satisfacción – genera en quien la detenta una expectativa lícita de continuar disfrutando de dicho estado.

Bastará, en consecuencia, a los efectos de analizar el resarcimiento del daño, que se haya lesionado un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el Derecho. Ello así, puesto que – como ya dijimos – los simples intereses (en tanto sean lícitos y serios) también adquieren tutela jurídica – en forma genérica más no específica como en los intereses legítimos – en cuanto importan medios para satisfacer necesidades humana, cuya minoración es antijurídica y apta para generar consecuencias dañosas. Pizarro – Vallespino, Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. 2, p. 658, apud CALVO COSTA, 2005, p. 76.

de quem lesiona e afeta situação jurídica alheia (*contra ius*), mas também na ausência de causas de justificação (*sine iure*)¹¹⁹.

De todo modo, as maiores indagações a respeito da efetiva concepção de dano ressarcível são encontradas no embate entre os defensores do dano como lesão a interesse jurídico e aqueles que reconhecem o dano como as repercussões ou resultados de uma lesão a interesse jurídico tutelado.

2.2.4 Dano definido por suas transcendências, repercussões ou resultados

Esta corrente sustenta que o dano não se identifica *somente* com a lesão a um direito de índole patrimonial ou extrapatrimonial, nem com um interesse que é pressuposto do direito. O dano é a consequência prejudicial ou menoscabo que se desprende da aludida lesão. Entre a lesão e o menoscabo existe uma relação de causa e efeito. O dano ressarcível é este último¹²⁰.

Zavala de González, seguidora desta corrente, esclarece que entre as primeiras posturas existe um parentesco básico: atenta-se à matéria da lesão (bens, direitos ou interesses sobre o que recai). Ao contrário, esta última análise se centra no produto da lesão: seus efeitos, consequências ou repercussões¹²¹.

Para a doutrinadora, determinar a substância do dano ressarcível exige atender às repercussões da lesão, não ao bem jurídico lesionado, e nem sequer de modo exclusivo ao interesse violado com sua preservação. O dano não consiste na lesão em si mesma, mas sim nos seus efeitos¹²².

Em determinada passagem, ao tratar do art. 76 do Código Civil de 1916¹²³, Pontes de Miranda faz questão de diferenciar lesão ao interesse moral e dano moral:

Quando o art. 76 do Código Civil fala em interesse moral não fala de dano moral. O interesse moral pode ser lesado; é outro assunto. A alusão ao art. 76 apenas significa que não só se existe interesse material existe o interesse moral lato sensu. O dano

¹¹⁹ CALVO COSTA, 2005, p. 75. Para maior aprofundamento, ver capítulos a respeito da antijuridicidade.

¹²⁰ Ibid., p. 79.

¹²¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 5.

¹²² Ibid., p. 7.

¹²³ Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

moral resulta de ofensa ao interesse moral. No art. 76 não se fala de dano moral, que é efeito da violação do interesse moral, ou até mesmo de interesse material, como se o ofensor do edifício, com o estrondo da parede caída, causou a doença do habitante¹²⁴.

Judith Martins-Costa, a seu turno, indica que:

do dano injusto decorre a noção de ‘dano ressarcível’, que se identifica com as consequências prejudiciais que descendem da injusta lesão, determinando *in concreto* o conteúdo da obrigação de ressarcir a cargo do responsável. [...] O dano ressarcível apresenta variada tipologia: dano patrimonial e o extrapatrimonial, dano direto e imediato e o dano por ricochete, dano pela perda de uma chance, dano individual e o coletivo [...]¹²⁵.

Orgaz, apontado por Calvo Costa como o inspirador de todos aqueles que seguem esta postura¹²⁶, sustenta que o conceito de dano pode ser verificado em dois sentidos diferentes. O dano em sentido amplo, identificando-se simplesmente com a ofensa ou lesão de um direito ou de um bem jurídico qualquer (e, com essa definição, todo ato ilícito, por definição, deveria produzi-lo); e o dano em sentido em sentido preciso e limitado, significando o menoscabo de valores econômicos (patrimoniais) ou às afeições legítimas. Somente neste último sentido é que se deve entender que não há responsabilidade civil sem dano¹²⁷.

Em sua obra, o autor trouxe como exemplo de dano em sentido amplo (situações em que há ato ilícito, mas não há dano ressarcível) o caso de proprietário de imóvel que avança suas construções no espaço aéreo correspondente ao fundo do vizinho e o dono deste, muito embora não possa provar nenhum prejuízo, e ainda que fique provado que não sofre, pode demandar a demolição das obras na parte que invade seu

¹²⁴ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 170.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II**: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 108.

¹²⁶ CALVO COSTA, 2005, p. 80-81.

¹²⁷ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 17-18.

domínio. Cita, ainda, o caso de pessoa que entra ou passa por terreno alheio, que está cercado ou cultivado, não sujeito à servidão, e o dono do terreno pode exigir a abstenção futura desse fato, reclamando auxílio das autoridades competentes¹²⁸¹²⁹.

Ademais, conforme já demonstrado anteriormente, Orgaz asseverou que o caráter patrimonial ou extrapatrimonial do dano não se encontra subordinado à natureza do direito lesionado. Revela-se equivocada a classificação que caracteriza o dano material como o ataque a direitos patrimoniais e o dano moral o ataque a direitos extrapatrimoniais. Para o autor, a distinção não depende da índole dos direitos que são matéria de ato ilícito, mas sim da repercussão que este ato tem no patrimônio¹³⁰.

¹²⁸ ORGAZ, 1967, p. 3-4. Tradução de: [...] *cuando el propietario de un inmueble avanza con sus construcciones en el espacio aéreo correspondiente al fundo vecion, el dueño de éste, aunque no pueda probar ningún perjuicio y aunque se pruebe que no lo sufre, puede demandar la demolición de las obras en la parte que invaden su dominio (art. 2518, in fine); cuando una persona entra o pasa por un terreno ajeno, que está cercado o cultivado (arts. 2542 y ss., por analogía), no sujeto a servidumbre, el dueño del terreno puede exigir la abstención futura de ese hecho y reclamar a este fin el auxilio de la autoridad; etc.*

¹²⁹ Pontes de Miranda, quando escreve sobre o atingimento do bem ou da pessoa, parece seguir a mesma lógica ao indicar que “o dano é valor a menos, porque toda relação de valor é relação entre um homem e um bem”. Eis sua posição: “Não somente há a danificação material, há, também, o dano dito moral. Por outro lado, o dano pode ser no corpo humano, ou à psique, e não à propriedade do bem corpóreo, ou à posse do bem corpóreo, ou à propriedade, ou à posse, ou à titularidade pessoal do bem incorpóreo. O fato pode ser fato ilícito absoluto sem causar dano. Entrou B na casa de A, sem permissão, mas nenhum prejuízo patrimonial ou não-patrimonial resultou do seu ato imprudente [...]”. MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 261-262.

¹³⁰ ORGAZ, 1967, p. 20-22. Tradução de: *A menudo se caracteriza el daño material diciendo que es el ataque a los derechos patrimoniales, y el daño moral, el ataque a los derechos extrapatrimoniales. Esta caracterización es, a nuestro juicio, errónea: la distinción no depende de la índole de los derechos que son materia del acto ilícito, sino de la repercusión que este acto tiene en el patrimonio. La lesión a un derecho patrimonial puede ocasionar no solamente un daño material, sino, también, uno moral, en cuanto moleste a la persona “en el goce de sus bienes”, como dice el art. 1078; del mismo modo, el ataque a un derecho no patrimonial – v. gr., el honor – puede producir, y a menudo produce, no solamente un perjuicio moral sino, también, uno material, si el desprestigio o*

Por esta corrente, o dano só recebe o caráter jurídico em sentido estrito – dano ressarcível – quando produzir alguma consequência ou repercussão desvaliosa no patrimônio (dano patrimonial) ou nas afeições legítimas de alguma pessoa (dano moral)¹³¹. Nas palavras de Zavala de González:

*La objeción fundamental que suscitan las teorías que hacen coincidir el daño con la materia lesionada – sea que se atienda al derecho violado o al interés menoscabado – es que no atienden al perjuicio en sí mismo, sino a su proveniencia; con ello y de algún modo, el daño resarcible quedaría reducido a la antijuridicidad
Sin embargo, cuando el Derecho se ocupa de reparar, no es relevante el exclusivo mal que entraña la lesión, intrínsecamente considerada, sino las concretas consecuencias – económicas o espirituales – que aquélla infiere a la víctima¹³².*

Não basta, portanto, a lesão a um interesse e a determinação da natureza deste. É necessária a existência de um menoscabo apreciável, a partir de certa ótica de valores. A ressarcibilidade do prejuízo exige que este se integre com o resultado desvalioso que a reparação procura compensar¹³³.

De acordo com Bustamante, o dano consiste no prejuízo ocasionado a um interesse privado que tenha relevância para estar sujeito a ressarcimento quando goza de tutela jurídica¹³⁴. Logo, não há dano se não preexistir o interesse, mas é ante a ocorrência do dano que se indaga a configuração deste. Ainda que o dano ressarcível pressuponha a lesão a um interesse jurídico, representa noção diversa. É possível que ocorram lesões a interesses jurídicos protegidos que não venham a gerar danos ressarcíveis, como acontece, por exemplo, com a tentativa de um delito¹³⁵. O mesmo exemplo é trazido por Baptista, quando indica que pode haver o ato ilícito sem que haja o fato jurídico danoso, como no caso da tentativa

la deshonra del afectado determina la frustración de beneficios económicos esperados (pérdida de un contrato, etc.).

¹³¹ Zavala de González, Resarcimiento de daños, t. 2ª, “Daños a las personas”, (Integridad sicológica), p. 34. CALVO COSTA, 2005, p. 81.

¹³² ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 5.

¹³³ Ibid., p. 8.

¹³⁴ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 238.

¹³⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 10.

de homicídio contra alguém que nem sequer toma conhecimento da ação criminosa. Desde que não tenha ocorrido dano material ou moral, não há que se falar em dano indenizável¹³⁶.

Neste ponto, vale chamar a atenção às críticas doutrinárias contra a permanência do dano como requisito do ato ilícito (art. 186 do Código Civil - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito)¹³⁷. De acordo com Noronha, é evidente que a referência ao dano extrapola a noção de ato ilícito, pois, como se viu, não é sempre que os atos ilícitos causam danos¹³⁸. Aparentemente, em sentido contrário, Orlando Gomes escreve que “[...] o dano torna-se elemento importantíssimo à compreensão da teoria do ato ilícito, a tal ponto que alguns o integram no seu conceito. Sem dano, não há ato ilícito”¹³⁹.

Zavala de González prossegue afirmando não se desconhecer que, em um sentido muito lato, pode haver dano pela agressão a um interesse. De tal modo, a publicidade enganosa ou abusiva, apesar de não ter afetado a nenhum consumidor; ou a violação de domicílio quando o intruso não causou deterioração a bens (não se configurando dano patrimonial, ainda que siga um resultado desvalioso pela violação da intimidade). Tais fatos se ligam à antijuridicidade, em geral, e não precisamente à

¹³⁶ BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

¹³⁷ BRASIL. **Lei n° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em nov. 2016.

¹³⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382. José de Aguiar Dias também teve a oportunidade criticar o Projeto de Revisão do Código Civil no ano de 1985, especialmente o que veio a se tornar o art. 186: “O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano. É o que ensina, entre muitos, José Paulo Cavalcanti, a propósito mesmo da discussão sobre o Projeto, e o que sustenta José de Oliveira Ascensão (“Ilícito Pessoal e Responsabilidade Civil”, Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 3, p. 149: “[...] o ilícito civil não está necessariamente associado à produção de danos. O ilícito surge e tem consequências civis, mesmo que porventura nenhuns danos haja a reparar”. DIAS, 2012, p. 30.

¹³⁹ GOMES, 2010, p. 379.

responsabilidade civil (ressarcitória). São ilícitos civis sem um dano. Ilícitos para cuja existência não concorreu um dano¹⁴⁰.

Fernando Noronha¹⁴¹, muito embora defina – em um primeiro momento – que “o dano é o prejuízo gerado num bem, isto é, numa coisa, ou no corpo ou alma de uma pessoa”¹⁴², dá conta de alumiar que:

Na relação do dano com o bem violado, é conveniente ressaltar que aquele não é propriamente a violação deste, e sim a consequência prejudicial resultante dessa violação. A violação do bem, em si mesma, configura o *fato antijurídico*, assim considerado todo fato que se coloque em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas [...].

Na doutrina francesa, Philippe le Tourneau afirma que uma coisa é a lesão, a ofensa, a exemplo dos corpos, das coisas, dos sentimentos. Outra coisa são as repercussões da lesão, as repercussões sobre o patrimônio, sobre a pessoa da vítima ou sobre os seus haveres¹⁴³.

Parece que Aguiar Dias adota esta posição quando afirma que “devemos reconhecer que, quando se fala em dano, entre nós, o que se quer significar é o resultado da lesão ou injúria sobre o patrimônio moral ou material”¹⁴⁴. Portanto, Aguiar Dias exige que “a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão”¹⁴⁵. O autor reputa mais adequada a posição de Hans Albrecht Fischer, que considera o dano em duas acepções:

a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua

¹⁴⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. p. 11.

¹⁴¹ NORONHA, 2013, p. 580.

¹⁴² NORONHA, loc. cit.

¹⁴³ LE TOURNEAU; CADIET, 1998, p. 196. Tradução livre: *une chose est la lésion, l'atteinte, celle des corps (dommage corporel), des choses (dommage matériel), des sentiments (dommage moral) ; autre chose sont les répercussions de la lésion, de l'atteinte, répercussions sur le patrimoine, répercussions sur la personne de la victime, sur ses avoirs (préjudice patrimonial) et sur son être (préjudice extra-patrimonial).*

¹⁴⁴ DIAS, 2012, p. 819.

¹⁴⁵ Ibid., p. 821.

condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequências da violação destes por fato alheio¹⁴⁶.

Importante registrar que, muito embora similares, tanto nas palavras de Aguiar Dias, quanto nas acepções por ele trazidas, não há que se confundir sua abordagem de dano com aquela da primeira corrente, que toma o dano como o detrimento a bem jurídico. Aguiar Dias preocupa-se em reconhecer o dano no efetivo prejuízo, resultado da lesão (consequência de uma violação), ainda que não volte sua atenção – expressamente – à presença do interesse jurídico.

Silvio Neves Baptista, por sua vez, preocupa-se em estabelecer o dano no âmbito do fato jurídico, seguindo a linha teórica de Pontes de Miranda. Para o autor, o dano seria um fato jurídico *consequente* de outro fato jurídico, dito antecedente. Esclarece que os fatos jurídicos antecedentes, embora ontologicamente distintos do fato jurídico danoso, compõem quase sempre com este uma mesma unidade temporal, e passam aos olhos do intérprete como se integrassem um único fenômeno. Exemplifica o abaloamento de um veículo por imperícia do condutor, que contém na verdade dois fatos jurídicos diferenciados: a ação do agente que abalroa (ato ilícito) e o resultado dano – fato jurídico ilícito *stricto sensu*¹⁴⁷.

Em suas conclusões, Baptista deixa claro que o dano não se confunde com o fato lesivo. Alguns fatos lesivos podem, é verdade, se transfigurar em danos; outros não chegam a alcançar essa categoria. O fato lesivo puro e simples é o que não se transforma em dano, ou porque não há previsão normativa, ou porque o ordenamento jurídico pré-excluiu a eficácia da responsabilidade civil através de uma das circunstâncias excludentes. O dano, por sua vez, é a transfiguração do fato lesivo, por força da previsão da norma, afastadas as circunstâncias excludentes da responsabilidade civil¹⁴⁸.

¹⁴⁶ DIAS, 2012, p. 819.

¹⁴⁷ BAPTISTA, 2003, p. 44.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 139. Na mesma linha, Agostinho Alvim indica como exemplos: o locatário que, não obstante proibição por parte do senhorio, subloca o imóvel, mas findo o contrato, o restitui em perfeito estado de conservação; o procurador, incumbido de levar a registro, para inscrição, uma escritura de hipoteca, mas que, por negligência, deixa de fazê-lo, acontecendo, porém, que, vencida a dívida, o devedor paga pontualmente o que está obrigado. Em tais casos, e noutros

Na doutrina brasileira, Antônio Jeová dos Santos¹⁴⁹, ainda que restringindo seu estudo ao dano moral, critica a teoria que confunde o dano moral com a afetação a direitos da personalidade. Segundo o autor, se a quantificação do dano moral é o *punctum pruriens* de todo o estudo dogmático do dano moral, a aceitação dessa teoria estaria jogando com mais um dado complicador, pois a concepção do dano moral, como lesão a direitos personalíssimos, conduz a soluções inimagináveis no momento da indenização. Se o que vai definir o dano é a própria lesão – o atingimento da personalidade – a indenização deveria ser praticamente idêntica para cada espécie de lesão. Por isso, o que de fato determina o dano moral indenizável é a consequência, isto é, o resultado que do ato dimana. Não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca. Reduzindo o dano ressarcível à lesão mesma, o fato em si é que seria indenizado¹⁵⁰.

Geneviève Viney deixa claro que o prejuízo moral não é inerente à violação formal de um direito subjetivo:

Importa enfim assinalar uma última sorte de prejuízo moral cuja existência, contestada por outros, alguns gostariam de fazer admitir. Trata-se do dano que pretende sofrer uma pessoa do fato de uma ilegalidade que não tem outras consequências além da violação formal de um de seus direitos. Suponhamos, por exemplo, que um objeto furtado seja imediatamente restituído intacto a seu proprietário; que um indivíduo atravesse a propriedade de seu vizinho sem a autorização deste último, mas não cause nenhuma degradação nem algum incômodo; que um tabelião negligencie de inscrever uma hipoteca mas que essa omissão reste sem consequência, o empréstimo sendo reembolsado pelo devedor. É preciso, em tais hipóteses, reconhecer a existência de um prejuízo moral? Certos autores, para admiti-lo, têm invocado a existência de um sentimento de frustração que engendraria a consciência do menosprezo que o autor da infração devota ao direito que ele desconheceu (152). Mas outros

semelhantes, a infração é fora de dúvida; mas, dada a inexistência de prejuízo, nenhuma indenização será devida. ALVIM, 1972, p. 181-182.

¹⁴⁹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 62.

¹⁵⁰ SANTOS, 2015, p. 62.

observam que um tal dano não teria nenhuma autonomia em relação ao ato ilícito (faute) propriamente dito e que sua pretendida reparação se analisaria em realidade em uma pena privada (153). Nós nos filiamos, de nossa parte, totalmente a esta segunda análise, sem no entanto nos dissimular que se a jurisprudência civil a consagra (154), a Câmara Criminal não lhe é sempre fiel porque lhe ocorre fundar sobre a constatação de uma infração permanecida sem consequência real para a parte civil uma condenação simbólica de danos interesses¹⁵¹.

Não basta, portanto, a ocorrência de ato ilícito (a violação formal de um direito). É imprescindível que se verifique a existência de um prejuízo. Se não for assim, não há que se falar em responsabilidade civil.

¹⁵¹VINEY, Geneviève. Les obligations: la responsabilité: conditions. In: GHESTIN, Jacques (Dir.). **Traité de droit civil**. Paris: LGDJ, 1982. (Vol. 4), p. 332. Tradução livre: *Il importe enfin de signaler une dernière sorte de préjudice moral dont certains voudraient faire admettre l'existence, contestée par d'autres. Il s'agit du dommage que prétend subir une personne du fait d'une illégalité qui n'a pas d'autres conséquences que la violation formelle de l'un de ses droits. Supposons, par exemple, qu'un objet dérobé soit immédiatement restitué intact à son propriétaire, qu'un individu traverse la propriété de son voisin sans l'autorisation de ce dernier mais ne cause aucune dégradation ni aucune gêne, qu'un notaire néglige d'inscrire une hypothèque mais que cette omission reste sans conséquence, le prêt d'inscrire une hypothèque mais que cette omission reste sans conséquence, le prêt étant remboursé par l'emprunteur. Faut-il, dans de telles hypothèses, reconnaître l'existence d'un préjudice moral ? Certains auteurs, pour l'admettre, ont invoqué l'existence d'un sentiment de frustration qu'engendrerait la conscience du mépris dans lequel l'auteur de l'infraction tient le droit qu'il a méconnu (152). Mais d'autres observent qu'un tel dommage n'aurait aucune autonomie par rapport à la faute elle-même et que sa prétendue << réparation >> s'analyserait en réalité en une << peine privée >> (153). Nous nous rallions, pour notre part, totalement à cette seconde analyse, sans nous dissimuler pourtant que si la jurisprudence civile la consacre (154), la Chambre criminelle ne lui est pas toujours fidèle car il lui arrive de fonder sur la constatation d'une infraction restée sans conséquence réelle pour la partie civile une condamnation au franc symbolique de dommages-intérêts (155).*

Zannoni e Bueres formularam algumas objeções a esta corrente. O primeiro crítica a teoria que define o dano por suas consequências em razão da sua aplicação ao dano moral, pois os bens extrapatrimoniais (atributos da personalidade) constituem fins em si mesmos, confundindo-se com a própria personalidade, de modo que seria impossível quantificá-los em “mais ou menos”. Ou seja, uma vez atingido o bem da personalidade estará consumado o ato¹⁵². É a mesma opinião de André Gustavo de Andrade¹⁵³.

Tais apontamentos foram respondidos corretamente pela doutrina ao apontar que a tese de Zannoni parte do erro de identificar funcionalmente a antijuridicidade com o dano, o que chegaria ao extremo de resultar suficiente à responsabilização a demonstração do agir contra o direito, sem a necessidade de demonstrar o dano¹⁵⁴. Zavala de González esclarece que, muito embora os bens extrapatrimoniais não possam ser quantificados em “mais ou menos”, as vítimas podem sofrer “mais” ou “menos” em razão das lesões e também o juiz tem que valorar em “mais” ou “menos” as indenizações. Do contrário, o dano moral seria convertido em algo abstrato e indeterminável para fins ressarcitórios¹⁵⁵.

Já Bueres dirige sua crítica especialmente ao fato de que a problemática do dano deve residir no interesse lesionado e não nas consequências danosas que a lesão provocou. Alerta que a corrente que defende o dano como lesão a um interesse não confunde em absoluto o dano em sentido amplo com o dano ressarcível. Para o autor, o dano é um conceito unitário. No entanto, Bueres não esquece que o interesse protegido deve ter correspondência com a consequência produzida, já que o interesse não é abstrato ou carente de conteúdo e que todo dano produz uma consequência¹⁵⁶.

Zavala de González responde às críticas de Bueres ao afirmar que a afetação anímica ou a minoração econômica não são consequências do dano, mas sim o dano em si mesmo, que consiste e se esgota nelas. E se as consequências ficam fora do conceito de dano haveria que se alterar a

¹⁵² ZANNONI, 2005, p. 154-155.

¹⁵³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva.** Os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. *Lumen Juris*: 2009, p. 40-42.

¹⁵⁴ CALVO COSTA, 2005, p. 83-84.

¹⁵⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 14-15.

¹⁵⁶ BUERES, 2001, p. 289-296.

linguagem: o fator determinante do ressarcimento não seria o dano, mas sim residiria em algo posterior e alheio: as consequências do dano¹⁵⁷.

Para a doutrinadora, a objeção fundamental que suscita a teoria que faz coincidir o dano com a matéria lesionada – seja referente ao direito violado seja ao interesse afetado – é que não atenta ao prejuízo em si mesmo, mas sim – como já dito – à sua proveniência. Com isso, e de algum modo, o dano ressarcível se quedaria reduzido à antijuridicidade¹⁵⁸.

Sin embargo, cuando el Derecho se ocupa de reparar, no es relevante el exclusivo mal que entraña la lesión, intrínsecamente considerada, sino las concretas consecuencias – económicas o espirituales – que aquélla infiere a la víctima.

Si resarcir es compensar por el perjuicio o bien satisfacer de algún modo a quien lo ha sufrido, es preciso que consista en un núcleo que pueda ser compensado o neutralizado, y cuya existencia permita (y exija) brindar una satisfacción al sujeto pasivo. Esa posibilidad lógica y práctica, no concurre si nos detenemos en la lesión, prescindiendo de sus proyecciones.

*Si lo que decidiera la existencia y extensión del daño fuese el bien o interés violado, la indemnización debería ser más o menos uniforme para cada especie de lesión; por ejemplo, porque la vida o integridad física de un hombre o los intereses ligados a ella valen tanto como la de otro cualquiera. Sólo apreciando las repercusiones verificables en cada caso y conforme con las circunstancias particulares del hecho y de la víctima, es factible conceder una adecuada e individualizada reparación.*¹⁵⁹

Nessa linha de pensamento, o critério objetivo e abstrato do dano conduziria a uma derivação não desejada pelos seus defensores: a tarifação das indenizações e o afastamento da realidade a que a responsabilidade civil quer servir, que é compensar o dano¹⁶⁰.

¹⁵⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, **El concepto de daño moral**, JA, 1985-I-728, In: CALVO COSTA, 2005, p. 81.

¹⁵⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 5.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 5/6.

¹⁶⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 6.

De acordo com Calvo Costa, não existem discrepâncias entre as últimas correntes. Elas são, em verdade, homogêneas e complementares. Para o autor, que segue a trilha de seu orientador (*Bueres*), a plataforma de partida deve ser o interesse, posto que, quando o intérprete ou o legislador selecionam os danos ressarcíveis, apreciam os interesses dos sujeitos. E, em um segundo momento, quando da fixação do ressarcimento se devem apreciar as consequências e definir o *quantum* a ser indenizado, já que com a só menção de que houve lesão a um interesse protegido não basta¹⁶¹. Em suas palavras:

Por ello creemos que el correcto significado del daño debe aprehenderse partiendo de que la afectación del interés tutelado constituye su esencia y que las consecuencias no constituyen más que su contenido; y si bien las consecuencias poseen la misma naturaleza del interés afectado, sólo son el contenido del daño y las que determinan el *quantum* a resarcir.¹⁶²

Calvo Costa afirma, portanto, que as consequências – que também podem ser entendidas como prejuízo ou menoscabo – são necessárias para a existência do dano. Neste ponto, merece destaque a posição do autor. Há o expreso reconhecimento de que não basta a violação do interesse jurídico. É necessário o menoscabo para a verificação do dano ressarcível. Por isso, enxerga-se a lesão a interesse jurídico e menoscabo em duas figuras autônomas. Trata-se de dar dois enfoques diferentes para analisar o problema. O menoscabo (prejuízo) é autônomo em relação à lesão ao interesse jurídico.

Como exemplo, cite-se a entrada abusiva no fundo do imóvel alheio sem causar prejuízos ao cultivo ou produção. Lesionou-se o interesse do proprietário do imóvel de não sofrer imissões ou invasões, pois reservado ao seu uso exclusivo, mas não há que se falar em menoscabo¹⁶³.

Na literatura brasileira, Anderson Schreiber, ao se propor a investigar a seleção dos interesses merecedores de tutela, se debruça sobre o critério da dor, comumente utilizado pela doutrina e jurisprudência. Indica que “é justamente da confusão com a dor, que deriva, em larga medida, o engano de se tomar o dano moral não como a lesão a um

¹⁶¹ CALVO COSTA, 2005, p. 94.

¹⁶² CALVO COSTA, loc. cit.

¹⁶³ Ibid., p. 74.

interesse extrapatrimonial, mas como a consequência extrapatrimonial da lesão a um interesse qualquer”¹⁶⁴. Para ele, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral”¹⁶⁵.

Vale trazer, ainda, sua posição a respeito do masoquista, do insensível e daquele que padece de hipoalgesia. Para Schreiber, estes também fazem jus à reparação do dano moral.

O masoquista, o insensível e o que padece de hipoalgesia também fazem jus à reparação do dano moral. Embora pitoresca, a constatação revela que reconhecer validade ao critério da dor implica em desnecessárias discussões acerca, por exemplo, da reparabilidade do dano moral decorrente de lesão extrapatrimonial (física, à honra etc.) causada a paciente em coma. A toda evidência, a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial¹⁶⁶.

No que tange à identificação do dano moral, Schreiber é outro que tece críticas ao legislador do Código Civil de 2002, pois, ao editar o art. 186¹⁶⁷, perdeu a oportunidade de afastar a tradicional equivalência entre o sentido jurídico de dano e seu significado material, a qual, embora inofensiva e pouco problemática no que diz respeito ao dano patrimonial, mostra-se nefasta no que concerne ao dano moral ou extrapatrimonial¹⁶⁸.

Por não ser possível a aplicação do método matemático consagrado pela teoria da diferença, o dano moral acaba por ter seu sentido natural (*rectius*: não jurídico) associado a qualquer prejuízo economicamente incalculável, daí a sua identificação tão comum com a dor, o sofrimento

¹⁶⁴ Neste ponto, o autor discorda da opinião de Aguiar Dias que, como visto, valoriza o caráter da *repercussão* (efeito da lesão) sobre a vítima. SCHREIBER, 2013, p. 133.

¹⁶⁵ SCHREIBER, 2013, p. 134.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 133.

¹⁶⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁶⁸ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 107.

e a frustração, o que pode atrelar-se excessivamente ao subjetivismo de cada um¹⁶⁹. Em razão disso é que Schreiber rejeita a identificação do dano em sentido jurídico com o dano em sentido material (prejuízo econômico ou emocional) e compactua com o conceito de dano moral como lesão a interesse juridicamente tutelado. Alega que a vantagem desta definição está em concentrar-se sobre o objeto atingido – o interesse lesado – e não sobre as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre determinado sujeito¹⁷⁰.

Essa visão, ao que tudo indica, leva ao extremo a concepção de dano moral como lesão a interesse extrapatrimonial, pois deixa de analisar, em absoluto, as consequências sofridas efetivamente pela vítima, o que é negado pela própria doutrina que se debruça sobre o tema¹⁷¹.

Se fosse assim, poder-se-ia chegar a conclusões de difícil aceitação: tome-se o exemplo¹⁷² de pessoa em coma que vem a sofrer um corte profundo em sua perna por descuido da equipe de enfermagem. Se durante o período em que a vítima não acordar, a cicatrização é bem-sucedida (não há sinal de corte ou resquícios do acidente), há que se falar em dano moral pela lesão à integridade física do paciente? O simples fato de se realizar corte na perna, neste caso, gera dano moral? Veja-se que não se está a tratar de outras espécies de lesão a interesses jurídicos: é evidente que lesões à honra geram danos morais inclusive a pacientes em coma ou masoquistas. Mais precisa, portanto, é a opinião de Calvo Costa que, mesmo se posicionando pela terceira corrente, condiciona a análise à apreciação das consequências, já que não basta a mera menção de que se lesionou um interesse¹⁷³.

Ainda assim, convém trazer a ressalva feita pelo próprio Schreiber ao definir que não basta a alegação em tese de lesão:

Muito ao contrário, a definição de dano aqui defendida, como lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, sempre se afastou de sua configuração como violação em abstrato, centrando-se sobre a sua concreta

¹⁶⁹ SCHREIBER, loc. cit.

¹⁷⁰ Ibid., p. 108.

¹⁷¹ Como visto, Calvo Costa dá também importância ao aspecto subsequente à lesão ao interesse (às consequências do evento): a afetação do interesse tutelado constitui a essência do dano e as consequências o seu conteúdo.

¹⁷² O exemplo foi pensado pelo orientador deste trabalho, Rafael Peteffi da Silva, em aula sobre o estudo do dano ressarcível, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, nos anos de 2014 e 2015.

¹⁷³ CALVO COSTA, 2012, p. 193-227.

afetação. Assim como para haver dano patrimonial não basta à vítima demonstrar que o réu agiu de forma antijurídica, trazendo risco à propriedade alheia, cumprindo-lhe provar que o seu patrimônio foi concretamente afetado, para haver dano extrapatrimonial não é suficiente que a vítima prove ter o réu se conduzido de forma a causar risco à sua privacidade, imagem, integridade física etc. Exige-se a prova da concreta afetação (*rectius*: lesão) da sua privacidade, da sua imagem, da sua integridade física ou de qualquer outro aspecto da sua personalidade¹⁷⁴.

De todo modo, Zavala de González propõe um diálogo com as outras teorias em duas de suas obras. Em uma delas, afirma que se recluso em discussão de âmbito acadêmico a distinção sobre se o dano reside na lesão a um interesse ou no próprio menoscabo que se produz. Se a corrente que conceitua o dano como lesão a interesse se vale da análise dos efeitos nocivos para a efetiva quantificação dos danos, e não somente da pura lesão a interesses, pode-se dizer que há uma afortunada coincidência indenizatória entre posturas dessemelhantes¹⁷⁵.

Em nota de rodapé, Zavala de González indica que Calvo Costa está a salvo de censura quando afirma que não são discrepantes, mas sim complementares as posturas que definem o dano como lesão a um interesse ou pelas consequências da lesão¹⁷⁶. Em suas palavras:

En conclusión, cualquiera que sea la noción genérica sobre daño, en materia resarcitoria hay que valorar las proyecciones desfavorables de la lesión para la víctima. Este enfoque conduce a

¹⁷⁴ SCHREIBER, 2013, p. 206. E continua: “Em alguns danos, tal prova é relativamente simples, porque vem dotada de materialidade: por exemplo, os danos morais por lesão à integridade física (v.g., ferimento ou perda de membro) ou por lesão à integridade psíquica medicamente constatável (v.g., o desenvolvimento de certa patologia psicótica). Em outros casos, a prova é considerada bem mais difícil, justamente por faltar-lhe materialidade visível. É o que ocorre, normalmente, no dano à honra, no dano à privacidade e assim por diante. Quem, neste sentido, alega dano à honra por força de uma notícia de jornal tendenciosa pode enfrentar certa dificuldade em demonstrar que a sua reputação foi efetivamente abalada pela conduta lesiva.

¹⁷⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde María. **Resarcimiento del daño moral**. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 8.

¹⁷⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 9.

soluciones indemnizatorias más ajustadas, al margen de que determinadas lesiones producen de ordinario determinados efectos nocivos (que por eso muchas veces se presumen) y de que tales efectos se acercan cuando aquéllas coinciden en la situación de las víctimas, o sea, salvo contextos que redimensionen o amengüen la entidad de sus perjuicios.

La consideración ensamblada de las lesiones y de sus consecuencias es, por lo tanto, el mejor camino hacia la justa reparación de los daños morales, y permite una sistematización indemnizatoria más idónea¹⁷⁷.

Essa postura mais conciliatória¹⁷⁸, constante do livro “*Resarcimiento Del Daño Moral*”, publicado em 2009, foi reforçada na obra “*Disminuciones psicofísicas*”, publicada no mesmo ano. No entanto, nesta última, Zavala de González traz algumas anotações mais precisas. Em resposta a Bueres, quando este afirma que não existem razões para se compreender o dano a partir de critério bifrontal, admite que a noção genérica de dano se vincula à lesão a um interesse, mas afasta a introdução de outra noção mais específica em relação ao dano ressarcível. Esta razão existe e possui índole funcional, operativa, realista e pragmática. Toda construção técnica deve ser instrumental. Por isso, nada impede, pelo contrário, é justificável que, aceitando-se aquele conceito amplo sobre o dano, venha-se a ajustar o conceito preciso do dano ressarcível quando se ingressa na órbita científica particular da responsabilidade ressarcitória¹⁷⁹.

Por fim, nesta obra, Zavala de González¹⁸⁰ alerta que a dita complementariedade das posturas não guarda compatibilidade doutrinal de modo genérico. Após citar Zannoni, que nem sempre exige a produção de resultados nocivos, pois entende que em alguns casos basta o menoscabo ao interesse, prescindindo por completo das consequências, conclui:

¹⁷⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 9/10.

¹⁷⁸ Tal diálogo conciliar, em verdade, já havia sido iniciado pelo próprio Bueres no ano de 2001. BUERES, 2001, p. 306-307.

¹⁷⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Disminuciones psicofísicas**. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 8.

¹⁸⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, loc. cit.

Con prescindencia de tales errores resarcitorios, nuestro enfoque se mantiene a pesar de que, en cambio, se arrije a aquella otra afortunada coincidencia práctica, según la cual la cuantificación se decide por los efectos nocivos y no por la pura afrenta al interés. Pues ello mismo evidencia que la disquisición a este último respecto, que identifica la lesión con daño resarcible, por más atinada que fuese *in genere*, habría quedado recluida a un ámbito puramente especulativo o académico, sin provecho a la hora de esclarecer las puntuales derivaciones indemnizatorias de los perjuicios a reparar¹⁸¹.

Percebe-se, portanto, que a concepção de dano ressarcível, muito embora guarde grandes discussões, lastreadas em sofisticadas doutrinas, consegue chegar a determinado denominador comum. Parece mais correta a postura encabeçada por Zavala de González, pois identifica o dano nas consequências prejudiciais, naquilo que realmente importa para a reparação do menoscabo sofrido pela vítima. Dano é a consequência prejudicial oriunda de um fato antecedente: a lesão a um interesse jurídico tutelado. Todavia, não se pode negar que a teoria que consagra o dano na lesão a interesse jurídico – se compreendida a necessidade de investigação das consequências do dano para a aferição do *quantum* indenizatório – produz a mesma *consequência prática* da teoria aqui defendida.

No Brasil, Antonio Junqueira de Azevedo revela que, na língua portuguesa, à semelhança de outras línguas latinas, os vocábulos *lesão*, *dano* e, até mesmo, *prejuízo* vêm muitas vezes com dois significados; ora são usados para identificar o ato que viola o bem juridicamente protegido, ora para configurar o prejuízo resultante dessa violação. O mesmo ocorre na França com as palavras *dommage* (originada de *damnum*) e *préjudice*¹⁸².

¹⁸¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 18/19.

¹⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de

Para o autor, o ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento). O dano-evento pode atingir a pessoa (ou sua figura social), o patrimônio ou até mesmo terceiro. Já o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral)¹⁸³.

Eis o seu raciocínio:

Assim: o dano-evento pode ser na pessoa e o dano-prejuízo, ser patrimonial, se, por exemplo, por causa de lesão à integridade física, se passarem muitos dias não trabalhados; ou o dano-evento ser no patrimônio e o dano-prejuízo ser não patrimonial, se, *verbi gratia*, se trata de destruição de objeto com alto valor de afeição; ou, ainda, o dano-evento ser em terceiro (vítima) e o dano-prejuízo ser do pai ou do filho da vítima. Percebe-se que, na linguagem normal, pode-se dizer que constituem “lesão”, ou “dano”, tanto os primeiros fatos dos exemplos dados – lesão ou dano ao bem protegido quanto os segundos – lesão ou dano como prejuízo patrimonial ou não patrimonial¹⁸⁴.

Percebe-se, portanto, que a classificação entre dano-evento e dano-prejuízo tem o objetivo claro de identificar situações distintas e cronologicamente diferentes. Mostra-se relevante diante das inúmeras confusões a respeito dos termos lesão, dano e prejuízo. Citem-se, por exemplo, os consagrados “danos estéticos”¹⁸⁵. Em verdade, são lesões à estética, e não danos propriamente ditos. De todo modo, o dano-evento pode ser encarado como a lesão ao interesse jurídico e o dano-prejuízo se configura na consequência prejudicial oriunda daquele.

O que deve ficar claro, no entanto, é que nenhum dos momentos (dano-evento e dano-prejuízo) deve ser descartado, pois ambos são essenciais para uma completa compreensão do conceito de dano ressarcível¹⁸⁶. Um deles, isoladamente, não é capaz de ativar o

indenização na responsabilidade civil. In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

¹⁸³ AZEVEDO, 2004, p. 33.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁸⁵ A serem estudados nos próximos capítulos.

¹⁸⁶ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Dano-evento e dano-prejuízo. A aplicação da distinção para o dano não patrimonial**, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, USP, 2009, p. 14.

mecanismo da responsabilidade civil. O simples prejuízo, sem lesão a direito, faz parte apenas dos fatos naturais sem consequências jurídicas. O lesado, para exigir o ressarcimento, precisa demonstrar que existe um interesse violado, isto é, que a lesão afeta, em sua esfera própria, a satisfação de bens jurídicos sobre os quais exerça faculdade de agir. O mesmo ocorre com o prejuízo, que por si só não indica a necessidade de reparação; é apenas um pressuposto¹⁸⁷.

2.3 DEFINIÇÕES INICIAIS PARA O RECONHECIMENTO DE UM DANO INDENIZÁVEL

Após a exposição de teorias a respeito do conceito de dano, mostra-se imprescindível apresentar, ainda que brevemente, os elementos necessários para a delimitação da noção de dano indenizável. Segue-se aqui a esquematização¹⁸⁸ da obra de Paulo de Tarso Sanseverino, muito embora se advirta que existe divergência doutrinária a respeito da concorrência dos elementos do dano. Dito autor apresenta, ora como elementos, ora como requisitos do dano: a certeza; a imediatidade; e a injustiça do dano¹⁸⁹.

2.3.1 Certeza do dano

José de Aguiar Dias lembra que o prejuízo deve ser certo. Trata-se de regra essencial da reparação. O dano hipotético, por sua vez, não justifica a reparação¹⁹⁰. Para Sanseverino, a certeza diz respeito à existência do dano. Exige-se que as ofensas aos interesses do lesado sejam efetivas, sem deixar qualquer margem de dúvida. Constitui – a certeza – o único requisito em torno do qual não há maior controvérsia entre os doutrinadores. Discutem-se apenas os seus contornos¹⁹¹.

¹⁸⁷ FLUMIGNAN, 2009, p. 14-15.

¹⁸⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 164.

¹⁸⁹ Na doutrina estrangeira, Bustamante Alsina, Pizarro, Vallespinos, Alterini, entre outros, também incorporam como requisito do dano a violação a um interesse lícito, o que, ao ver de Calvo Costa, não parece correto, pois dita afetação de interesse jurídico constitui a própria definição do dano ressarcível. CALVO COSTA, 2012, p. 193-227.

¹⁹⁰ DIAS, 2012, p. 825.

¹⁹¹ SANSEVERINO, op. cit., p. 164.

Fernando Noronha¹⁹², ao tratar da classificação referente a danos certos e eventuais, expõe:

São danos certos os prejuízos, econômicos ou não, que são objeto de prova suficiente, tanto da sua verificação como da sua decorrência de um determinado fato antijurídico. E devem ser considerados verificados os prejuízos cuja ocorrência tenha sido demonstrada, se danos presentes, ou cuja ocorrência seja verossímil, se danos futuros. Em contraposição a eles, serão *danos eventuais*, ou *incertos*, os prejuízos de verificação duvidosa, meramente hipotética.

O autor esclarece que esta classificação, em verdade, não diz respeito a dois tipos de danos diferentes. Sua formulação tem apenas por objetivo enfatizar que os danos reparáveis são somente aqueles efetivamente comprovados. Segundo Noronha, os danos hipotéticos nunca são suscetíveis de reparação; só os danos certos podem ser considerados verdadeiros danos¹⁹³.

A respeito do tema, Agostinho Alvim cita exemplo de alguém que vai concorrer em um certame, onde apresentará um animal havido como raridade, de modo a candidatar-se a um grande prêmio. Ocorre que a pessoa incumbida da sua guarda deixa-o perecer, num acidente que poderia ter sido evitado. Segundo Agostinho Alvim, se o dono do animal, ao demandar o prejuízo, incluir o prêmio, é certo que sua pretensão terá que ser repelida, pois tal lucro era hipotético. Entretanto, é certo que o animal, antes do certame, e tendo a probabilidade de levar o prêmio, tinha o seu valor acrescido, podendo, por isso, ser negociado a preço maior¹⁹⁴.

O exemplo remete à questão da perda de uma chance, “que sempre foi tratada dogmáticamente como um problema de certeza”¹⁹⁵.

Peteffi da Silva, ao se debruçar sobre a teoria da perda da chance, reconhece que o sistema francês – que “entre os sistemas da família romano-germânica, é o ordenamento que apresenta as condições de aplicação mais sistematizadas e estabilizadas”¹⁹⁶ – exige que o dano seja certo para ser indenizado. Segundo o doutrinador, a chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se

¹⁹² NORONHA, 2013, p. 605.

¹⁹³ Ibid., p. 606.

¹⁹⁴ ALVIM, 1972, p. 194.

¹⁹⁵ SILVA, 2013, p. 12.

¹⁹⁶ Ibid., p. 17.

pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza¹⁹⁷.

Adquire especial importância, na aferição entre os danos certos e os hipotéticos, a distinção entre danos presentes e futuros. Nas palavras de Noronha:

Os danos são classificados de presentes (ou atuais) e futuros considerando o momento em que é proferida a decisão que obriga a repará-los, e não aquele em que se produziu o fato danoso. São *danos presentes*, ou *atuais* (ou como às vezes também se diz, mas menos adequadamente, *pretéritos*), os danos efetivamente ocorridos, isto é, os já verificados no momento em que são apreciados; são *futuros* os danos que só ocorrerão depois desse momento, embora ainda como consequência adequada do fato lesivo. E são danos futuros não só aqueles que constituem prolongamento no tempo de um dano que já existe agora, como aqueles que só se manifestarão mais adiante, embora em decorrência do fato antijurídico lesivo que está sendo considerado¹⁹⁸.

Se a certeza está atrelada à questão da prova do dano, conclui-se que a prova é bem mais fácil quanto aos danos presentes. Já quanto aos danos futuros, a prova depende da demonstração e que seja verossímil que eles venham a acontecer¹⁹⁹.

Pontes de Miranda define o dano atual como aquele que já ocorreu e que corresponde a todas as consequências do ato ilícito que causa danos ressarcíveis. O dano futuro, por sua vez, é aquele que tem extensão no porvir, e não agora. Suas consequências ainda não se produziram²⁰⁰.

¹⁹⁷ SILVA, 2013, p. 13-14.

¹⁹⁸ NORONHA, 2013, p. 603.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 606. A respeito da diferença entre danos futuros e danos presentes, mormente quando relacionado com a análise da teoria da perda da chance, ver SILVA, *op. cit.*, p. 110-113.

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 408.

Ainda sobre a certeza do dano, Zannoni aborda a sua relação com a natureza e a entidade do interesse lesionado. Ao tratar da antiga máxima *de minimis non curat praetor* (do mínimo – insignificante – não se ocupa o pretor), o doutrinador aborda a problemática a respeito da necessidade de o dano possuir certa importância²⁰¹.

Para o doutrinador, se o dano se refere à lesão a interesses nos quais a vítima é titular de direito subjetivo, o menoscabo sempre será indenizável, seja qual for a quantia. No entanto, se se tratar de interesses simples – não constitutivos de direitos subjetivos – o reclamo ressarcitório só será justificado se o prejuízo exceder razoavelmente a carga de suportar a perda da possibilidade de atuar no âmbito lícito do interesse lesionado²⁰².

A respeito do tema, a própria teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Conforme explica Peteffi da Silva, “para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”²⁰³. Para o doutrinador, inspirado em Philippe Le Tourneau, a análise de casos concretos será o cerne para a verificação da seriedade das chances, por se tratar de questão de grau e não de natureza²⁰⁴.

2.3.2 Imediatidade

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino apresenta o requisito da imediatidade como aquele elemento do dano que tem íntima conexão com o nexa causal, “pois os prejuízos indenizáveis ou ressarcíveis são aqueles que decorrem direta e imediatamente do seu fato gerador”²⁰⁵.

Não se tem a intenção de no presente tópico tratar sobre o nexa de causalidade, requisito da responsabilidade civil. No entanto, parece cabível a apresentação de determinadas questões pontuais a respeito do elemento imediatidade:

Estabelecida a indenizabilidade dos prejuízos que forem consequência direta e imediata do evento danoso, passa-se a discutir a extensão da obrigação de indenizar no que concerne a outros prejuízos

²⁰¹ ZANNONI, 2005, p. 83-86.

²⁰² ZANNONI, loc. cit.

²⁰³ SILVA, 2013, p. 138.

²⁰⁴ Ibid., p. 139.

²⁰⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 174.

mediatos ou indiretos. Busca-se estabelecer, assim, com o auxílio do requisito da imediatidade, um limite para os prejuízos indenizáveis, pois, com uma aplicação irrestrita do princípio da reparação integral, poderiam alcançar uma extensão absurda²⁰⁶.

O requisito da imediatidade mostra-se bastante ligado ao estudo do nexa causal e de suas teorias – do dano direto e imediato ou da causalidade adequada – que tem por objetivo limitar a extensão da obrigação de reparação do dano.

Sanseverino relaciona o requisito da imediatidade à função indenitória do princípio da reparação integral, “pois evita a imposição do agente da obrigação de reparar danos que não tenham sido consequência direta e imediata do evento danoso”²⁰⁷.

O estudo da imediatidade também é relevante quando da análise dos danos indiretos ou mediatos, também chamados de prejuízos reflexos ou *por ricochete*, “que são aqueles que ocorrem quando o fato, após causar danos à vítima direta, também atinge reflexamente os interesses de uma outra pessoa, ofendendo-se, assim, mediata e indiretamente os interesses de terceiros, que são as vítimas por ricochete”²⁰⁸.

Ao traçar seus conceitos, Pontes de Miranda apresenta o dano direto como aquele que alguém sofre imediatamente, a exemplo de quem teve quebrado o automóvel, foi ferido ou injuriado por outrem. Já o “dano indireto é aquele que sofre alguém pelo fato de sofrer algo a pessoa intercalar (e.g., o dano sofrido pelos filhos com a morte do pai)”²⁰⁹.

Peteffi da Silva conceitua o dano reflexo como o prejuízo que pode ser observado sempre em uma relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa ou por ricochete²¹⁰.

²⁰⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 175.

²⁰⁷ SANSEVERINO, loc. cit.

²⁰⁸ SANSEVERINO, loc. cit.

²⁰⁹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 409.

²¹⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de Justiça, função social do contrato e a indenização do dano reflexo ou por ricochete. **Revista Sequência (UFSC)**, Florianópolis, v. 63, p. 353-375, 2011.

A respeito do tema, Antônio Jeová dos Santos explica que o dano deve ser próprio, pessoal. Mesmo naquelas hipóteses em que alguém postula direito a ressarcimento em razão da morte do pai e marido, fato é que se está requerendo direito próprio, e não de terceiro. Em caso de homicídio, ao prejudicado direto nada será devido pela impossibilidade que a morte gerou, porém, o cônjuge, os filhos ou os pais podem demandar em interesse próprio, caso a sua subsistência dependia do falecido marido e pai²¹¹.

A extensão do rol de legitimados a requerer esse tipo de indenização é matéria controvertida e de complexa solução, variando de acordo com o ordenamento jurídico de determinado país. Em Portugal, por exemplo, o Código Civil conta com um rígido rol de legitimados para pleitear indenização por dano extrapatrimonial sofrido em virtude de homicídio²¹². No Brasil, pelo contrário, há uma orientação mais flexível no reconhecimento dos legitimados a pleitear indenização por danos extrapatrimoniais, deixando-se aos julgadores a faculdade de analisar as peculiaridades dos casos concretos²¹³.

No mesmo sentido, Sanseverino aponta que a hipótese mais comum de prejuízos por ricochete é relacionada ao dano-morte, pois a morte da vítima direta provoca prejuízos patrimoniais (v.g., despesas de sepultamento, necessidade de pensionamento) e extrapatrimoniais (v.g., dano moral, prejuízo de afeição) suportados por terceiros (vítimas por ricochete), que são seus parentes próximos (v.g., cônjuge, companheiro, filhos, pais etc.)²¹⁴.

De todo modo, fato é que os danos reflexos representam ponto importante em matéria de teoria geral do dano, mas que, em princípio, guardam compatibilidade com os requisitos necessários

²¹¹ SANTOS, 2015, p. 46.

²¹² SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziere. (Org.). **Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, (Vol. 8), p. 48.

²¹³ Ibid., p. 50.

²¹⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 176.

2.3.3 Injustiça do dano

O elemento injustiça tem grande desenvolvimento no direito italiano, pois se trata de expressão contida expressamente no art. 2043²¹⁵ do *Codice Civile*.

Giovanna Visintini, em nota introdutória, assim expõe o conceito de dano injusto: “O que significa a injustiça do dano? A melhor doutrina esclareceu que esta expressão integra uma cláusula geral na qual a escolha legislativa era de colocar ao juízo a avaliação e seleção dos interesses dignos de tutela”²¹⁶.

Trata-se – a injustiça – de elemento que caracteriza o sistema italiano e serve de qualificação do dano, não se relacionando com a conduta²¹⁷. Para a autora, a expressão dano injusto deve ser compreendida como equivalente a “lesão a interesse”, muito embora não negue a importância à demonstração do efetivo prejuízo²¹⁸.

Ao tratar do dano ressarcível no direito italiano, Schreiber explica que o termo injusto acrescentado à noção de dano visava a tão somente esclarecer que o dano ressarcível seria apenas aquele resultante de conduta antijurídica. Seria, portanto, mera repetição enfática daquilo que já denotavam os demais pressupostos do ato ilícito, vinculando-se a injustiça ao caráter antijurídico do ato lesivo²¹⁹.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a conceituação mais consistente de dano injusto se dá a partir da ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais. O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da

²¹⁵ Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

²¹⁶ Tradução livre: “*Che cosa significa ingiustizia del danno? La migliore dottrina ha chiarito che questa espressione integra una clausola generale in quanto la scelta legislativa è stata quella di rimettere ai giudici la valutazione e la selezione degli interessi meritevoli di tutela*”. VISINTINI, 1996, p. 348.

²¹⁷ VISINTINI, 1996, p. 349.

²¹⁸ “È chiaro poi che, in mancanza di un pregiudizio effettivo, la sanzione del risarcimento non scatta nella logica dell’art. 2043 cd. Civ., ma nel sistema esistono altri rimedi civilistici di reazione a un fatto illecito, i quali non esigono la prova dell’attualità di un pregiudizio come l’azione inibitoria.” VISINTINI, 1996, p. 349, p. 356.

²¹⁹ SCHREIBER, 2013, p. 110.

pessoa humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos²²⁰.

Neste ponto, convém trazer a posição de Judith Martins-Costa:

Desde que assumido o conceito normativo, o dano é definido como a diminuição ou subtração de um bem jurídico, englobando o patrimônio (os “haveres”) mas também os direitos de personalidade e todo e qualquer interesse extrapatrimonial juridicamente tutelado e eventualmente atingido pelo inadimplemento imputável. Daí a sua adjetivação como “injusto”, o que, no dizer de Alpa *et alii*, não é uma qualificação que possa ser tida como descontada por inútil e repetitiva do caráter já de *per se* ilícito do ato que o gera (violação do direito de crédito, na responsabilidade contratual e de direitos absolutos, na extracontratual). Pelo contrário, é uma expressão que sublinha a extrema relevância que tem, para o Direito, a *situação subjetiva prejudicada*, motivo pelo qual o Código, no *caput* do art. 927, remete explicitamente, ao aludir à “ilicitude do dano”, às amplas cláusulas gerais dos arts. 186 e 187²²¹.

Segundo Sanseverino, “quando se discute o requisito da injustiça do dano, a preocupação não é com o fato imputado ao agente, que pode ser lícito ou ilícito sem que isso altere a injustiça do dano causado ao lesado, mas estritamente com a natureza dos interesses lesados”²²².

Questão interessante diz respeito aos danos por ricochete em casos de lesões corporais graves, em que a vítima direta sofreu incapacidade total e permanente (tetraplegia, morte cerebral etc.) e parentes próximos sofrem efeitos reflexos “tão graves quanto para o próprio lesado”²²³.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a tradição brasileira de ampla reparação²²⁴ dos danos morais, condenou o Município do Rio de

²²⁰ MORAES, 2003, p. 179.

²²¹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 107.

²²² SANSEVERINO, 2010, p. 181. A respeito dos requisitos do lucro cessante ressarcível, ver: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75 e seguintes.

²²³ SANSEVERINO, 2010, p. 176.

²²⁴ A ser melhor estudada no segundo capítulo deste trabalho.

Janeiro por negligência médica que causou graves sequelas definitivas em recém-nascido. No caso, a Ministra Eliana Calmon ponderou que “a morte de um filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar sempre do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível”²²⁵.

Já na Argentina, Bueres compreende que os pais não têm direito à indenização nos casos de incapacidade física permanente do filho pequeno por motivo de acidente. Para o autor, o fato não representa dano ressarcível, pois não existe interesse jurídico vulnerado dos pais. Essa conclusão se ajusta à sua linha de pensamento, que tem por foco centrar a problemática do dano no interesse lesionado e não nas consequências danosas²²⁶. Tal raciocínio, portanto, não depende do conceito de dano injusto.

De todo modo, alerta-se que o fato de se adotar a teoria que reconhece o dano nas consequências da lesão não representa consagração do entendimento contrário. Isto é, os “consequencialistas” não necessariamente concordarão com a indenização dos pais pelos danos sofridos pelo filho incapacitado. É que, como visto, também essa corrente pressupõe a violação de interesse jurídico tutelado. Não basta a alegação de prejuízo. Como pontua Zavala de González, não é indenizável um dano se não assistia ao afetado um interesse tutelado²²⁷.

Fato é que tudo o que foi tratado até agora pode ser resolvido pelo critério do interesse juridicamente tutelado. Não se vislumbra nenhum exemplo em que o conceito de dano injusto possa contribuir com alguma novidade operacional. Ao contrário, o problema da injustiça revela verdadeiro sincretismo metodológico, com a citação de doutrinas italianas, francesas e brasileiras, como se fossem idênticos os ordenamentos, a gerar ainda mais discricionariedade judicial.

Mutatis mutandis, eis a crítica de Jan Peter Schmidt a respeito da tentativa de importação da figura do “contrato com efeitos protetivos para terceiros” ao direito pátrio:

Os perigos de uma comparação com base em figuras da dogmática podem ser ilustrados muito bem por meio do "contrato com efeitos protetivos

²²⁵ BRASIL, STJ, 2ª Turma, REsp 734.303/RJ, rel. Min. Eliaman Calmon, j. 07-06-2005, DJ 15-08-2005.

²²⁶ BUERES, 2001, p. 296.

²²⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Disminuciones psicofísicas**. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 12.

para terceiros": quem se limitasse a constatar que esse instituto não existe no direito brasileiro revelaria entendimento demasiado conceitualista do direito e chegaria a conclusões erradas. Afinal, a função que o "contrato com efeitos protetivos para terceiros" cumpre no direito alemão pode, no direito brasileiro, ser exercida pela cláusula geral sobre a responsabilidade civil extracontratual: Em consequência, o direito brasileiro não precisa da figura do "contrato com efeitos protetivos para terceiros" ou, pelo menos, não na mesma medida que o direito alemão. Seria equivocado então querer "importar" esse instituto para o direito brasileiro na forma como é utilizado na Alemanha. Similar é o caso da culpa in *contrahendo*. Na Alemanha, ela exerce função importante na proteção da integridade física e da propriedade na fase pré-contratual. No Brasil, contudo, essa função novamente é exercida de maneira satisfatória pelas regras da responsabilidade extracontratual. Por conseguinte, não é necessário dar ao instituto da culpa in *contrahendo* no direito brasileiro o mesmo âmbito de aplicação que possui no direito alemão²²⁸.

A injustiça do dano, muito embora seja corriqueiramente tratada em doutrina e nos Tribunais, pouco acrescenta efetivamente à resolução dos problemas existentes no ordenamento jurídico brasileiro²²⁹.

2.4 DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

As primeiras páginas deste trabalho se destinaram a tentar desvelar o conceito de dano ressarcível, especialmente sua posição dentro da estrutura da responsabilidade civil. Em seguida, ao traçar os seus requisitos (ou elementos), buscou-se compreender e discutir o que a doutrina traz como elementos do dano. A partir de agora, como fechamento deste capítulo inicial, dedicar-se-á à análise genérica dos

²²⁸ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 738-739.

²²⁹ Como se verá em maiores detalhes no tópico 3.3.2.

danos patrimoniais e extrapatrimoniais, a questões terminológicas, bem como à diferença a respeito das suas quantificações.

A sistematização da responsabilidade civil passa pela compreensão inicial de seus termos. Com a miríade de novas nomenclaturas, mostra-se imprescindível saber reconhecer do que se está a tratar, ou, ao menos, tentar evitar a sobreposição de conceitos.

Agostinho Alvim²³⁰ explica que boa parte da doutrina estrangeira utiliza a alcunha danos não-patrimoniais. Cita, por exemplo, Formica, Gabba e Fischer como defensores de um conceito negativo: não ser patrimonial. Para estes, o caráter principal desta espécie de dano é o de não atingir o patrimônio, e não propriamente, o de ser moral. Um dos motivos, segundo eles, seria aplicar os danos não-patrimoniais às pessoas jurídicas.

Para Agostinho Alvim²³¹, nada justifica a superioridade da locução dano não-patrimonial em oposição à consagrada pelo uso, dano moral. A expressão dano moral é a consagrada pela jurisprudência e pelos escritores brasileiros, tendo sido adotada em diversos outros ordenamentos: em França (*dommage moral*); na Itália (*danno morale*) e na Espanha (*dano moral*), etc.

Por outro lado, muito embora identifique que a tradição brasileira, por sua doutrina e jurisprudência, utilize a expressão “dano moral” para tratar de todas as espécies de danos não-patrimoniais, como consta do art. 5º, incisos V²³² e X²³³, da Constituição Federal e do art. 186 do Código Civil, Judith Martins-Costa se posiciona de modo contrário²³⁴:

Afirmamos que ‘infelizmente’ a designação ‘dano moral’ foi mantida, ao invés de adotar-se a mais ampla expressão ‘danos extrapatrimoniais’, porque a locução pode se prestar a enganos confundindo o dano o dano com eventual ‘dor’, além de aplasmar,

²³⁰ ALVIM, 1972, p. 219.

²³¹ Ibid., p. 221.

²³² CF. Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

²³³ CF. Art. 5º, 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;

²³⁴ MARTINS-COSTA, 2003, p. 346.

num mesmo molde, numerosíssima tipologia, dificultando a visualização da multiplicidade de aspectos que o dano à esfera existencial pode acarretar. A tipologia dos danos à pessoa, ou à personalidade, por sua vez, deve discernir entre aqueles constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica (danos físicos, psíquicos, estéticos), inclusos ‘os danos ao projeto de vida’, e ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’, os danos à vida de relação, inclusive o ‘prejuízo de afeição’ e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, e certos tipos de danos ambientais²³⁵.

Ao tentar determinar o que se entende pelo termo “dano moral”, Miguel Reale demonstra as discrepâncias que essa figura causa na responsabilidade civil a partir da legislação comparada. Na doutrina francesa consagra-se a “expressão *dommage moral* (e que é, por sinal, a seguida no Brasil sob a denominação de dano moral) e a firmada, na Alemanha, onde se cuida de dano não patrimonial”, sendo essa a orientação seguida pelo legislador italiano no art. 2.059 do Código Civil de 1942²³⁶. No entanto, Reale esclarece que nem sempre os juristas germânicos e italianos aceitam a sinonímia ou equivalência dos termos. Para alguns, como De Cupis, o termo dano não patrimonial seria mais compreensivo, por se referir a qualquer bem não patrimonial, levando a crer que os danos morais se restringiam aos sofrimentos morais, sensações dolorosas, não abrangendo, por exemplo, a diminuição de prestígio ou de reputação pública²³⁷.

No entanto, como já destacado no início deste trabalho, Reale prefere traçar nova distinção, agora utilizando os termos danos morais objetivos e danos morais subjetivos. Partindo do art. 5º, V, da Constituição Federal, que trata de indenização por dano material, moral ou à imagem”, Reale indica que o termo “imagem”, mencionado no dispositivo, “não se refere, evidentemente, ao aspecto físico da pessoa,

²³⁵ MARTINS-COSTA, 2003, p. 347.

²³⁶ REALE, 1992, p. 21.

²³⁷ Ibid., p. 21-22.

mas à sua dimensão ética perante a coletividade, implicando necessariamente um dano moral²³⁸ e assim sustenta sua classificação quanto à natureza jurídica do dano moral:

Quando alguém é atingido em seu ser pessoal pela perda, por exemplo de ascendente ou descendente, vítima de ato ilícito atribuível ao causador da morte da pessoa amada, temos a figura típica do *dano moral subjetivo*, conforme terminologia proposta no presente trabalho, e que se enquadra por inteiro no conceito de *dano puramente moral* tal como vem sendo geralmente caracterizado pela grande maioria dos autores

Quando, ao contrário, o ato lesivo tem como alvo direto a dimensão social ou a imagem de uma pessoa, diminuindo-lhe o valor perante a opinião pública, temos a hipótese de *dano moral objetivo*, o que não exclui que a diminuição da respeitabilidade individual não possa ser acompanhada, como geralmente o é, de compreensível sofrimento de ordem psíquica. Tal sofrimento, porém, insere-se no dano moral objetivo, sendo como que seu reflexo, podendo mesmo inexistir, quando o ofendido apenas se revolta contra a afronta recebida²³⁹.

As duas correlatas configurações do dano moral, portanto, representariam o dano que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo sua imagem (dano moral objetivo) e o dano moral que se relaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento (dano moral subjetivo)²⁴⁰.

Mesmo que tal classificação tenha sido prestigiada pela doutrina, Judith Martins-Costa pensa que “o mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão ‘dano moral’ em caráter genérico”. Prefere a autora que se assente o emprego da expressão “danos extrapatrimoniais” como indicativo do gênero, sendo espécies os “danos à personalidade”, danos morais em sentido estrito, por atingirem a honra e reputação, etc. Nessa linha, seria alcançada a reunião, numa mesma etiqueta, das definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-

²³⁸ REALE, 1992, p. 21.

²³⁹ Ibid., p. 23.

²⁴⁰ REALE, loc. cit.

patrimonial com os prejuízos de caráter moral, bem como a que constrói o conceito em termos residuais²⁴¹.

Ao tratar do assunto, Schreiber aponta que o direito brasileiro contempla os danos extrapatrimoniais sob uma categoria única, denominada normalmente “dano moral”, expressão empregada como sinônimo de “dano não patrimonial” ou, mais raramente, “dano à pessoa”²⁴². Quanto à expressão “dano moral”, Pontes de Miranda esclarece que sua utilização teve por objetivo se afastar da patrimonialidade. Muito embora sociologicamente seja defeituosa, por sua estreiteza, contempla todos os danos não-patrimoniais²⁴³ (morais, religiosos, artísticos, políticos, jurídicos, científicos e outros mais) de modo que não há absurdo em se conservar a expressão²⁴⁴.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 349.

²⁴² SCHREIBER, 2013, p. 117.

²⁴³ O autor traz uma gama de exemplos para tratar dos referidos *interesses*: “Se A concorre a cargo político irremunerado e alguém, com calúnia ou outro ato ilícito, o afasta, o interesse atingido é o interesse político, e não econômico. Se A gozava de grande prestígio moral no círculo social em que vive e alguém, com divulgação de escritos caluniosos, ou mesmo com afirmações falsas, lhe retira algo do posto social que tinha, o interesse moral, e não o interesse econômico, foi ferido. Se A, crente como é, considera a imagem que lhe deram, ou herdou, ou por outro modo adquiriu, como elemento da sua tranquilidade e da sua felicidade, o quebrar a imagem não ofende só o interesse econômico de A, mas também o seu interesse religioso. Se A planejara a estátua e alguém lhe ouve a descrição, ou lhe apanhou as notas, o interesse lesado foi o interesse estético de A, a que talvez esteja junto interesse econômico, porém não é necessário que esteja. O interesse de A pode ser só *jurídico*, como se o documento que ele tinha e desapareceu, ou alguém furtou ou destruiu, era o que lhe daria a vitória na ação de investigação da paternidade ou da maternidade, ou na contestação. O cientista que está nas vésperas de obter solução para problema que só lhe interessa como cientista e sofre a perda dos seus dados, por ato de outrem, tinha interesse científico, e não econômico, ou não só econômico, e o dano é ao interesse científico. Mais ainda. A mulher elegante, que consegue desenhar, ou fazer, ou encomendou vestido com que seria considerada a mais bem vestida da recepção, tem ação contra quem a priva de usá-lo (e.g., rompendo-lhe parte ou escondendo-o), pela ofensa ao interesse de *moda*. MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 169.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 170.

Já a respeito da quantificação dos danos, Judith Martins-Costa explica que no dano patrimonial indeniza-se o patrimônio que foi injustamente lesado. Trata-se de um dano suscetível de ser diretamente avaliado em dinheiro, podendo decorrer de uma perda, da falta de ganhos, de atentados a bens patrimoniais (furto, distribuição ou quebra de contratos), de atentados à própria pessoa (perda de capacidade laborativa) ou de violação a certos direitos (concorrência desleal, campanhas difamatórias, perda de uma oportunidade)²⁴⁵.

Quanto ao dano patrimonial, Aguiar Dias defende que a sua aferição deve se dar a partir do confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se não se o tivesse produzido. O dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação²⁴⁶. Por isso é que o dano patrimonial se mostra “mais fortemente sujeito à restituição pelo equivalente e plenamente sujeito à avaliação pecuniária, traduzindo-se, mais facilmente, em uma soma em dinheiro”²⁴⁷. Partindo de uma concepção naturalista, pois equipara o prejuízo ao dano que determinado bem do patrimônio do lesado tenha sofrido, Sanseverino aponta que o principal problema da teoria da diferença “é a sua natureza estritamente patrimonialista, pois restringe a noção de dano às perdas econômicas causadas no patrimônio do lesado, olvidando de prejuízos extrapatrimoniais”²⁴⁸. E prossegue:

Efetivamente, a teoria da diferença, com sua concepção naturalista do dano, mostra-se adequada para estabelecer a medida da reparação de determinados prejuízos de conteúdo estritamente patrimonial, como os danos emergentes (v.g., indenização pecuniária dos danos causados na lataria de um veículo envolvido em acidente de trânsito), apresentando-se, entretanto, insuficiente para a plena reparação de outras modalidades de prejuízos em conteúdo econômico (v.g., danos extrapatrimoniais), sofrendo, por isso, fortes objeções²⁴⁹.

²⁴⁵ MARTINS-COSTA, 2003, p. 338-339.

²⁴⁶ DIAS, 2012, p. 824.

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 339.

²⁴⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 140-141.

²⁴⁹ SANSEVERINO, loc. cit.

O autor refere-se, destarte, à insuficiência da teoria da diferença para servir de vetor à reparação de determinados prejuízos, como os lucros cessantes²⁵⁰, mas principalmente aos danos extrapatrimoniais, que, não apresentando conteúdo econômico, ficariam sem reparação²⁵¹. Não nega, no entanto, que essas objeções não afastam a utilidade prática da teoria da diferença para parcela significativa de prejuízos patrimoniais (danos emergentes), constituindo um critério seguro para a quantificação da indenização pecuniária correspondente²⁵².

Em relação aos danos extrapatrimoniais, muito mais complicada é a avaliação.

É preciso mencionar que existe uma forte corrente doutrinária no Brasil que vincula o dano extrapatrimonial (ou moral *lato sensu*) à dignidade da pessoa humana. Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra mais famosa, propala a necessidade de uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Parte do pressuposto de que, em sede de responsabilidade civil, e, mais especificadamente, de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado²⁵³. Em sua análise, o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Defende uma concepção mais ampla, tratando o dano moral como a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria²⁵⁴.

Bodin de Moraes compreende a importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana – núcleo irredutível da pessoa – pois, para ela, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como

²⁵⁰ “Se em relação aos danos emergentes a serem convertidos em indenização pecuniária, a teoria da diferença constitui ótimo instrumento para orientar a reparação, pois permite a fácil determinação do desfalque patrimonial sofrido pelo lesado no momento do julgado ou da execução da sentença prolatada na ação indenizatória, em relação aos lucros cessantes, torna-se mais difícil precisar em que consistiria exatamente essa diferença, exigindo a formulação de um juízo de razoabilidade [...]”. SANSEVERINO, 2010, p. 140-141.

²⁵¹ *Ibid.*, 141-142.

²⁵² SANSEVERINO, loc. cit.

²⁵³ MORAES, 2003, p. 182.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 183-184.

objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado²⁵⁵. Nesse ponto, convém transcrever um excerto:

Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação²⁵⁶.

Esclarece, no entanto, que a sua definição será mais útil quando se verificarem as concretas circunstâncias, pois, de fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, como a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social²⁵⁷.

Como visto, a depender da corrente a ser adotada, pode-se questionar o posicionamento da autora carioca a partir da teoria geral do dano ressarcível, especialmente por reputar a configuração do dano extrapatrimonial na lesão, e não no efetivo prejuízo ou menoscabo. Ainda que Maria Celina Bodin de Moraes tenha feito uma ressalva de que somente situações graves a afetar a dignidade da pessoa humana serão indenizadas, permanece a crítica à corrente que sustenta a responsabilidade civil na lesão, e não no efetivo menoscabo.

Mais do que isso, a referência à dignidade da pessoa humana para a conceituação do dano extrapatrimonial recebe críticas doutrinárias, inclusive de autores que se alinham à escola do direito civil-constitucional. Anderson Schreiber assevera que a alusão à dignidade da pessoa humana é insuficiente para funcionar como critério revelador do dano extrapatrimonial. Seu conteúdo necessariamente aberto, mutável e flexível pouco específica e acaba por fomentar demandas absurdas ou bagatelares. Não há, assim, uma utilidade concreta definitiva que

²⁵⁵ MORAES, 2003, p. 188.

²⁵⁶ MORAES, loc. cit.

²⁵⁷ Ibid., p. 188-189.

justificasse a alusão à dignidade humana como critério selecionador de danos ressarcíveis²⁵⁸.

De outro lado, Schreiber defende a configuração do dano moral na lesão a interesse tutelado. Como visto na primeira parte do trabalho, o autor não confere relevância para a efetiva consequência do dano moral, indicando que

fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento, etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais. Da mesma forma, defini-lo por via negativa, como todo prejuízo economicamente incalculável, acaba por converter o dano moral em figura receptora de todos os anseios, dotadas de uma vastidão tecnicamente insustentável²⁵⁹.

Assim, posiciona-se pela definição do dano como lesão a um interesse tutelado, estimulando a investigação do intérprete sobre o objeto da lesão (o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor), a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis.

Nesse quesito, questiona-se a preocupação levantada por Schreiber, pois descarta em absoluto a consequência do dano moral, ao justificar sua posição na dificuldade de acessar eventuais sensações pessoais.

Com razão, Antonio Junqueira de Azevedo descreve que não se pode confundir a dispensabilidade do prejuízo (por ele chamado dano-prejuízo) com a presunção de sua existência em determinadas hipóteses. Para o autor, é falso afirmar que o dano-prejuízo é dispensável na responsabilidade civil. O máximo que pode ocorrer é, nos casos ditos de dano moral, a dispensa da prova de sua existência, em certas situações²⁶⁰.

²⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

²⁵⁹ SCHREIBER, 2015, p. 109.

²⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

Junqueira de Azevedo complementa, ainda, que a dispensa, a rigor, não é nem mesmo da prova do prejuízo; é dispensa de outra prova – eis que a prova já está feita por presunção, que é meio de prova²⁶¹.

Sobre o assunto, Pontes de Miranda assevera que

o dano não-patrimonial, o dano moral, prova-se como se provam os danos patrimoniais. Não se tem, na prova daqueles, de se buscar o que se passou de sofrimento, ou de dor; buscam-se as consequências do fato ofensivo aos direitos de personalidade, à honra, ao prestígio, ou outra qualidade pessoal. Se o dano é patrimonial, também não se pode inquirir sobre o que se passou dentro da vítima (e.g., com a usurpação que sofreu teve enfarte)²⁶².

Em relação à quantificação, a maior dificuldade é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial. Os danos não patrimoniais carregam muitas dificuldades, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais²⁶³. Judith Martins-Costa expõe que nos danos extrapatrimoniais são indenizáveis

os prejuízos que violam a *esfera existencial da pessoa humana*, considerada em sua irreduzível subjetividade e dignidade, eis que dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente. Bem assim, é indenizável a chamada ‘honra objetiva’ das pessoas jurídicas²⁶⁴.

Antonio Junqueira de Azevedo defende que o dano moral é o dano mediato, definido por exclusão ao dano patrimonial²⁶⁵. Há de ser um prejuízo vital, um sofrimento, a perda de um projeto de vida, um abalo de crédito, ou qualquer outro prejuízo não apurável quantitativamente em

²⁶¹ AZEVEDO, 2004, p. 34.

²⁶² MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 171.

²⁶³ DIAS, 2012, p. 839.

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, 2003, p. 339.

²⁶⁵ A partir da distinção entre dano-evento e dano-prejuízo, já vista no tópico 2.4.2, Azevedo explica que o dano-evento é o dano imediato e o dano-prejuízo é mediato.

dinheiro. O autor deixa claro que não confunde em absoluto o dano moral como consequência de outros danos-evento: lesão à pessoa física; lesão à pessoa bio-físico-química; lesão à figura social da pessoa; lesão ao patrimônio *stricto sensu*; e lesão à terceira pessoa, atingindo a vítima por ricochete²⁶⁶.

Quanto à ressarcibilidade do dano não-patrimonial, Pontes de Miranda prescreve que nada obsta a que se transfira ao lesado, com algum dano não-patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se lesou na dimensão moral. Do contrário, cair-se-ia no absurdo da não-indenizabilidade do dano não-patrimonial, deixando-se irressarcível o que precisaria ser indenizado²⁶⁷.

Assim, critica a teoria da diferença sob o fundamento de que “tem o defeito de ‘economicizar’ demasiado o conceito de interesse e desatende a regras jurídicas que estabeleceram a indenização em dinheiro em casos em que o interesse econômico não é a base, como se dá com as ofensas à honra”²⁶⁸. Conclui que “se o dano é patrimonial, fácil é estimar-se o quanto indenizatório. Se não é patrimonial, há de haver a determinação do que se repute equivalente”²⁶⁹, de modo que a dificuldade de liquidação do valor dos danos jamais justificaria que se não ressarcisse o dano moral²⁷⁰.

Em resumo, ou conclusão, do presente capítulo, pode-se identificar a importância do dano como não só um pressuposto, mas sim verdadeiro eixo da responsabilidade civil, não havendo como se concordar com

²⁶⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291-292.

²⁶⁷ A respeito da indenizabilidade do dano não-patrimonial, ver, em outros, MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 289-293.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 265.

²⁶⁹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 298.

²⁷⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 170.

novas teorias que pretendam estudar uma responsabilidade civil sem danos.

O que interessa ao presente estudo é o dano ressarcível, qualidade necessária para ativar o mecanismo da responsabilidade civil. Para tanto, é imprescindível verificar a lesão a um interesse jurídico tutelado, que não se resume às disposições previstas expressamente em lei. No entanto, de acordo com certa doutrina, a lesão a interesse jurídico é o fato antecedente que gera um consequente – o dano ressarcível. O dano é o prejuízo, o menoscabo, consequência da lesão a interesse jurídico.

3 AS NOVAS ESPÉCIES DE DANO

Na segunda parte do trabalho serão apresentadas algumas características do sistema brasileiro de responsabilidade civil, notadamente o seu caráter amplo e aberto, bem como serão expostos certos aspectos de sua evolução até os dias atuais. Apontar-se-á sua inspiração francesa, com alguns contrapontos a ordenamentos também estrangeiros. E se analisará o fenômeno da criação ou verificação de novas espécies de dano, especialmente no que tange aos danos extrapatrimoniais, com ênfase nos danos estéticos, como início da discussão, no derradeiro capítulo, a respeito do dano pela perda do tempo.

3.1 A INSPIRAÇÃO FRANCESA DO SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário²⁷¹, ocupando-se das obrigações surgidas pela quebra de um dever preexistente, tanto de origem negocial quanto extranegocial²⁷².

Como explica Antunes Varela, “a responsabilidade civil não tem por fim a punição do devedor faltoso, mas a reparação do prejuízo sofrido pelo credor. Porém, na generalidade dos casos, a violação da obrigação acarreta prejuízos para o credor”²⁷³.

A responsabilidade civil constitui o ramo do direito das obrigações que mais se submeteu a alterações ao longo do tempo, pois forçado a acompanhar as mudanças sociais, ideológicas e econômicas²⁷⁴. Isso porque, com o passar dos anos, a sociedade mudou. Diante da nova realidade decorrente da revolução industrial, ligada à migração do campo para as cidades, e da alteração dos meios de interrelação da humanidade – contratações estandardizadas e produção em massa –, a responsabilidade civil teve de se ajustar aos tempos contemporâneos.

No âmbito das relações de consumo, Sanseverino comenta que sempre houve, na vida em sociedade, danos provocados por defeitos de produtos ou de serviços. A massificação das relações de consumo

²⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

²⁷² SILVA, 2013, p. 1-2.

²⁷³ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. (Vol. 2), p. 127.

²⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 73.

ocorrida no século XX, decorrente dos fenômenos da industrialização (produção em série e novas tecnologias), da urbanização (impessoalização das relações de consumo) e, mais recentemente, da globalização (formação de mercados internacionais), incrementou o surgimento de novos acidentes de consumo causadores de danos, que ficavam sem reparação quando tentadas soluções pelas regras tradicionais da responsabilidade civil²⁷⁵.

Para tentar compreender o sistema brasileiro de responsabilidade civil (extracontratual), mostra-se indispensável apresentar – ainda que brevemente – dois modelos de responsabilidade civil (alemão e francês), de modo a tentar identificar a forma como tratam os danos indenizáveis, a partir dos interesses jurídicos protegidos.

Como se verá, além do anglo-saxão, não abordado neste trabalho, os modelos alemão e francês, pertencentes à tradição romano-germânica, refletem as principais tradições jurídicas sobre o assunto, tendo influenciado em maior ou menor grau o tratamento da responsabilidade civil em vários países²⁷⁶. Sobre o assunto, Van Dam²⁷⁷ explica que o modelo alemão influenciou a Áustria, Grécia, Portugal, entre outros. Já o modelo francês deixou marcas diretamente em países como a Bélgica, Itália²⁷⁸, Holanda, Polônia, Espanha, entre outros. Já o modelo inglês influenciou os países da *common law*, por isso, não serão abordados nesta

²⁷⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.

²⁷⁶ FRAZÃO, Ana. Principais distinções e aproximações da responsabilidade civil nos modelos francês, alemão e anglo-saxão. In: Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha. (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 748.

²⁷⁷ Tradução livre: “*First, France, Germany, and England represent three major legal traditions that have influenced a considerable number of other legal systems in the EU. Common law has influenced the laws of Cyprus, Ireland, and Malta. French tort law has left traces in Belgium, Hungary, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Poland, Romania, and Spain; and German tort law is linked to Austrian, Bulgarian, Czech, Greek, Latvian, Portuguese, Slovakian, and Slovenian law. Outside this sphere are the closely connected Nordic legal systems of Denmark, Finland, and Sweden*”. VAN DAM, Cees. **European tort law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 9.

²⁷⁸ A respeito do dano ressarcível no direito italiano, ver SCHREIBER, 2013, p. 110-117.

pesquisa. Para Ana Frazão, no Brasil é nítida a influência do modelo francês e, em alguns aspectos, do modelo alemão²⁷⁹.

Tais modelos estruturam a responsabilidade civil de forma própria e sob diferentes perspectivas, entretanto, existem vários pontos de convergência e semelhanças que foram intensificados ao longo do tempo, até porque todos os modelos sempre tiveram o objetivo comum de distinguir o dano indenizável das meras perdas insuscetíveis de reparação²⁸⁰.

De acordo com Peteffi da Silva e Rodrigues Junior, a verificação dos filtros dos ordenamentos jurídicos para identificar os danos indenizáveis se configura em um dos problemas mais complexos da responsabilidade civil contemporânea, chamando a atenção, principalmente, dos comparatistas. Nos ordenamentos seguidores da tradição romano-germânica é possível verificar um modelo mais restritivo (ou tipificado), relacionado com o sistema prevalecente no BGB, resultante de uma herança que advém de uma difícil escolha teórica ao tempo da elaboração do Código Civil de 1900, e um sistema mais amplo, colmatado por grandes cláusulas gerais, tendo como núcleo a famosa norma positivada no art. 1382 do Código de Napoleão²⁸¹.

A respeito do primeiro modelo, mais restrito (tipificado), presente no ordenamento jurídico alemão, há uma limitação na responsabilidade extracontratual sem correspondência no *Code Civil* francês ou no Código Civil brasileiro: o BGB²⁸² não contém uma cláusula geral sobre a responsabilidade por ato ilícito. Segue-se um sistema de especificação dos

²⁷⁹ FRAZÃO, 2011, p. 748.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 748-749.

²⁸¹ SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziere. (Org.). **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito Do Consumidor e Novas Tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. (Vol. 1), p. 37-38.

²⁸² “O Código Civil alemão (*Bürgerlich Gesetzbuch*, abreviadamente BGB, promulgado em 1896, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1900. Provém, fundamentalmente, do trabalho de comissão nomeada em 1874, da qual participaram Plank e Windscheid, dentre outros. [...] O BGB revela preocupação obsessiva pelo tecnicismo, quer na ordenação sistemática, quer na terminologia. Por esse aspecto, tem feição singular, aplaudida pela doutrina, por facilitar a interpretação, com o afastar controvérsias e eliminar ambiguidades”. GOMES, 2010, p. 50.

casos de responsabilidade²⁸³. Segundo Jan Peter Schmidt, os idealizadores do BGB decidiram, conscientemente, pela ausência de um dispositivo desse tipo (cláusula geral) e optaram por um modelo casuístico, pois acharam que uma cláusula geral somente dissimularia os problemas mais difíceis no estabelecimento dos limites da responsabilidade e, por conseguinte, complicaria demasiadamente a tarefa do juiz²⁸⁴. E prossegue:

Assim, o dispositivo básico no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito (§ 823, I, BGB) não requer apenas a ocorrência de algum dano, mas também a violação de bens jurídicos determinados, na doutrina também chamados de "bens jurídicos absolutos" (*absolute Rechtsgüter*). Esses bens jurídicos que gozam de proteção pelo § 823, I, BGB são a propriedade, a integridade física, a liberdade pessoal e "demais bens jurídicos" (*sonstige Rechte*)²⁸⁵²⁸⁶.

²⁸³ LIMA, Alvino. **A responsabilidade pelo fato de outrem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

²⁸⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011, p. 732.

²⁸⁵ SCHMIDT, loc. cit.

²⁸⁶ Convém trazer, ainda, os apontamentos de Pontes de Miranda: “No Código Civil alemão, quis-se enunciar, não só o princípio geral de ressarcimento (§ 823), como também a determinação dos conceitos de atos ilícitos e de dano, mercê de indicações: vida, corpo, liberdade, propriedade e todos os outros direitos da pessoa. No § 826 foi adotada a reparação, contra quem, contrariamente aos bons costumes, com intenção, causa dano a outrem. No § 253, limita-se a reparabilidade do dano moral; ‘Quanto ao dano moral, que não é dano patrimonial, indenidade em dinheiro somente pode ser devida nos casos determinados pela lei’. Quais são esses casos? São os do §§ 847 e 1.800. [...] Os casos de dano moral, a que se refere o Código Civil alemão, são os seguintes: a) § 847: lesão corporal; atentado à saúde; privação de liberdade, casos em que, diz a lei, a pessoa lesada tem direito a razoável ou equidosa indenização em dinheiros pelos danos que não são do patrimônio (o direito não é transmissível não passa aos herdeiros, salvo se tiver sido reconhecido por contrato ou tiver havido litispendência); b) § 1.300: se a noiva de bom proceder concede ao noivo a coabitação, pode, no caso de rompimento dos esponsais por parte do noivo (§§ 1.298 e 1.299), pedir indenização, também par ao dano que não é patrimonial. Fala-se, como antes, § 847, em ‘*billige Entschädigung*’, ressarcimento razoável, equitativo. Resta o § 343. Mas esse concerne a pena contratual, posto que se possa

De acordo com Adelaide Meneses Leitão, o Código Civil Alemão não estabeleceu um princípio geral no sentido de que a atuação antijurídica culposa obrigasse à indenização dos danos, à semelhança das codificações de inspiração francesa, como se verá mais adiante. Para a autora, o BGB “preferiu circunscrever o ilícito a determinadas hipóteses de facto. Procurava-se, assim, fornecer linhas firmes aos juízes e impedir uma extensão excessiva da responsabilidade civil”²⁸⁷.

Portanto, tem-se como uma das principais características do modelo tipificado a limitação de bens jurídicos tutelados. Na Alemanha, vale dizer, parte-se do pressuposto de que o patrimônio em si mesmo nunca foi reconhecido como um bem jurídico tutelado pelo parágrafo 823 I, do BGB. Essa característica é ilustrada pela categoria dos “danos puramente patrimoniais”, que corresponde a um grupo de prejuízos que não encontra reparação em determinados ordenamentos jurídicos, principalmente por não violarem um bem jurídico tutelado²⁸⁸.

Segundo Peteffi da Silva e Rodrigues Júnior,

Não se pode afirmar que todos os danos puramente patrimoniais, se forem observados em um sistema jurídico baseado em cláusulas gerais amplas de responsabilidade civil extracontratual, seriam indenizados, mas se pode verificar, na maioria dos casos, que a Alemanha, ao contrário da França, mostra-se refratária à indenização desse tipo de prejuízo. Ademais, se é verdade que os sistemas ditos abertos não possuem um rol de bens juridicamente protegidos, é possível que outros requisitos da responsabilidade civil façam a filtragem necessária, como acontece, de maneira destacada, com o nexó de causalidade, o qual se apresenta como o grande responsável por obstar a indenização de algumas das hipóteses mencionadas²⁸⁹.

referir a qualquer interesse legítimo do credor”. MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 292-293.

²⁸⁷ LEITÃO, Adelaide Meneses. **Normas de proteção e danos puramente patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85.

²⁸⁸ SILVA, 2015, v. 1, p. 38.

²⁸⁹ Ibid., p. 38-39.

Seguindo à risca os ideais do BGB, não se encara o conceito jurídico indeterminado “demais bens jurídicos”, presente no §823, I, como um mecanismo de abertura para transformá-lo em verdadeira cláusula geral, pois essa não foi a intenção do legislador alemão. Ainda que pudesse ter sido teoricamente encarado de modo diferente, a jurisprudência alemã sempre o interpretou de forma restrita²⁹⁰.

As consequências do modelo alemão são visualizadas de forma muito interessante nos chamados *cable cases*, caso clássico da jurisprudência alemã, que tratou dos prejuízos sofridos por fábrica confinante que ficou sem eletricidade em razão da danificação de cabo elétrico durante obras de construção de uma rua. Por esse motivo, a fábrica teve de interromper a sua produção por várias horas, com a consequência lógica de experimentar uma perda econômica.

A questão era se o construtor que tinha danificado o cabo estava obrigado a indenizar o dono da fábrica por lucros cessantes. A resposta foi negativa: não houve violação dos bens jurídicos mencionados pelo § 823, I, BGB (por exemplo, a propriedade), de modo que o dano causado ao fabricante era de caráter exclusivamente patrimonial. A hipótese do segundo caso era muito parecida, mas com um detalhe diferente: por causa de dano a cabo elétrico, um armazém frigorífero deixou de funcionar, e se estragaram as mercadorias nele armazenadas. Nesse caso, porém, o proprietário das mercadorias teve reconhecido seu direito a uma indenização com base do §823, I, BGB, porque houvera violação do bem jurídico da propriedade²⁹¹.

Como bem assinala Jan Peter Schmidt, ao observador estrangeiro pode parecer arbitrária a diferença dos resultados em ambos os casos, mas ela é a consequência lógica dos limites da responsabilidade que o legislador alemão estabeleceu²⁹². Peteffi da Silva e Rodrigues Junior concordam com Schmidt ao mencionar a perplexidade do observador estrangeiro, principalmente se proveniente de um ordenamento com maior amplitude sistemática. Citam Cristian Lapoyde Dechamps quando este afirma que o doutrinador francês encontra dificuldades para tratar do

²⁹⁰ SCHMIDT, 2011, p. 732.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 733.

²⁹² SCHMIDT, loc. cit.

tema, pois a categoria dos danos puramente patrimoniais não é tratada na França, onde nem mesmo o termo é amplamente conhecido, assim como no Brasil²⁹³.

Bem por isso é que Schmidt aponta o desenvolvimento da responsabilidade contratual²⁹⁴ no direito alemão. A evolução da doutrina e jurisprudência alemãs no direito dos contratos, a partir do século XX, se deu em parte significativa pela necessidade de encontrar mecanismos contratuais para compensar os déficits da responsabilidade extracontratual, garantindo-se a tutela efetiva dos bens jurídicos. Por conseguinte, na “fraqueza” da responsabilidade extracontratual está a chave para compreender muitos aspectos do direito alemão dos contratos²⁹⁵.

Ademais, Ana Frazão registra que o modelo alemão jamais lidou com uma categoria tão abrangente como a *faute*, tendo compreendido a culpa a partir de perspectiva objetiva. No mais, adotou estrutura intermediária entre as cláusulas gerais do modelo francês, consideradas por ele perigosas por possibilitarem grande subjetividade à apreciação judicial e a tipificação das condutas ensejadoras de responsabilidade civil existente no modelo anglo-saxão²⁹⁶.

²⁹³ SILVA, 2015, v. 1, p. 40.

²⁹⁴ Para maior aprofundamento, SCHMIDT, op. cit., 2011, p. 735-737. “A doutrina e jurisprudência alemãs elaboraram várias construções para reconhecer a vítima de evento danoso pretensões contratuais - mesmo em situações em que não havia contrato.”

²⁹⁵ Schmidt adota o “método funcional” para analisar diferentes ordenamentos jurídicos, exigindo-se que se faça a comparação entre dois ou mais ordenamentos jurídicos não com base em normas, conceitos ou figuras dogmáticas, mas sim com base em um determinado conflito da vida real e o mecanismo que um ordenamento prevê para sua solução. Quem, por exemplo, comparar os regimes da responsabilidade civil extracontratual no Brasil e na Alemanha de maneira isolada pode chegar à conclusão de que a proteção da vítima no direito alemão é bem mais fraca. Schmidt alerta que, embora essa afirmação seja correta, seria equivocado extrair desse fato a conclusão de que o standard geral de proteção no direito alemão é mais baixo do que no Brasil. Porque, no direito alemão, em muitas situações a proteção necessária é prestada pelas regras da responsabilidade contratual. Em resumo, para poder estabelecer se dois ou mais ordenamentos jurídicos numa determinada questão realmente se distinguem, deve-se partir do conflito concreto e dos interesses que estão em jogo. SCHMIDT, 2011, p. 737-738.

²⁹⁶ FRAZÃO, 2011, p. 751-752.

No que mais interessa a este trabalho – a forma de tratamento dos danos ressarcíveis e interesses tutelados – é imprescindível mencionar as três cláusulas gerais de responsabilidade do direito alemão:

- (i) a do § 823, I, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei;
- (ii) a do § 823, II, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação de norma de proteção estabelecida em favor de outrem; e (iii) a do § 826, correspondente a *iniuria romana*, que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes²⁹⁷.

Em resumo, a partir deste quadro normativo, o modelo alemão ficou conhecido pela peculiaridade de especificar os interesses protegidos pelas normas de responsabilidade civil. Por fim, outro aspecto curioso do modelo alemão é que a expansão da responsabilidade civil, ao contrário de se apoiar nos §§ 823, II, e 826, do BGB, ocorreu principalmente por meio do § 823, I, mediante a criação de outros direitos, tais como o direito geral da personalidade, o direito de exercer empresa e o direito de manter o emprego diante de terceiros²⁹⁸.

Apresentados alguns brevíssimos aspectos do o modelo alemão, típico e um tanto mais restritivo, passa-se, então, a tratar do modelo francês, que serviu de inspiração para a legislação brasileira.

O *Code Civil* francês de 1804 (Código Napoleão)²⁹⁹, considerado o primeiro monumento jurídico dos tempos modernos, inspiração permanente dos que o seguiram, refletiu o pensamento liberal consagrado na Revolução Francesa, com a obsessiva busca da proteção da liberdade

²⁹⁷ FRAZÃO, 2011, p. 752.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 754.

²⁹⁹ Sylvio Capanema de Souza atribui a Savatier a seguinte frase: “Nós sabemos que o Código Civil merece o nome de Código Napoleão: Ele é a obra da vontade de um homem: Bonaparte”. SOUZA, Sylvio Capanema. O código napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 7, n. 26, 2004, p. 37. Francisco Amaral detalha que “O Código Civil passou a denominar-se, em 1807, Código de Napoleão, depois, novamente, Código Civil dos franceses, em 1814, e, finalmente, Código de Napoleão, em 1852. Contém as premissas filosóficas de toda a legislação burguesa, sendo o modelo específico das relações entre o humanismo jurídico da ideologia e do espírito da Revolução Francesa”. AMARAL, 2003, p. 125.

e da propriedade individual, por meio da limitação do poder absoluto dos governantes através da lei (único instrumento jurídico capaz de limitar a liberdade das pessoas)³⁰⁰.

Sua redação “coube a uma comissão de quatro juristas: Trochet, Bigot de La Préameneau, Maleville e Portalis, nomeada em 1800. O projeto foi discutido no Conselho de Estado, em numerosas sessões, presididas, na maior parte, por Napoleão, que interveio nos debates”³⁰¹.

A partir de então, surge o pensamento codicista, com a supervalorização do poder dos Códigos, dando início à era positivista. Como ponto alto da era das grandes codificações, o Código Napoleônico exerceu larga influência em todos os códigos do século XIX e em alguns do século XX, a exemplo dos Códigos da Itália (o de 1865), da Espanha, Bélgica, Egito, Argentina, Chile, México, Peru e Venezuela³⁰². No Brasil, como se verá adiante, o Código Civil de 1916 guarda inúmeras afinidades com o Código de Napoleão, muito embora, em alguns pontos, tenha seguido rumos diversos, a exemplo da aquisição da propriedade por ato intervivos, aproximando-se do Código Alemão³⁰³³⁰⁴.

A respeito da responsabilidade civil, de acordo com Adelaide Menezes Leitão, “a responsabilidade delitual na codificação francesa assenta num princípio geral cuja validade universal era considerada, à altura, indiscutível, pois assentava na razão e na justiça”³⁰⁵, e prossegue:

O modelo napoleônico assenta na *faute*, que a doutrina francesa faz corresponder a diferentes realidades. À culpa, à ilicitude, à ilicitude e à culpa e, porventura, a aspectos relacionados com o nexo de causalidade. Esta indefinição conceptual é posteriormente exportada para os Códigos civis de

³⁰⁰ SOUZA, 2004, p. 39.

³⁰¹ GOMES, 2010, p. 48.

³⁰² GOMES, loc. cit.

³⁰³ SOUZA, op. cit., p. 41.

³⁰⁴ Pontes de Miranda compara brevemente o BGB e o Código Civil de 1916: “Se compararmos com o *Bürgerliches Gesetzbuch* da Alemanha, parece-nos que houve, na lei alemã, sobrecarga de regras jurídicas, e, talvez realmente, fosse possível, hoje, simplificar-lhe a estrutura e a massa de dispositivos. Mas, certo é, também, que a simplicidade do Código Civil brasileiro não se conseguiu sem prejuízo da sua relativa plenitude. Tem. 1.807 artigos, curtos e com poucos parágrafos, e 21 de Introdução”. Certo é que o “Código Civil não foi cópia servil de nenhum Código”. MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 91-92.

³⁰⁵ LEITÃO, 2009, p. 51.

modelo napoleónico nos quais se assiste à alternativa entre uma referência expressa à culpa ou à ilicitude na formulação das grandes cláusulas gerais de responsabilidade delitual. Para os que fundem a ilicitude e a culpa na *faute*, esta corresponderia ao incumprimento de um dever, que o agente pode conhecer e observar, e comporta um elemento objetivo – dever violado – e um elemento subjectivo – a imputabilidade ao agente. Para a doutrina francesa, a violação de deveres legais implica responsabilidade civil³⁰⁶.

Tem-se, dessa forma, um dever geral de não causar danos com *faute* a outrem. Não pressupõe a violação de normas jurídicas concretas ou de direitos subjectivos, o que faz compreender uma dimensão generosa do dano indenizável³⁰⁷.

Na mesma linha, Ana Frazão explica que o modelo de responsabilidade civil francês foi elaborado a partir da influência direta do jusnaturalismo moderno, que vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressaratória e à culpa. O Código Civil francês baseou-se essencialmente em duas cláusulas gerais³⁰⁸, que culminaram no princípio básico da culpa (*faute*) como fundamento da responsabilidade civil. Nessa linha, explica Capanema:

A regra moral elementar, consubstanciada no princípio “*neminem laedere*”, foi consagrada no art. 1382 do Código francês, assim como a sanção, diante da violação, funcionando, assim, como uma regra geral, já consagrada desde os canonistas. Preocupou-se o Código com a organização técnica da responsabilidade civil, para sancionar o dever moral e determinar a regra de conduta³⁰⁹.

³⁰⁶ LEITÃO, 2009, p. 52.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 53-55.

³⁰⁸ O Art. 1.382 determina: “Todo fato causado pelo homem, que causa prejuízo a outrem, obriga aquele por cuja culpa este aconteceu, a reparar o dano.” E o art. 1.383 estabelece: “Todo homem é responsável pelo prejuízo que causou, não somente por seu fato mas também por sua negligência e imprudência.” No original : «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer(art.1382)*». E art. 1383 : «*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*».

³⁰⁹ SOUZA, 2004, p. 47.

Nos tempos napoleônicos, esclarece Moréteau, a responsabilidade civil era regulada em cinco artigos (1382 a 1836) de um capítulo intitulado “delitos ou quase-delitos”. Tais dispositivos continham cláusulas gerais que serviram de base para o desenvolvimento de abundante e formidável jurisprudência, tanto que estudiosos encontram na sua aplicação os melhores exemplos para ilustrar a criatividade da Corte e a interação entre professores e juízes na criação do Direito. E acrescenta que poucas mudanças legislativas foram feitas desde o advento do Código, sendo que quatro dos cinco artigos permanecem com a redação original.³¹⁰

A seu turno, Alvin Lima explica que o princípio fundamental da responsabilidade extracontratual, consubstanciado no art. 1.382 do Código Civil francês, é a culpa do agente causador do dano lesando o direito de terceiro. A responsabilidade objetiva, acolhida por alguns dispositivos legais, é exceção ao princípio geral fundamental³¹¹.

Por ser alicerçado na *faute*, consigna Frazão, é que o modelo francês é considerado principiológico ou conceitualista. Deveras, o Código Napoleônico não definiu a *faute* nem condicionou a responsabilidade civil à violação de direitos subjetivos ou de interesses previamente definidos. Por consequência, o modelo francês possui grande maleabilidade, até porque coube à jurisprudência, especialmente à Corte de Cassação francesa, um papel importantíssimo na construção dos pressupostos da responsabilidade civil, com a identificação da *faute* e a densificação dos requisitos específicos para o dever de indenizar³¹².

³¹⁰ MORÉTEAU, Olivier. France: French Tort Law in the Light of European Harmonization. **Law Reviews and Journals**, v. 6, n. 2, 2013, p. 760. Disponível em: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss2/15>. Acesso em jun. 2016. Tradução livre: *At the Napoleonic time, French tort law was codified in five Civil Code articles, articles 1382 to 1386 of a chapter entitled “Of Delicts and Quasi-Delicts.” These articles contain general clauses that have served as the basis for the development of a formidable and abundant jurisprudence. Law teachers find in this short chapter of Book III their best examples when they want to illustrate the creativity of the courts and the interaction of law professors and judges in the creation of the law. Legislative work has been very limited in the 150 years that followed the enactment of the Code civil des Français. Four of the five Code articles remain totally unchanged. Slight modifications were made to paragraphs 2 and following of article 1384, whilst paragraph 1, still in its vintage drafting, served as the unintended seat for the development of an overreaching doctrine of strict liability for damage caused by the act of a thing (fait des choses).*

³¹¹ LIMA, 2000, p. 266.

³¹² FRAZÃO, 2011, p. 750.

O legislador não pretendeu chegar a resultados precisos, deixando ao juiz a tarefa sempre delicada de calcular o valor da indenização e adotando a culpa como palavra-chave da responsabilidade civil, não lhe conferindo a precisão técnica dos termos jurídicos³¹³. Coube, portanto, à jurisprudência o papel de traçar parâmetros objetivos na responsabilidade civil. De todo modo, não obstante a criação de mecanismos de controle, o modelo francês mostrou-se idôneo e capaz para considerar como dano a violação de *qualquer interesse*, ainda que meramente econômico, desde que legítimo e certo³¹⁴.

Por isso, como discorre José Aguiar Dias:

a evolução do direito francês nos tempos modernos dispensa considerações mais longas. Basta recordar que se deu através da mais extraordinária obra de jurisprudência de todos os tempos. A tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e criando um direito rejuvenescido, foi tão impressionante que não há quem a desconheça, na audácia fecunda que é um dos encantos do gênio francês³¹⁵.

Ana Frazão arremata que “é inequívoca, portanto, a relação entre a estrutura flexível do modelo francês e a indeterminação dos interesses protegidos por meio da responsabilidade civil, o que possibilitou a sua fácil adaptação às transformações sociais pela via jurisprudencial”³¹⁶.

Ao analisar os modelos de responsabilidade civil francês e alemão, Van Dam assevera que o primeiro é mais genérico e frouxo, pois pensado para ser interpretado pelas cortes. Já o modelo germânico é mais estruturado e detalhista, propositadamente designado para limitar a liberdade das cortes e conferir maior segurança na aplicação das normas³¹⁷.

³¹³ SOUZA, 2004, p. 47.

³¹⁴ FRAZÃO, 2011, p. 750.

³¹⁵ DIAS, 2012, p. 23.

³¹⁶ FRAZÃO, op. cit., p. 750-751.

³¹⁷ VAN DAM, Cees. **European tort law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 135. Tradução livre: *The tort law provisions of the French Code civil are very general and loose, and were supposed to be interpreted by the courts in the spirit of the ideas emanating from the French Revolution. The tort law provisions of the German Bürgerliches Gesetzbuch are more structured and detailed; the BGB legislator designed the Tatbestand system to limit the freedom of the courts and to secure unity in the application of provisions.*

José Aguiar Dias deixa clara sua preferência pelo modelo francês: “O Código francês consegue assegurar, com seus artigos breves, precisos, proteção muito mais completa que os prolixos e minuciosos dispositivos do Código alemão, que ocupam o centro, entre os preceitos da doutrina tradicional e as exigências da vida econômica”³¹⁸.

Quanto à questão do dano e de sua vinculação com a violação de direitos e interesses previamente delimitados, os modelos se distanciam. Enquanto o modelo alemão é mais analítico e identifica os direitos e interesses protegidos de cuja violação decorrem danos, o modelo francês baseia-se na noção amplíssima de *faute*, não dando grande importância para tal parâmetro³¹⁹.

No âmbito da responsabilidade civil – assunto de especial interesse da presente dissertação – Antonio Junqueira Azevedo comenta que a teoria da responsabilidade civil no Código Civil de 1916 é totalmente derivada do Código de Napoleão. Igualmente, lembra que a evolução da responsabilidade civil, a partir de Josserand, levou os professores brasileiros à doutrina da responsabilidade objetiva³²⁰. Do mesmo modo, Capanema de Souza indica que o Código Napoleão serviu de indiscutível modelo para o sistema brasileiro de responsabilidade civil. Menciona o art. 159³²¹ do Código Civil de 1916 como exemplo de adoção da teoria subjetiva da culpa provada para se aferir a responsabilidade civil extracontratual, que até hoje se mantém no Código Civil de 2002, ainda que de forma atenuada, no art. 927³²², parágrafo único³²³.

Portanto, não se pode negar que, no fundamental campo da responsabilidade civil, o Código Civil francês de 1804 foi suporte e modelo para o Código Civil brasileiro de 1916, sendo certa a consagração

³¹⁸ DIAS, op. cit., p. 46.

³¹⁹ FRAZÃO, 2011, p. 760.

³²⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Influência do direito francês sobre o direito brasileiro**. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris, p. 193.

³²¹ 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.

³²² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

³²³ SOUZA, 2004, p. 47.

da regra moral e paradigmática do *neminem laedere*, segundo a qual a ninguém é dado causar dano a outrem³²⁴.

Com o mesmo entendimento, Fernando Noronha pontua que, ao se cuidar da responsabilidade civil numa perspectiva histórica, é possível enxergar a evolução do âmbito de proteção da norma. Em tempos passados, só eram reparáveis os danos que fossem designados na norma em vigor. A partir do Código Civil de 1916 (art. 159), verificou-se uma primeira grande ampliação, com o princípio segundo o qual todo o dano causado com culpa deveria ser reparado. Já a redação dada pelo Código de 2002 ao art. 186 significou a consagração de uma nova ampliação do âmbito de proteção das normas³²⁵. Para o doutrinador,

[...] em direitos da família romano-germânica, como o nosso, atualmente é possível dizer que são reparáveis quase todos os danos (pessoais ou a coisas, patrimoniais ou extrapatrimoniais, diretos ou indiretos) causados com culpa e também os mais importantes danos causados sem culpa e que, além disso, têm direito à reparação quase todas as pessoas que tiverem sido lesadas (cf. arts. 927 e 944) [...] ³²⁶.

De acordo com Cláudia Lima Marques, o sistema jurídico brasileiro é fruto de uma história colonial portuguesa, e foi sempre permeável a conceitos e ideias jurídicas estrangeiras. Autores alemães classificam o direito brasileiro como pertencente à chamada família romana de direitos, a quem se conferiu importância ao grande modelo legislativo do *Code Civil* francês de 1804³²⁷. E já que neste trabalho são utilizados diversos autores argentinos, convém mencionar, sobre o tema, a opinião de Zannoni. Conforme explica, na Argentina o ressarcimento do dano moral é geralmente reconhecido com amplitude, não havendo nenhum problema ou inconveniente em tomar esta posição. Preocupa-se, portanto, com a análise da vítima de ato danoso que tem afetado um bem jurídico de sua personalidade. Confirmando o que já se apresentou

³²⁴ STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 831, jan. 2005, p. 11-58.

³²⁵ NORONHA, 2013, p. 644.

³²⁶ NORONHA, loc. cit.

³²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 772.

anteriormente, Zannoni atesta que, em outras legislações (por exemplo na Alemanha, - §253, BGB e na Suíça – art. 47 do Código das Obrigações) se estabelece que o dano moral só é ressarcível nos casos expressamente previstos em lei. Norma parecida consta do art. 2.059 do Código Civil italiano de 1942, o que também se inferia do Código Civil brasileiro de 1916 (arts. 1.538 e 1.547 a 1.550)³²⁸. Ainda assim, a maioria das legislações contém uma norma geral que obriga ao ressarcimento do dano moral e – particularmente, no caso do Código Civil francês o critério amplo foi imposto por interpretação do art. 1.383, que alude genericamente ao dano³²⁹.

Para Schreiber, a experiência jurídica brasileira, embora partindo de uma noção abertíssima de dano – ante a própria ausência de definição ou limite legislativo –, vem sendo compelida a fechar-se de forma gradativa, em busca de uma noção menos abrangente de dano ressarcível, especialmente em relação aos danos extrapatrimoniais³³⁰.

Como quer que seja, fato é que o dano ressarcível, mesmo em sistemas abertos de responsabilidade civil, precisa obedecer a vários critérios ou requisitos para ser reconhecido, a exemplo da certeza quanto à sua existência, conforme visto no capítulo de abertura. Em sua concepção, trata-se do efetivo menoscabo, prejuízo, decorrente da lesão a interesse jurídico. Há, portanto, uma consequência que deriva de um ato lesivo.

Nos próximos tópicos, serão abordados aspectos que envolvem a verificação de novos danos suscetíveis de reparação, assim como suas consequências para o sistema de responsabilidade civil, com a necessária avaliação dos interesses tutelados; e a possível existência de um catálogo de danos extrapatrimoniais.

3.2 A AMPLIAÇÃO DOS DANOS SUSCETÍVEIS DE REPARAÇÃO

Consoante demonstrado ao longo do trabalho, o estudo do dano ressarcível, como verdadeiro eixo da responsabilidade civil, ganha corpo no direito nacional e estrangeiro.

O intérprete passa não somente a voltar o seu olhar à obrigação do ofensor de responder por sua culpa, mas também para a pessoa da vítima, e o seu direito à reparação pelos danos sofridos. Tal concepção, mais do

³²⁸ Muito embora seja importante deixar claro que, no Brasil, nunca se teve o mesmo problema da Itália, na seara do dano moral.

³²⁹ ZANNONI, 2005, p. 457.

³³⁰ SCHREIBER, 2013, p. 109.

que um mero jogo de palavras³³¹, representa a maior preocupação do civilista com o desenvolvimento de regras ou técnicas interpretativas que tenham o objetivo de indenizar por completo a vítima de um dano.

O novo paradigma solidarista da responsabilidade civil, explica Peteffi da Silva, passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada, fato que corresponde à “aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível”³³².

Fernando Noronha ensina que o fenômeno da ampliação dos danos suscetíveis de reparação traduz-se essencialmente “na extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais e na tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível”³³³. E prossegue:

O fenômeno da *objetivação*, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade sem culpa. O fenômeno da *coletivização* traduz o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade³³⁴.

Noronha imputa a esses três fenômenos – ampliação dos danos suscetíveis de reparação, objetivação e coletivização – o fato de que atualmente a responsabilidade civil geral não cessa de se avolumar, dada

³³¹ ZANNONI, 2005, p. 7. “No se trata de una mera cuestión de palabras. La idea de daño injustamente *causado* pone el acento en la antijuricidad del obrar humano que es causa del perjuicio. Por ese no responde quien ha causa el daño justificado por un obrar no antijurídico – *contra ius* – del autor. La idea de daño injustamente *sufrido* pone el acento, en cambio, en el menoscabo de todo derecho o interés del damnificado que sea considerado merecedor de protección, que será resarcible salvo que la lesión no quede justificado por un derecho o interés superior del lesionante, digno de tutela.

³³² SILVA, 2013, p. 73.

³³³ NORONHA, 2013, p. 565.

³³⁴ NORONHA, loc. cit.

a necessidade de tutelar adequadamente as vítimas de acidente e também a forte pressão social no sentido da reparação de todo e qualquer dano, ainda que não patrimonial³³⁵.

De modo semelhante, Anderson Schreiber, em estudo sobre os novos paradigmas da responsabilidade civil, apresenta dois prismas a respeito da evolução dos novos danos ressarcíveis. O primeiro, quantitativo, destaca o aumento do número de ações de ressarcimento, e tem por base o ocaso da culpa e a flexibilização do nexo de causalidade, “que geram como consequência evidente um maior grau de aceitabilidade de pedidos ressarcitórios”³³⁶. O segundo prisma, qualitativo, se volta para os novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva. De acordo com Schreiber, “o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, e, de outro lado, a verificação de danos demasiado abrangentes” passam a ser considerados dignos de proteção³³⁷.

Na doutrina francesa, a respeito da tendência da proliferação dos danos, Philippe le Tourneau:

As razões fundamentais dessa expansão contínua têm a ver com a cumplicidade objetiva de duas lógicas diferentes. De um lado, a lógica dos direitos do homem, os da segunda geração, conduz a prestar atenção aumentada às situações individuais, não somente às necessidades, mas também aos desejos dos indivíduos: toda frustração se torna prejuízo demandando um responsável. De outro lado, a lógica do mercado leva à multiplicação dos bens [...] aí compreendido o trabalho, aí compreendidos os sentimentos, aí compreendida a saúde e, em definitivo, a vida, o que desmente Malraux (em A condição humana: “a vida não vale nada, mas nada vale a vida”)³³⁸.

³³⁵ NORONHA, 2013, p. 565.

³³⁶ SCHREIBER, 2013, p. 84.

³³⁷ *Ibid.*, p. 84-85.

³³⁸ LE TOURNEAU; CADIET, 1998, p. 232. Tradução livre: *Les raisons fondamentales de cette expansion continue tiennent à la complicité objective de deux logiques différentes. D'un côté, la logique des droits de l'homme, ceux de la deuxième génération, conduit à prêter une attention accrue aux situations individuelles, non seulement aux besoins, mais aussi aux désirs des individus : toute frustration devient préjudice appelant un responsable. D'un autre côté, la logique du marché pousse à la multiplication des biens (V. G. Farjat, Droit privé de l'économie, 2/ Théorie des obligations, PUF, 1975, p. 439. – F. Terré et Ph.*

Portanto, não só o reconhecimento acerca da multiplicação de bens jurídicos, mas o aumento de situações individuais – interesses jurídicos – até então desconhecidas, servem como explicação para o reconhecimento da proliferação de danos ressarcíveis.

Sendo assim, é hora de apresentar e analisar o movimento doutrinário e jurisprudencial³³⁹ em torno da ampliação dos danos suscetíveis de reparação, fenômeno que não se confunde com a objetivação e coletivização³⁴⁰ dos danos, e investigar as diferentes formas de atingir tal intento, seja através da ampliação de conceitos clássicos, seja através da diferenciação, dotação de autonomia e criação de diferentes alcunhas. Em outras palavras, o que interessa efetivamente a esta pesquisa é a abordagem destes ditos novos interesses, com a eventual produção de novos danos, e as consequências para o sistema de responsabilidade civil.

Como explica Flaviana Rampazzo Soares, foi preciso “haver uma mudança de mentalidade, para que a existência de danos extrapatrimoniais fosse admitida com mais intensidade e que as vítimas de ofensas dessa ordem fossem amparadas com mais eficiência”³⁴¹. Trata-se, o aumento da proteção aos interesses imateriais da pessoa, de tendência mundial, não abrangendo os danos morais propriamente ditos,

Simler, Droit civil, Les biens, Dalloz, 4e éd., 1994, n° 42 : <<tout vaut tant>> (J. Carbonnier, Droit civil, t. 3 : Les biens, PUF, 10e éd. 1980, n° 5), y compris le travail, y compris les sentiments, y compris la santé et, en définitive, la vie, ce qui fait mentir Malraux (dans La condition humaine : <<la vie ne vaut rien, mais rien ne vaut la vie>>).

³³⁹ Ao tratar das novas espécies de danos, especialmente sofridos por consumidores, Sanseverino traça um resumo:

“A força dos novos fatos impôs uma mudança de perspectiva no sistema de responsabilidade civil, desenvolvendo-se novas regras e princípios para regular os danos provocados por acidentes de consumo. No início, foram soluções inovadoras da jurisprudência que, rompendo com o sistema tradicional, serviram de leading case para novos julgamentos. Mais tarde, coube à doutrina a sistematização dessas novas regras nascidas dos precedentes jurisprudenciais. Finalmente, a legislação buscou adaptar-se à nova realidade, consolidando as novas normas em leis especiais para regulamentação desse novo regime de responsabilidade civil”. SANSEVERINO, 2010, p. 12.

³⁴⁰ Para evitar que o trabalho fique demasiadamente volumoso, optou-se por delimitar o estudo dos novos danos (novos interesses) à esfera individual, deixando-se de tratar, propositadamente, a respeito dos danos morais coletivos, danos sociais, danos ambientais etc.

³⁴¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39.

mas todo e qualquer dano não patrimonial que seja juridicamente relevante ao livre desenvolvimento da personalidade³⁴².

Alberto Bueres, por sua vez, cita a erosão da escala de valores das sociedades burguesas do século XIX, o desenvolvimento do progresso tecnológico e as mudanças provocadas por um capitalismo mais humanizado como fatores relevantes que paulatinamente alargaram o âmbito do dano ressarcível. Traz, como exemplos, as lesões estéticas, psíquicas e à vida de relação, enquadráveis ou não em categorias autônomas de danos, e deixa claro que estes movimentos dão conta da ampla dimensão conceitual do dano moral, que não mais se fixa no tradicional *pretium doloris*³⁴³.

Ao elencar que uma das manifestações mais marcantes do avanço da responsabilidade civil hodierna relaciona-se com o surgimento de novos prejuízos indenizáveis, Peteffi da Silva aponta que o dinamismo com que novos bens tuteláveis são desvelados pela sociedade moderna acaba por implicar, inexoravelmente, discussões sobre os mecanismos mais adequados para reparar as lesões perpetradas a esses bens, o que vem a gerar a ampliação constante do conceito de dano indenizável³⁴⁴.

A partir desse novo enfoque, também impulsionado pelo avanço e complexidade da sociedade, surge, portanto, um novo fenômeno, decorrente, muitas vezes, de episódios limítrofes, reconhecido pela doutrina como suposta ampliação dos danos suscetíveis de reparação.

3.2.1 Casos polêmicos

Fernando Noronha expõe que, “em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais”³⁴⁵. Com a crescente importância da reparação dos danos sofridos pela vítima, “é evidente que vários danos que até então não eram

³⁴² SOARES, 2009, p. 39-40.

³⁴³ BUERES, 2001, p. 313.

³⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais: In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 379.

³⁴⁵ NORONHA, 2013, p. 566.

indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais passam a ser indenizados³⁴⁶.

Assim, prejuízos representados por quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis, fazendo com que Nancy Levit cunhasse a expressão “*ethereal torts*”³⁴⁷.

Foi a partir da necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação que fez surgir um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais³⁴⁸. Ocorre que, em relação aos danos extrapatrimoniais, dada a falta de precisão em relação ao seu conteúdo, há uma miríade de possibilidades de se enxergar a produção de eventos geradores de danos ressarcíveis. Nas próximas linhas serão abordados alguns casos difíceis em que se pode atribuir eventual alargamento dos danos suscetíveis de reparação.

Na França, ganhou ampla repercussão o *affaire Perrouche*, no qual a *Cour de Cassation* reconheceu o direito do filho da Sra. Perrouche, portador de grave deficiência em razão de rubéola contraída (e não detectada) durante a gravidez, de ser indenizado pelos danos decorrentes de seu próprio nascimento. Peteffi da Silva explica que o “*Arrêt Perruche*” foi o caso jurídico mais discutido do século XXI, ultrapassando em muito o âmbito jurídico. Em suas palavras:

[...] uma gestante que contraiu rubéola durante a gravidez requereu um exame para saber quais as chances de a doença aludida causar lesões ao feto. O médico responsável informou que a gestante estava imune à doença e que o bebê nasceria saudável. Um ano após o nascimento, a criança já apresentava graves seqüelas originadas pela rubéola congênita adquirida na vida intra-uterina. Esse caso ficou mundialmente conhecido como “*Arrêt Perruche*” e foi decisivo [...] para definir a

³⁴⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 73-74.

³⁴⁷ SILVA, 2013 p. 74.

³⁴⁸ NORONHA, op. cit., 566.

responsabilidade dos agentes pelos danos causados às próprias crianças excepcionais³⁴⁹.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes traz o caso do *préjudice de privation du confort*, de outubro de 2001, quando uma companhia aérea foi condenada a ressarcir o passageiro que teve de viajar na classe turística, embora sua passagem fosse de classe executiva, não só pelos prejuízos patrimoniais, mas também pelo dano extrapatrimonial³⁵⁰.

Da Itália, Guedes indica caso em que Tribunal de Roma invocou o chamado “dano existencial” para indenizar o dono de um cachorro pela piora em sua qualidade de vida decorrente da morte de seu animal de estimação³⁵¹. Ademais, demonstrando que os novos danos indenizáveis não se restringem aos danos extrapatrimoniais, Guedes traz caso de colisão de automóveis, em que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu que a mera *privação do uso* traduz um dano autônomo de natureza patrimonial que, apesar da falta de prova de prejuízos concretos e quantificados, deve ser ressarcido com recurso à equidade³⁵².

Schreiber, em sua obra, apresenta casos polêmicos, como o de um professor de direito eclesiástico que obteve reparação por ‘dano à sua identidade pessoal’, após ter, no curso de uma série de artigos jornalísticos, lhe sido atribuída uma posição científica que jamais adotara: “a de convencido entusiasmo em relação à eficácia afrodisíaca da raiz de

³⁴⁹ “A referida celeuma jurisprudencial foi responsável por uma das mais espetaculares reações doutrinárias, donde surgiram dois grandes grupos de opiniões contrárias, adotando os mais variados argumentos como fundamentação de suas posições. Os reflexos da decisão Perruche na sociedade civil não foram menores, e a capacidade de o aludido caso despertar opiniões apaixonadas nos mais variados setores da sociedade lhe rendeu a alcunha de “affaire Dreyfus” do século XXI. A pressão social não passou despercebida pelo legislativo francês que promulgou, em 4 de março de 2002, a célebre “Lei Anti-Perruche”, a qual em seu art. 1 I prescreve que “ninguém pode se prevalecer de um dano decorrente do simples fato do seu nascimento”. SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

³⁵⁰ GUEDES, 2011, p. 39-40.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 41

³⁵² GUEDES, loc. cit. A respeito do dano pela privação do uso, ver: SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 25, set./out., 2016.

ginseng”³⁵³. O autor cita também o posicionamento da corte alemã ao considerar “como dano à integridade física a negligente destruição de líquido seminal em banco de sêmen”, ressaltando a possibilidade de extensão do conceito de corpo para abranger também as partes dele destacadas³⁵⁴. Schreiber retira da doutrina e jurisprudência italianas uma gama de novos danos, ou novos termos, como o dano à vida de relação, dano pela perda de concorrenciaisidade, dano por redução de capacidade laboral genérica, dano sexual, dano hedonístico, dano de férias arruinadas, dano existencial de emissão de ruído, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de processo lento, dano de brincadeiras cruéis, etc. Do Brasil, discorre sobre casos em que a jurisprudência pátria tem se deparado como pedidos de indenização por ruptura ou desenvolvimento insatisfatório de relação familiares, rompimento de noivado, separação após notícia de gravidez, abandono afetivo, etc³⁵⁵.

O autor reconhece que “algumas destas novas espécies de dano correspondem, a rigor, não a novos danos, mas simplesmente a novas situações de risco ou a novos meios lesivos, cujo incremento é, de fato, inevitável no avançar do tempo”³⁵⁶. Eis o seu complemento:

Quem tem sua imagem divulgada de forma vexatória na internet ou transmitida para aparelhos celulares sofre, tecnicamente, dano à honra, o mesmo dano à honra que há muito se repara. Embora a divulgação se dê por um meio muito mais sofisticado e quase sempre mais lesivo do que os outrora conhecidos, não se pode identificar aqui uma nova modalidade de dano, sob o ponto de vista científico³⁵⁷.

Por outro lado, anota que, em tantos outros casos, há efetivamente um novo dano, isto é, um novo interesse, que passa a ser reconhecido como merecedor de tutela. O autor trata de decisões que venham a invocar danos à serenidade pessoal, à tranquilidade doméstica, à vida sexual, em que se alude a interesses de que, até muito recentemente, não se cogitava como “bens jurídicos tuteláveis pela via ressarcitória”³⁵⁸.

³⁵³ SCHREIBER, 2013, p. 98.

³⁵⁴ SCHREIBER, loc. cit..

³⁵⁵ Ibid., p. 93-94.

³⁵⁶ Ibid., p. 99.

³⁵⁷ Ibid., p. 101.

³⁵⁸ Ibid., p. 101-102.

Verificada, portanto, a ampliação dos danos suscetíveis de reparação, seja com o reconhecimento de que se trata de novos danos, novas nomenclaturas, ou ainda que apenas foram alterados os enfoques quanto aos bens e interesses jurídicos passíveis de indenização, surge a preocupação com a delimitação dos danos ressarcíveis. É o que prega Elena Vicente Domingo:

Actualmente, tenemos que replantearnos el concepto de daño, no en el sentido de crear uno nuevo, más complejo y más teórico, sino en el de deslizar el problema del concepto del daño al de su reparación. Efectivamente, hoy se está pidiendo a la Jurisprudencia y a la Doctrina, el establecimiento de pautas o criterios de reparación de los daños que aporten seguridad jurídica al sistema. En el fono, se trata de establecer los límites del daño reparable, pues desde el punto de vista jurídico la separación entre el daño y su reparación es un ejercicio puramente teórico. El daño que a los juristas interesa es el daño reparable que es el que se presenta como daño jurídicamente relevante³⁵⁹.

Em resumo, o que se percebe, portanto, é que existem diversas situações novas que podem se encaixar em conceitos clássicos de danos patrimoniais e extrapatrimoniais; outras, de outro lado, podem ser atribuídas à criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência³⁶⁰.

3.2.2 Catálogo de danos extrapatrimoniais

Como abordado no capítulo inaugural, não é simples a conceituação de danos extrapatrimoniais. Nesta parte da pesquisa, serão expostas algumas visões doutrinárias a respeito da existência de um catálogo ou categorias de danos extrapatrimoniais. O objetivo é de demonstrar a conformidade das eventuais classificações com a teoria geral do dano ressarcível e as consequências jurídicas da adoção de certas posturas, especialmente em relação à tentativa de considerar autônomas

³⁵⁹ DOMINGO, 2013, p. 82.

³⁶⁰ Schreiber transcreve a preocupação de Stefano Rodotà quanto à multiplicação de novas figuras de dano venham a ter como limite a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência. SCHREIBER, 2013, p. 96.

espécies de danos. Na linha do que pensa Iturraspe, a noção exata de dano serve não só para sua conceituação teórica ou precisão doutrinária, mas também para fins de reparação, como fator essencial para analisar as tendências à ampliação ou restrição do direito a ser indenizado³⁶¹.

Sanseverino é um dos autores brasileiros que reconhecem a crescente preocupação, no direito comparado, quanto à catalogação das diferentes modalidades de danos extrapatrimoniais, buscando-se, em última análise, a reparação cada vez mais completa dos prejuízos sofridos pela vítima do ato ilícito³⁶².

Ao elaborar estudo sobre os danos reflexos, Peteffi da Silva comenta que, no Brasil, os prejuízos desprovidos de conteúdo econômico são genericamente denominados de “dano moral”. No entanto, considerando a atual fase do direito brasileiro, já é possível uma discussão mais ampla e aprofundada quanto à existência de distintas categorias de danos extrapatrimoniais, valorizando-se os prejuízos efetivamente experimentados pela vítima, em toda sua extensão³⁶³.

O que se pode perceber é que a doutrina (e também a jurisprudência) trabalha com hipóteses de catálogos ou categorias de danos extrapatrimoniais, considerando-se estes – os danos extrapatrimoniais – como um gênero, a implicar a existência de algumas espécies, mas há quem prefira sistematizar os danos ressarcíveis de modo diferente, como se verá adiante.

Importante destacar, aliás, que não é novidade o reconhecimento da criação de novos danos mesmo que não haja a devida previsão legislativa. Nesse sentido, ao abordar a indenizabilidade por danos reflexos, leciona Peteffi da Silva que toda a construção da categoria “clássica” de dano reflexo extrapatrimonial deu-se sem sustentação

³⁶¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Estudios sobre responsabilidad por daños**. Tomo IV. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 1980, p. 15. Tradução livre: *La noción de daño, en orden a su reparación, a la existencia del presupuesto fundamental de la responsabilidad civil, y no en orden a su conceptualización teórica o precisión doctrinaria, tiene que ver con las tendencias a la ampliación o restricción de aquel derecho a ser indemnizado; con las razones que militan en una u otra postura: detener la catarata de damnificados, por un lado, y encontrar un victimario donde aparece una víctima, por el otro.*

³⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188.

³⁶³ SILVA, Rafael Peteffi da; SANTOS, Aline Ávila Ferreira dos. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. **Prisma Jurídico**, v. 12, n. 1, Enero./Junio, 2013, p. 95-129. São Paulo: 2013, p. 118.

legislativa específica, apoiando-se na doutrina e, principalmente, no labor dos tribunais pátrios. Por isso, reputa que não causa espanto algum a recepção jurisprudencial de outros casos de dano reflexo ou por ricochete, pois basta que os requisitos clássicos da ação indenizatória estejam presentes, dentro da conhecida abertura do nosso sistema de responsabilidade civil, para que exista a observação de outras hipóteses de danos extrapatrimoniais por ricochete³⁶⁴.

Portanto, o simples fato de não existir previsão normativa no sentido de proteger novas espécies³⁶⁵ de danos não constitui barreira intransponível à sua indenizabilidade, justamente em razão das cláusulas abertas presentes na lei.

A partir da constatação de que a responsabilidade civil não é estática, mas sim bastante dinâmica, estando em constante expansão, Gisela Sampaio da Cruz Guedes assevera que nos últimos tempos houve uma verdadeira (e assustadora) explosão de danos indenizáveis, não estando ela – a responsabilidade civil – restrita aos limites da dicotomia dano patrimonial/dano extrapatrimonial³⁶⁶. Para a autora, a teoria dos

³⁶⁴ SILVA; SANTOS, 2013, p. 115. Em artigo mais recente, Peteffi leciona: “O art. 948 do Código Civil de 2002, que praticamente repete o artigo 1.537 do Código Civil de 1916, assegura a indenização pelos danos reflexos, autônomos e independentes, sofridos por pessoas determinadas, em geral indivíduos muito próximos ao falecido, em caso de homicídio. Lembre-se que o legislador do Código Civil de 2002 incluiu, ao final do caput do art. 948, a expressão “sem excluir outras reparações”, conferindo abertura sistemática ao modelo de indenização brasileiro e explicitamente libertando a jurisprudência para aumentar o catálogo de danos indenizáveis”. SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziere. (Org.). **Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. (Vol. 8). p. 43.

³⁶⁵ Prefere-se não usar a expressão “novos tipos de danos”. Conforme visto no início deste capítulo, e na mesma linha do que defende Schreiber, a tendência mundial “hoje é a de se rejeitar a aplicação do princípio – ou da lógica – da tipicidade no que tange à definição dos danos ressarcíveis”. O caráter amplo e aberto dos sistemas de responsabilidade civil, a rigor, não permite tratar de tipos de danos

³⁶⁶ GUEDES, 2011, p. 36.

danos sofreu uma fragmentação com o surgimento e a expansão ou pulverização dos novos danos indenizáveis. Sob diferentes designações e desígnios, surge a cada instante a necessidade de serem revistas as categorias tradicionais de dano em que se funda a responsabilidade civil, pois novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a merecer tutela³⁶⁷.

Neste cenário, como resultado direto desse complexo processo e também em razão da crescente publicização da responsabilidade civil, inúmeras categorias de danos surgiram – e com estas outras tantas pseudocategorias – na tentativa de socorrer a vítima da melhor maneira possível (e, muitas vezes, também a qualquer custo, o que é um problema). Fala-se, hoje, em dano corporal, dano estético, dano à vida de relação, dano sexual, dano à capacidade laborativa, dano psíquico, dano existencial, dano de afirmação pessoal, dano à privacidade, dano por rompimento de noivado, dano de férias arruinadas, dano à imagem, dano de moto nova, dano por perda de uma chance, dano de privação de uso, dano institucional, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de brincadeiras cruéis, dano moral afetivo etc.³⁶⁸.

Ocorre que, muito embora de fato os danos extrapatrimoniais recebam normalmente a alcunha de danos morais, como se vem expondo, são muitas as nomenclaturas criadas com a evolução da responsabilidade civil.

Segundo Guedes, tal expansão dos danos indenizáveis, no entanto, trouxe sequelas para a responsabilidade civil. A primeira diz respeito à própria função da responsabilidade civil. Se, por um lado, essa mudança de foco denota uma preocupação justificada com a pessoa da vítima, por outro lado, a ideia exagerada de querer protegê-la a todo e qualquer custo traz como consequência o risco de a responsabilidade civil se transformar em uma falaciosa panaceia, mediadora dos problemas sociais, ou, pior do que isso, em um instrumento eficaz de distribuição de riquezas. Nessas hipóteses, estaria se desvirtuando a sua função reparatória³⁶⁹.

³⁶⁷ GUEDES, 2011, p. 36-37.

³⁶⁸ *Ibid.*, 37-38.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 43.

A segunda sequela é que essa explosão de danos indenizáveis, que deveria ter sido acompanhada de uma revisão das tradicionais categorias de dano, ocorreu de forma abrupta e irregular, trazendo dificuldades à qualificação dos danos. Segundo Guedes, não é difícil de se perceber que alguns desses “novos danos” estão sendo enquadrados na categoria errada, sendo que muitos deles nem sequer chegam a constituir uma nova categoria. Explica que, a bem da verdade, alguns são meras novas situações lesivas, sendo o dano o mesmo. Há, porém, aqueles que são, de fato, novos interesses cujo merecimento de tutela vem sendo submetido ao Poder Judiciário. Por isso, como cada categoria de dano tem um sistema indenizatório próprio, ainda que haja regras comuns a todas as espécies, qualificar errado significa, no mais das vezes, reparar mal. Cita, por exemplo, o dano moral sofrido pela pessoa jurídica, que nada tem a ver com o dano moral sofrido pela pessoa humana, mas que vem sendo tratado tal qual, como se a pessoa jurídica também tivesse dignidade³⁷⁰. Há quem prefira, por exemplo, chamar de danos institucionais os prejuízos sofridos pelas pessoas jurídicas, atribuindo os danos morais somente às pessoas humanas, em contraponto à súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça³⁷¹.

Guedes expõe que nos países em que o legislador restringiu, no próprio Código Civil, as hipóteses de incidência do dano moral, como aconteceu em Portugal e na Itália, “a tradicional dicotomia ‘dano patrimonial/dano moral’ (em sentido estrito) revelou-se incapaz de abarcar a complexa realidade do homem como pessoa humana, carecido de adequada e satisfatória tutela jurídica”³⁷², fato que impulsionou o surgimento de novos danos, a exemplo do dano corporal – também designado dano à saúde e, sobretudo na Itália, dano biológico – capaz de abranger toda uma panóplia de espécies de danos respeitantes ao “homem-pessoa”³⁷³. Ao que parece, a autora critica a dicotomia dano patrimonial e dano moral quando a este imputam uma visão apequenada³⁷⁴. Dá conta, portanto, de que, em outros países, estes

³⁷⁰ GUEDES, 2011, p. 43-44.

³⁷¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008. STJ, Súmula: 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

³⁷² GUEDES, op. cit., p. 46.

³⁷³ GUEDES, loc. cit.

³⁷⁴ “Nesses países, o enquadramento e a articulação das consequências lesivas de um fato entre estas duas figuras que compõem a mais badalada dicotomia da responsabilidade civil levou a que numerosas lesões tivessem sua reparação

diferentes danos, com outros rótulos, surgiram da visão inicialmente restritiva dos danos morais.

Prosseguindo, Guedes ressalta que as categorias fragmentárias de danos, que geralmente são tratadas sob o desígnio de dano corporal, acabam sendo – de uma forma ou de outra – bem enquadradas no âmbito do dano moral como elementos que facilitam sua avaliação. Não há necessidade da criação de uma nova figura na tipologia dos danos³⁷⁵.

Ainda que o conceito de dano moral não seja simples, pois depende muito da corrente que se adote, pode-se concluir que, no Brasil, a percepção do dano moral é suficientemente elástica para suprir a necessidade de criação de muitos dos novos danos aventados pela doutrina no exterior. Por isso, Guedes opina que a dicotomia dano patrimonial/dano extrapatrimonial precisa ser revista, sim, mas, no ordenamento brasileiro, apenas para que passe a atender a novas figuras que realmente não se enquadrem na moldura do dano patrimonial, nem do dano moral em sentido estrito.

Muito embora se possa concordar com toda a argumentação trazida pela autora, sua conclusão parece inadequada, pois não há necessidade de revisão da dicotomia dano patrimonial/dano extrapatrimonial. Se houver dano ressarcível – e essa é outra discussão – certamente ele será encaixado dentro da moldura do dano patrimonial ou do dano extrapatrimonial. Neste caso, basta que se tenha uma ideia ampla do conceito de dano extrapatrimonial. De modo similar, na Espanha, Miquel Martín-Casals denomina “princípio da vertebração” das indenizações esta divisão entre os prejuízos morais e patrimoniais, especialmente para fins de quantificação dos danos. Tal doutrina, que foi adaptada à legislação espanhola³⁷⁶, se preocupa em separar claramente as consequências

excluída ou, pelo menos, fortemente condicionada. Na prática, foi o que ocorreu com as lesões cujos efeitos incidiam sobre múltiplas vertentes e aspectos da integridade física e psíquica do indivíduo – embora não afetassem seu patrimônio, tampouco ensejassem dano moral naqueles ordenamentos –, às quais os textos constitucionais paradoxalmente se revelavam generosos, garantindo-lhes uma tutela geral, ampla e sem reservas. O reconhecimento do dano corporal, por parte da doutrina, como figura autônoma e independente, colocou em crise todo este sistema assente na tradicional dicotomia “dano patrimonial/dano moral” (em sentido estrito). *Ibid.*, p. 48.

³⁷⁵ GUEDES, loc. cit.

³⁷⁶ Para melhor compreensão do “baremo” espanhol, sugere-se a leitura de: MARTÍN-CASALS, Miquel. **Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)**. Líneas generales de los trabajos de la “Comisión de expertos”. Barcelona, Octubre, 2012; MARTÍN-CASALS, Miquel. Sobre la

estritamente pessoais, referidas ao dano moral, das consequências patrimoniais.

3.2.3 A celeuma do direito italiano e a desnecessária importação de seus termos

Dada a relevância da matéria e em razão das peculiaridades do sistema jurídico italiano, especialmente no que toca ao *danno risarcibile*, é válido tecer algumas palavras de modo destacado sobre aquele modelo de responsabilidade civil.

Quanto ao dano ressarcível no direito italiano, Judith Martins-Costa comenta que o desenvolvimento das expressões “dano à pessoa”, “dano à saúde” e “dano biológico” deveu-se à necessidade de ultrapassar a norma de clausula do art. 2.059, segundo o qual admitia a indenizabilidade dos danos não-patrimoniais somente quando consequência de um fato que tipifique um crime³⁷⁷. De acordo com Flaviana Rampazzo Soares, o art. 2.059 do Código Civil Italiano prevê que o dano extrapatrimonial deve ser indenizado apenas nos casos previstos em lei, e o art. 185 do Código Penal italiano expressa, em síntese, que o dano que tenha sido causado por uma conduta criminosa obriga o culpado ou o responsável a indenizar³⁷⁸. Com isso, o sistema italiano adquiriu um caráter bastante fechado, ainda mais restrito do que o BGB. Foi em razão dessa limitação que a doutrina e a jurisprudência italianas encontraram na Constituição a janela que permitiu a formação de uma nova *fattispecie*, denominada dano biológico, capaz de hospedar quase todos os danos extrapatrimoniais que estivessem conexos a qualquer lesão ao bem jurídico saúde, entendido em seu mais amplo

Propuesta del nuevo “Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”: exposición general y crítica. **Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.** Disponível em: <file:///C:/Users/danie/Downloads/Dialnet-SobreLaPropuestaDelNuevoSistemaDeValoracionDeLosDa-5405738.pdf>. Acesso em out. 2016.

³⁷⁷ Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. In: MARTINS-COSTA Judith (Org.), **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 418.

³⁷⁸ SOARES, 2009, p. 41.

sentido³⁷⁹. Em seguida, o sistema italiano passou a ressarcir figura mais ampla, denominada *danno ala salute*, expressão que transcende o caráter médico-legal do *danno biologico*, com conteúdo mais amplo e fundamento constitucional³⁸⁰.

Trata-se, segundo Soares, de importante passo para desvincular o dano à saúde das amarras do art. 2.059 do Código Civil italiano, pois não condicionou o dever de indenizar um dano imaterial à existência de ilícito penal³⁸¹. Schreiber prossegue afirmando que “esta construção civil-constitucional elaborada em prol da tutela da saúde estendeu-se, rapidamente, a outros interesses inerentes à pessoa humana que, situados no âmbito de aplicação do art. 2.043 (dano injusto), passaram a requerer reparação também à luz da Constituição”³⁸².

Mas não é só. Além dos danos biológicos e danos à saúde, os italianos elaboraram o mesmo raciocínio, invocando novamente a Constituição Federal, para reparar uma categoria autônoma de dano, chamada “*danno esistenziale*”, definida como a lesão a qualquer aspecto existencial da pessoa³⁸³. Schreiber dá conta de que, muito embora a nova modalidade de dano tenha enfrentado dificuldades no seu enquadramento sistemático, hoje, o foco das discussões se volta para a impressionante amplitude do dano existencial.

Pela própria evolução da matéria na experiência italiana, objeções severas à figura do *danno esistenziale* têm sido raras. Diante de um passado restritivo, a atual possibilidade de ampliar os antes rígidos limites do ressarcimento é vista, de forma geral, como uma saudável inovação. Os precursores da nova modalidade de dano parecem

³⁷⁹ Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. In: MARTINS-COSTA Judith (Org.), *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 418.

³⁸⁰ SCHREIBER, 2013, p. 102. E complementa: O dano à saúde provocou acirradas discussões em torno do seu posicionamento na tipologia dos danos ressarcíveis à luz da experiência italiana. De fato, a bipolaridade, que enxergava no art. 2.043 a regra de ressarcimento dos danos patrimoniais e no art. 2.059 a norma de reparação dos danos não patrimoniais, acabou substituída por um “sistema tripolare”, que inseria sob o primeiro preceito também o dano à saúde, que, à margem de discussões sobre seu caráter patrimonial, extrapatrimonial ou de *tertium genus*, configurava dano injusto por violar diretamente o art. 32 da Constituição italiana. *Ibid.*, p. 114.

³⁸¹ SOARES, *op. cit.*, p. 42.

³⁸² SCHREIBER, *op. cit.*, p. 114.

³⁸³ *Ibid.*, p. 114-115.

mesmo festejar sua generalidade. Preocupações com a expansão excessiva do *danno esistenziale* têm, contudo, se verificado mais recentemente, sobretudo em sede doutrinária, onde não se tem deixado de registrar a inexaurível capacidade de advogados e magistrados para ‘inventar’ novas espécies de dano. O temor que vêm experimentando os juristas italianos nos dias atuais é justamente o de que a consagração do *danno esistenziale* conduza ao acolhimento de toda as demandas indenizatórias, sem o devido cuidado com a identificação e seleção dos interesses juridicamente tutelados³⁸⁴.

Flaviana Soares conceitua o dano existencial como “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”³⁸⁵. Diferencia-se do dano moral propriamente dito, pois esse é “essencialmente um sentir”, enquanto aquele é a alteração relevante da qualidade de vida, em “ter que agir de outra forma” ou “um não poder fazer mais como antes”³⁸⁶.

No Brasil, Teresa Ancona Lopez não há muito tempo se propôs a questionar se é possível e necessária a introdução da figura do dano existencial como um novo tipo de dano moral ou se o conceito de dano moral puro já é suficiente para resolver todos os problemas ligados à lesão psicofísica do indivíduo lesado³⁸⁷. Após apresentar o instituto como “aquela lesão que compromete as várias atividades através das quais a pessoa atua para plena realização na esfera individual”³⁸⁸ e que “seus efeitos comprometem as realizações do interesse da pessoa quotidianamente nas várias áreas de sua atuação, comprometendo sua qualidade de vida”³⁸⁹, Lopez pretende esclarecer que o dano existencial não se confunde com outros tipos de dano. Valendo-se das diretrizes italianas, diz que o dano moral não se confunde com o dano existencial, pois “é essencialmente o sentir e o dano existencial é um não poder”, de

³⁸⁴ SCHREIBER, 2013, p. 116-117.

³⁸⁵ SOARES, 2009, p. 44.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 46.

³⁸⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 287-304, jan./mar. 2014.

³⁸⁸ LOPEZ, 2014, p. 291.

³⁸⁹ LOPEZ, loc. cit.

modo que “o dano moral é interno e subjetivo e o dano existencial é externo e objetivamente constatado, porquanto o que há é o comprometimento das atividades de realização”³⁹⁰. Já o dano psíquico “é da esfera psicológica e moral. Não se iguala dano existencial com *stress* depois do ato ilícito, mas pode haver nexos causal entre os dois: o *stress* é o dano-evento e o dano existencial é o dano-consequência”³⁹¹. Em seguida, depois de apresentar alguns exemplos que reputa atuais de danos à pessoa no plano existencial, tece suas conclusões:

No Brasil, o nosso dano moral, tanto subjetiva quanto objetivamente considerado, pode ser invocado sempre que houver lesão que envolva a pessoa. Em princípio está resolvido.

Todavia, pensamos que, no caso de determinadas e graves ofensas à pessoa, o dano existencial configura melhor a proteção à dignidade do ser humano individual e socialmente. Podemos lembrar que o *bullying*, a homofobia e outras formas de discriminação da sexualidade alheia, o racismo, a invasão da intimidade, etc., são típicos danos ao bem-estar e aos prazeres da vida, ou seja, atrapalham a realização humana em sua potencialidade, pois voltados para o futuro³⁹².

Percebe-se, portanto, que Lopez flerta com o instituto do *dano existencial*, muito embora reconheça que a visão brasileira sobre o dano moral seja suficiente para proteger os casos que envolvam lesão à pessoa.

Sobre o assunto, Judith Martins-Costa afasta qualquer confusão quantos aos termos utilizados no direito italiano, pois reconhece que as circunstâncias peculiares daquele sistema não devem confundir o comparatista, sendo indevida a mera transposição conceitual, uma vez que não há, no direito brasileiro vigente, limitação ao reconhecimento do dano moral e à formação de *fattispecies*. Sendo a matéria regulada por

³⁹⁰ LOPEZ, 2014, p. 293.

³⁹¹ LOPEZ, loc. cit. A autora segue a mesma lógica para tratar do dano biológico: “O mesmo acontece com o chamado dano biológico (a saúde e a integridade física) (sic), expressamente previsto na lei italiana como dano extrapatrimonial. Evidentemente, o dano biológico evento pode gerar dano à existência digna (consequência). Como podemos observar, o dano existencial é sempre dano-consequência (ou dano-prejuízo). Ele só existirá se algum fato danoso (dano-evento) o anteceder”.

³⁹² LOPEZ, op. cit., p. 301.

meio de cláusulas gerais, não se verifica o repúdio à expressão dano moral, como ocorreu no direito italiano³⁹³.

Resta claro, portanto, que, no mínimo, as peculiaridades do sistema jurídico italiano forçam o jurista a transportar suas acepções para o modelo brasileiro com muita cautela. Está-se de acordo com aqueles que pensam que o sistema brasileiro de responsabilidade civil pode dispensar a importação das soluções encontradas pela doutrina italiana, pois não conta com os mesmos problemas, seja de ordem normativa, seja de cunho interpretativo.

3.2.4 A guerra de etiquetas no direito argentino

A constante referência, nesta pesquisa, ao direito argentino se explica. A doutrina é farta ao destacar o problema dos novos prejuízos, novas nomenclaturas e eventual autonomia destes novos danos. A carência de doutrina dedicada ao tema no Brasil força a procura de soluções em outros países. E a literatura jurídica argentina logra êxito nesta empreitada.

Tratando dos danos à pessoa, Zavala de González apresenta muito bem a questão, ao expor que existe uma concepção que, buscando configurar uma reação científica contra a indiferença e a neutralidade do Direito, determinou que lesões que afetam intrinsecamente a pessoa se concebiam como prejuízos “novos”, diversos dos danos morais. Tal corrente visualiza o “dano à pessoa” como gênero e o “dano moral” como uma de suas espécies, reduzindo-o ao seu papel de dor, sofrimento, tristeza, angústia e desolação. O dano à pessoa abarcaria diversos menoscabos, distintos do dano moral: estético, biológico, psíquico, sexual, à vida de relação, aos projetos de vida... assim, o prejuízo à pessoa engendraria um elenco de novos danos³⁹⁴.

A autora faz referência à opinião de Jorge Mosset Iturraspe, que escreveu um artigo tratando dos “*daños a la persona*” e denominando de

³⁹³ “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. In: MARTINS-COSTA Judith (Org.), **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 419.

³⁹⁴ Com essa opinião, Mosset Iturraspe, que defende que os ditos danos patrimoniais e morais são meras amostras do legislador, não esgotando o catálogo de danos. Com isso, se possibilitaria incorporar, com autonomia, os novos danos. MOSSET ITURRASPE, **El valor de la vida humana**. Bublinzal-Culzoni: Santa Fe, 1996, p. 21, notas 12 y 14 e p. 28, nota 34 apud ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 26-27.

“guerra de etiquetas” ou “guerra das autonomias” essa questão a respeito dos novos danos. O autor se posiciona contra a dicotomia “dano material e dano moral” e favoravelmente à catalogação de diferentes danos à pessoa em uma ou outra categoria, segundo sua índole ou natureza, a exemplo do dano estético, dano à identidade pessoal, dano à intimidade, dano à vida de relação, dano biológico, dano psíquico, etc.³⁹⁵.

Iturraspe, após brevemente analisar a situação dos novos danos em outros países, conclui que a aparição do dano à pessoa representa um avanço positivo para o estudo do direito, significando um reconhecimento do valor humanidade e o deslocamento da pessoa humana para o centro do direito. Com isso, levam-se em conta todos os aspectos que a pessoa humana dispõe: físicos, psíquicos, individuais, sociais, familiares, relativos à capacidade de contemplação, de gozo, de sentir, de amar, etc.³⁹⁶

A partir dessa discussão, a autora cordobesa questiona se existem danos à pessoa distintos dos danos morais em si, ou se procede enquadrá-los dentro deles, e quais são as derivações de uma ou outra alternativa para fixar o ressarcimento apropriado³⁹⁷. De antemão, se posiciona pela impossibilidade de “terceiras categorias” de danos. Ainda que a concepção impugnada tenha servido para sacudir a inércia de posturas injustas, e seja parcialmente aproveitável, pois de algum modo influenciou para atualizar técnicas de reparação, não se deve descartar as noções clássicas sobre nocividade econômica e espiritual³⁹⁸.

Para ela, não se trata apenas de simples determinação de gênero e espécies. É certo que, para a primeira orientação, haveria inúmeras espécies de danos à pessoa, isto é, indefinidas categorias, a depender da imaginação dos intérpretes. Neste ponto, Zavala de González cita Messina de Estrella Gutiérrez, que inclui dentro do conceito de “vida”: a existência desde o começo ao fim, a saúde, a integridade psicofísica, a disposição do próprio corpo e do cadáver, a imagem, a voz, a estética, a identidade, entre outros. A respeito da “dignidade”, inclui a honra, a

³⁹⁵ MOSSET ITURRASPE. El daño fundado em la dimension del hombre en su concreta realidad. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996, p. 40.

³⁹⁶ MOSSET ITURRASPE, 1996, p. 44.

³⁹⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 26.

³⁹⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, loc. cit.

reputação, a privacidade, a intimidade, a vida familiar, o segredo, a liberdade, a igualdade³⁹⁹.

Para Zavala de González, há sinonímia entre alguns dos ditos interesses jurídicos, o que acaba por gerar confusões, misturando elementos idênticos ou parecidos. Afinal, como diferenciar cabalmente vida de existência, saúde de integridade psicofísica ou incolumidade estética? Como introduzir alguma diversidade essencial entre honra e reputação, ou entre privacidade e intimidade?⁴⁰⁰

De todo modo, não se desconhece que a visualização de prejuízo às pessoas, de forma desprendida das categorias tradicionais, se viu inspirada por um objetivo elogiável: acentuar um maior elenco de prejuízos que podem afetar a pessoa, os quais se encontravam diluídos e indiscriminados dentro do dano moral. Assim, apesar de falências técnicas e indenizações incertas, esse descobrimento levou a captar e apreender com nitidez superior menoscabos injustos que antes eram vagos e imprecisos. Também é axiologicamente superior uma visão analítica do que global, quando esta mostra indiferença frente a categorias indispensáveis a compor a síntese⁴⁰¹.

Mais do que isso, dessa conjuntura verificam-se premissas ontológicas corretas: os prejuízos personalíssimos não se restringem a sofrimentos, assim como tampouco o dano patrimonial recai necessariamente sobre o dinheiro gastado ou deixado de ganhar. Não obstante, se se superam as indevidas diminuições dos menoscabos morais e econômicos, os chamados novos danos têm perfeito cabimento nos conceitos consagrados de danos morais e patrimoniais⁴⁰².

Por isso é que Iturraspe, mesmo se posicionando favoravelmente à autonomia destas novas categorias, reconhece a possibilidade de que os “danos à pessoa” possam acarretar consequências patrimoniais e morais (ou espirituais) e que umas ou outras possam ser traduzidas em indenização em dinheiro⁴⁰³.

Sobre o assunto, Zavala de González traz os ensinamentos de Osvaldo Burgos:

³⁹⁹ Daños a la persona en la personalidad profesional, en Las personas profesionales. Libro homenaje al doctor Luis O. Andorno, p. 206 y 207, apud ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 27.

⁴⁰⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 27.

⁴⁰¹ Ibid., p. 28.

⁴⁰² ZAVALA DE GONZÁLEZ, loc. cit.

⁴⁰³ MOSSET ITURRASPE, 1996, p. 44.

Con razón, Burgos critica la perseverancia con que se califican como “nuevos” a supuestos resarcitorios abarcados por los daños a las personas, y que desde hace décadas han sido objeto de elaboración conceptual (p. ej. el daño al proyecto de vida).

Igualmente atinada es la observación del mismo autor, en el sentido de que “el daño, en cuanto tal, resulta ser un dato más o menos objetivo de la plataforma fáctica, no susceptible de novedad [...] las consecuencias dañosas padecidas por el sujeto víctima de un hecho, se presentan en la realidad con anterioridad e independencia de su apreciación doctrinaria o de una particular decisión, de política, sobre su resarcimiento. Si a lo largo de la historia, se han multiplicado las fuentes aptas para la producción de daños y [...] se sigue ampliando la base de resarcimiento reconocido por el orden jurídico positivo; ello no implica, en modo alguno, la generación espontánea de daños inéditos sino, simplemente, su multiplicidad o diferencia de apreciación⁴⁰⁴.

No entanto, para Zavala de González, não há que se ignorar a transcendência prática que assume a captação cultural de formas de danos preexistentes na realidade. Por um lado, essa percepção é um canal apto para conferir consequências indenizatórias a manifestações nocivas – que de outra maneira não receberiam proteção jurídica. Por outro lado, posicionar esses fenômenos dentro de outros já conhecidos (categorias já consagradas, sem nenhuma relevante diferença) não é o mesmo do que conferir-lhes autonomia, ainda que em grau relativo, como partes destacadas das categorias clássicas. Este processo implica uma multiplicação bastante complexa, pois a completa quantia ressarcitória a se estabelecer para cada suposto fático dependerá de que se diluam ou se acentuem determinadas projeções danosas⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ BURGOS, 2005-2-398 apud ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 28.

⁴⁰⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 29. E complementa: En definitiva, el carácter de inédito puede no recaer en la sustancia intrínseca de los daños, sino en su reconocimiento por el Derecho como “resarcibles”. Aunque no obviamente, y sobre todo en tiempos de aceleradas elaboraciones, resulte impropio aludir a “novedades” científicas cuando ha transcurrido bastante tiempo desde su

Por isso é que não se pode concordar com a opinião de Iturraspe quando declara que o debate sobre as denominações dos danos e a discussão sobre a “guerra de autonomias” seja algo menor e que faria o intérprete perder a questão de fundo⁴⁰⁶. Ao que parece, o autor quer fazer crer que, aqueles que não concordam com a autonomia desta miríade de danos novos, perderiam de vista a necessária atenção para a proteção da pessoa humana⁴⁰⁷.

De acordo com Zavala de González, tradicionalmente as compensações por dano moral têm sido exíguas, ou, ao menos, reduzidas. A “aparición” de novos danos – que em rigor não são novos, mas sim a perfeita apreensão e acentuação científica de seus perfis nocivos – se erigiu em ferramenta para aumentar indenizações, a delinear melhor os prejuízos e captar uma nocividade mais densa e completa⁴⁰⁸.

Por tudo isso, concluiu que o chamado “dano à pessoa” tem sido ferramenta muito útil, mas que bastaria ampliar os conceitos de dano moral e material para cobrir perfeitamente os pedidos de reparação⁴⁰⁹. A doutrinadora faz questão de esclarecer que dita discussão – ao conceber os danos à pessoa como categorias independentes – não causaria preocupação se permanecesse como assunto de exclusivo enquadramento técnico. No entanto, a criação de danos com títulos apartados dos danos materiais e morais não é puro assunto de qualificações técnicas, mas sim leva a distorções indenizatórias em importantes aspectos⁴¹⁰, como se verá nos tópicos a seguir.

reparación, y las construcciones pertinentes han tenido difusión suficiente como para no reputarlas jurídicamente ignotas o recién descubiertas.

⁴⁰⁶ h) *La “guerra de etiquetas” o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la “guerra de las autonomías” o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o, por el contrario, se tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fono de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central.* MOSSET ITURRASPE, 1996, p. 44.

⁴⁰⁷ Vejam-se as seguintes conclusões: i) *El “daño a la persona” debe marchar en total armonía con los denominados “derechos humanos” y con los “derechos de la personalidad”*; j) *De poco sirven estas preocupaciones jurídicas si ellas no traen aparejada, para el hombre concreto, de cada comunidad, “una vija mejor”*. MOSSET ITURRASPE, 1996, p. 45.

⁴⁰⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 29.

⁴⁰⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, loc. cit.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

Jorge Bustamante Alsina é outro autor que, de maneira, coerente, sustenta o respeito às categorias já consagradas (patrimonial e extrapatrimonial). A respeito dos danos à vida de relação, eis seus apontamentos:

Se tem pretendido também que a lesão estética configure uma espécie particular de dano à vida de relação que existe toda vez que produz uma inferioridade na situação superveniente da vítima para integrar-se nas relações sociais. Contudo, acreditamos que estas derivações da lesão estética não podem se dissociar do dano patrimonial ou do dano moral, pois toda vez que, se desse fato aparecerem prejuízos a benefícios pecuniários ou padecimentos espirituais, se estará no âmbito de uma categoria ou outra de danos perfeitamente delimitados. Quando a repercussão da lesão estética que altera a aparência da vítima afeta a incolumidade de seu espírito pela insatisfação que produz a desfiguração do rosto ou deformação do corpo, o dano é extrapatrimonial e o ressarcimento compensatório deve ser proporcionado ante a intensidade do padecimento, integrando-se na totalidade da reparação do dano moral⁴¹¹.

Na mesma linha, Pizarro assevera que as lesões à integridade psicofísica, à estética, à vida de relação, constituem formas de lesividade que podem gerar (segundo a índole dos interesses afetados e das suas

⁴¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 678-679. Tradução livre: *Se ha pretendido también que la lesión estética configura una especie particular de daño a la vida de relación que existe toda vez que se produce una inferioridad en la situación superveniente de la víctima para insertarse en las relaciones sociales. Sin embargo, creemos que estas derivaciones de la lesión estética no pueden disociarse del daño patrimonial o del daño moral, toda vez que si ello apareja un detrimento de beneficios pecuniarios o comporta padecimientos espirituales entran en el ámbito de una u otra categoría de daños perfectamente deslindados. Cuando la repercusión de la lesión estética que altera la apariencia de la víctima afecta la incolumidad de su espíritu por la insatisfacción que produce la desfiguración del rostro o deformación del cuerpo, el daño es extrapatrimonial y el resarcimiento compensatorio debe ser proporcionado a la intensidad del padecimiento, integrándose en la totalidad de la reparación del daño moral.*

projeções – patrimoniais ou morais – suas consequências) dano patrimonial ou dano moral (ou ambos)⁴¹².

Chega-se ao mesmo resultado quando se analisam os danos psicológicos, outra espécie de dano a que já se tentou atribuir certa autonomia. Nesse sentido, valiosas as lições de Bustamante:

Ainda que se reconheça autonomia conceitual ao dano psicológico pela índole da lesão que se causa à integridade psicofísica das pessoas, isso não significa que tenha de ser individualizada como uma categoria ressarcitória autônoma para ser somada ao dano patrimonial ou ao dano moral. Sem dúvida que o bem afetado, ou seja, a psique da vítima, poderá acarretar em gastos médicos de uma intervenção cirúrgicas ou um tratamento terapêutico de recuperação. Também pode significar uma limitação ou restrição à sua capacidade de desenvolver atividades que resultem em benefício econômico (lucros cessantes, perda da chance, apreciados como uma diminuição de sua capacidade vital para realizar tarefas que produzam atividades comerciais⁴¹³.

Com razão, Bustamante dá conta de que autonomia conceitual não se confunde com o seu reconhecimento como categoria ressarcitória autônoma e, por isso, os prejuízos citados – decorrentes da afetação da psique da vítima – deverão fazer parte da reparação integral do dano patrimonial e também do dano moral avaliado em um ressarcimento total

⁴¹² PIZARRO, Ramón D. **Daño moral**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 85.

⁴¹³ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 678. Tradução livre: *Aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de las personas, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o al daño moral. Desde luego que el bien afectado, o sea la psiquis de la víctima, podrá dar lugar a los gastos médicos que suponen una intervención quirúrgica o un tratamiento terapéutico de recuperación. .. También puede significar una limitación o restricción a su capacidad de desarrollar actividades que redunden en beneficio económico (lucro cesante o pérdida de chance, apreciados como una disminución de su capacidad vital para realizar tareas que produzcan utilidades crematísticas).*

ou global de tudo quanto afete a incolumidade do espírito ou equilíbrio econômico da vítima⁴¹⁴.

Em suas palavras, a autonomia conceitual dos danos psicológicos não conduz a que se edifique uma categoria alheia aos âmbitos básicos (patrimonial e extrapatrimonial) sobre os que se consomem ou se traduzem os prejuízos indenizáveis⁴¹⁵. De igual modo, Bueres discorda da tese que distingue o dano moral do dano psicológico, pois operaria este na esfera do “raciocínio” enquanto aquele na esfera do “sentimento”. Para o autor, tal ideia é falsa, pois o dano moral abarca – ao lesionarem-se interesses – não somente as situações desfavoráveis que repercutem na capacidade sentir, mas também a capacidade de querer e entender (o que envolveria o raciocínio)⁴¹⁶. Em seu livro, ao seguir a mesma lógica, Bustamante aproveita para traçar as mesmas críticas em relação a outras espécies de danos, como o dano biológico e dano estético, como se vê:

A igual conclusão chegamos a respeito do chamado dano biológico, acerca do qual existe uma tendência na doutrina, e mais recentemente na jurisprudência, a se considerar um dano autônomo, ressarcível independentemente das consequências patrimoniais e não patrimoniais que derivam da lesão, entendendo por tal o que parte da base de uma integridade corporal que não permaneceu intacta e se projeta sobre as esferas não profissionais, incidindo no valor ‘homem’ em todas as suas dimensões, além de sua capacidade laborativa, como são a saúde e o prejuízo à vida de relação.

A crítica que fazemos a este suposto dano autônomo é a mesma que cabe se fazer aos chamados ‘dano estético’ e ‘dano psíquico’. A doutrina que os reconhece como tais não distingue ‘bem jurídico’ de ‘bem legítimo’.

⁴¹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, loc. cit. Tradução livre: *Todo ello debe formar parte de la reparación integral del daño patrimonial y también del daño moral valuado en un resarcimiento total o global de todo cuanto afecte a la incolumidad del espíritu o equilibrio emocional de la víctima*.

⁴¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA, loc. cit. Tradução livre: *La autonomía conceptual que reconocemos a este padecimiento no ha de conducir a edificaren ella una categoría ajena a los ámbitos básicos (patrimonial y extrapatrimonial) sobre los que se consuman o agotan los perjuicios indemnizables*.

⁴¹⁶ BUERES, 2001, p. 315-316.

É verdade que em tais casos a lesão recai na pessoa em si, em sua integridade psicofísica, causando prejuízos à beleza e harmonia corporal ou à normalidade de sua psique ou saúde, com as repercussões naturais nas relações sociais. Todos esses eventos são manifestações da pessoa humana que constituem valores existenciais e são juridicamente bens que satisfazem necessidade de existir do homem, e por isso são categorizados pelo ordenamento jurídico como direitos da personalidade. O substrato de todos eles satisfaz interesses legítimos, que são os que impulsionam ao homem realizar seu destino, e a lei os protege dinamicamente como direitos subjetivos, cuja violação permite à vítima convocar a jurisdição mediante o exercício de ação para restabelecer a integridade do patrimônio em caso de dano patrimonial, ou compensar o desequilíbrio emocional que afeta a incolumidade do espírito, em caso de dano não patrimonial.

Cabe perguntar-se, então, se verdadeiramente existe interesse jurídico em admitir um terceiro gênero de dano ressarcível, além do dano patrimonial e do dano moral⁴¹⁷.

⁴¹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 678. Tradução livre: *A igual conclusión hemos de llegar con respecto al llamado daño biológico, acerca del cual existe una tendencia en la doctrina, y más recientemente en nuestra jurisprudencia' a considerarlo un daño autónomo, resarcible independientemente de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales que de la lesión derivan, entendiendo por tal el que parte de la base de una integridad corporal que no ha quedado intacta y se proyecta sobre las esferas no laborales, incidiendo en el valor "hombre" en todas sus dimensiones más allá de su capacidad laborativa, como son la salud y el perjuicio a la vida de relación. La crítica que nosotros hacemos a este supuesto daño autónomo es la misma que cabe hacer a los llamados "daño estético", "daño psíquico". La doctrina que los afirma como tales, no distingue "bien jurídico" de "bien legítimo" '. Es verdad que en tales casos la lesión recae en la persona misma, en su integridad psico-física, dañando la belleza o armonía corporal o la normalidad de su psiquis o su salud, con las naturales repercusiones en las relaciones sociales. . Todos ellos son manifestaciones de la persona humana que constituyen valores existenciales y son jurídicamente bienes que satisfacen necesidades del existir del hombre, y por ello son categorizados por el ordenamiento legal como derechos de la personalidad. . El sustrato de todos ellos satisface intereses legítimos, que son*

Bustamante, portanto, não concorda com a autonomia dos danos psíquicos, biológicos ou estéticos⁴¹⁸. Segundo o autor, dentro do conceito de danos patrimoniais e morais restam compreendidos todos os que uma pessoa pode sofrer como consequência de uma lesão, seja ao patrimônio, seja à integridade psicofísica. Cabe ao Poder Judiciário a apreciação do montante global de tais danos, somando-se as categorias de acordo com a profundidade dos prejuízos correspondentes a cada um dos impactos sofridos. Em consequência, estimam-se os valores não mensuráveis para englobá-los em uma única compensação pelo total do dano não patrimonial (ou moral)⁴¹⁹.

Por sua vez, Calvo Costa não confunde em absoluto os bens jurídicos e a eventual caracterização de danos ressarcíveis de modo autônomo:

Por outro lado, quando se refere aos danos à pessoa, isto é, às consequências da violação de direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, sua saúde psicofísica, suas afeições espirituais legítimas e às que resultam na interferência em seu projeto de vida, pensamos que pode derivar destas lesões tanto dano patrimonial quanto dano moral. Não se pode esquecer que a integridade psicofísica, a saúde, o projeto de vida, etc. são simplesmente bens jurídicos. Nosso direito já não mais aceita um conceito de dano que consista na lesão a bens jurídicos, posto que – como

los que impulsan al hombre a realizar su destino, y la ley los protege dinámicamente como derechos subjetivos, cuya violación permite al afectado convocar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción para restablecer la integridad del patrimonio en caso de daño patrimonial, o compensar el desequilibrio emocional que afecta la incolumidad del espíritu, en caso de daño no patrimonial. Cabe preguntarse entonces si verdaderamente existe interés jurídico en admitir un tercer género de daño resarcible, además del daño patrimonial y del daño moral.

⁴¹⁸ Os danos estéticos no Brasil serão abordados com maior precisão a seguir.

⁴¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, loc. cit. Tradução livre: *Dentro del concepto de daños materiales y morales quedan comprendidos todos los que una persona puede sufrir como consecuencia de una lesión que ella sufra en su patrimonio o en su entidad psico-física. Los jueces pueden apreciar el monto global de esos daños sumando los rubros patrimoniales y juzgando la hondura de los padecimientos que correspondan a cada una de las afecciones sufridas, estimando en valores razonables esos daños no mensurables para englobarlos en una única compensación por el total del daño no patrimonial o moral*

vimos, essa acepção já foi amplamente superada. A saúde, assim como a estética, o projeto de vida, a vida de relação, a psique, etc., representam bens de caráter personalíssimo que resultam ser assentos de direitos subjetivos, mas não podem nem devem ser ressarcidos autonomamente e “per se”. Um dano terá sentido jurídico na medida em que, sem estar justificado, afete algum interesse e que, ademais, provoque consequências; caso contrário, nos encontraremos diante de menoscabos naturalísticos, mas não em frente a um verdadeiro dano em sentido jurídico⁴²⁰.

É o mesmo entendimento de Bueres ao criticar as propagandeadas autonomias dos danos estéticos, psíquicos e à vida de relação. Para o autor, tais concepções decorrem de uma incorreta conceituação do dano em sentido jurídico, pois se aponta aos bens deteriorados (integridade psicofísica em seus pressupostos) e não aos interesses atingidos. Portanto, existem argumentos sólidos para definir que se mostra equivocada a tentativa de transformar supostos novos danos, novos rótulos (novas nomenclaturas) em novas categorias indenizatórias autônomas.

3.3 O CASO DOS DANOS ESTÉTICOS NO BRASIL

No campo filosófico, a estética, do latim *aesthetica* e do grego *aisthethikós*, pode ser representada como o estudo das condições e dos

⁴²⁰ CALVO COSTA, 2012, p. 193 a 227. Tradução livre de: *En cambio, cuando se refiere a los daños a la persona, es decir, a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, estimamos que puede derivarse de la lesión a ellas, tanto daño patrimonial como moral. No podemos olvidar, que la integridad psicofísica, la salud, el proyecto de vida, etc., son simplemente bienes jurídicos. Nuestro derecho ya no acepta un concepto de daño que consista en la lesión a bienes jurídicos, puesto que – como vimos – dicha acepción ha sido ampliamente superada. Y la salud, al igual que la estética, el proyecto de vida, la vida de relación, la psique, etc., representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser asientos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente y “per se”. Un daño será tal en sentido jurídico, en la medida que, sin estar justificado, afecte algún interés y que, además, provoque consecuencias; caso contrario, nos encontraremos ante menoscabos naturalísticos pero no frente a un verdadero daño en sentido jurídico.*

efeitos da criação artística ou o estudo racional do belo, quer quanto à possibilidade de sua conceituação, quer quanto à diversidade de emoções e sentimentos que ele suscita no homem⁴²¹. No mais, significa a beleza física, plástica⁴²², senso relacionado à imagem de algo ou alguém.

Na concepção clássica, aristotélica, a estética é uma ciência prática ou normativa que dá regras ao fazer humano sob o aspecto do belo, tendo como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer), o belo⁴²³. Segundo Teresa Ancona Lopez, a definição do que seja belo sempre desafiou os filósofos de todos os tempos e se deu de acordo com as tendências ou com as verdades de cada filosofia. Lembra que a beleza já foi identificada à verdade moral ou intelectual, ao justo, ao bom, ao útil e, evidentemente, à harmonia e equilíbrio das formas⁴²⁴.

Nas sociedades contemporâneas, Lipovetsky e Serroy defendem que o estilo, a beleza, a mobilização dos gostos e das sensibilidades se impõem cada dia mais como imperativos estratégicos das marcas⁴²⁵. O capitalismo, antes concebido como um sistema incompatível com uma vida estética digna desse nome, com a harmonia, a beleza, o bem viver, capaz de arruinar os elementos poéticos da vida social com paisagens urbanas frias, monótonas e sem alma, estabelecendo as mesmas franquias comerciais, homogeneizando os modelos dos shoppings centers, dos loteamentos, cadeias de hotéis, bairros residenciais, passa por uma nova fase⁴²⁶.

Nas indústrias de consumo, o design, a moda, a publicidade, a decoração, o cinema, o show business criam em massa produtos carregados de sedução, veiculam afetos e sensibilidades, moldando um universo estético proliferante e heterogêneo pelo ecletismo dos estilos que nele se desenvolvem. Com a estetização da economia, vivemos num mundo marcado pela abundância de

⁴²¹ FERREIRA, 1999, p. 834.

⁴²² FERREIRA, loc. cit.

⁴²³ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44.

⁴²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44-45.

⁴²⁵ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo**: viver na era do capitalismo artista. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 13.

⁴²⁶ Ibid., 12-13.

estilos, de design, de imagens, de narrativas, de paisagismo, de espetáculos, de músicas, de produtos cosméticos, de lugares turísticos, de museus e de exposições⁴²⁷.

Lipovestky e Serroy afirmam que o capitalismo está na origem de uma verdadeira economia estética e de uma estetização da vida cotidiana, pois em toda parte o real se constrói como uma imagem, integrando nesta uma dimensão estético-emocional que se tornou central na concorrência que as marcas travam entre si. Chamaram isso de capitalismo artista ou criativo transestético, caracterizado pelo peso crescente dos mercados da sensibilidade e por um trabalho de estilização dos bens e dos lugares mercantis, de integração generalizada do *look* e do afeto no universo consumista⁴²⁸.

Esta dita era transestética é visualizada na integração dos fenômenos estéticos nos universos de produção, de comercialização e de comunicação dos bens materiais. É um universo de superabundância ou de inflação da estética em que o domínio do estilo e da emoção se converte ao *híper*. E isso não quer dizer beleza perfeita e consumada, mas a generalização das estratégias estéticas com finalidade mercantil em todos os setores das indústrias de consumo⁴²⁹.

Tais observações, de cunho sociológico, servem para amplificar o debate a respeito da estética através de suas diferentes percepções. O culto à imagem e o valor que a beleza possui na sociedade se mostram assuntos mais sofisticados e complexos, trazendo também consequências no campo da responsabilidade civil.

Posto isso, parte-se agora para a análise do conceito de danos estéticos, verificando-se as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente em relação à sua autonomia, questão central e preliminar para o debate do próximo capítulo: o dano pela perda do tempo.

Teresa Ancona Lopez define o dano estético como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma

⁴²⁷ I LIPOVETSKY; SERROY, 2015, p. 13-14.

⁴²⁸ Ibid., p. 14.

⁴²⁹ Ibid., p. 27-28.

pessoa, modificação esta que lhe acarreta um *enfeamento* e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral⁴³⁰. Para sua compreensão, eis alguns elementos que definem o conceito de dano estético:

Em primeiro lugar, dissemos que dano estético é “qualquer modificação”. Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil, basta a pessoa ter sofrido uma “transformação”, não tendo mais aquela aparência. Há agora um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior⁴³¹.

Lopez aponta como segundo elemento do dano estético a permanência, ou, no mínimo, o efeito danoso prolongado. É necessário que a lesão que tornou mais feia determinada pessoa seja duradoura, caso contrário não se poderá falar em danos estéticos propriamente ditos⁴³². Conforme assevera Lopez, o dano estético passageiro é de fato dano material, facilmente indenizável e facilmente superável. Indica, inclusive, que a restauração menos satisfatória dos danos estéticos, por meio do uso de disfarces (colocação de olhos de vidro, dentadura postiça, perucas, pernas mecânicas) não elidem a condenação do autor dos fatos, pois, por mais perfeitos que sejam tais aparelhos, não são iguais à parte do corpo que a pessoa perdeu ou viu transformada⁴³³.

Lopez traz interessante provocação: “e se a dentadura ficou muito melhor que os dentes naturais da vítima do dano, pois estes além de imperfeitos já se encontravam em mau estado? Em resumo: e se a vítima lucrou com a troca de dentes? ”. Para a autora, haveria dano material (o preço da dentadura artificial), mas não dano estético, pois, invocando o princípio da *compensatio lucri cum damno*, para sua verificação, é preciso ter havido uma alteração para pior⁴³⁴.

Como terceiro elemento para a constatação do dano estético, Lopez aponta a necessidade de a modificação permanente localizar-se na

⁴³⁰ LOPEZ, 2004, p. 46.

⁴³¹ LOPEZ, loc. cit.

⁴³² Ibid., p. 47-48.

⁴³³ LOPEZ, 2004, p. 48-49.

⁴³⁴ Ibid., p. 51.

aparência externa da pessoa. Basta que ela exista no corpo (em qualquer parte do corpo), mesmo em suas partes íntimas, não sendo necessária a exposição a toda hora, em condições habituais de convívio social. Mais do que isso, o defeito deve ser notado não só no corpo parado, mas também por meio de seus movimentos, pois há deformidades que só aparecem nas atividades dinâmicas da vítima, como os defeitos na fala, deficiências na mastigação ou o caminhar claudicante⁴³⁵.

No entanto, no que toca ao principal problema do dano estético – e questão que mais nos interessa neste trabalho – Lopez aponta que “o dano estético acarreta um dano moral. Toda essa situação terá de causar na vítima humilhações, tristezas, desgostos, constrangimentos, isto é, a pessoa deverá se sentir diferente do que era – menos feliz. Há, então, um sofrimento moral tendo como causa uma ofensa à integridade física e este é ponto principal do conceito de dano estético”⁴³⁶.

Por certo, os danos estéticos também podem gerar danos materiais “como no caso de um professor, de um ator, de uma bailarina, mas o cerne da questão está na dor e nos padecimentos que são de caráter extrapatrimonial, pois atingiram a pessoa em sua integridade física e psíquica”⁴³⁷. Portanto, o dano estético acarreta dano moral, mesmo quando não há nenhum reflexo no patrimônio da vítima e é evidente que a avaliação do dano não será igual para todas as pessoas. A avaliação dependerá de condições como sexo, idade, beleza anterior, posição social etc., pois parece óbvio que uma mulher jovem e bonita sofrerá muito mais que um velho encarquilhado se ambos sofrerem deformação no rosto, além do fato de a perda das oportunidades pessoais e sociais ser muito mais significativa para os jovens⁴³⁸.

A respeito, portanto, da natureza jurídica do instituto, Lopez conclui que o dano estético é sempre uma espécie de dano moral e, na maioria das vezes, concomitantemente, também dano material⁴³⁹.

Mais do que isso, Teresa Ancona Lopez deixa clara a sua intenção de conferir autonomia no tratamento jurídico dos danos estéticos, como espécie de dano moral. Muito embora afirme que “sem dúvida, o dano estético (lesão permanente) é dano moral”⁴⁴⁰, explana que, com o passar dos anos chegou à certeza de que o dano deformante à integridade física

⁴³⁵ LOPEZ, 2004, p. 52.

⁴³⁶ Ibid., p. 53.

⁴³⁷ Ibid., p. 54.

⁴³⁸ Ibid., p. 54-55.

⁴³⁹ Ibid., p. 55.

⁴⁴⁰ LOPEZ, 2009. p. 163.

contém um *plus* negativo, configurado na humilhação diuturna e perene que sente a vítima ao ter que enfrentar o ambiente social do qual não pode fugir, e, por isso, não é igual a qualquer outro tipo de dano moral⁴⁴¹:

É, sem dúvida, a mais grave e mais violenta das lesões à pessoa, porque, além de gerar sofrimento pela transformação física (dano moral objetivo), o que não precisa ser provado, porque ninguém dúvida das tristezas e humilhações pelas quais passa uma pessoa que, por exemplo, perdeu uma perna, gera um outro dano moral, que ao primeiro se soma, que é o dano moral à imagem social⁴⁴².

Em consequência, Lopez aduz que haverá momentos em que se pode ter para um mesmo fato danoso dois ou mais bens jurídicos diferentes atingidos, devendo, então, haver reparação de todas as ofensas de forma cumulativa. Se não for assim, deduz que se verá frustrada toda a justiça almejada pela teoria da responsabilidade civil⁴⁴³.

O ponto nevrálgico desta celeuma, portanto, é a possibilidade ou não da cumulação de danos morais com danos estéticos.

No Superior Tribunal de Justiça, houve grande discussão a respeito da cumulabilidade ou não dos danos morais e estéticos. No REsp 40.250-0/RJ⁴⁴⁴, da Terceira Turma, relatoria do Min. Waldemar Zveiter, DJ 08/02/1994, tratando de acidente com passageira de ônibus, foi decidido que é “admissível a indenização, por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato”. A mesma Terceira Turma, no REsp 41.492/RJ, relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, DJ 03/05/1994, pontuou que o dano estético é modalidade do dano moral e haverá de ser tido em conta em seu arbitramento, mas não é algo dele distinto. A ementa fez constar que “a indenização relativa ao dano moral abrangerá a pertinente ao dano estético, ressalvadas eventuais repercussões econômicas”.

No ano seguinte, tornando um pouco confuso o aporte terminológico, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 56.102-7/RJ, Min.

⁴⁴¹ LOPEZ, 2009, p. 163-164.

⁴⁴² Ibid., p. 163.

⁴⁴³ Ibid., p. 164.

⁴⁴⁴ Cite-se também o REsp 57.824-8/MG, da Terceira Turma, em que não se cumularam as indenizações, pois, no caso, o dano moral foi afirmado exclusivamente no dano estético. Deixou-se claro, no entanto, que “a indenização por dano estético se justificaria se a por dano moral tivesse sido concedida a outro título”.

Rel. Eduardo Ribeiro, definiu que “não configura dissenso com a súmula 37 a afirmação do acórdão de que, no caso, o dano moral estaria embutido no dano estético, cujo ressarcimento foi determinado. A eventual ocorrência de dano moral, a outro título, não foi considerada pelo julgado recorrido, sobre não ter sido explícita na inicial. Inviabilidade de, por meio de recurso especial, modificar-se o decidido”. Aqui, parece ter havido uma diferente perspectiva quanto à abrangência dos termos, pois a Terceira Turma considerou os danos estéticos mais amplos do que os danos morais. Na mesma época, os danos estéticos foram tratados como mera modalidade de dano moral, sendo plenamente cumuláveis com os danos materiais (discussão referente à súmula 37). No REsp 49913/RJ, DJ 23/10/1995, o Min. Rel. Nilson Naves assentou que “o dano estético representa o dano moral”, considerando os conceitos como sinônimos. Por sua vez, no REsp 56.101/RJ, de relatoria do Min. Fontes de Alencar, ficou assentado que o dano estético subsume-se no dano moral.

No mesmo ano de 1995, ao se deparar com pedido de indenização em razão de acidente ferroviário, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 65.393-RJ, da Quarta Turma, se debruçou com um pouco mais de atenção sobre o tema. Na ocasião, o Min. Relator Ruy Rosado de Aguiar, após afirmar que a questão da terminologia interessa mais à doutrina⁴⁴⁵, defendeu que o “ordenamento jurídico admite a indenização pelo dano moral, sendo que o dano estético dá causa a uma indenização especial, na forma do parágrafo primeiro, do art. 1.538⁴⁴⁶ do Código Civil, e do artigo

⁴⁴⁵ Vale citar o parágrafo na íntegra: “Independente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida, de relação etc. cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira “guerra de etiquetas” de que nos fala Mosset Iturraspe (*“El daño fundado en la dimensión del hombre em su concreta realidade”*, *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico”.

⁴⁴⁶ Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919). § 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

21⁴⁴⁷, do Dec. 2.681/12, este especificamente aplicável ao caso, que é de acidente ferroviário⁴⁴⁸. Destaca-se mais um trecho:

No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a “perdre de jouissance de vie”, tudo elevado a um grau superlativo quando o desastre se abate sobre a pessoa com a gravidade que a fotografia de fl. 13 revela. Essas perdas, todas indenizáveis, podem existir sem o dano estético, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele dano moral, que foi considerado pela sentença. E tanto não se confundem que o defeito estético pode determinar, em certas circunstâncias, indenização pelo dano patrimonial, como acontece no caso de um modelo⁴⁴⁹.

Acompanhando o relator, o Min. Fontes de Alencar asseverou expressamente que no seu entender “pode haver o dano moral sem ocorrer o dano estético, como pode-se verificar o dano estético sem uma correspondência até com o dano moral”. Também o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira concluiu ser

possível a coexistência de indenizações resultantes de dano estético e dano moral no sentido estrito, uma vez que no dano moral *lato sensu* se situa o dano estético. Por fim, o Min. Barros Monteiro anunciou seu convencimento pela possibilidade de “serem devidas as duas parcelas concomitantemente, desde que comprove o autor

⁴⁴⁷ Art. 21 – No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

⁴⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 65.393/RJ. Min. Rel. Ruy Rosado Aguiar.

⁴⁴⁹ Interessante apontar que o dano estético foi fixado em dois rendimentos mensais, por ano. Eis a conclusão do relator: “Atenho-me a essa quantia em razão da estipulação já feita na sentença, para a reparação do dano moral, pois a correspondente ao dano estético não há de ser muito diferente da outra”.

que, além do dano estético sofreu efetivamente um dano moral *stricto sensu*.

Cite-se, por oportuno, o julgamento do AgrRg no Ag nº 100.877, com relatoria do Min. Barros Monteiro, da Quarta Turma, no ano de 1996, em que também foi tomada a posição pela possibilidade da cumulação de dano moral e dano estético, aquele em razão da dor, do sofrimento suportado, este em face da deformidade.

Dos julgados apresentados, percebe-se que, para a maioria do Superior Tribunal de Justiça, os danos estéticos são tratados de forma autônoma, como modalidade localizada dentro dos danos morais *lato sensu*⁴⁵⁰, mas que também podem ser encaixados nos danos patrimoniais⁴⁵¹.

Quanto à forma de indenização, o Min. Eduardo Ribeiro, em primeiro lugar, deixa claro que não se lhe afigura possível vislumbrar um *tertium genus* de dano a ser ressarcido, além do material e do moral. Isto porque, se do dano estético advém prejuízo material, será repassado a esse título, sem excluir o que seja devido em razão do sofrimento psíquico, constituindo o dano estético, em si, espécie de dano moral. Reputa que a indenização pode ser estabelecida de forma ampla, em conjunto (de forma global)⁴⁵², compreendendo todos os danos a um só título. Defende que é lícito ao julgador assim proceder. Não exclui, no entanto, pudesse considerar em separado cada uma das consequências do fato, arbitrando

⁴⁵⁰ No REsp 49913, da Terceira Turma, DJ 08/08/1995, ficou assentado que os danos estéticos são modalidade de dano moral e podem ser cumulados com danos patrimoniais (na linha da súmula 37).

⁴⁵¹ No REsp 68.491/RJ, da Turma, DJ, consignou-se que “indenizável é o dano estético (material) e o dano moral. Este pela dor e constrangimento impostos a autora, por culpa dos agentes, em face da lesão e da deformidade física que passou a portar, aquele pelo próprio defeito, anomalia que ostenta, como no laudo pericial descrito e reparável. Por uma nova cirurgia, a ser custeada pelo causador, constituindo-se, portanto, dano material. Eis a ementa: CIVIL - ação de indenização - acidente de trânsito - dano moral - dano estético - cumulabilidade. i - admissível a indenização, por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato, quando este, embora de regra subsumindo-se naquele, comporte reparação material.

⁴⁵² Tal posição ainda hoje é compartilhada no Superior Tribunal de Justiça. Vide AgrRg no AREsp 646804 / RJ, Min. Rel. Raul Araújo, DJ 18/08/2015.

verbas para o dano estético e para os demais padecimentos suportados pela autora⁴⁵³.

No entanto, demonstrando que a discussão a respeito dos rótulos e verdadeiros significados dos danos estéticos não era e não é simples, vale visualizar a ementa do REsp 156453/SP, relatoria do Min. Waldemar Zveiter, no ano de 1999, decidido por maioria:

I - Inadmissível a indenização por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda derivados do mesmo fato, quando, embora de regra subsumindo-se naquele, comporte reparação material, já concedida, nem assim é de se deferir rubrica, a título de dote, quando esta contenha índole compensatória de danos morais deferidos.

O julgado não se mostra claro, pois, no caso, parece ter localizado o dano estético sofrido somente como caráter material: “A tese da inacumulabilidade do dano estético (material) com o moral, quando deferido este, aquele, o material, torna-se incompatível porque, já concedido o material, neste já se encontra consubstanciado”⁴⁵⁴, e encarou como sinônimos os danos morais e estéticos: “Ainda, como afirmado, que derivado do mesmo fato, indenizável é o dano moral (estético) e dano material. Aquele pela dor e constrangimento impostos ao autor, por culpa dos agentes, em face da lesão e da deformidade física que passou a portar, este pelo próprio defeito, anomalia que ostenta, como no laudo pericial descrito e reparável por uma nova cirurgia, a ser custeada pelo autor, constituindo-se, portanto, o pagamento de parcela do dano moral, eis que pela dor, também fixada a verba de 50 salários mínimos” e “Assim, cumulável é o dano material com o dano moral e até mesmo com o estético, quando este esteja subsumido no moral”⁴⁵⁵.

Tal julgado fez menção expressa ao REsp 110.809/MG, oportunidade em que se entendeu que o dano estético compõe o dano moral, mas que há de ser feita uma distinção quando a reparação do dano moral e material (estético) forem oriundas do mesmo fato.

Ao analisar a problemática, o Ministro Menezes Direito, que ficara vencido em parte no julgado acima citado, bem resume os caminhos possíveis, quando da análise do REsp 59.549/RJ:

⁴⁵³ STJ, REsp 81.968/RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Eduardo Ribeiro, DJ 28/05/1996.

⁴⁵⁴ Voto REsp 156453/SP

⁴⁵⁵ Voto REsp 156453/SP

[...] a questão do dano moral e do dano estético está confinada a duas possibilidades. A primeira, considerando-se o dano estético uma modalidade do dano moral, seria possível embuti-lo naquele ou, destacado poderia ser deferido a outro título, ou seja, a título de dano material, quando presente. Em resumo, neste primeiro aspecto, haveria dano moral puro mais dano material (estético) ou dano moral (estético) mais dano material. A segunda, considerando-se o dano estético como distinto do dano moral. Em resumo, neste segundo aspecto, haveria dano moral mais dano estético mais dano material”⁴⁵⁶.

Para Menezes Direito, a modificação da estrutura corporal do lesado, o aleijão, a deformidade pode ser também objeto de ressarcimento, independentemente daqueles relativos ao dano material e ao dano moral. Ou seja, tecnicamente, é possível que a indenização decorrente da lesão deformante alcance verbas independentes de dano material, dano moral e dano estético. Com isso, segundo o Ministro, o dano estético perde a sua característica inaugural de espécie do gênero dano moral à medida que comporta ressarcimento diverso daquele, mesmo que, em alguns casos, haja o seu cômputo dentro da rubrica dano moral⁴⁵⁷.

Com essa visão, parece que a Corte passa a dar ainda mais autonomia aos danos estéticos, desgarrando-os do conceito clássico de dano moral e posicionando-os ao lado do dano moral e do dano material. Ao longo dos anos, a jurisprudência na Corte Superior se manteve amplamente majoritária à cumulação de danos morais e danos estéticos, podendo-se trazer mais alguns julgados a fim ilustrativo:

Civil. Danos morais e estéticos. Cumulatividade. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. Hipótese em que do acidente decorreram sequelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do recorrido ter sido traumáticamente amputada, por

⁴⁵⁶ REsp 59.549/RJ, voto vista.

⁴⁵⁷ REsp 59.549/RJ, voto vista.

ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético. Recurso não conhecido." (REsp 210.351/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ de 25.9.2000)

Na compreensão do Min. Aldir Passarinho Júnior, relator do REsp 705457⁴⁵⁸, o dano estético é indubiosamente distinto do dano moral, podendo ser deferido separadamente, ou englobado com o dano moral em termos de fixação. O importante é que, de uma ou outra forma, seja considerada a lesão estética, quando ela ocorra, como forma compensatória à repercussão que o aleijão causará na autoestima da vítima e na sua aceitação perante a sociedade.

Mesmo após o advento do Código Civil de 2002, que, muito embora, não tenha tratado os danos estéticos em disciplina própria, ou feito sequer referência expressa que lhe fazia o §1º do art. 1.538 do Código Civil de 1916, o entendimento na jurisprudência do STJ não se alterou⁴⁵⁹, acabando por ser sumulado, através do enunciado 387 do Superior Tribunal de Justiça, que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Pelo que fora visto, não é tão simples a compreensão da forma de tratamento dos danos estéticos pelo Superior Tribunal de justiça. Em alguns julgados, configuram dano patrimonial, ou modalidade de dano moral ou até mesmo espécie autônoma.

Na doutrina, Teresa Ancona Lopez defende que a cumulação de dano moral e estético não se trata de *bis in idem*, pois são dois tipos diferentes de danos morais à pessoa, atingindo bens jurídicos distintos. O dano estético (dano físico) é dano moral objetivo que ofende um dos direitos da personalidade (o direito à integridade física). Trata-se de dano *in re ipsa* e não precisa ser provado. O sofrimento e a dor integram esse tipo de dano. O dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, o complexo de inferioridade na convivência humana⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Retira-se da ementa: “II. Podem cumular-se danos estético e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie. III. Importando a amputação traumática do pé em lesão que afeta a estética do ser humano, há que ser valorada para fins de indenização, ainda que possa ser deferida englobadamente com o dano moral”. DJ 02/08/2007.

⁴⁵⁹ Por exemplo, cite-se o REsp 1.011.437/RJ, DJ 24/06/2008 e o REsp 1309978 / RJ, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 07/08/2014.

⁴⁶⁰ LOPEZ, 2004, p. 165.

Lopez resolve a questão de maneira um pouco diferente daquela adotada pelos Tribunais – que confirmam a cumulação no fato de o dano estético se configurar na grave deformação física e o dano moral nas tristezas e sofrimentos interiores que acompanharão a vítima para sempre. Lopez, a seu modo, admite a cumulação dos dois tipos de dano moral sob outro fundamento. Partindo do art. 5º, V⁴⁶¹ da Constituição Federal, que admite a reparação para três tipos de danos: o material, moral e à imagem, indica que, quando se fala em cumulação de danos estéticos e morais, este se refere ao dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação⁴⁶². Ainda, aduz que o art. 949 do Código Civil abre a possibilidade para a cumulação do dano estético com o dano moral, pois admite em sua parte final outra indenização “por algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”⁴⁶³. Por fim, cita o enunciado da Jornada de Direito Civil que indica que “na reparação dos danos morais deve ser considerado o agravamento de suas consequências se o defeito físico, além de permanente e durável, for aparente” e defende que a interpretação conferida pelos intérpretes destaca que no caso do dano estético há aquele plus negativo que decorre da aparência piorada, o que vem a dificultar a convivência e a aceitação social, de modo a justificar a cumulação dos dois tipos de danos morais⁴⁶⁴.

As correntes doutrinárias, portanto, encaram a celeuma de modo muito parecido. A grande diferença acaba surgindo em decorrência do conceito de dano moral que tenha o autor. Se a percepção é larga (dano moral *lato sensu*), o dano estético seria apenas uma subespécie, assim como seriam outros tipos de dano, como o dano à vida de relação, por exemplo. Caso o autor tenha uma visão restrita da acepção de dano moral, o dano estético passa a ser encarado de forma autônoma, passando a ser cumulado com outros tipos de prejuízo. No limite, as posições jurisprudenciais e as formas de efetivar a condenação mudam conforme o conceito ou amplitude que se tenha do dano moral. O julgador poderá embutir a quantificação do que entende por danos estéticos no rótulo dos danos morais ou estabelecer números separados a títulos de indenização, e ao final determinará a cumulação.

⁴⁶¹ CF. Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁴⁶² LOPEZ, op. cit., p. 164-165.

⁴⁶³ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

⁴⁶⁴ LOPEZ, 2004, p. 166-167.

Por sua vez, Paulo de Tarso Sanseverino assevera que o reconhecimento de uma modalidade de prejuízo extrapatrimonial não exclui a possibilidade de constatação de outras. Pelo contrário, aponta que se mostra perfeitamente possível que um mesmo evento danoso provoque a ocorrência de mais de um prejuízo extrapatrimonial. Cita o caso de danos corporais graves sofridos por um adolescente em acidente de trânsito, que podem ensejar, além dos patrimoniais, a ocorrência de diferentes prejuízos extrapatrimoniais: dano moral *stricto sensu*, dano estético, prejuízo juvenil, prejuízo sexual⁴⁶⁵.

Na sua opinião, o ideal é que, para efeito de reparação integral do dano, cada uma dessas modalidades de prejuízo extrapatrimonial seja indenizada de forma autônoma. Com isso, não apenas alcança-se um ressarcimento mais completo do dano efetivamente sofrido, como também se estabelece, com maior precisão, a avaliação concreta dos prejuízos⁴⁶⁶. Entretanto, faz um alerta:

Na atual estágio do direito brasileiro, com exceção da autonomia obtida pelo dano estético, não têm sido aceitas parcelas indenizatórias autônomas para cada modalidade de prejuízo. O motivo desse descompasso em relação ao direito comparado é a demora na pacificação do reconhecimento da própria indenizabilidade do dano extrapatrimonial. Assim, as várias parcelas de prejuízos extrapatrimoniais têm sido englobadas na denominação genérica de dano moral. A tendência, no entanto, é que se acompanhe o direito comparado. Nesse ponto, o CC/2002 instituiu importantes instrumentos para essa maior especialização dos prejuízos extrapatrimoniais mediante a abertura feita na parte final dos enunciados normativos dos seus arts. 948 (homicídio) e 949 (lesões corporais)⁴⁶⁷.

Na mesma linha, Flávio Tartuce defende que o entendimento do STJ – ao considerar o dano estético uma terceira modalidade de dano, separável do dano moral – parece ser o mais correto, em prol da tendência de ampliação de novas categorias de danos e pelo fato de o dano estético

⁴⁶⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral:** indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

⁴⁶⁶ SANSEVERINO, 2011, p. 305.

⁴⁶⁷ SANSEVERINO, loc. cit.

ser “uma lesão a mais à personalidade, à dignidade humana”⁴⁶⁸. É a mesma posição de Judith Martins-Costa quando discorre que “essa ofensa, para além dos danos patrimoniais, configura dano estético como espécie do dano moral, além do dano moral em sentido estrito (danos psicológicos)”⁴⁶⁹. A autora justifica essa corrente na compatibilidade com “o *telos* perseguido pelo instituto do dano extrapatrimonial, visualizado à luz da hermenêutica constitucional”, ressaltando “a maior consideração à *pessoa* e aos reflexos, no Direito Privado, do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana”⁴⁷⁰.

No entanto, tal posição não é pacífica na doutrina. São muitos os estudiosos que criticam a posição tomada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da autonomia dos danos estéticos e da sua consequente cumulação com danos morais.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não há que se falar, portanto, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste. É certo, como já visto, que existem situações em que o dano estético acarreta dano patrimonial à vítima, incapacitando-a para o exercício de sua profissão (caso da atriz cinematográfica ou de TV, da modelo, da cantora que, em virtude de um acidente automobilístico, fica deformada), como ainda dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese, a cumulação do dano patrimonial com o estético, este como aspecto do dano moral. O que não se deve admitir, porém, é a cumulação do dano estético com o moral, para evitar a caracterização de autêntico *bis in idem*. [...] ⁴⁷¹

A crítica de Nereida Veloso Silva quanto à autonomia do dano estético se volta para a sua concepção como um terceiro gênero de dano. A autora considera que a interpretação não é razoável juridicamente, pois contribui para aumentar, ainda mais, a banalização do dano. De modo consequencialista, alude que se hoje se admite a específica indenização por dano estético, amanhã se discutirá a indenização por dano à vida de

⁴⁶⁸ TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 3. ed. São Paulo, Método: 2014, p. 115

⁴⁶⁹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 344.

⁴⁷⁰ MARTINS-COSTA, loc. cit.

⁴⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Vol. 4), p. 165.

relação, pelo dano psicológico, por dano que vulnere a identidade pessoal, por dano à crença religiosa, etc. Se, sem isso, tudo já vira motivo para se pedir uma indenização, quanto mais se se começar a admitir a autonomia de outros danos, além do moral e do patrimonial⁴⁷².

Fábio Ulhôa Coelho explica que, ocorrendo o dano estético, a indenização a ele relacionada compensa já o prejuízo extrapatrimonial da vítima pela dor vivenciada. Não há que falar, portanto, em indenização em separado do dano estético e da dor⁴⁷³. Já Roberto de Castro Neves assim ilustra o problema:

Houve a história da senhora que perdeu seus cabelos depois de se submeter a um tratamento – supostamente para embelezá-los. Esse dano estético pode afetar a auto-estima da pessoa, a ponto de justificar uma indenização com base em danos morais.

Contudo, pode o dano estético gerar outras repercussões. Se a pessoa que perdeu seus cabelos for, digamos, uma famosa modelo, aquele dano terá uma alcance mais amplo e não causará apenas dano de ordem moral. Ficando careca, a “top model” fatalmente perderá compromissos profissionais e experimentará um dano material. O mesmo pode ocorrer com o vendedor de algum produto, que se vale de sua aparência no seu mister⁴⁷⁴.

Por sua vez, Sérgio Cavalieri Filho se mostra transparente ao expor que embora tenha acolhido esse entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continua convicto de que o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Para o autor, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física, isso em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo⁴⁷⁵.

Na literatura argentina,

El daño estético es resarcible como, cualquier otro perjuicio que afecte un interés legítimo de la víctima. Tanto en la doctrina como en la

⁴⁷² SILVA, Nereida Veloso. **Dano estético**. São Paulo: LTr, 2004, p. 69.

⁴⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 2: obrigações: responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (Vol. 2), p. 519.

⁴⁷⁴ NEVES, 2009, p. 394.

⁴⁷⁵ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 114.

jurisprudencia se ha suscitado la cuestión de si la lesión estética es resarcible en sí misma, como categoría autónoma o independiente, o si, por el contrario, la indemnización tiene por fin reparar el daño patrimonial o el daño moral. Consideramos equivocado el criterio que postula un tertius genus resarcitorio. En verdad, el perjuicio estético constituye un daño patrimonial indirecto o se absorbe en el daño moral que la víctima puede padecer. No es admisible que además del resarcimiento del daño moral y el daño patrimonial eventualmente causados por el hecho, la víctima pueda obtener la reparación de la lesión estética independientemente de aquellos rubros que configuran la totalidad del daño resarcible ocasionado por el mismo hecho ilícito. Como se ha señalado " este criterio conduce a la posibilidad de fijar una doble indemnización por el mismo daño, lo que resulta inaceptable habida cuenta de que el resarcimiento debe ser pleno pero no excesivo⁴⁷⁶.

Na lição de Caio Mário da Silva, se é verdade que nem todo dano moral resulta do dano estético, a recíproca não é verdadeira, ou seja, todo dano estético redundando em dano moral. Além, evidentemente, do dano material que decorre do aleijão ou deformidade⁴⁷⁷. Do mesmo modo, Rui Stoco ensina que seria impróprio e uma *contraditio in terminis* e até mesmo um verdadeiro *bis in idem* falar-se, na hipótese, em reparação do dano estético e do dano moral separadamente, considerando que aquele está inserido neste último, não obstante alguma divergência jurisprudencial⁴⁷⁸.

Para Antonio Jeová Santos, tornar autônoma a indenização por danos estéticos e a sua cumulação com os danos morais representa odioso *bis in idem*, uma vez que “esse inexistente *tertium genus* não se compactua com a existência de duas espécies de dano: o patrimonial e o moral⁴⁷⁹”.

⁴⁷⁶ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 677-678.

⁴⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 342

⁴⁷⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.658.

⁴⁷⁹ SANTOS, 2015, p. 363.

O dano estético causa o moral e vice-versa. Ou, se o caso, pode haver cumulação com o dano material. Porém, o fundamento da mencionada súmula situa-se no fato de o dano estético e o dano moral coexistirem quando as causas forem inconfundíveis e passíveis de apuração em separado.

Pois bem. Em mais de 25 anos de exercício da magistratura, o autor deste trabalho jamais conseguiu estremar as causas do dano moral e do estético, nem viu em algum caso sob julgamento ser possível a apuração dessas causas de forma autônoma. Pense-se em caso grave, qual seja, a amputação de ambas as pernas. Para efeitos de indenização, o dano é moral e material tão somente. Basta que o juiz aumente o valor da indenização, dada a gravidade da lesão, e fixe o montante indenizatório em valor alto, a título de dano moral, para a questão ser solucionada, sem que seja necessária a indesejada repetição. Afinal de contas, o que resulta e dá azo à indenização não é a perda da beleza, muito menos a ausência da normalidade física, mas as consequências, a repercussão anímica e espiritual que a lesão estética causa ao sujeito que a sofre⁴⁸⁰.

A partir do conceito de dano indenizável Jeová Santos faz uma distinção importante: a lesão estética não é dano, mas sim a sua causa geradora. Deve-se distinguir entre a matéria afetada pelo ato lesivo e a matéria sobre a qual versa o ressarcimento, que consiste em um resultado da lesão. O dano estético não é ressarcível por si mesmo. Ou acarretará danos patrimoniais ou morais. Desse modo, o dano estético não se coloca como terceiro gênero, entre o moral e o patrimonial⁴⁸¹. Tal constatação se mostra compatível com o que fora apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, a respeito da indispensável consequência negativa como caracterização para o conceito de dano ressarcível. Não se pode ter como idênticos o fato antecedente, gerador do dano, do seu próprio conceito de dano ressarcível.

Sobre o tema, eis a opinião de Guedes:

⁴⁸⁰ SANTOS, loc. cit.

⁴⁸¹ Ibid., p. 363-364.

Já nos países em que o legislador não restringiu as hipóteses de incidência do dano moral, como é o caso do Brasil, boa parte da doutrina entende que é preferível designar a lesão como corporal, e não o dano que seria apenas o efeito da lesão. Sob este prisma, em face da lesão (corporal) sofrida é que se deve investigar o efeito do evento danoso para fins de estabelecer o ressarcimento: diante da presença de efeitos patrimoniais, tem-se um dano patrimonial a ser indenizado tanto naquilo que se efetivamente perdeu (dano emergente), como no que se razoavelmente deixou de ganhar (lucro cessante); perante repercussões em qualquer dos aspectos componentes da pessoa humana, repara-se o dano moral – que ‘da lesão estética derivará sempre, pois não é razoável supor-se uma pessoa insensível a mutilações em seu próprio corpo’ –, sendo de todo admissível a cumulação dessas duas espécies de danos⁴⁸².

Na mesma toada, partindo do conceito (jurídico) de dano ressarcível, Bustamante aponta que, para deslindar o âmbito do dano que deve ser reparado, é necessário distinguir, com rigor científico, o bem ou direito atacado pelo ato ilícito e o interesse protegido que resulta afetado. A lesão à estética ataca um bem extrapatrimonial como é a beleza ou a integridade corporal – ou seja um atributo existencial da pessoa – mas o dano consiste nas repercussões espirituais ou econômicas que surgem dos interesses jurídicos protegidos⁴⁸³. A seu modo, Bustamante parece apontar uma solução preocupada em diferenciar a origem e as consequências. Estas sim reveladoras da qualidade do dano ressarcível, que será patrimonial ou moral (extrapatrimonial). Por certo, como visto no capítulo inicial, a lesão ao interesse jurídico também é parte integrante do moderno conceito de dano, no entanto, a definição do dano pela sua

⁴⁸² GUEDES, 2011, p. 47.

⁴⁸³ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 678. Tradução livre: *Para deslindar el ámbito del daño que debe repararse es necesario distinguir, con rigor científico, el bien o derecho atacado por el acto ilícito y el interés jurídico protegido que resulta afectado. La lesión estética ataca un bien extrapatrimonial como es la belleza o la integridad corporal, o sea un atributo existencial de la persona, pero el daño consiste en las repercusiones espirituales o económicas que sustituyen los intereses jurídicamente protegidos*”.

causa (lesão à estética) não parece guardar compatibilidade com a teoria geral do dano.

O autor, do mesmo modo, conclui que a lesão estética servirá como fator importante para atribuir a reparação a título de danos morais:

Quando la repercusión de la lesión estética que altera la apariencia de la víctima afecta la incolumidad de su espíritu por la insatisfacción que produce la desfiguración del rostro o deformación del cuerpo, el daño es extrapatrimonial y el resarcimiento compensatorio debe ser proporcionado a la intensidad del padecimiento, integrándose en la totalidad de la reparación del daño moral⁴⁸⁴.

Mais do que isso, em interessante passagem, Santos alerta que é perigosa essa interpretação que vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois abre o precedente de alguém pretender receber, de forma cumulada, indenizações pelo dano moral, pelo dano estético, pelo dano às afeições legítimas, pelo dano à vida de relação, pela lesão psicológica, pelo dano decorrente da perda da serenidade familiar, pela lesão que decorre da intimidade ou da vulneração à identidade pessoal e, assim, numa infinidade de indenizações que a mente criativa dos profissionais seja capaz de criar⁴⁸⁵.

Também Antonio Jeová Santos revela outro óbice quando a indenização é dupla, pelo dano moral e pela lesão estética. O ressarcimento do dano moral será estimado de acordo com pautas subjetivas, objetivas e critérios que tomarão em conta o prudente arbítrio judicial. O montante indenizatório da lesão estética levará em conta idênticas pautas, numa odiosa e desprezível repetição. O ofensor passa, portanto, a ser vítima de um sistema que o punirá duas vezes, apesar de ter cometido um único ato e ter havido apenas um dano⁴⁸⁶.

A grande questão colocada por Jeová dos Santos, em resumo, é a dificuldade de se separar de forma plena as razões que levam à fixação do montante indenizatório por dano moral e pelo dano estético, sendo necessário um tremendo esforço intelectual para não entender que o dano estético se subsume na lesão moral. Segundo o autor, não se vê de nenhum

⁴⁸⁴BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 678.

⁴⁸⁵SANTOS, 2015, p. 367.

⁴⁸⁶SANTOS, loc. cit.

acórdão analisado, e que acolhe a tese da cumulação, essa discriminação que deve ser essencial⁴⁸⁷.

Na literatura argentina, Zannoni também adota o termo *lesões estéticas* que pode vir a gerar danos patrimoniais ou morais:

*La lesión estética – o daño estético – puede constituir un daño patrimonial o no. Lo constituirá si repercute en ele futuro, sobre las posibilidades económicas de la víctima, es decir, si infiere un daño consistente en la imposibilidad de continuar desarrollando su actividad productiva – v.gr., un actor de cine, una azafata aérea, un modelo publicitaria, que a raíz de la lesión estética se ven imposibilitados de continuar desarrollando sus respectivas actividades -, si le causa una disminución de ganancias, etcétera. Pero no constituirá daño patrimonial cuando no provoque un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Sin embargo, en este último caso, es indemnizable el daño directo al interés no patrimonial que encierra la lesión estética.*⁴⁸⁸

Quando a lesão estética provocada na vítima não tenha uma incidência patrimonial, deverá ser considerada estritamente como dano moral. Por isso, Zannoni critica os julgados que pretendem distinguir a lesão estética e o dano moral e os acusa de fazerem confusão acerca da natureza dos danos.

Voltando ao Brasil, Nereida Veloso Silva opina que é importante reconhecer o dano estético não como o efeito a ser indenizado, mas sim como a causa de tantos prejuízos. O dano estético é, portanto, o fato gerador, que, por provocar prejuízos nas esferas material ou moral, impulsiona o direito a uma indenização. Por isso, não deve ser considerado um dano autônomo, nem parte integrante do dano moral ou patrimonial. Deve-se levar em conta que o dano a ser ressarcido não é o prejuízo estético em si mesmo, mas os prejuízos que dele decorrem, ou seja, o moral e/ou o patrimonial⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ SANTOS, 2015, p. 369.

⁴⁸⁸ ZANNONI, 2005, p. 188-189.

⁴⁸⁹ SILVA, 2004, p. 70.

Em verdade, a própria Teresa Ancona Lopez parece confirmar que os danos estéticos devem ser encarados como o fato gerador⁴⁹⁰ (fato antecedente ou dano-evento), na ótica do que foi estudado no primeiro capítulo, ao dizer que “o dano estético é a lesão a um direito da personalidade – o direito à integridade física, especialmente na sua aparência externa, na imagem que se apresenta”, bem como quando assevera que “É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo dizer lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém (imagem)”⁴⁹¹. Tal constatação faz crer que os danos estéticos poderiam ser melhor explicados como lesões à estética, lesões à integridade física, que, por vezes, causam danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, assim como o faz Alberto Bueres em sua obra⁴⁹².

Interessante notar que Lopez também não consegue “conceber prejuízo estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa, a partir do momento da lesão, está menos feliz do que era antes”⁴⁹³. O que reforça a tese de que tal único evento que causa lesões à integridade física e psíquica da pessoa não possa ser sempre compatível com a concepção clássica de dano moral. Afinal, como aduz Lopez, o que significa o tratamento jurídico autônomo do dano estético, se ele sempre está imbricado ao prejuízo moral, relacionado ao menoscabo, deixando a pessoa menos feliz?

Portanto, a indenização do dano estético não existe *per se*. Todo dano ressarcível está ligado às consequências geradas na vítima e tais consequências não podem ultrapassar o moral e econômico. Não existe um *tertium genus*, que se coloque entre os dois⁴⁹⁴.

Por fim, encerra-se este capítulo com os apontamentos do Min. Humberto Gomes de Barros quando do julgamento do REsp 899.869, da Terceira Turma, DJ 13/02/2007:

A questão do chamado "dano estético" é complexa. Nossa jurisprudência admite a cumulação de dano estético com dano moral quando possam ser apurados em separado, ainda que provenientes do

⁴⁹⁰ Antonio Jeová Santos repisa que o dano estético não é uma categoria independente, mas nascedouro de danos ressarcíveis. SANTOS, op. cit., p. 367.

⁴⁹¹ LOPEZ, 2004, p. 45.

⁴⁹² BUERES, 2001, p. 312-313: De todas maneras, el movimiento en pro del denominado “daño” (rectius: menoscabo) a la persona. [...] Por tanto, comienza a prestarse atención a las lesiones estéticas, psíquicas y a la vida de relación – más allá de que se las encasille o no como categorías autónomas de daños”.

⁴⁹³ Ibid., p. 64.

⁴⁹⁴ SANTOS, 2015, p. 367.

mesmo fato. Não creio, entretanto, seja essa a melhor orientação, data vênua dos que a defendem. A legislação brasileira prevê duas espécies de danos: materiais e morais. O ato ilícito ofende a vítima causando-lhe algum destes danos. O chamado "dano estético" (ou "dano físico") pode acarretar danos materiais e/ou morais. Explico, exemplificando: por força de ato ilícito, a vítima passa a ter uma grande cicatriz no rosto. Esse fato gera danos materiais (custos de cirurgias reparadoras, medicação etc) e danos morais (sofrimento íntimo, decorrente da alteração na aparência física, que causa também repercussão negativa perante terceiros). Além disso, pode ocorrer de a vítima exercer atividade remunerada em razão de sua aparência (uma modelo, por exemplo). Ter-se-ia, novamente, a configuração de danos materiais: pensamento, lucros cessantes etc. Logo, o chamado "dano estético" ou "dano físico" repercute de forma a causar danos morais, danos materiais ou os dois, conforme o caso. Não vejo como admitir uma indenização por um dano diferente do moral ou do material. Não há previsão legal para tanto. Basta lembrar a antiga discussão sobre a indenizabilidade do dano moral no direito brasileiro, antes da Constituição de 1988. Muitos juristas consagrados defendiam que o dano moral (ou extrapatrimonial) não era indenizável, por falta de previsão legal. Não estou afirmando que as seqüelas físicas ou estéticas (essa me parece expressão mais feliz) de um ato ilícito não devam ser reparadas. Devem, sim, desde que causem danos morais e/ou materiais. Em resumo: as seqüelas físicas ou estéticas devem compor a quantificação dos danos materiais e/ou morais. São elementos integrantes, componentes, de aquilatação dos únicos danos previstos em lei. Contudo, essa não é a orientação da Turma. A jurisprudência firmou-se pela indenizabilidade em separado dos danos morais e dos danos estéticos. Ressalvando meu entendimento, rendo-me à orientação dos precedentes.

Em resumo, pode-se concluir que o dano estético não é ressarcível por si mesmo. Enquadra-se na lesão ou moral ou patrimonial, não se enquadrando como terceiro gênero, entre o moral e o patrimonial⁴⁹⁵.

Lado outro, pode-se ainda retomar o pensamento de Zavala de González para tentar resolver a questão. Como visto, para a autora cordobesa, é impossível a visualização de “terceiras categorias de danos”, ao lado do dano moral e do patrimonial. Ainda que a criação de “novos danos” tenha servido para sacudir a inércia de posturas injustas, e seja parcialmente aproveitável, pois de algum modo influi para atualizar técnicas de reparação, não se deve descartar as noções clássicas sobre nocividade econômica e espiritual⁴⁹⁶.

Mais do que isso, a sinonímia entre diferentes interesses jurídicos pode gerar confusões, misturando-se elementos idênticos ou parecidos⁴⁹⁷. Afinal, resgatando-se a provocação da autora, como diferenciar cabalmente saúde de integridade psicofísica ou incolumidade estética?

De todo modo, não se desconhece que a visualização de prejuízo às pessoas, de forma desprendida das categorias tradicionais, se viu inspirada por um objetivo elogiável: acentuar um maior elenco de prejuízos que podem afetar a pessoa, os quais se encontravam diluídos e indiscriminados dentro do dano moral. Assim, apesar de falências técnicas e indenizações incertas, esse descobrimento levou a captar e apreender com nitidez superior menoscabos injustos que antes eram vagos e imprecisos. Também é axiologicamente superior uma visão analítica do que global, quando esta mostra indiferença frente a categorias indispensáveis a compor a síntese⁴⁹⁸.

Mais do que isso, dessa conjuntura verificam-se premissas ontológicas corretas: os prejuízos personalíssimos não se restringem a sofrimentos, assim como tampouco o dano patrimonial recai necessariamente sobre o dinheiro gastado ou deixado de ganhar. Não obstante, se se superam as indevidas diminuições dos menoscabos morais e econômicos, os chamados novos danos têm perfeito cabimento nos conceitos consagrados de danos morais e patrimoniais⁴⁹⁹. Para a autora, é fato que, tradicionalmente, as compensações por dano moral têm sido exíguas, ou, ao menos, reduzidas. A “aparição” de novos danos – que em rigor não são novos, mas sim a perfeita apreensão e acentuação científica

⁴⁹⁵ SANTOS, 2015, p. 363-364.

⁴⁹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ. 2009, p. 26.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁹⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, loc. cit.

de seus perfis nocivos – se erigiu em ferramenta para aumentar indenizações, a delinear melhor os prejuízos e captar uma nocividade mais densa e completa⁵⁰⁰.

Por tudo isso, pode-se repensar o tratamento do dano estético, mesmo que consagrado na jurisprudência nacional, pois basta ampliar os valores a título de danos morais para preservar os pedidos de reparação. A abordagem dos danos estéticos guarda interesse técnico e relação com a sistematização das categorias (ou subespécies de dano moral), mas, por outro lado, pode acarretar inconsistências metodológicas e práticas quando se diz cumular com as categorias clássicas da responsabilidade civil.

⁵⁰⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ. 2009, p. 29.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO

A análise doutrinária da perda do tempo no âmbito da responsabilidade civil é algo recente. Até o momento, foram poucos os autores que encararam a tarefa de interpretar e, muitas vezes, propor conceitos e novas ideias para sustentar a indenização pela perda do tempo. Assim, a parte inicial deste capítulo tem a intenção de reproduzir a opinião desses estudiosos, enfatizando seus pontos de convergência e eventuais divergências. Justamente por serem poucos aqueles que trataram da responsabilidade pela perda do tempo, optou-se por apresentar a opinião de cada doutrinador (e sua proposta) de modo separado para então dar-se o passo seguinte. Na segunda parte, de maneira um tanto mais propositiva, serão analisadas a teoria que defende a autonomia da indenização pela perda do tempo e as hipóteses em que os Tribunais já tiveram a oportunidade de tratar do tempo em demandas indenizatórias.

4.1 TEMPO COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

O tempo é objeto de estudo há séculos. Pode ser compreendido de maneira empírica, como sendo a duração das coisas: assim, a vida do homem dura tantos anos, o mês dura trinta dias, a guerra durou cinco anos, etc. O tempo não existe em si, ele é apenas a medida da duração de uma coisa, ou de um acontecimento; não existe separado da coisa⁵⁰¹.

Héráclito pensava num tempo mais profundo, metafísico e divino. Dizia que “o tempo é criança brincando e jogando: da criança o reinado”⁵⁰². Tempo, em grego, lembra *Kronos*, *Kairós* e *Ayon*. A citação de Heráclito representa *Ayon*, que nomeia uma entidade divina que constrói o mundo das coisas, fazendo-as surgir: montanhas, rios, animais, homens e divindades. Este deus poderoso realiza sua tarefa com a singeleza e a espontaneidade das crianças que se divertem com seus brinquedos, fazendo-os surgir ou desaparecer. As coisas, portanto, são construídas pelo *Ayon*, deus-tempo que as coloca aqui ou ali como brinquedos⁵⁰³.

⁵⁰¹ PEGORARO, Olinto A. **Sentidos da história**: eterno retorno, destino, acaso, desígnio inteligente, progresso sem fim. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 66.

⁵⁰² Para maior aprofundamento: BAPTISTA, M. R. O Tempo e a Criança: Comentários ao fragmento 52 de Heráclito de Éfeso. **Mal-Estar e Sociedade**, v. 4, p. 85-100, 2010.

⁵⁰³ PEGORARO, op. cit., p. 66.

Até hoje, a crítica, filosófica e histórica, trabalha a teoria do tempo de Santo Agostinho, segundo o qual o tempo não existe em si; ele é a duração das coisas. Nas suas Confissões, indica que o tempo não podia existir antes do tempo e nem antes das coisas das quais é a duração. Para Agostinho, o tempo não pode ser eterno como Deus. Só pode ser entendido como algo criado com as coisas; são elas que duram. Por isso, defende a tese da criação do mundo simultaneamente com o tempo⁵⁰⁴. Em suas próprias palavras:

Senhor, não houve um tempo em que nada fizeste, porque o próprio tempo foi feito por ti. E não há um tempo eterno contigo, porque Tu és estável, e se o tempo fosse estável não seria o tempo.

O que é realmente o tempo? Quem poderia explicá-lo de modo fácil e breve? Quem poderia captar o seu conceito, para exprimi-lo em palavras? No entanto, que assunto mais familiar e mais conhecido em nossas conversações? Sem dúvida, nós compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. Por conseguinte, o que é o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei. No entanto, posso dizer com segurança que não existiria um tempo passado, se nada passasse; e não existiria um tempo futuro, se nada devesse vir; e não haveria o tempo presente se nada existisse. De que modo existem esses dois tempos – passado e futuro –, uma vez que o passado não mais existe e o futuro ainda não existe? E quanto ao presente, se permanecesse sempre presente e não se tornasse passado, não seria mais tempo, mas eternidade. Portanto, se o presente, para ser tempo, deve tornar-se passado, como poderemos dizer que existe, uma vez que a sua razão de ser é a mesma pela qual deixará de existir? Daí não podermos falar verdadeiramente da existência do tempo, se não enquanto tende a não existir (Confissões, XI, 14)⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ PEGORARO, 2011, p. 113.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 119-120.

Célebre também é a frase atribuída a Benjamin Franklin: “tempo é dinheiro”. Nessa linha, a correção monetária visa a recompor o poder aquisitivo da moeda perdido com o tempo.

Em seu livro “O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado”, Michael J. Sandel, filósofo norte-americano e professor da Universidade de Harvard, se propõe a estudar os limites morais do mercado. Ao verificar que a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais, mas governa crescentemente a vida como um todo, Sandel traça diversas provocações inquietantes a respeito da desvinculação atual entre *mercado e moral*. Segundo Sandel, não se pode imputar somente à ganância o fim da era do triunfalismo do mercado (especialmente após a crise financeira de 2008). Trata-se de diagnóstico parcial, pois a mudança mais decisiva ocorrida nas últimas três décadas não foi o aumento da ganância, mas a extensão dos mercados, e de valores de mercado, a esferas da vida com as quais nada têm a ver⁵⁰⁶.

Para enfrentar essa situação, indica que se deve repensar o papel a ser desempenhado pelos mercados em nossa sociedade, perguntando-nos se não existem certas coisas que o dinheiro não pode comprar.⁵⁰⁷

Impedir que se viva em uma sociedade em que tudo está à venda se justifica em dois motivos. O primeiro se relaciona com a desigualdade, já que viver numa sociedade em que tudo está à venda torna a vida mais difícil para os que dispõem de recursos modestos. Quanto mais o dinheiro pode comprar – não só carros, casas, iates, mas também influência política, bom atendimento médico, acesso a escolas de elite –, mais importante é a sua afluência (ou a sua falta). Quando todas as coisas boas podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda a diferença do mundo. O segundo motivo, um tanto mais difícil de descrever, se relaciona à tendência corrosiva dos mercados. Os mercados podem ser corrompidos pela prática de estabelecer preço para as coisas boas da vida. E isso porque os mercados não se limitam a distribuir bens, mas também expressam e promovem certas atitudes em relação aos produtos trocados. Cita, por exemplo, a remuneração de crianças para que leiam livros, o que pode levá-las a ler mais, mas também pode fazer com que passem a encarar a leitura como um estorvo⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 11-12.

⁵⁰⁷ SANDEL, 2013, p. 13.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 14-15.

Em resumo, algumas das boas coisas da vida são corrompidas ou degradadas quando transformadas em mercadoria. São questões de ordem moral e política, e não apenas econômicas, colocando em questão algo maior, como o papel dos mercados⁵⁰⁹.

Do livro, o que mais interessa a esta pesquisa envolve a venda do direito de “furar fila” e a comprovação da valorização do tempo nos dias atuais.

Sandel traz diversos casos interessantes, como os daqueles que compram passagens de primeira classe ou executiva e podem usar corredores prioritários para pular à frente da fila de checagem, a que se dá o nome de *Fast Track* (ou Pista Livre), e também furar a fila nos controles de passaportes e imigração. Tal serviço igualmente é oferecido como um benefício *à la carte* para aqueles que não compraram bilhetes de primeira classe. Paga-se um preço para diminuir o tempo de espera. Prática similar é encontrada nos parques de diversão. Por cerca do dobro do preço da entrada, vendem um passe que leva o cliente diretamente à frente da fila, sem ter que esperar horas para usufruir do brinquedo⁵¹⁰.

A tendência da pista livre pode ser encontrada também em autoestradas dos Estados Unidos desde 1980, quando muitos Estados, na esperança de reduzir o congestionamento e a poluição no ar, criaram vias expressas para os usuários dispostos a compartilhar a viagem com outras pessoas. Hoje em dia, no entanto, cada vez mais usuários podem pagar taxas e usar as faixas preferenciais, mesmo desacompanhados. Paga-se um preço para ganhar tempo e evitar congestionamentos⁵¹¹.

Tais exemplos, embora fomentem intenso debate ético sobre o problema de “pagar para furar a fila”, comprovam que o tempo é um bem valioso na sociedade atual. O mercado – concorde-se ou não – passou a monetizar o tempo das pessoas, permitindo que em certas ocasiões se possa pagar para não perder tempo, ou, sob outras lentes, pagar para ganhar dinheiro⁵¹². Tanto que ele – tempo – é constantemente lembrado

⁵⁰⁹ SANDEL, 2013, p. 16.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 23-24.

⁵¹² Ganhou destaque na internet vídeo satírico produzido pelo canal humorístico “Porta dos Fundos” em que a personagem Joana, advogada, precisando de tempo para resolver problemas, se dirige ao balcão (do que parece ser uma agência bancária) para solicitar o saque (empréstimo) de “uma semana”, pois está sem saldo. EMPRÉSTIMO. Porta dos Fundos, 2016, **You Tube** (2min.41seg.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jnxE1t6JDIg>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

em anúncios publicitários. Dessaune cita alguns exemplos da preocupação do fornecedor de valorizar o tempo do consumidor, de modo a incentivá-lo a usufruir em outras coisas, como descanso e férias: “Nossa empresa cuida de tudo para você não se preocupar com nada, só com a diversão”; “aqui dentro a gente trabalha para você aproveitar a vida aí fora”⁵¹³. Pode-se acrescentar ainda políticas públicas como o programa “Poupatempo”⁵¹⁴, implantando em 1997 no Estado de São Paulo, que, ao reunir em um único local amplo leque de órgãos e empresas prestadoras de serviço, facilitou o acesso do cidadão às informações e serviços públicos.

No âmbito das relações de consumo, Cláudia Lima Marques leciona que o tempo do fornecedor é produtivo, merecendo valoração econômica. Para a doutrinadora, a perda ou o desvio do tempo do fornecedor é valorado como custo ou ônus econômico. O ato de informar detalhadamente o consumidor é custo, também a cooperação durante a execução dos contratos, a elaboração de sistema pós-contratual que evite danos ao consumidor, organizando um SAC efetivo, uma rede de assistência técnica capilarizada, etc. Poupar o tempo do fornecedor é eficiência econômica: seja na substituição dos empregados por máquinas, seja na utilização do comércio eletrônico ou dos caixas eletrônicos (ATMs). Em resumo, ninguém duvida de que o tempo produtivo do fornecedor é realmente um valor economicamente medido e relevante⁵¹⁵.

A partir daí, considera que – se o tempo do fornecedor tem seu valor (econômico) – também o tem o tempo do consumidor, vulnerável por natureza. Segundo a autora, a sociedade de massas muitas vezes traz como efeito o fato de o tempo do outro ser menosprezado, de modo que estamos quase nos acostumando a menosprezar os danos de massas, especialmente os de pequena monta⁵¹⁶.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem anotam que uma das tendências do futuro é a valorização do tempo. No século XXI, habitado

⁵¹³ DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

⁵¹⁴ O “padrão Poupatempo” tornou-se um modelo de atendimento que vem sendo seguido por outros órgãos e empresas governamentais e também pela iniciativa privada. Disponível em: <https://www.poupatempo.sp.gov.br/>. Acesso em: 22 dez. 2016.

⁵¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio da obra de Marcos Dessaune. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

⁵¹⁶ MARQUES, 2011, p. 15.

pelo *homo economicus et culturalis*, agente econômico e ativo no mercado e na sociedade de consumo (de crédito e de endividamento), sujeito mais ciente de seus direitos e de seu papel na sociedade global e local, mas cada vez menos consciente e racional diante das pressões e tentações do mercado, cada vez mais vulnerável perante os fornecedores, tem-se uma visão mais econômica do sujeito de direitos⁵¹⁷.

O tempo do homem, na sociedade atual, é o tempo do lazer, da família e do prazer (um tempo de realização). O tempo é utilizado para acesso às benesses da sociedade de consumo, mas também é um tempo de conflitos com fornecedores.

Efetivamente, a passagem do tempo deveria ser a favor das pessoas, da reflexão, do perdão, da prudência e da compreensão, todas qualidades valoradas no universo das relações de direito privado. Porém, hoje, não são raras as situações em que o tempo do outro é menosprezado, há a ânsia por respostas prontas e rápidas, que aparentemente concluem relações ou encerram conflitos. A constituição de direitos e sua fruição na vida privada dependem em grande parte do tempo. Seja o tempo do consumidor para refletir sobre determinado negócio com o fornecedor. O tempo para constituírem-se os afetos, e se compreender ou perdoar o outro no direito de família. O tempo para explorar os bens da propriedade, permitindo sua fruição econômica adequada⁵¹⁸.

A valorização do tempo, e conseqüentemente, seu menosprezo, passam a ser identificados como valores relevantes para o direito. No âmbito do direito consumerista, não se pode qualificar o tempo perdido pelo consumidor, em razão de estratégias organizadas de fornecedores, como mero “aborrecimento normal”. Os autores citam, inclusive, a necessidade da valorização do tempo de alguém que se dispõe a investir nas relações de afeto, muito embora não deem mais ênfase ao seu raciocínio. Ao final, concluem que agora o tempo é valor e compõe o dano ressarcível, indicando que muitas das condenações em danos morais

⁵¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215-216.

⁵¹⁸ MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 218.

levam em consideração o tempo, como qualidade e como segurança do fornecimento do produto e do serviço⁵¹⁹.

Muito embora o estudo recente do tempo se relacione muito mais ao campo do direito do consumidor, dada a facilidade na sua visualização em razão das constantes falhas nas prestações de serviços, que acarretam prejuízos aos consumidores, não se pode aglutinar a sua compreensão a um só “ramo” do Direito.

Se todas as pessoas precisam de tempo para realizar suas tarefas diárias; se “tempo é dinheiro”, na já referenciada frase atribuída a Benjamin Franklin; se a tão almejada qualidade de vida não prescinde da disponibilização de tempo para concretizá-la, não há razão para se reduzir a importância e valorização do tempo somente quando se está perante um fornecedor (seja ele fabricante, comerciante ou prestador de serviços).

A ideia de que o tempo deixa de ser apenas um instrumento para medir a passagem das horas e se torna um verdadeiro valor da pessoa humana, indispensável para a concretização de inúmeras outras finalidades (trabalhar, viajar e descansar, por exemplo), acaba por demandar a atenção do intérprete de maneira global.

4.1.1 A semente de Dessaune: a teoria do desvio produtivo do consumidor

Em recente obra, publicada em 2011 e intitulada “Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado”, o advogado capixaba Marcos Dessaune introduz assunto ainda pouco estudado no campo da responsabilidade civil: a indenizabilidade pelo desperdício do tempo do consumidor e os prejuízos sofridos em decorrência do mau atendimento pelos fornecedores. De maneira aparentemente pioneira, trata da possibilidade de o consumidor pleitear indenização pelo tempo perdido, quando ocorre a má prestação de serviços pelo fornecedor. A partir da concepção de que o tempo mereceria uma tutela específica no ordenamento, a indenização seria autônoma, não se confundindo com os danos materiais ou morais.

Seu livro, prefaciado por Cláudia Lima Marques e apresentado por João Baptista Herkenhoff, é dividido em duas partes. A primeira e mais importante é repassada em dez capítulos e destina-se a apresentar sua principal ideia, que, como se verá, parece ter se tornado já uma teoria. A segunda parte ilustra casos e histórias de maus atendimentos em que se envolveu como consumidor ou acompanhou de perto. Ao final, há um

⁵¹⁹ MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 218-219.

“Código de Atendimento ao Consumidor”, montado pelo próprio autor, que faz questão de lembrar que não se trata de “um trabalho de caráter jurídico nem um projeto de lei, como pode parecer à primeira vista”⁵²⁰.

Inspirado na teoria da qualidade, que indica a necessidade de os produtos e serviços serem prestados de forma adequada e segura, Dessaune pontua que na relação com o consumidor todo e qualquer fornecedor também tem a missão implícita – subjacente – de liberar os recursos produtivos dele, o que significa dar ao consumidor condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua preferência⁵²¹.

Exemplifica com a relação profissional existente entre um médico clínico e uma secretária. Durante um dia de trabalho no consultório, há duas atividades básicas a serem desenvolvidas: prestar atendimento administrativo e dar assistência médica a cada paciente que surja. O médico poderia desempenhar ambas as funções, porém ele será bem mais produtivo se se dedicar exclusivamente ao atendimento clínico. Por isso, contrata uma secretária que tem a missão implícita de liberar os recursos produtivos dele: seu tempo e suas competências médicas⁵²².

Muito embora o exemplo não seja adequado, pois não se trata de relação de consumo, pode-se perceber a intenção do autor de identificar uma importante premissa de seu trabalho: a necessária e constante contratação de pessoas (físicas ou jurídicas) para ganhar tempo e permitir a realização de outros afazeres.

No campo das relações de consumo, o autor cita o caso de duas pessoas que pretendem se casar e, para não se afastar de suas atividades pessoais e profissionais habituais, contratam uma empresa especializada na organização do evento. Com isso, os nubentes poderão utilizar de seus tempos e competências em outras atividades, mais desejadas, deixando o encargo da organização para a empresa contratada⁵²³. A mesma lógica – de trocas de processo de especialização por liberação de recursos produtivos – também se aplica na contratação de agências para organização de pacotes de viagens. Contrata-se agência de turismo para apenas desfrutar os prazeres do local escolhido⁵²⁴.

O consumidor, diante da abundância de suas carências e da limitação de seus recursos produtivos e materiais, precisa fazer escolhas

⁵²⁰ DESSAUNE, 2011, p. 340.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 42.

⁵²² *Ibid.*, p. 43.

⁵²³ DESSAUNE, *loc. cit.*

⁵²⁴ DESSAUNE, *loc. cit.*

a todo momento, preferindo no mercado aqueles produtos finais que ofereçam o máximo de valor e que consumam o mínimo de seus recursos (tempo, competências e bens materiais)⁵²⁵.

O problema, no entanto, surge quando o fornecedor não cumpre com aquilo que fora contratado ou estabelecido em lei. Isto é, quando profissionais liberais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão-consumidor no estrito cumprimento de sua missão, acabam – por despreparo, desatenção, descaso ou má-fé – submetendo-o corriqueiramente a situações de mau atendimento, afrontando sua vontade e interesses, e também a legislação consumerista⁵²⁶.

Ainda que a legislação consumerista seja bastante protetiva, Dessaune elenca algumas situações "normais" em nosso país:

- Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;
- Ter que retornar à loja (quando não se é redirecionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;
- Esperar demasiadamente por atendimento em consultório médico ou odontológico ou em hospital, ou ter um procedimento que o médico requisitou (como um exame mais moderno ou sofisticado) reiteradamente negado pelo plano de saúde;
- Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente mas repetidamente negligenciado
- Ficar às voltas com um computador novo, com um software recém-lançado ou com uma conexão à internet que não funcionam adequadamente;

⁵²⁵ DESSAUNE, 2011, p. 45-46.

⁵²⁶ Ibid., p. 46.

- Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;
- Ter que esperar em casa, sem hora marcada, pela entrega de um produto novo, pelo profissional que vem fazer um orçamento ou um reparo, o mesmo por um técnico que precisa voltar para refazer o conserto mal feito;
- Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome –, sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete;
- Ver na esteira do aeroporto, ao chegar de viagem, a mala danificada em razão da negligência da companhia aérea e de seus colaboradores, e ainda ter que procurar o “setor competente” para preencher um Relatório de Irregularidades com Bagagem para que, você mesmo, tenha o “direito” posteriormente de levá-la a uma oficina credenciada para o reparo;
- Telefonar ou ir diversas vezes a uma repartição pública para tentar obter certa informação ou para saber se determinado ato administrativo já foi praticado;
- Ter que exigir, por intermédio do Procon ou da Justiça, uma obrigação legal ou contratual que o fornecedor sabe (ou deveria saber) que tem, mas se furta a cumprir espontaneamente;
- Retornar periodicamente a uma vara judicial (ou outro órgão jurisdicional) para obter notícias ou para diligenciar aquele mesmo

processo que não avança pelo impulso oficial etc.⁵²⁷

Quanto aos exemplos trazidos no livro de Dessaune, vale ressaltar que alguns causam estranheza, pois envolvem situações não configuradoras de relações jurídicas de consumo. São os casos da ida à repartição pública e o retorno periódico à vara judicial. Por certo, o prejudicado não é consumidor destinatário final, na forma do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁵²⁸. Portanto, ainda que haja uma possível falha da Administração Pública, que causou a perda do tempo daquele interessado, não é possível se referir a dano ao consumidor. E muito embora a tese defendida por Dessaune tenha por objetivo analisar a questão da indenização pelo desperdício do tempo, não se pode esquecer que a construção da sua base teórica passou pelo dever de um fornecedor, detentor de missão implícita de não causar o desvio produtivo do consumidor.

Ainda, causa espécie o penúltimo exemplo indicado pelo autor. O fato de o consumidor ter de buscar os órgãos administrativos ou até mesmo o Poder Judiciário para que o fornecedor cumpra com suas obrigações e – por este fato – ter o direito de ser indenizado pelo período de tempo que gastou para tanto, não parece guardar compatibilidade com o ordenamento vigente. O exercício do direito – público e subjetivo – de se buscar o Judiciário para pleitear a reparação de um dano por uma falha do fornecedor (p.ex. vício/fato do produto/serviço) não se prende ao tempo perdido do consumidor por culpa do fornecedor. Buscar o PROCON ou o Judiciário não é ato característicos de relação de consumo, mas sua consequência dela. *Data venia*, o exercício de um direito autônomo – produzido fora da relação jurídica de consumo – não pode ser considerado fato gerador de um direito à reparação. Não há antijuridicidade, pelo contrário, trata-se do modelo escolhido pelo legislador. Tal ponto será revisitado mais à frente.

De todo modo, o que interessa para o presente trabalho não é só a construção da ideia de Marcos Dessaune – que, repita-se, parte da falha de um fornecedor, que faz com que o consumidor acabe precisando desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – mas uma visão

⁵²⁷ DESSAUNE, 2011, p. 47-48.

⁵²⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

ampla da perda do tempo das pessoas e a responsabilidade civil. Como quer que seja, eis as explicações do autor⁵²⁹:

Explicando melhor: nessas circunstâncias recorrentes de mau atendimento, o consumidor é levado a se afastar de uma atividade que deveria ou desejaria estar realizando – como trabalhar, estudar, consumir, cuidar de si, divertir-se, descansar, estar com entes queridos – para gastar seu tempo e suas competências na tentativa de resolver um problema de consumo ao qual não deu causa, mas que o está sujeitando a algum tipo de prejuízo, potencial ou efetivo⁵³⁰.

Tais fatos da vida inegavelmente lesivos ao consumidor foram denominados por Dessaune situações de desvio dos recursos produtivos do consumidor, ou simplesmente desvios produtivos do consumidor⁵³¹.

Percebe-se, até aqui, que nenhuma grande novidade foi apresentada. O autor volta seus olhos para os problemas cotidianos do consumidor, cita casos de má-prestação de serviços, apresenta alguns conceitos próprios e se preocupa com o tempo desperdiçado na relação de consumo. Nada novo. E o livro segue assim, por mais alguns capítulos, até que surja o seu diferencial.

A partir das características do tempo – que não se consegue tocar, nem parar, tampouco reverter – bem como da sua relevância na sociedade atual, Dessaune parte para a análise da tutela legislativa do tempo, ao seu ver, possivelmente o bem mais valioso de que cada pessoa dispõe⁵³². Percebe-se que o autor, diante da constatação de que o tempo recebe tutela acanhada da Constituição Federal de 1988, precisa realizar algum esforço interpretativo para buscar a tutela do tempo na esfera constitucional. Indica, no âmbito do direito do trabalho, alguns permissivos constitucionais, e encara o tempo como direito subjetivo fundamental do trabalhador, sendo a melhoria de sua condição social o bem jurídico expressamente protegido pela norma⁵³³. Aponta o tempo como suporte implícito do direito constitucional ao lazer, como modo de aquisição do objeto do direito à educação e a própria duração razoável do processo⁵³⁴.

⁵²⁹ DESSAUNE, 2011, p. 49.

⁵³⁰ DESSAUNE, loc. cit.

⁵³¹ DESSAUNE, loc. cit.

⁵³² *Ibid.*, p. 108.

⁵³³ *Ibid.*, p. 121-123. O autor cita os arts. 7º, XIII, XV e XVII, por exemplo.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 124-128.

A partir dessa constatação – de que não existe tutela explícita do tempo no ordenamento – assevera que o tempo (no sentido de tempo pessoal, útil ou livre; de recurso produtivo limitado da pessoa) deveria integrar, ao lado da vida, da saúde, da liberdade, da igualdade, da privacidade, da honra, da imagem, do patrimônio material, o rol de bens e interesses jurídicos expressamente abrigados pela Constituição Federal, o que atualmente não ocorre no Brasil⁵³⁵.

Defende, de forma aparentemente inédita, que, muito embora as situações de desvio produtivo do consumidor possam de fato ser consideradas um dano injusto, o tempo – por ser o suporte implícito da vida, recurso produtivo basilar e bem primordial da pessoa humana – merece tratamento jurídico especial que o destaque. Para o autor, a tutela do tempo deve se afastar da mencionada cláusula geral da personalidade, a qual “provavelmente aprisionaria o desvio produtivo a um mero novo fato gerador de dano moral”⁵³⁶.

Para o autor, as situações cotidianas de mau atendimento, ao fazer em que o consumidor inconformado precise se desviar de suas atividades habituais, para sanar a falha do fornecedor que esteja lhe causando algum tipo de prejuízo, acarretam invariavelmente a perda definitiva de uma parcela do tempo de vida. Desse modo, tais situações fáticas impõem ao consumidor um significativo prejuízo temporal malquistado, que não se enquadrem nos conceitos tradicionais de dano material, perda de uma chance ou dano moral e tampouco podem ser reduzidas a meros aborrecimentos, dissabores ou irritações, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais pátrios⁵³⁷.

Dessaune conclui que se está diante de uma nova e importante modalidade de dano até agora desconhecida no Direito brasileiro, mas que, no entanto, está condicionada à sua expressa tutela legal, notadamente no âmbito constitucional⁵³⁸. Isto é, Dessaune entende que, muito embora o novo paradigma de investigação do “dano injusto”, no âmbito da responsabilidade civil contemporânea, possibilitasse a ampliação das hipóteses de danos indenizáveis – como o as situações de desvio produtivo do consumidor – deve ser providenciada tutela expressa em lei para sustentar a sua ideia⁵³⁹.

⁵³⁵ DESSAUNE, 2011, p. 133.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 133-134.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 134.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 135.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 133.

Sugere, inclusive, a redação do eventual novo texto constitucional: “O tempo de que cada indivíduo dispõe na vida, caracterizado pela escassez, inacumulabilidade e irrecuperabilidade, é recurso produtivo primordial e inviolável da pessoa, assegurando-se a ela o direito à indenização do dano de desvio produtivo decorrente da lesão desse seu tempo pessoal”⁵⁴⁰.

Para reforçar sua tese, no derradeiro capítulo são citadas algumas consequências da falta de tutela jurídica das situações de desvio produtivo do consumidor, como a ausência de repressão estatal dessas situações perniciosas; a continuidade e mesmo o agravamento paulatino dessas situações danosas; o aumento contínuo do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor brasileiro e o afastamento do consumidor de sua busca por realizar-se como ser humano⁵⁴¹.

De todo modo, não é difícil notar que a ideia surgiu – e o próprio autor confirma isso – da visualização corriqueira das práticas abusivas cotidianamente cometidas pelos fornecedores das mais diversas áreas de atuação.

Pode-se concluir que a proposição de Dessaune enfoca os desvios dos afazeres (trabalho, estudos, lazer) do consumidor para tentar resolver problema ocasionado pelo fornecedor. Tal desvio de competências ensinaria ao consumidor o direito a ser indenizado por aquele que lhe deu causa (o fornecedor). Mas não é só. A ideia de Dessaune está no tratamento diferenciado da perda do tempo como dano a um direito autônomo, subjetivo e indenizável, que não se confunde com dano moral ou material, mas que depende de prévia e expressa previsão legislativa.

Tanto o autor se curva a essa ausência de previsão legislativa que declarou o seguinte, três anos após o lançamento de seu livro:

Assim, muito embora eu defenda que o “tempo” – por suas características singulares e seu valor supremo – mereça tratamento jurídico especial com tutela constitucional própria, penso que, no atual estágio de desenvolvimento do Direito pátrio, sua lesão antijurídica pode e deve ser enquadrada como um “novo fato gerador” de dano moral⁵⁴².

⁵⁴⁰ DESSAUNE, 2011, p. 136.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 147.

⁵⁴² DESSAUNE, Marcos. Jurisprudência anotada. Dano moral decorrente do tempo produtivo desperdiçado pelo consumidor em inúmeras tentativas de sanar vício do produto. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 93, ano 23 p. 399-408, maio/jun. 2014.

Portanto, para Dessaune, não havendo alteração legislativa, as indenizações pelo desperdício do tempo do consumidor devem continuar recebendo a roupagem a título de danos morais, sem adquirir foros de autonomia.

Vale destacar, por fim, que todo o estudo de Dessaune partiu de premissas fáticas e jurídicas vinculadas ao ramo do direito do consumidor, ao visível desequilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor e às balizas protetivas inerentes à norma. Toda a sustentação da tese parte de deveres básicos do fornecedor e de direitos daquele que é vulnerável na relação de consumo. O objeto da sua pesquisa foi a perda do tempo livre do consumidor. Entretanto, como já alertado, não se procedeu aqui a esse recorte temático, já que o foco da presente pesquisa, não sendo delimitado pela relação de consumo, parte do estudo da teoria geral da responsabilidade civil.

A importância do tempo e seus efeitos na responsabilidade civil foram tratadas brevemente por André Gustavo Corrêa de Andrade, em artigo publicado sobre descumprimento de obrigação contratual no ano de 2005⁵⁴³. Interessante mencionar que Dessaune reconhece o pioneirismo deste trabalho, mas alerta que só veio a tomar conhecimento no ano de 2009, quando a primeira versão de sua pesquisa já havia terminado⁵⁴⁴.

Muito embora o tema seja o mesmo, não é difícil de perceber algumas dessemelhanças naquilo que Dessaune e Corrêa de Andrade apresentam. Em tópico destacado para tratar do dano moral em consequência da perda do tempo livre, este autor defendeu o alargamento do conceito de dano moral para que abarque situações em que não são concedidas normalmente indenizações. Por sua concisão, segue a passagem que mais interessa do seu estudo:

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação de perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamentos em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e dentários e tantas outras obrigações que

⁵⁴³ Tal assunto veio a ser abordado novamente em tópico próprio, intitulado “Dano moral em consequência da perda do tempo livre”, na obra: ANDRADE, 2009, p. 100-102.

⁵⁴⁴ DESSAUNE, 2011, p. 137.

nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade.

O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação de obrigados morosos, na grande maioria das vezes pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento aos seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente vêem os consumidores como meros números de sua contabilidade.

Intoleráveis, também, são situações em que os consumidores se vêem compelidos a sair de sua rotina e perder seu “tempo livre” para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores, muitos dos quais não disponibilizam meios adequados para receber reclamações ou prestar informações.

Quando está diretamente em jogo um interesse econômico, o tempo desempenha um papel fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora, da cláusula penal moratória ou, ainda, da possibilidade de indenização por lucros cessantes. No plano dos direitos não patrimoniais, porém, ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral. Esquece-se, porém, que o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como

manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos⁵⁴⁵.

Percebe-se, facilmente, que o autor pretende alargar o conceito de dano moral para permitir indenizações contra fornecedores que culposa ou deliberadamente prestem um mau serviço. Diferentemente da proposta de Dessaune, a perda do tempo não é tratada de maneira efetivamente autônoma, mas sim é encarada como mais uma causa de dano moral. Ademais, não parece que o autor tenha delimitado a temática ao direito consumerista, pois, muito embora cite casos envolvendo consumidores que perderam tempo livre em razão de práticas abusivas causadas por empresas-fornecedoras, acaba por mencionar também meros contratantes, termo genérico. Inclusive, seu artigo trata de danos morais nas relações contratuais, por óbvio, não necessariamente relações de consumo.

4.1.2 O germinar de uma teoria

Foi após o lançamento da obra de Marcos Dessaune que o tema da indenização pela perda do tempo ganhou relevância no cenário nacional. Sua ideia, de proteger o tempo do consumidor vulnerável, ganhou a simpatia de muitos adeptos em curto espaço de tempo. De modo figurativo, pode-se dizer que Dessaune plantou a semente da teoria do desvio produtivo do consumidor. O que se pretende demonstrar agora, a partir de autores que se debruçaram sobre o tema, é avaliar o eventual germinar de uma possível *teoria* do dano pela perda do tempo – denominado por alguns, dano temporal ou cronológico.

No final do ano de 2013, a tese do desvio produtivo do consumidor ganha ares portenhos com a publicação do artigo “*Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido*”⁵⁴⁶ do professor da

⁵⁴⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, jan./mar. 2005, p. 62-63.

⁵⁴⁶ BAROCELLI, Sergio Sebastián. Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 90, ano 22, p. 119-140, nov./dez. 2013.

Universidade de Buenos Aires, Sérgio Sebastián Barocelli, na Revista de Direito do Consumidor.

A partir da concepção de que o tempo é um bem escasso, com valor econômico e social importantíssimo na atual sociedade de consumo, Barocelli se propõe a discutir o tema do desperdício do tempo na seara da responsabilidade civil. Para o autor, a perda do tempo pode se vislumbrar como um dano emergente:

[...] la pérdida de tiempo puede vislumbrarse en un daño emergente: un daño a la salud o integridad física ante la tardanza en la atención sanitaria, la pérdida de un servicio de transporte (aéreo, terrestre, marítimo etc.). [...] Pero también en los supuestos que analizamos en este trabajo (defecto de producto, deficiencias en la prestación de servicios etc.) pueden generar gastos que configuran un daño emergente: llamadas telefónicas, procuración de copias para denuncias y reclamaciones, traslado y viáticos, entre otros, que merecen ser compensados⁵⁴⁷.

Também assevera que o tempo pode servir como pressuposto para os lucros cessantes de acordo com o critério da compensação com o valor da hora de trabalho da pessoa. Conforme a quantidade de tempo investida para a solução do conflito, tal tempo deverá ser multiplicado pelo valor da hora da pessoa, conforme a sua atividade, ou, em caso de não realizar atividade registrada ou remunerada, de acordo com valores oficiais do salário mínimo⁵⁴⁸.

Indica, ainda, a partir de julgados e parcela da doutrina argentina⁵⁴⁹, que a perda do tempo implica também um desgaste moral e

⁵⁴⁷ BAROCELLI, 2013.

⁵⁴⁸ BAROCELLI, 2013.

⁵⁴⁹ “*Señala Zavala de González que resulta encomiable reconocer un daño moral por pérdida injustificada de tiempo – el cual es vida y libertad – ya que éste resulta jurídicamente significativo al margen de su función instrumental para logros existencial y económicos. Señala la autora citada que, en estos supuestos, en la persona emerge un sentimiento de “cosificación”, de: no ser tratado dignamente, aunque no haya lesión de otros intereses espirituales (es decir, ninguna particular urgencia para llegar a destino). Em análogo sentido Micele afirma que “la pérdida de tiempo, el impedimento al goce o libertad, la imposición de malgastar la propia vida em involuntarias tramitaciones, todos ellos son perjuicios extrapatrimoniales sin forma real de ser traducidos em dinero”* BAROCELLI, 2013.

um transtorno espiritual para o consumidor, que está quase sempre em clara desigualdade de condições frente ao fornecedor.

No mais, não avança na celeuma da eventual autonomia do dano pela perda do tempo, muito embora faça uma distinção entre dano moral e lesões ao direito ao trato digno. Explica, de maneira um tanto genérica que, de acordo com o ordenamento jurídico argentino, constitui um pressuposto particular indenizável o descumprimento do direito ao trato digno e equitativo pelos fornecedores de bens e serviços, exemplificando com a demora excessiva e os maus-tratos de uma empresa para com o consumidor⁵⁵⁰.

Em 2014, Maurilio Casas Maia publica na Revista de Direito do Consumidor o artigo intitulado “O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade”⁵⁵¹.

No início do texto, o autor delimita a sua proposta: investigar se a perda do tempo do consumidor, abusivamente provocada pelo fornecedor, representaria dano indenizável ou mero dissabor da vida e se a reparação à ofensa temporal deve ser tratada como dano moral ou ser vista como mazela jurídica autônoma. Para tanto, apresentará o tempo como valor jurídico autônomo e a distinção entre o mero dissabor e o efetivo dano moral na jurisprudência nacional, com o objetivo de – aplicando a analogia com os precedentes – distinguir o dano temporal indenizável do mero dissabor temporal de bagatela⁵⁵².

Partindo da concepção da dignidade humana como eixo da Constituição Federal de 1988, e de sua estrutura aberta à complexidade e ao pluralismo, assevera que se faz possível a “persecução do amparo jurídico da extensão humano-temporal como técnica de proteção da personalidade e de projeção da dignidade”⁵⁵³ e que ela – a dignidade humana – “abrange o tempo necessário à vida digna, pois funciona como

⁵⁵⁰ BAROCELLI, 2013.

⁵⁵¹ MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro: é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 92, ano 23, p; 161-176, mar./abr. 2014.

⁵⁵² MAIA, 2014, p. 162.

⁵⁵³ MAIA, loc. cit.

mecanismo de explicitação da substância necessária à dignificação constitucional do ser humano⁵⁵⁴.

Assim, a partir da *dualidade de usos* da dignidade humana – seja como *fundamento* ou como *conteúdo* dos direitos humanos –, ela servirá como base nuclear da tutela do aspecto temporal da vida humana. Dessa forma, entende-se que a abertura do termo dignidade humana permite a *tutela reparatória humana do tempo* humano – quando presentes os pressupostos de responsabilização civil, claro –, não se concordando com Marcos Dessaune, para quem tal fundamento somente permitiria a reparação do dano temporal e do desvio produtivo a título de dano moral⁵⁵⁵.

Muito embora reconheça que o tempo não foi tutelado juridicamente de forma direta em casos de dano decorrente de sua própria violação, Maia também justifica a tutela autônoma do tempo “no direito à liberdade de ir e vir do consumidor, obrigando-o em algumas situações a aguardar em espera longa e interminável, dia após dia, pela solução de seu problema em vez de utilizar suas competências em algo mais produtivo ou agradável”⁵⁵⁶. Para o autor, a proteção do tempo significa não só dignidade temporal, mas também liberdade temporal na escolha dos caminhos do consumidor, o que pode repercutir na digna qualidade de vida⁵⁵⁷.

Entende, portanto, que a tese de Dessaune – ao exigir a edição de específica previsão legislativa do tempo como bem jurídico autônomo – está equivocada, pois a Constituição Federal seria suficiente para consagrar a tutela jurídica autônoma do tempo, como consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano.

Por consequência, defende que o dano injusto a esse bem jurídico representa ofensa distinta da esfera patrimonial ou mesmo moral em sentido estrito do cidadão. Assevera que o reconhecimento da autonomia do dano temporal ensejará maior repercussão pedagógica entre os fornecedores na seara da responsabilização civil por perda indevida de tempo, uma vez que o “o tempo humano passará a ter valor em si mesmo considerado e não por eventuais consequências econômicas ou morais de

⁵⁵⁴ MAIA, 2014, p. 162-163.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 163.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 163-164.

⁵⁵⁷ MAIA, loc. cit.

sua violação – as quais poderão ser reparadas conjuntamente, afirme-se *em passant*⁵⁵⁸.

Em resumo, Maia lança novo olhar sobre o tempo como valor jurídico considerado em si mesmo, reconhecendo sua autonomia, fato que ensejaria, quando da sua violação, especialmente na seara do direito consumerista, um dano distinto da esfera patrimonial ou moral em sentido estrito. Ele se vale, na maior parte das vezes, das alcunhas dano temporal ou dano cronológico⁵⁵⁹.

Seguindo, cita alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça em que se debate a difícil tarefa de distinguir o mero dissabor e o dano moral indenizável, tentando então desvendar a eventual fronteira entre o mero dissabor o efetivo dano temporal decorrente da perda do tempo útil e do desvio produtivo do consumidor⁵⁶⁰.

Para tanto, assevera que é preciso aferir a conduta do fornecedor para a resolução do problema encontrado no produto ou no serviço. Caso aja de modo vagaroso e desrespeitador, isso deverá fazer toda diferença na apuração da responsabilidade pelo dano cronológico⁵⁶¹. Ao contrário, em situações de normalidade, o vício apresentado configurará mero aborrecimento, importando na aplicação das hipóteses previstas no art. 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor⁵⁶².

De acordo com Maia, o *habitat* natural e mais comum para a ocorrência do dano temporal ao consumidor ocorre exatamente por ocasião da exigência de saneamento do vício do produto ou serviço e no exercício dos direitos de troca, abatimento ou restituição de valores. Seria nessa zona reclamatória que abusos temporais em geral ocorreriam, ocasionando desvio produtivo do tempo útil e dano temporal ao consumidor.

Dessa maneira, conclui que o dano temporal por desvio produtivo e perda de tempo útil e/ou livre poderá se consolidar como categoria

⁵⁵⁸ MAIA, 2014, p. 163-164.

⁵⁵⁹ Não nos parece claro se o autor distingue as concepções ou trata como sinônimos os termos perda do tempo livre, desvio produtivo e dano temporal (cronológico).

⁵⁶⁰ MAIA, op. cit., p. 165-169.

⁵⁶¹ Ibid., p. 169-170.

⁵⁶² Art. 18. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

autônoma de dano em decorrência do sistema aberto de tutela da dignidade humana, da tutela da liberdade de responsabilização civil, devendo ser considerado um dano *in re ipsa* (“demonstrado pela força dos próprios fatos”)⁵⁶³ e podendo, inclusive, ser acompanhado de dano moral e material, à semelhança do que ocorre com os ditos danos estéticos⁵⁶⁴.

Vitor Vilela Guglinski, em 2015, também aborda o tema em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, sob o título “O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos Tribunais”⁵⁶⁵. Assim como os outros autores, Guglinski reconhece na perda involuntária do tempo um problema da contemporaneidade e adota uma interpretação sistemática para que o tempo seja entendido como um bem jurídico protegido⁵⁶⁶.

A seu ver, o tempo pode ser analisado sob duas perspectivas. De um lado, sob o ângulo da utilidade, a disponibilidade do tempo para a execução de variadas tarefas do cotidiano, para o cumprimento de obrigações e para o trabalho. Alude a um tempo “vinculado”, cujo emprego já estaria predeterminado, planejado. Vale-se do predicativo útil, denominando tempo útil aquele por meio do qual se busca uma vantagem ou a satisfação de uma necessidade⁵⁶⁷. De outro lado, denomina tempo livre aquele dedicado a se fazer o que se quer, sem vínculos predeterminados. É o tempo que não está ligado a tarefas ou obrigações, podendo ser dedicado ao lazer, ao repouso, a atividades descomprometidas, inclusive ao ócio⁵⁶⁸.

Ao analisar o direito comparado, Guglinski afirma que é possível encontrar no Código Civil Alemão⁵⁶⁹ disposição expressa sobre a

⁵⁶³ MAIA, 2014, p. 174.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 170-171.

⁵⁶⁵ GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos Tribunais. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 24, v. 99, maio/jun., 2015, p. 125-156.

⁵⁶⁶ GUGLINSKI, 2015, p. 127-132.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 137-138.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 138.

⁵⁶⁹ Indica o §651f, 2: Eis a tradução para o inglês do dispositivo: Section 651f Damages (1) *Notwithstanding any reduction of price or notice of termination, the traveller may demand damages for nonperformance unless the defect in the travel package resulted from a circumstance for which the travel organiser is not*

compensação pela perda do tempo. O autor se refere à frustração de viagem – também conhecidas por férias arruinadas – indicando que seria exemplo compensação pelo tempo de férias inutilizado.

Adianta-se, aqui, todavia, que não é o tempo em si que é indenizado, mas sim as consequências negativas advindas da falha na prestação do serviço. As férias perdidas, e não somente o tempo em si.

Ademais, muito embora não vincule a perda do tempo à seara contratual, pois defende que a perda do tempo também pode ser causada por fato extracontratual, o autor compreende que a perda do tempo pode ser visualizada como reflexo da violação positiva do contrato, de modo que embora cumprido pela parte contratada, pode vir a sê-lo de forma defeituosa, ensejando o dever de reparar os danos daí advindos⁵⁷⁰.

[...] no momento em que o consumidor é vítima do mau atendimento dos SAC's e *call center's*, das redes de assistência técnica e congêneres, acaba sendo obrigado a envidar novos esforços para tentar obter o atendimento correto por parte dos canais disponibilizados pelo fornecedor, enquanto, por obrigação implícita no contrato de consumo, deveria o fornecedor atender à reclamação de maneira eficiente e no tempo mais breve possível⁵⁷¹.

Por fim, quanto à natureza da perda involuntária do tempo, Guglinski o compreende no conceito de dano moral, pois dificilmente o consumidor enfrentará a via crucis que lhe é imposta pelo fornecedor na tentativa de solucionar um problema de consumo sem que experimente sentimentos humanos negativos. Logo, o consumidor desviado de suas atividades inegavelmente estará sujeito a raiva, irritação, frustração, angústia, etc.⁵⁷².

responsible. (2) If the travel package is made impossible or significantly impaired, then the traveller may also demand appropriate compensation in money for holiday leave spent to no avail. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Civil Code.** Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*]). Last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2806>. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁵⁷⁰ GUGLINSKI, 2015, p. 143-146.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 144.

⁵⁷² GUGLINSKI, 2015, p. 150.

Ainda assim, não parece que o autor se posicione contra a multicitada *autonomia* do dano temporal:

Noutro giro, embora se julgue pouco provável, pode ocorrer que a perda desarrazoada do tempo não desencadeie na vítima, necessariamente, sentimentos negativos ou, no máximo, cause apenas uma irritação ordinária, própria da solução das demandas cotidianas. Nesse sentido, a perda do tempo será o dano em si. O tempo é o bem juridicamente protegido, e sua perda caracteriza prejuízo⁵⁷³.

Muito embora Guglinski assinale que compreende o desperdício do tempo na figura do dano moral e que a questão da autonomia do dano temporal pode ser considerada para fins de quantificação do dano moral, é de se perceber que não o faz de maneira integral, pois considera viável⁵⁷⁴ a caracterização do prejuízo pelo simples desperdício do tempo, sem que haja qualquer sentimento negativo ao consumidor. Conclui que por ser o tempo um bem jurídico protegido, em havendo a sua perda involuntária, o dano estaria caracterizado, mesmo que sem qualquer outra consequência negativa.

Comprovando o crescimento da tese estudada, trazem-se à baila três propostas de enunciados apresentadas pelo já citado Professor Maurilio Casas Maia na VII Jornada de Direito Civil, ocorrida em Brasília nos dias 28 e 29 de 2015, que tratam do “dano temporal”:

1) O dano temporal ou cronológico é configurado enquanto categoria lesiva extrapatrimonial autônoma e distinta do dano moral-psicológico, tutelando a compensação de agressões indevidas ao tempo – bem jurídico escasso, irreversível, intangível e ininterrompível –, com fundamento no princípio da reparação integral dos danos à pessoa e na abertura semântica do sistema de responsabilidade civil⁵⁷⁵.

⁵⁷³ GUGLINSKI, 2015, p. 150.

⁵⁷⁴ Ainda que diga ser pouco provável.

⁵⁷⁵ Eis a *justificativa* apresentada pelo proponente: Na atualidade, o tempo – bem jurídico relevante por ser escasso, intangível, ininterrompível e irreversível

2) A indenização compensatória por dano temporal ou cronológico – categoria lesiva autônoma de dano extrapatrimonial relacionada ao bem jurídico tempo –, pode ser cumulada com o pleito indenizatório de dano patrimonial e/ou compensatórios de outros danos de natureza extrapatrimonial quando, a partir do mesmo evento lesivo, outros bens jurídicos além do tempo tenham sido lesionados, tudo em conformidade com o princípio da reparação integral e da tutela da dignidade humana⁵⁷⁶.

(DESSAUNE, 2011, p. 108) –, é mais que dinheiro, sendo também (qualidade de) vida, liberdade e dignidade. A tendência de especificação dos danos extrapatrimoniais (dano estético, dano pela perda de uma chance, biológico etc.) e o crescente valor jurídico do tempo na sociedade pós-moderna aumenta o interesse social na tutela autônoma do tempo humano. Em 2005, o desembargador André Gustavo C. de Andrade (“Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual”), defendeu que o tempo desperdiçado seria compensável como dano moral. Em seguida, Marcos Dessaune popularizou o tema na obra “Desvio Produtivo do Consumidor” (2011), porém assinalou que sem regulação jurídica própria, provavelmente, o desvio produtivo seria um “um mero ‘novo fato gerador de dano moral’” (p. 133-135). Em março de 2014, propôs-se a autonomia do dano temporal (MAIA, RDC 95) em relação ao dano moral-psicológico por força da especificidade do bem jurídico “tempo”. Em agosto de 2014, reconheceu-se a autonomia do dano temporal em relação ao dano moral no processo n. 0005804-43.2014.8.26.0297 (Jales-SP), abrindo-se caminho jurisprudencial para o debate. O dano temporal é lesão extrapatrimonial distinta do dano moral-psicológico, tutelando as especificidades do bem jurídico tempo, compensável graças ao “princípio da reparação integral” (ver obra homônima de SANSEVERINO, 2010, p. 257 ss.) das lesões à integridade humana e da abertura semântica do sistema de responsabilidade civil.

⁵⁷⁶ Eis a *justificativa* do proponente: O direito brasileiro passa por uma fase de especificação contínua dos danos extrapatrimoniais. Nesse ponto, exemplificativamente, cita-se o dano estético (Teresa Ancona Lopes, In: “Dano Estético”), o dano pela perda de uma chance (STJ, REsp 1.254.141/PR; REsp 1291247/RJ), o dano à vida de relação (vide: Paulo Sanseverino, “Princípio da reparação integral: Indenização no Código Civil”, p. 301 ss). Em decorrência da incipiência da categoria lesivo-temporal, podem surgir dúvidas acerca de sua cumulabilidade com outras formas de dano extrapatrimonial ou mesmo com o dano patrimonial. Pois bem, relembra-se que o dano estético – após anos de amadurecimento da discussão –, foi reconhecido não somente como categoria autônoma e ainda foi aceita sua cumulabilidade via enunciado sumular: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (Enunciado Sumular n. 387/STJ). Na mesma esteira interpretativa, o dano temporal poderá

3) O dano temporal ou cronológico – por ser categoria lesiva autônoma e específica de dano extrapatrimonial –, deve ter sua compensação pecuniária fixada em base equitativa por arbitramento judicial a partir das peculiaridades do caso concreto e do postulado da proporcionalidade, aplicando-se, por analogia, o parágrafo único do artigo 953 do CC/2002, buscando razoabilidade e equilíbrio no valor compensatório a fim de evitar o enriquecimento sem causa, desestimular o desrespeito ao tempo humano alheio e ainda compensar a perda de tempo irrecuperável⁵⁷⁷.

Para o proponente, poderia coexistir a indenização por danos patrimoniais, morais e temporais. A partir do princípio da reparação

ser cumulado com outras categorias de dano extrapatrimonial decorrentes do mesmo evento lesivo, quando as consequências atingirem múltiplos bens jurídicos (ex.: tempo, moral-psique, patrimônio, chance etc). Ou seja, se um mesmo evento lesivo causar dano temporal, patrimonial e/ou moral-psicológico (entre outras categorias extrapatrimoniais), nada impede a cumulação de pleitos compensatórios em nome do princípio da reparação integral dos danos suportados pela dignidade de integridade humana.

⁵⁷⁷ Eis a derradeira justificativa: Certamente, a “indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944, CC/2002). Porém, a doutrina e a jurisprudência sempre tiveram dificuldades para quantificar danos de natureza extrapatrimonial. Nesse contexto, a solução mais adequada para quantificação da compensação do dano temporal é indicada pela doutrina de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “No Brasil [...] tem-se a regra específica do art. 953, parágrafo único, do CC/2002 [...] no caso de ofensa contra a honra. [...] Na falta de norma expressa, essa regra pode ser estendida, por analogia, às demais hipóteses de prejuízo sem conteúdo econômico” (In: Princípio da Reparação Integral, 2010, p. 281, g.n.). Assim, a compensação do dano temporal deve ocorrer por apreciação judicial equitativa conforme as peculiaridades do caso concreto. Não é recomendável a utilização do parâmetro “hora de trabalho”, sob o risco de converter o dano temporal – categoria extrapatrimonial que atinge bem irrepetível (o tempo) –, por via transversa, em mecanismo de obtenção de lucros cessantes, este sim eventualmente aferível por hora de trabalho desperdiçada. O dano temporal é desconectado de prejuízo material ou moral-psicológico, embora estes possam também decorrer do mesmo fato lesivo. Assim, a nova categoria lesiva do dano temporal – inconfundível com a perda de uma chance, com o dano moral e com lucro cessante, pois tutelam bens jurídicos diferentes –, deve levar em consideração a gravidade do abuso no desperdício de tempo alheio, a reincidência do agente e ser fixado por arbitramento equitativo nos mesmos moldes do dano moral, *mutatis mutandis*.

integral, da dignidade humana, da abertura semântica do sistema de responsabilidade civil e, especialmente, da verificação de que o tempo é um bem jurídico protegido, defende que o dano temporal é categoria lesiva extrapatrimonial autônoma, não se confundindo com o dano moral-psicológico.

Segundo o proponente, inspirado na permissão conferida pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da cumulação de danos morais e danos estéticos, quando um mesmo evento lesivo atingir diferentes bens jurídicos, poderá ensejar indenização por dano temporais, danos morais e materiais.

Todas as três propostas foram rejeitadas. Não existem registros dos motivos pelos quais as propostas não lograram êxito.

Outro autor que abordou o tema foi Orlando Celso da Silva Neto com o artigo “Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável?” publicado na Revista de Direito Civil Contemporâneo. O autor se propõe a analisar a responsabilidade civil pela perda do tempo útil, inclusive definindo as características desse tipo de responsabilização, a qualificação e definição do tempo como ativo indenizável.

De acordo com Silva Neto, “tempo útil é interessante componente cuja reparação pela perda derivada de ato ilícito não se enquadra de forma precisa nem no conceito clássico de dano material, nem no de dano moral, ao mesmo tempo em que, pelas suas características, apresenta elementos tanto de um quanto de outro”⁵⁷⁸.

Nessa linha, deixa claro que sua preocupação não se volta para aquelas situações em que a perda do tempo pode ser reparada em virtude de ter acarretado lucros cessantes e tampouco naqueles casos em que a perda do tempo é reparada no contexto mais amplo da reparação do dano moral⁵⁷⁹. Em suas palavras:

O objeto deste estudo é a reparação da perda do tempo enquanto fenômeno isolado, ou seja, enquanto dever de reparação distinto e independente do dever de indenizar lucros

⁵⁷⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, 2015, p. 140-141.

⁵⁷⁹ SILVA NETO, 2015, p. 142.

cessantes ou dano moral. Em outras palavras, o objeto de estudo é a perda do tempo como valor reparável isoladamente. E, se a perda do tempo pode ser caracterizada como dano a ser reparado, qual sua natureza e como repará-lo dentro da legislação vigente⁵⁸⁰.

Reconhece, em primeiro lugar, que, se considerada uma divisão estanque entre os danos ao patrimônio econômico e os danos ao patrimônio psíquico ou imaterial,

o tempo empregado na persecução da reparação do ilícito seria parcela do patrimônio imaterial do sujeito, e sua perda representaria um dano moral (salvo se pudesse ser efetivamente comprovado que essa perda de tempo representa também uma perda de rendimento, hipótese em que a reparação seria material⁵⁸¹.

Ao fundamentar sua ideia, propugna ser inadequada a equiparação pura e simples da reparação da perda do tempo à reparação do dano moral e, por isso, sugere “que é hora de se pensar em uma nova categoria ou, ao menos, em uma subcategoria”⁵⁸².

Esclarece, assim como o fazem os autores já citados, que nem todo tempo perdido na consecução ou busca de direito é tempo útil, de modo que só será suscetível de reparação o tempo útil ilicitamente desperdiçado (desperdiçado em função de ato ilícito) e não o tempo perdido que seja oriundo de um direito decorrente de uma opção legislativa⁵⁸³. Mais à frente, defende que só haverá de se falar em responsabilização quando a parte ofensora oferecer resistência ao pleito da parte ofendida, “não devendo ser aplicada quando ocorrer o reconhecimento do direito ou quando forem tomadas medidas adequadas para reparar o dano”⁵⁸⁴.

Além disso, reconhece que o tempo que se perde de forma ilícita não necessariamente representará um aborrecimento. E se não houver

⁵⁸⁰ SILVA NETO, 2015, p. 140-141.

⁵⁸¹ Ibid., p. 143.

⁵⁸² Ibid., p. 143.

⁵⁸³ Com razão, o autor cita o art. 18, §1º do Código de Defesa do Consumidor, pois a norma tolera a perda do tempo, registrando: “ainda que o tempo dispendido seja útil ao consumidor, não é indenizável”. SILVA NETO, 2015, p. 144.

⁵⁸⁴ SILVA NETO, 2015, p. 155.

aborrecimento, não há que se falar em dano e, por consequência, não existe a obrigação de indenizar⁵⁸⁵. Traz como exemplo

[...] aquele consumidor que não se importa em dispendar seu tempo consultando a assistência técnica porque simplesmente não tem melhor uso; sente-se sozinho em casa; não tem outros usos do tempo etc. Inclui-se, portanto, um novo componente da caracterização do tempo útil: sua perda representa um prejuízo. Em outras palavras, é necessário ao menos certo aborrecimento para qualificar o tempo pessoal como útil [...]⁵⁸⁶.

Prosseguindo, em relação à natureza jurídica da reparação da perda do tempo útil, ponto que mais interessa a este trabalho, Silva Neto defende que “a perda do tempo útil não se enquadra, no mais das vezes, na dor psíquica significativa que a jurisprudência costuma exigir para caracterizar o dano moral reparável”⁵⁸⁷. A seu ver, portanto, a perda do tempo útil caracteriza-se como prejuízo de ordem não material que acaba por não justificar qualquer reparação se forem seguidos os parâmetros geralmente arbitrados pela jurisprudência e pela doutrina. Tampouco a perda do tempo teria reflexos econômicos quantificáveis, não podendo ser objeto de reparação material, ao menos nos moldes clássicos⁵⁸⁸.

Em sua ótica, tal dificuldade poderia levar o intérprete a concluir que “o tempo útil nunca é indenizável e que a perda desse tempo é um

⁵⁸⁵ SILVA NETO, 2015, p. 144.

⁵⁸⁶ O que traz, segundo o autor, preocupações de cunho probatório: “Esse é um problema que, em primeira análise, parece mais grave, sério e complexo do que realmente é, principalmente em se tratando de relação de consumo. As ferramentas aplicáveis à lide consumerista são mais flexíveis e versáteis (em proveito do consumidor) do que aquelas existentes nas lides cíveis ou empresariais, sendo direitos básicos do consumidor a facilitação dos meios de defesa e a inversão do ônus da prova, “segundo as regras ordinárias de experiência” (CDC, art. 6º, VII) Assim, basta que, de acordo com as “regras ordinárias de experiência”, o juiz se convença (e, é claro, o consumidor pode auxiliar o juiz na formação de seu convencimento, apresentando provas ou indícios de que seu tempo desperdiçado é útil, ou seja, de que tinha para ele uso melhor do que estar buscando seus direitos) de que o tempo desperdiçado era útil ao consumidor e, por conseguinte, é bem jurídico indenizável”. SILVA NETO, 2015, p. 144.

⁵⁸⁷ SILVA NETO, 2015, p. 145.

⁵⁸⁸ SILVA NETO, loc. cit.

custo transacionável não indenizável”⁵⁸⁹, solução esta que não seria razoável, tampouco jurídica, pois existem ativos e bens jurídicos que merecem proteção mesmo que não tenham natureza monetária (assim como o direito à honra, direito à privacidade, direito ao esquecimento), sendo um deles o direito à fruição, pelo consumidor, de seu tempo de forma útil⁵⁹⁰. Em suas palavras:

Sem dúvida, tempo é um ativo quantificável, se nem sempre em moeda, ao menos em bem-estar ou, para usar o termo mais aceito, em utilidade. O prejuízo, no caso, é representado, no mínimo, pela perda de tempo que poderia estar sendo empregado em outra atividade mais produtiva ou prazerosa (ou seja, mais útil ao consumidor), mesmo que não se lhe possa fazer uma associação monetária direta⁵⁹¹.

Ao traçar um paralelo com a reparação pela *privação do uso*, verifica grande similaridade com a perda do tempo útil, especialmente em relação ao fato de que, tanto a privação do uso, quanto à perda do tempo útil, pode gerar, muitas vezes, aborrecimentos não graves o suficiente a ponto de caracterizar o dano moral⁵⁹². “E, se a privação do uso do bem pode e deve ser indenizada, não há justificativa para concluir de forma diferente no que diz respeito à perda do tempo útil”⁵⁹³.

Para o autor, o direito de usar o tempo da forma que a pessoa considera mais apropriada integra a esfera pessoal, e “restrição do uso do tempo conforme desejado acarreta presumível perda de bem-estar, felicidade e utilidade”⁵⁹⁴. Refere-se à perda da utilidade no sentido de que a pessoa poderia empregar seu tempo perdido em outros afazeres mais úteis e, muito embora seja impossível repor de forma exata o *status quo ante*, alguma indenização de certa forma compensa a perda de utilidade sofrida⁵⁹⁵.

Conclui que o tempo útil é bem jurídico protegido pelo ordenamento⁵⁹⁶ (e, por conseguinte, sua perda é indenizável), mas

⁵⁸⁹ SILVA NETO, 2015, p. 145.

⁵⁹⁰ SILVA NETO, loc. cit.

⁵⁹¹ Ibid., p. 145-146.

⁵⁹² Ibid., p. 146.

⁵⁹³ SILVA NETO, loc. cit.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 146-147.

⁵⁹⁵ SILVA NETO, 2015, p. 147.

⁵⁹⁶ Menciona da Constituição Federal os artigos 5º, XXXV (acesso ao Judiciário é direito de todos), 1º, III (dignidade da pessoa humana), 5º, LIV (liberdade);

também apresenta questões de incentivo comportamental, como parte importante inspirada da análise econômica do direito. Segundo o autor, ao não se compensar essa perda de tempo, dois incentivos negativos bastante nefastos poderão ser desencadeados: o desencorajamento de consumidores a exercer seu direito e o desestímulo aos fornecedores a oferecer solução rápida para o problema sofrido pelo consumidor, o que feriria o dever recíproco das partes de agir de boa-fé⁵⁹⁷.

Recentemente, reforçando o fato de que o estudo a respeito da perda do tempo do consumidor ganha cada vez mais a atenção dos pesquisadores, no ano de 2016 foram publicados dois novos artigos. O primeiro, “Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor”, publicado na Revista de Direito do Consumidor, de autoria de Rene Edney Soares Loureiro e Héctor Valverde Santana, correlaciona o título com o termo “perda do tempo produtivo do consumidor”, de Marcos Dessaune⁵⁹⁸. O segundo,

além do art. 6º, VI do CDC (efetiva reparação do dano) e art. 404 do Código Civil quando menciona que a s perdas e os danos abrangem juros, custas e honorários do advogado. SILVA NETO, 2015, p. 154.

⁵⁹⁷ SILVA NETO, 2015, p. 154-155. Nas linhas seguintes, o autor se propõe a traçar parâmetros para a quantificação de indenização pela perda do tempo útil, especialmente na relação entre consumidor e fornecedor. Menciona como possíveis critérios a renda do consumidor (observando-se máximos e mínimos); as dificuldades encontradas pelo consumidor para efetuar a reclamação; a conduta do fornecedor a partir do momento em que foi informado do problema; tempo do processo judicial, ainda que a demora não possa ser atribuída ao fornecedor. Ao final, propõe que a indenização do tempo útil por hora estimada desperdiçada fique entre R\$50,00 e R\$200,00, a depender das circunstâncias. Ibid., p. 159-160.

⁵⁹⁸ LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, v. 106, p. 357-378, jul./ago. 2016, p. 375. Partindo do direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF⁵⁹⁸), os autores seguem o entendimento de que o tempo é um bem jurídico a ser tutelado e apresentam alguns pontos sobre a caracterização do dano moral pela perda injustificável do tempo do consumidor. Citam que a maioria dos casos de perda injusta do tempo ocorre no pós-venda e “advém do inadimplemento contratual, notadamente da inobservância dos deveres anexos/laterais de cuidado, proteção, atendimento, prestabilidade, efetividade, dentre outros”⁵⁹⁸. Valem-se de aspectos correlacionados à violação

escrito por Umberto Cassiano Garcia Scramim, intitulado “Da Responsabilidade civil pela frustração do tempo disponível” e publicado na Revista dos Tribunais⁵⁹⁹. Na mesma toada, Scramim defende que o tempo disponível é um bem jurídico incorpóreo que, muito embora não possua regra específica, é valorado pelo aparato normativo. No que mais interessa a essa pesquisa, o autor defende que a retirada do tempo enseja, por si só, o dever de indenizar, tornando-se prescindível a violação de outro direito matéria ou da personalidade. Mais à frente serão apresentados defendidos pontualmente pelo autor.

Da breve apresentação de alguns trabalhos sobre o desperdício do tempo, não é difícil perceber que o tema ainda é bastante incipiente. A respeito da autonomia do dano, fato central da presente dissertação, pode-se concluir que, em verdade, Dessaune depositou a semente de sua teoria em solo que reputava não fértil, pois deixou clara a sua opinião de que se faz necessária previsão legislativa para considerar o tempo como bem jurídico autônomo. Por outro lado, pensa de modo contrário parcela da doutrina que o seguiu, defendendo que o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição Federal, a partir de conceitos amplos de dignidade humana e liberdade, abarcariam a proteção autônoma do tempo. A ausência de norma explícita não seria óbice, portanto, para o reconhecimento do tempo como um bem jurídico protegido. Mais uma vez de modo figurativo, conclui-se que imaginaram ali um solo fértil, e fizeram germinar a ilusão de um dano temporal autônomo e distinto de categorias consagradas.

da boa-fé objetiva⁵⁹⁸ para apontar algumas condutas inaceitáveis de fornecedores que causam a perda do tempo livre do consumidor, mas não chegam a se debruçar sobre os pontos limítrofes. Deveras, passam ao largo da discussão a respeito da cumulação do dano temporal com dano moral, o que leva a crer que encaram a perda do tempo efetivamente (e tão somente) como dano moral. No mais, após colacionarem alguns julgados sedizentes acolhedores da teoria do desvio produtivo do consumidor, apontam que “a evolução da jurisprudência está em consonância com a garantia de respeito e efetivação dos direitos da personalidade, da sedimentação da boa-fé objetiva para o fornecedor e da veneração do princípio da dignidade da pessoa humana”

⁵⁹⁹ SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Da responsabilidade civil pela frustração do tempo disponível. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 968, p. 83-99, jun./2016.

Ademais, a ausência de sistematização do assunto e o somatório de autores concordando com pontos específicos da teoria podem gerar dúvidas e causar confusões. Questiona-se: o termo desvio produtivo do consumidor, pensado por Dessaune para ilustrar as situações em que o consumidor deixa de realizar seus afazeres ou desfrutar de seu ócio, tem a mesma conotação de perda do tempo livre, o dano temporal ou cronológico? Essa pergunta importa, sem dúvidas, para a verificação de alguma consequência negativa no desperdício do tempo.

4.1.3 Somente o tempo do consumidor é protegido?

A ideia encabeçada por Dessaune é interessante. Inspirado em problemas práticos, e visualizando as constantes falhas nas prestações do serviço, quis o autor proteger – efetivamente – o tempo do consumidor.

A preocupação, portanto, se volta para a proteção de um sujeito de direitos dotado de características próprias, presumidamente vulnerável na forma da lei⁶⁰⁰, e rodeado por circunstâncias especiais que o colocam em desigualdade na relação jurídica de consumo. Nesse ponto, convém trazer os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, especialmente no que toca aos quatro tipos de vulnerabilidade (técnica, fática, jurídica e informacional):

Na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. [...] Já a *vulnerabilidade jurídica* ou científica é falta de conhecimentos jurídico específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. [...] Sim, há ainda a *vulnerabilidade fática* ou socioeconômica, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do

⁶⁰⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam [...] O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* com uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária⁶⁰¹.

O consumidor, sabe-se, é um sujeito de direitos diferenciado. Suscetível de ser lesionado com facilidade⁶⁰², refém da sofisticação e complexidade da sociedade de consumo, carente de informações básicas, entre outros, precisa da proteção do ordenamento jurídico para equilibrar a relação jurídica perante o fornecedor. Por esses e por outros motivos é que a literatura jurídica consumerista busca tutelar o consumidor em todos os seus aspectos, inclusive na perda de seu tempo.

Desse modo, voltando ao cerne deste trabalho, é preciso lançar o seguinte questionamento: qual a razão de proteção do tempo do consumidor? De modo pragmático: qual o motivo de se proteger o tempo do consumidor e não de todas as pessoas? O tempo do consumidor não é o mesmo tempo dos outros (não consumidores)?

Quase a totalidade dos autores que escreveram sobre o tema o fazem a partir de premissas consumeristas. Buscam, de fato, proteger o consumidor por meio de fundamentos constitucionais e legais que tutelam o consumidor. Valem-se desde a dignidade da pessoa humana até os próprios deveres dos fornecedores de entregarem produtos e prestarem serviços de qualidade.

Pode-se, de um lado, supor que a escolha feita pelos autores – ao tratar somente do tempo dos consumidores – se deve ao fato de que a matéria ainda é incipiente, sendo prudente a análise do problema em escala menor, deixando-se para um segundo momento a perspectiva do tempo de todas as pessoas. Lado outro, pode-se efetivamente questionar se o objetivo real da doutrina é de tão somente albergar o tempo deste

⁶⁰¹ MARQUES, 2016, p. 326-338.

⁶⁰² Na linha de Jean-Pascal Chazal. *Vulnerabilite et droit de la consommation*. CHAZAL, Jean-Pascal *Vulnerabilite et droit de la consommation*. In: COLLOQUE SUR LA VULNÉRABILITÉ ET LE DROIT, organisé par l'Université P. Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000. Disponível em: <http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_vulnerabilite_droit_conso.pdf>. Acesso em: out. 2016.

grupo econômico vulnerável: os consumidores. Fato é que os textos mencionados lançam suas bases teóricas na perspectiva do direito consumerista, sem dar muita relevância para outros casos.

Como quer que seja, ao se reconhecer o tempo como bem jurídico protegido pelo ordenamento, e tendo ele – o tempo – valor para todas as pessoas, e não só aos consumidores, interessa à responsabilidade civil a sua abordagem de forma ampla e, não, circunscrita à existência de fornecedores e consumidores. Seria, no mínimo, estranho apontar que o tempo merece atenção à responsabilidade civil do fornecedor (numa relação jurídica de consumo), mas não aos demais casos.

Não é outro o entendimento de Guglinski. Ao tecer breves reflexões a respeito da responsabilidade civil do Estado pela perda do tempo do Administrado, o autor assevera que, se o tempo é um bem jurídico merecedor de tutela jurídica, tal dever também deve ser observado na esfera das relações entre o Estado e os administrados⁶⁰³.

Nesse ponto, Orlando Celso da Silva Neto fez questão de esclarecer logo no início de seu estudo que “a referência ao direito do consumidor se justifica porque o estudo da questão se iniciou no âmbito mais restrito das lides consumeristas, bem como devido ao fato de ser nas relações de consumo que se verificaram os primeiros pronunciamentos judiciais sobre o tema”⁶⁰⁴. Adverte, no entanto, que os lineamentos teóricos desenvolvidos em seu ensaio se aplicam perfeitamente às relações obrigacionais⁶⁰⁵.

Tanto é assim que se chamou a atenção, linhas acima, para alguns dos exemplos de que o próprio Marcos Dessaune se valeu para explicar sua ideia. Ao elencar alguns exemplos de situações em que o tempo é vilipendiado, o autor menciona o ato de “telefonar ou ir diversas vezes a uma repartição pública para tentar obter certa informação ou para saber se determinado ato administrativo já foi praticado”, ou ainda “retornar periodicamente a uma vara judicial (ou outro órgão jurisdicional) para obter notícias ou para diligenciar aquele mesmo processo que não avança pelo impulso oficial etc.”⁶⁰⁶. Como já apontado, os dois casos não retratam relação de consumo. Neles não há que se falar em fornecedor e

⁶⁰³ GUGLINSKI, Vitor Vilela. Da responsabilidade civil do Estado pela perda do tempo útil/livre do administrado. **Revista Síntese responsabilidade pública**, ano 34, v. 6, ago./set., 2016.

⁶⁰⁴ SILVA NETO, 2015, p. 140.

⁶⁰⁵ SILVA NETO, loc. cit.

⁶⁰⁶ DESSAUNE, 2011, p. 47-48.

consumidor, e sim, de duas situações que envolvem a perda do tempo, mas não retratam, de forma alguma, relação jurídica de consumo.

4.2. A BUSCA PELA AUTONOMIA DO DANO PELA PERDA DO TEMPO

Apresentadas as principais opiniões da doutrina sobre a responsabilidade civil pela perda do tempo, passa-se agora a analisar a possibilidade de se reconhecer autonomia à perda do tempo como categoria indenizatória própria e, em caso positivo, suas consequências para o sistema de responsabilidade civil.

Muito embora tentadora, a tese demanda análise cuidadosa, já que trata o tempo da pessoa como um bem jurídico tutelado e o dano pela perda do tempo como categoria autônoma. Por consequência, para alguns de seus seguidores, a perda do tempo, por si só, já ensejaria nova indenização. A violação desse bem jurídico acarretaria nova espécie de dano extrapatrimonial.

O tratamento – ainda pouco sistemático – da matéria é recente. A valorização do tempo, com um novo olhar acerca de sua tutela, especialmente quando a pessoa se vê prejudicada por um fornecedor de serviços, por certo que demandará novos e acurados estudos. A tentativa deste tópico, nada obstante, é verificar se a tese se mostra compatível com a teoria geral do dano.

A crescente tendência de catalogar danos extrapatrimoniais, mencionada no segundo capítulo, se, por um lado, serve para otimizar o estudo da matéria, tornando-o mais analítico, pode, por outro, gerar incoerências e falhas conceituais.

A grande questão se prende à inserção da perda do tempo no âmbito da responsabilidade civil. Não se encontraram, até então, na doutrina e na jurisprudência, respostas totalmente contemplativas.

Nas próximas linhas serão abordados alguns aspectos importantes da perda do tempo na responsabilidade civil, especialmente eventuais objeções de ordem dogmática e prática à aceitação daquilo que se vem construindo na doutrina em relação ao dano pela perda do tempo. Na tentativa de tentar auxiliar na resolução do problema, será apresentada a crítica ao *compensation for injury as such*, do direito europeu, dadas as similitudes com o problema aqui tratado. Com isso, não se tem como objetivo desconstruir as teses recentemente levantadas, e sim, lançar algumas provocações e pôr em destaque algumas falhas conceituais no que tange à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico em seu todo.

O estudo do primeiro capítulo – a respeito da teoria geral do dano ressarcível, com seus fundamentos e requisitos – e a abordagem do segundo capítulo – no que diz aos “novos danos” e os problemas de sistematização da responsabilidade civil – servirão como substrato para responder às próximas questões.

4.2.1 Terminologia jurídica e coerência sistemática: objeções dogmáticas à autonomia

Ao prosseguir na análise da responsabilidade civil pela perda do tempo, é preciso repisar indagação feita linhas atrás, que também diz respeito a questões de ordem dogmática, e que provavelmente revele a principal falha dessa nova teoria sobre a responsabilidade civil pela perda do tempo: o fato de se reputar um bem jurídico autônomo traz – por consequência – uma indenização a título diferente das categorias já consagradas?

Este questionamento se volta, em primeiro lugar, à verificação de que, se estão corretos os autores que propugnam a autonomia do dano pela perda do tempo, caberia ou não o reconhecimento de nova categoria indenizatória?

Segundo Mauricio Casas Maia, a resposta é afirmativa. Para ele, “o direito à tutela do tempo para desenvolvimento da personalidade humana representa consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano”⁶⁰⁷ e “o dano injusto a esse bem jurídico representa ofensa *distinta* da esfera patrimonial ou mesmo moral em sentido estrito do cidadão”⁶⁰⁸. Conclui que “o direito à indenização compensatória do dano temporal ou cronológico – enquanto categoria lesiva autônoma –, é consequência do sistema aberto de tutela da dignidade humana e de responsabilização civil”⁶⁰⁹. Ao que parece, acompanha este pensamento Orlando Celso Silva Neto, ao defender a invenção de nova categoria ou subcategoria indenizatória⁶¹⁰.

Equivocam-se os autores. Não há que se falar em novas categorias indenizatórias. Como bem explica Calvo Costa, a integridade psicofísica, a saúde, o projeto de vida, a estética, a psique são simplesmente bens jurídicos⁶¹¹ de caráter personalíssimo, não podendo ser ressarcidos

⁶⁰⁷ MAIA, 2014, p. 163.

⁶⁰⁸ MAIA, loc. cit.

⁶⁰⁹ Ibid., p. 175.

⁶¹⁰ Ibid., p. 143.

⁶¹¹ Ou, na visão de Aguiar Dias, “modos de ser do bem”. DIAS, 2012, p. 820.

autonomamente e “per se”. O verdadeiro significado do dano em sentido jurídico deve ser buscado na lesão que afete algum interesse e que necessariamente provoque consequências, não se confundindo com meros menoscabos naturalísticos. Nesse sentido, das lesões a direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, saúde ou afeições espirituais legítimas poderá derivar dano patrimonial e/ou dano moral⁶¹². Tal construção argumentativa serve também para afastar a proposta de tornar autônoma a indenização pela perda do tempo.

Como bem explica Alberto Bueres, não se pode confundir o conceito vulgar de dano (menoscabo ou deterioração de bens), com o autêntico significado de dano ressarcível. Ao dar ênfase aos danos morais, constituído pela lesão a um interesse do espírito que se ressarce por suas sequelas (consequências), o autor critica as posturas que tratam menoscabos como “outros danos”, a exemplo da lesão ao projeto de vida, à intimidade, à honra, à integridade psicofísica. Isto é, não se pode confundir tais lesões a bens jurídicos com o conceito jurídico de dano, que pressupõe interesse, prejuízos, consequências⁶¹³.

É por isso que Bueres cita a lesão ao corpo (por exemplo, a fratura do fêmur) como menoscabos que podem ser ou não fontes de danos ressarcíveis de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Parece discordar, por isso, da pretendida autonomia às lesões estéticas, ao mencionar que

⁶¹² CALVO COSTA, 2012, p. 193 a 227. Tradução livre de: *En cambio, cuando se refiere a los daños a la persona, es decir, a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, estimamos que puede derivarse de la lesión a ellas, tanto daño patrimonial como moral. No podemos olvidar, que la integridad psicofísica, la salud, el proyecto de vida, etc., son simplemente bienes jurídicos. Nuestro derecho ya no acepta un concepto de daño que consista en la lesión a bienes jurídicos, puesto que – como vimos – dicha acepción ha sido ampliamente superada. Y la salud, al igual que la estética, el proyecto de vida, la vida de relación, la psique, etc., representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser asientos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente y “per se”. Un daño será tal en sentido jurídico, en la medida que, sin estar justificado, afecte algún interés y que, además, provoque consecuencias; caso contrario, nos encontraremos ante menoscabos naturalísticos pero no frente a un verdadero daño en sentido jurídico.*

⁶¹³ BUERES, 2001, p. 310: *Hay aquí una visión del daño dual, en lo que hace a su concepto, ya que el daño moral se pondera por sus efectos, mientras que el resto del daño a la persona – o daño no patrimonial – se define por la actividad dañosa.*

ninguém cogita da existência de um “dano ósseo” com caráter autônomo que advém de um ataque a integridade psicofísica. Ademais, inspirado em Paolo Cedon, que examinou quase uma centena de supostos fáticos que são constitutivos de danos, assevera que resultaria absurdo pretender que todos esses eventos sejam considerados danos autônomos⁶¹⁴.

Neste ponto, concorda-se com aqueles que prestam atenção ao dano como consequência negativa, e não como mera lesão ao interesse jurídico. Relembre-se o exemplo já trazido no primeiro capítulo a respeito da pessoa que está em coma e vem a sofrer corte profundo em sua perna por descuido da equipe de enfermagem. Se durante o período em que a vítima não acordar, a cicatrização é bem-sucedida (ausência de sinal de corte ou resquícios do acidente), não há que se falar em dano moral pela lesão à integridade física do paciente. O simples fato de se realizar corte na perna, neste caso, não gerou dano moral. A apreciação das consequências do ato, portanto, é imprescindível para a coerência do sistema de responsabilidade civil.

Da leitura do trabalho de Marcos Dessaune, consegue-se extrair que ele pretende – propositadamente – se afastar do conceito atual de dano moral, para então reforçar a sua proposta de autonomia pela perda do tempo:

[...] tendo em mente o conceito de dano moral mais aceito atualmente (a agressão à dignidade humana; a violação dos direitos da personalidade; o abalo à integridade psicofísica da pessoa), entendo que estão certos os juristas e tribunais quando afirmam que tais situações – que eu chamo de “maus atendimentos” – em geral não caracterizam dano moral. Só discordo da absoluta falta de reprimenda jurídica a esses fatos que inegavelmente lesam o consumidor, o que estimula indiretamente a continuidade de toda sorte de abuso no mercado de consumo – sob a simplista classificação, *data vênia*, de tratar-se de “meros aborrecimentos, dissabores, irritações, percalços ou contratemplos” na vida cotidiana do consumidor”⁶¹⁵.

Isto é, ao verificar que está sedimentado na doutrina e na jurisprudência que pequenos incômodos, meros aborrecimentos,

⁶¹⁴ BUERES, Alberto J. Prefácio (Introducción). In: CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 26-27.

⁶¹⁵ DESSAUNE, 2011, p. 148.

dissabores e irritações não geram dano moral, trouxe uma alternativa de se dizer autônomo o tempo do consumidor, o que geraria uma indenização diferente, que não se confundiria com aquela inerente aos danos morais em sentido estrito.

É certo que o autor aponta a necessidade de prévia modificação legislativa. Sugere, inclusive, a alteração da Constituição Federal, condição esta que foi considerada desnecessária por outros estudiosos, como Maurílio Casas Maia, conforme visto no tópico anterior.

A preocupação de Dessaune é descabida, mas por outros motivos, diversos daqueles levantados por Maia⁶¹⁶. Ainda que a legislação reconhecesse o tempo como bem jurídico de forma expressa, com todas as pompas dentro de texto constitucional, em dispositivo exclusivo e de forma autônoma, tal fato não poderia gerar indenizações a títulos diferentes.

Insista-se. O fato de se reputar autônomo um bem jurídico não traz como consequência uma indenização a título diferente das categorias já consagradas. Não há que se falar na criação de outros gêneros, ou outras categorias indenizatórias, distintas dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais (morais em sentido *lato*). Se a lesão à estética, à vida de relação e à psique não são danos, mas sim, segundo precisa doutrina, menoscabos de índole material, os quais podem ser fontes de danos ressarcíveis⁶¹⁷, a perda do tempo também deve ser encarada tão somente como fato antecedente que pode vir a gerar danos ressarcíveis. Em sentido jurídico, somente existe dano patrimonial e dano moral (extrapatrimonial). Não existe um terceiro gênero – ou uma pluralidade de gêneros⁶¹⁸.

Como bem assinalou Bustamante ao tratar dos ditos danos psicológicos, não se pode confundir a autonomia conceitual dos danos com as categorias indenizatórias. Adaptando suas lições⁶¹⁹ ao problema

⁶¹⁶ Que retira da Constituição Federal a possibilidade da recomposição de danos pela perda do tempo como consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano.

⁶¹⁷ BUERES, Alberto J. Prefácio (Introducción). In: CALVO COSTA, Carlos A. Daño resarcible. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 28.

⁶¹⁸ BUERES, 2001, p. 312.

⁶¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, 1993, p. 678. Tradução livre: *Aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de las personas, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o al daño moral. Desde luego que el bien afectado, o sea la psiquis de la víctima, podrá dar lugar a los gastos médicos que suponen una intervención*

atual, pode-se concluir: ainda que se reconheça autonomia conceitual ao dano pela perda do tempo concernente à índole da lesão que se cause à pessoa, isso não significa que tenha de ser individualizada a perda como uma categoria ressarcitória autônoma para ser somada ao dano patrimonial ou ao dano moral. Não há dúvida de que, no caso concreto, a lesão ao bem afetado (tempo da pessoa) poderá acarretar prejuízos econômicos ou menoscabos espirituais, recaindo a perda nas categorias ressarcitórias clássicas do dano patrimonial ou dano extrapatrimonial.

O tempo das pessoas, é bem verdade, pode vir a ser considerado um bem jurídico (tutelado pelo ordenamento), mas é preciso repisar que, em havendo o desperdício do tempo de alguém⁶²⁰, tal hipótese não será ressarcida autonomamente e “per se”. Como delineado no primeiro capítulo, o significado do dano em sentido jurídico tem relação com lesão que afete algum interesse e que necessariamente provoque consequências, não sendo simples a visualização da perda do tempo como interesse jurídico tutelado.

No Brasil, como visto, prevalecem como categorias indenizatórias os danos patrimoniais, morais e estéticos, muito embora, em relação a estes últimos, exista boa literatura jurídica que considere inadequada a sua autonomia.

Antonio Jeová Santos é um dos autores que parece concordar com a provocação de que o reconhecimento de bens jurídicos autônomos não traz por consequência o surgimento de novas indenizações. Eis interessante passagem:

Repudiando a guerra de etiquetas, de nomenclatura sugestiva de danos, que é útil para enquadrar e dar visão sistemática ao instituto, nem por isso deve-se fixar várias indenizações sob o pretexto de que houve três ou mais lesões oriundas do mesmo fato, perdendo de vista o critério tão sedimentado de que os danos são dois, apenas: o patrimonial e o moral⁶²¹.

quirúrgica o un tratamiento terapéutico de recuperación. También puede significar una limitación o restricción a su capacidad de desarrollar actividades que redunden en beneficio económico (lucro cesante o pérdida de chance, apreciados como una disminución de su capacidad vital para realizar tareas que produzcan utilidades crematísticas).

⁶²⁰ Presumindo-se que estejam preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil.

⁶²¹ SANTOS, 2015, p. 370.

Veja-se que a intimidade é um bem jurídico protegido. Nem por isso, quando da proposição de demandas judiciais em que o autor alega a violação da intimidade, deixa-se de se condenar sob a roupagem de danos morais (*lato sensu*). No caso, como é corriqueiro, alega-se a violação de um direito da personalidade, a violação de um interesse tutelado, e condena-se a título de danos morais – e não a título de danos à privacidade.

De acordo com a natureza aberta de nosso ordenamento jurídico, o tempo pode sim ser considerado como um bem jurídico protegido. Mas não há necessidade de se editar uma nova lei para proteger o tempo de forma expressa, pois tal fato não traria nenhuma consequência prática.

Ainda que fosse editada tal legislação, a coerência do sistema demandaria a compreensão de que eventuais “lesões ao tempo da pessoa” não gerariam indenizações a título de dano temporal, a ser somado com danos materiais e morais.

Antonio Jeová Santos dá conta de desvendar a problemática quando critica explicitamente a teoria que reputa a perda do tempo como se fosse uma lesão autônoma ou nova espécie de indenização⁶²²:

Esta infundável criação dos mais variegados danos, atribuindo a cada um determinada indenização, poderá ensejar, como vem sendo cogitada, a indenização por perda de tempo como se fosse uma lesão autônoma. Têm chegado ao conhecimento dos juízes e tribunais ações de indenização que objetivam o ressarcimento daquele que se viu infelicitado por permanecer longo tempo em fila de banco, por exemplo. Tem-se falado em autonomia do dano pela perda do tempo. Claro que a lesão tem nítido corte moral e, quiçá, também tenha repercussão no âmbito patrimonial. Jamais, porém, a criação de uma quarta espécie de dano, já que o direito brasileiro tem reconhecido três, como já mencionado, quais sejam o patrimonial, o moral e o estético.

Não há que se falar, portanto, em autonomia do dano pela perda do tempo, pois evidente o nítido corte moral do prejuízo. Da mesma forma em que boa literatura se mostra contra a autonomização do dano estético, é possível adaptar suas críticas em relação à tese que coloca o dano pela perda do tempo como sendo algo diferente das categorias já consagradas.

⁶²² SANTOS, 2015, p. 363.

Nesse aspecto, Zavala de González explica que os juristas defensores da diminuição do caráter do dano moral, e que por isso passam a valorar como autônomas outras lesões às pessoas, geralmente aduzem à complexidade do ser humano, o qual se encontra integrado por entidades distintas (estética, psíquica e afetiva). Ocorre que essa inegável complexidade também se revela como um mesmo menoscabo estético, psíquico, incapacitante ou de outra índole e na prática gera consequências existenciais diversas. São danos morais de diversas magnitudes, segundo as circunstâncias da vítima⁶²³. Tal lógica, como se pode ver, se aplica ao tema da perda do tempo.

Zavala de González concorda com Loizaga quando indica que as associações em função do bem lesado somente desembocam em dois tipos de consequências: patrimoniais e morais, não havendo melhor forma de nomear os distintos caminhos que se abrem no heterogêneo mundo dos danos. Isto é, todos os caminhos, uma vez transitados, alcançam o mesmo lugar, e este lugar são as consequências (patrimoniais ou extrapatrimoniais). Loizaga assevera que se se outorgar autonomia a cada um dos agrupamentos (categorias de danos), em lugar de facilitar o caminho da análise, o complica excessivamente⁶²⁴.

Zavala de González equipara o dano moral ao dano existencial, seja por menoscabo direto a alguma das projeções do sujeito, seja indiretamente por afronta a bens materiais com valor afetivo⁶²⁵. E reputa equivocada a identificação entre classificações de danos e novas hipóteses de responsabilidade. Para a doutrinadora, os prejuízos definem as somas indenizatórias. Resulta inadmissível qualificar como “novos danos” hipóteses que já preexistem na realidade exterior e podem já ser conhecidos, ainda que originários de lesões que, eventualmente, antes não acarretavam dever de indenizar. Cita como exemplos contaminações ambientais difusas ou indeterminadas, danos resultantes de atividades lícitas do Estado e a ampliação da responsabilidade coletiva⁶²⁶.

⁶²³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 31.

⁶²⁴ LOIZAGA, Daño Moral: ¿existen como categorías autónomas las lesiones psíquicas o estéticas?, en AMEAL, Oscar J. (dir) – GESUALDI, Dora M. (coord.), Derecho privado. Homenaje a Alberto J. Bueres. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 1.184 apud ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2009, p. 31-32.

⁶²⁵ Ibid., 2009, p. 32.

⁶²⁶ Ibid., p. 34.

A tentativa de “emancipação”⁶²⁷ do dano temporal merece cuidados e precisa aliar a sua terminologia jurídica com a coerência sistemática da responsabilidade civil brasileira. O que se percebe, afinal, é que essa tentativa de retratar a perda do tempo como nova categoria indenizatória não guarda compatibilidade com o ordenamento jurídico.

A vontade inicial de valorizar o tempo das pessoas, elas consumidoras ou não, merece ser louvada e aprofundada. No entanto, a proposta de tornar a perda do tempo uma nova espécie de dano moral (*lato sensu*) não merece acolhida, porque não guarda compatibilidade com a teoria geral do dano e com o sistema brasileiro de responsabilidade civil. De fato, a forma como são tratados os danos estéticos, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, pode gerar mais confusão e desordem na sistematização dos danos.

Ainda que seja preciso efetivar a proteção do tempo das pessoas, especialmente daquelas ditas vulneráveis, não se pode corromper a coerência do sistema de responsabilidade civil. As categorias consagradas, dano patrimonial e extrapatrimonial (moral *lato sensu*), tão debatidas entre os intérpretes, são modelos suficientes para a tutela do problema. Não é preciso inventar um novo rótulo, especialmente no campo das relações de consumo, destinado à efetiva proteção da vítima de um dano.

4.2.2 Objeções de ordem prática e a crítica ao *Compensation for Injury as Such*

A tentativa de tornar autônomo o dano pela perda do tempo - repita-se, com a consequência de que haveria uma nova forma de indenização, diferente dos danos patrimoniais e morais - também pode enfrentar objeções de ordem prática, questões inerentes às consequências da adoção desta corrente.

Buscar-se-á fazer um levantamento hipotético das dificuldades a serem encontradas pelos intérpretes na avaliação de um eventual dano,

⁶²⁷ Nos tantos folhetins encontrados na internet, chama a atenção o texto que anuncia que “Chegou a hora de emancipar o dano temporal e aprofundar os debates sobre ele”. Disponível em:

SOUZA, Heder Rubens Silveira e. Chegou a hora de emancipar o dano temporal e aprofundar os debates sobre ele. **Consultor Jurídico**, 3 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/heder-souza-chegou-hora-emancipar-instituto-dano-temporal>>. Acesso em dez. 2016.

com a identificação das consequências sofridas e especialmente o momento de distinguir danos morais e danos pela perda do tempo.

Em outros termos, Leonardo Roscoe Bessa, ao discorrer sobre os difíceis critérios a serem traçados para se buscar o conceito de dano moral, acabou por ilustrar um caso que retrata perda do tempo:

[...] a compreensão exata do que seja um mero dissabor ou aborrecimento é difícil de ser estabelecida de modo a não gerar dúvidas. Mas, com certeza, nenhum juiz condenará, por exemplo, um estabelecimento porque alguém esperou cinco minutos na fila antes de ser atendido e, por isso, ficou chateado ou frustrado⁶²⁸.

Partindo do exemplo de Bessa, pode-se fazer uma série de provocações: quem espera cinco minutos na fila antes de ser atendido e, por isso, ficou chateado ou frustrado faz jus a alguma indenização? Não, não faz jus à recomposição por eventual dano moral em razão da pequenez (ou ausência) do prejuízo. Não parece haver grandes discussão em torno desse exemplo. E se fossem trinta, sessenta ou cento e vinte minutos? Mas e se agora se passe a verberar que o tempo é um bem jurídico autônomo, diferente dos conceitos clássicos de dano moral, não se confundindo com a mágoa ou tristeza, haveria a possibilidade de condenação a título de danos temporais pelos cinco minutos perdidos?

É certo que mesmo aqueles que defendem a autonomia do dano pela perda do tempo deixam claro que a vida em sociedade toma o tempo dos cidadãos em diversas ocasiões. Segundo o que já foi apresentado, não seria qualquer perda do tempo que geraria o dever de indenizar, mas tão somente aquele dano decorrente de práticas abusivas – corriqueiras e abusivas – por fornecedores, prestadores de serviços⁶²⁹.

De um lado, portanto, diz-se que a perda do tempo acarreta dano autônomo, espécie de dano extrapatrimonial que não se confunde com o dano moral em sentido estrito. De outro lado, no entanto, não é qualquer perda de tempo que vem a gerar o dever de indenização.

Em breve ensaio sobre o tema, Pablo Stolze ressalta que nem toda situação de desperdício de tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil. Caso contrário, a vítima poderia se converter em

⁶²⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos**: ao alcance de todos. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 41.

⁶²⁹ Insista-se, a diferenciação entre as hipóteses em que a perda do tempo vem a gerar um dano ressarcível e situações em que se trata de evento não indenizável, apesar de palpitantes, não são objeto desta pesquisa.

algoz, sob o prisma do abuso de direito. Segundo Stolze, a partir da perspectiva da função social, apenas o desperdício injusto e intolerável justificaria eventual reparação pelo dano material e moral sofrido e, “por se tratar de conceitos abertos, caberá à doutrina especializada e à própria jurisprudência estabelecer as balizas hermenêuticas da sua adequada aplicação”⁶³⁰.

Rizzatto Nunes, a seu turno, adota tom mais enfático, voltando sua atenção para os casos que envolvem o direito do consumidor:

Do ponto de vista jurídico, esse tempo perdido, roubado na esfera do direito do consumidor, pode realmente gerar indenizações. De fato, há muitas situações de perda efetiva de tempo em matéria de relações jurídicas de consumo. As filas reais de muitos serviços que já referi em bancos, hospitais, aeroportos (e aqui não só filas, como também os atrasos, os cancelamentos, as perdas de conexões e situações similares), etc. e as filas virtuais nos serviços de atendimento telefônicos em geral, quer seja para reclamar ou cancelar uma compra, são prova dessa perda. O consumidor também gasta muito de seu tempo para obter resultado adequado de seus direitos violados, como, por exemplo, nos serviços de assistência técnica e nos consertos em geral ou quando fica aguardando o retorno de serviços essenciais de energia elétrica ou distribuição de água, interrompidos pelos mais variados motivos, etc.⁶³¹.

Por sua vez, Leonardo de Medeiros Garcia, após alertar que a jurisprudência brasileira tem a tendência de afastar danos de pequena monta, que não apresentam gravidade relevante, reputando que o dano moral só estará configurado quando houver dor, vexame, sofrimento ou

⁶³⁰ STOLZE, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23925>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

⁶³¹ “A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida”. NUNES, Rizzatto. ABC do CDC. A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida. **Migalhas**, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI174621,101048-A+sociedade+contemporanea+e+ladra+de+tempo+e+ladra+de+vida>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

humilhação, que, de forma anormal, interfira no comportamento psicológico do indivíduo⁶³², assevera:

[...] a indenização pela perda do tempo livre trata de situações intoleráveis, em que há desídia e desrespeito aos consumidores, que muitas vezes se veem compelidos a sair de sua rotina e perder o tempo livre para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores. Tais situações fogem do que usualmente se aceita como “normal”, em se tratando de espera por parte do consumidor. São aqueles famosos casos de *call center* em que se espera durante 30 minutos ou mais, sendo transferido de um atendente para outro. Nesses casos, percebe-se claramente o desrespeito ao consumidor, que é prontamente atendido quando da contratação, mas, quando busca o atendimento para resolver qualquer impasse, é obrigado, injustificadamente, a perder seu tempo livre⁶³³.

Parece que os olhos dos autores, muitas vezes, se voltam não para o dano sofrido pela vítima, mas sim para os atos ilícitos praticados pelos fornecedores. A fundamentação assemelha-se a uma punição pelos erros cometidos pelos fornecedores e não a eventual recomposição de danos sofridos pelas pessoas. A objeção de ordem prática, portanto, à pretendida autonomia do dano pela perda do tempo como categoria indenizatória própria se sustenta na dificuldade de efetivamente se distinguir as lesões aos interesses jurídicos atingidos.

Em relação aos danos estéticos, Jeová dos Santos afirma que é muito difícil separar de forma plena as razões que levam à fixação do montante indenizatório por dano moral e pelo dano estético, sendo necessário um grande esforço intelectual para não entender que o dano estético se subsume na lesão moral. Segundo o autor, não se encontra essa discriminação em nenhum acórdão que adote a tese da cumulação⁶³⁴.

Seguindo-se a mesma lógica do que fora criticado em relação aos danos estéticos, pode-se concluir que não há como separar de forma plena as razões que levam ao reconhecimento e à fixação do montante

⁶³² GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 92.

⁶³³ *Ibid.*, p. 95.

⁶³⁴ GARCIA, 2013, p. 369.

indenizatório por dano moral e por dano temporal, justamente porque o desperdício do tempo de alguém tem nítido corte moral.

Ademais, os autores que defendem a invenção de nova categoria indenizatória pela perda do tempo não explicam efetivamente como fazer a referida diferenciação.

Umberto Scramin, muito embora não trate do dano pela perda do tempo como nova categoria indenizatória, defende que a retirada do tempo pode vir a gerar duas consequências: fazer surgir, por si só, o dano moral, sem que seja necessária a lesão, concomitante, de outro interesse juridicamente tutelado; ou acentuar a extensão de dano moral já existente pela violação de outros direitos da personalidade. Para tanto, traz o seguinte exemplo:

Ilustrativamente, cita-se o caso de um indivíduo que permanece durante um dia inteiro em determinada cidade diferente da sua, em razão de a companhia aérea não dispor de pilotos para conduzir a aeronave na hora marcada. Durante este período, esteve o sujeito impossibilitado de cursar idiomas, praticar esportes, descansar, conviver com sua família etc. Queria ele, de fato, estar na outra cidade? Ou pretendia estar em seu curso de idiomas, por exemplo? Seu tempo disponível (em torno de um dia) foi cerceado e, por via de consequência, sua liberdade de escolha⁶³⁵.

De acordo com Scramin, ainda que a companhia aérea fornecesse as devidas acomodações e alimentação, bem como tratasse com urbanidade os clientes, o tempo permaneceria sendo violado. Isto é, mesmo que não exista prejuízo à honra, à integridade ou a qualquer outro direito da personalidade, o tempo disponível teria sido infringido, ocasionando o correspondente dever de indenizar⁶³⁶. Para o autor, tal caso seria diferente dos pedidos de indenização por prisão indevida, pois, nestas hipóteses, a violação ao tempo disponível seria uma das várias lesões aos direitos da personalidade (liberdade e honra, por exemplo), o que resultaria na extensão do dano moral já arbitrado.

A distinção não parece clara. No exemplo do passageiro impedido de viajar e que deixou de realizar seus afazeres, é impossível não associar

⁶³⁵ SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Da responsabilidade civil pela frustração do tempo disponível. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 968, 2016, p. 90.

⁶³⁶ SCRAMIM, 2016, p. 93.

tais consequências àquilo que se atribui ao dano moral em sentido estrito. Se houve transtornos, grandes ou pequenos, tal fato está imbricado à verificação do incômodo, desassossego, características com nítida feição moral, ou até mesmo de ordem patrimonial (quando o articulista mencionou a ausência do passageiro no seu curso de idiomas). Há verdadeira mescla de repercussões sob a forma de dano moral, incluída aí a perda do tempo.

Ao que parece, o propósito de definir que a perda do tempo, por si só, gera dano moral, tem como pano de fundo – deliberado ou escamoteado – o fato de se fugir da visão restritiva que os Tribunais vêm conferindo ao dano moral.

Em resumo, eis o raciocínio a que se quer chegar: se é difícil diferenciar o que se convencionou chamar de danos estéticos dos danos morais, ainda mais complicado será traçar uma distinção séria, clara e efetiva entre o dano pela perda do tempo, o dano moral e também o dano patrimonial.

Outro importante paradigma que também serve para afastar a pretensa autonomia do dano pela perda do tempo pode ser retirado do direito europeu. Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner e Reinhard Zimmermann, ao discorrerem sobre o “Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, apontaram uma incongruência a respeito da identificação de danos (*heads of damages*), especialmente no que tange ao “*compensation for injury as such*”, previsto no art. Art. VI.-6:204, que prevê: “lesão ‘per se’ deve ser compensada independentemente da compensação por prejuízos econômicos ou não-econômicos”⁶³⁷.

A crítica se volta para o fato de que a normativa introduziu uma terceira categoria de dano, em complemento e ao lado dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais (*economic and non-economic loss*)⁶³⁸,

⁶³⁷ Art VI.-6:204: ‘*Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss*’.

⁶³⁸ EIDENMULLER, Horst Eidenmu. et al. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 4, p. 659–708, 2008. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 4, p. 659–708, 2008, p. 683-684. *The point here is not that injury entails loss and in this sense is an element of claims*

não restando outro caminho senão a seguinte provocação: Já que a normativa, de acordo com o art. VI.-2:101 inclui todos os prejuízos econômicos e não-econômicos, o que resta para a ‘lesão per se’?⁶³⁹

Para os autores, a ‘lesão per se’ (*injury as such*) representa a recepção do conceito de ‘dano biológico’ ou ‘dano à saúde’ desenvolvido no direito italiano, destacando, inclusive, a origem do problema:

O sistema legal italiano precisou destas categorias especiais para contornar de outra forma o âmbito restritivo de proteção à dor e sofrimento. Em consequência, além de compensar os gastos médicos, lucros cessantes e danos por dor e sofrimento em sentido estrito, o direito italiano compensa também as vítimas de lesões que gerem perdas de funções do corpo. No caso concreto, a quantidade da indenização será calculada de maneira a apresentar grande semelhança com a avaliação de incapacidade do regime de indenização dos trabalhadores ou outros sistemas de segurança social. Em linhas gerais, trata-se de pagamento de quantidade abstrata de dinheiro para compensar a perda de funções do corpo e a diminuição da qualidade de vida⁶⁴⁰.

for damages. Rather, as Art VI.-2:201 (1) as well as Art VI.-6:204, and the definition of ‘damage’ in Annex I of the DCFR make clear, ‘injury as such’ is introduced as a third category of loss, in addition to and alongside economic and non-economic loss, p. 683.

⁶³⁹ EIDENMULLER et al., 2008, p. 683-684 *If, however, ‘loss’ according to Art VI.-2:101 (4) includes all economic loss (lit. a) as well as all non-economic loss (lit. b), what then remains for ‘injury as such’?*, p. 683.

⁶⁴⁰ EIDENMULLER et al., 2008, p. 683-684 Tradução livre: *‘Injury as such’ represents a reception of the concept of ‘danno biologico’ or ‘danno alla salute’ (biological damage; damage to health) developed in Italian law. The Italian legal system needed a special category of personal injury damage in order to circumvent the otherwise overly restrictive scope of recovery for pain and suffering.⁹⁴ Consequently, in addition to awards of health care costs, lost wages, and damages for pain and suffering in the narrow sense of the term, Italian law compensates victims of personal injury for the loss of bodily functions as such. In a given case, the amount of compensation is calculated in a manner that bears a close resemblance to the assessment of disablement benefits available under workers’ compensation schemes or other social security systems.⁹⁵ In essence, an abstractly measured money payment is awarded as compensation for the loss of bodily functions and the associated diminution in the quality of life.*

Alertam em seguida que, em contraste com o direito italiano, a normativa não limita a compensação por danos extrapatrimoniais (perdas não-econômicas) à categoria de dor e sofrimento (*pain and suffering*), pois o art. VI.- 2:101 elenca também a perda do gosto de viver e a perda da qualidade de vida como categorias dignas de reparação independentemente, e, em complemento, ao *pain and suffering*. Portanto, ao contrário do direito italiano, não há a necessidade de se criar ou utilizar o conceito de “lesão per se” por cima de um conceito vasto de danos não-econômicos que vão muito além da dor sentida pela vítima. Com razão, os doutrinadores explicam que, ao permitir a indenização pela perda da qualidade de vida e pela “lesão per se”, a normativa corre sério risco de reproduzir idênticos prejuízos por meio de duas espécies diferentes de dano, concluindo que o risco de dupla compensação é iminente⁶⁴¹. Com o mesmo entendimento, Gert Brüggemeier, ao tratar do “injury as such”, se refere à “europeanização do dano biológico”⁶⁴².

O problema do *compensation for injury as such* guarda grande relação com a pretendida autonomia do dano pela perda do tempo no Brasil e, assim, a crítica merece acolhida, pois está de acordo com a teoria geral do dano ressarcível, uma vez que não há que se falar em um *tertium genus* de categoria indenizatória e tampouco se mostra possível a inserção de novos danos que tornem despicienda a consequência, seja ela patrimonial ou extrapatrimonial.

⁶⁴¹ EIDENMULLER et al., 2008, p. 684. *In contrast to Italian law, however, the DCFR does not limit compensation for non-economic loss to the category of pain and suffering: Art VI.-2:101 (4) expressly declares loss of amenities—impairment of the quality of life—to be worthy of redress independent of, and in addition to, pain and suffering in the narrow sense of the term.*⁹⁶ *Therefore, other than Italian law, the DCFR simply does not need the concept of ‘injury as such’ on top of a broad concept of non-pecuniary loss that goes well beyond the pain actually felt by the victim. In allowing compensation both for impairment of the quality of life (loss of amenities) and for injury as such, the DCFR is in serious danger of reproducing identical loss under two separate heads of damage.*⁹⁷ *The risk of double compensation is imminent.*

⁶⁴² Retira-se do tópico “The Europeanization of *danno biologico*”: [...] *It is a third category of damage. It appears that this way the danno biologico or danno alla salute, which has developed in Italian law since the end of the 1970s, has been adopted for European private law. [...] The present Draft, however, does not share this restriction of the Italian civil code, so this cannot be the reason for the legal innovation.* BRÜGGEMEIER, Gert. **The Politics of the Draft Common Frame of Reference.** Wolters Kluwer Law & Business: The Netherlands, 2008, p. 195-196.

A criação de novo dano pela perda do tempo, ao lado do dano moral, aumentará o risco de reproduzir idênticos prejuízos, imbricados por sua natureza, por meio de diferentes rótulos. Se em relação aos danos estéticos, psíquicos ou à vida de relação, como bem aponta Alberto Bueres, existe certa “anarquia” de critérios ao redor de sua essência⁶⁴³, mais difícil ainda será a tarefa de circunscrever e delimitar o dano pela perda do tempo.

4.3 A PERDA DO TEMPO COMO DANO RESSARCÍVEL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

O debate doutrinário a respeito do dano pela perda do tempo tem se dedicado a tentar responder se tal dano possui natureza autônoma ou se seria mais adequado considerá-lo como elemento intrínseco ao dano moral: essa é a constatação de Cláudia Lima Marques e Laís Bergstein em artigo publicado recentemente na internet⁶⁴⁴. De nossa parte, como demonstrado linhas acima, a teoria geral do dano e a coerência sistemática da responsabilidade civil impedem que o dano pela perda do tempo seja tratado como uma categoria indenizatória autônoma, ao lado do dano moral e do dano patrimonial.

Ainda assim, mantendo-se a coerência do sistema de responsabilidade civil e o respeito à terminologia jurídica, a lesão ao tempo da pessoa pode ser fonte de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, o que poderia até justificar eventual *autonomia conceitual* do dano pela perda do tempo⁶⁴⁵.

Nesse sentido, é possível seguir a mesma lógica que se aplica à teoria da perda da chance, que não se confunde ou se restringe aos danos extrapatrimoniais. Eis o Enunciado 444, da V Jornada de Direito Civil, proposto por Rafael Peteffi da Silva:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a

⁶⁴³ BUERES, 2001, p. 314.

⁶⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. **Consultor Jurídico**, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>>. Acesso em 07 jan. 2017.

⁶⁴⁵ O que, para que fique claro, não se confunde, de modo algum, com nova categoria indenizatória.

natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos⁶⁴⁶.

No que interessa a esta pesquisa, aproveita-se a seguinte premissa: a perda da chance pode vir a gerar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, ou seja, não se trata de terceira categoria de danos ao lado das categorias indenizatórias clássicas. O mesmo pode ser dito em relação aos danos reflexos⁶⁴⁷ e aos danos estéticos, muito embora, quanto a estes, conforme visto no capítulo segundo, haja grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua posição no sistema de responsabilidade civil.

A perda do tempo, como dano ressarcível, inexoravelmente estará jungida a um prejuízo, quer de ordem patrimonial, quer se considere uma frustração, quer se lembre dos sentimentos ruins da pessoa, fato que não se confunde, necessariamente, com a dor em sentido estrito (próprios do dano moral). Por isso é que, como se verá adiante, os Tribunais acabam sempre trazendo outros interesses jurídicos lesados para justificar a indenização.

Conforme visto nos capítulos iniciais, o dano se configura no menoscabo, no efetivo prejuízo, na consequência prejudicial da lesão ao interesse tutelado. A perda do tempo, por vezes, poderá *não* acarretar qualquer prejuízo. É possível se cogitar, muito embora difícil de encontrar, de alguém que não se incomode, por exemplo, de ficar horas na fila do banco até ser atendido. Nesse caso, o tempo perdido, decorrente da má prestação dos serviços, não gera danos morais.

No mais, na esteira da praxe doutrinária, no que toca à lesão ao tempo, podem ser aceitas as alcunhas dano temporal, dano cronológico, dano pela perda do tempo. A autonomia conceitual desse dano pode ser útil como visão sistêmica do assunto, servindo, possivelmente, para o reconhecimento da importância da perda do tempo e redução do número

⁶⁴⁶ Em maiores detalhes, ver: SILVA, 2013.

⁶⁴⁷ Em maiores detalhes, ver: SILVA, Rafael Peteffi da; Rodrigues Junior, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziereiro. (Org.). **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito Do Consumidor e Novas Tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. (Vol. 1), p. 37-71.

de julgados que quase tudo incluem no “mero aborrecimento”⁶⁴⁸ não indenizável. No caso concreto se avaliaria se a lesão ao tempo gerou danos morais ou danos patrimoniais.

Fato é que os trabalhos que se propõem a discutir a responsabilidade pela perda do tempo enfocam aspectos vinculados à natureza extrapatrimonial do dano, pouco tratando da possibilidade de gerar danos patrimoniais. Talvez a omissão seja proposital, já que o desperdício do tempo que venha a gerar danos patrimoniais não traz maiores novidades, por se reportar normalmente aos lucros cessantes⁶⁴⁹.

Quanto aos danos extrapatrimoniais, a literatura jurídica que se propõe a tratar da perda do tempo no âmbito da responsabilidade civil, de maneira deliberada, ou de forma velada, reconhece que, na *práxis*, a maioria dos casos ligados à perda do tempo recairia no “*mero aborrecimento*” não indenizável a título de danos morais. Em razão disso, como visto, quer afastar o dano pela perda do tempo do conceito tradicional de dano moral e, a partir de então, justificar a recomposição mais facilitada dos danos.

Em conclusão parcial: reconhecendo-se a inclusão do ordenamento jurídico brasileiro entre os países com um sistema aberto de responsabilidade civil, é possível considerar o desperdício de tempo útil fator capaz de gerar danos patrimoniais ou morais. Não se pode concordar, todavia, com a tese de que o desperdício do tempo configura *tertium genus* da responsabilidade civil, que, como visto, se constitui nas categorias clássicas e já consagradas: danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A respeito dos diferentes *rótulos* utilizados para identificar a indenização, o Superior Tribunal de Justiça, ainda no ano de 1995 parece ter tangenciado o tema quando a Quarta Turma assentou que não há

⁶⁴⁸ Vale lembrar a campanha da OAB intitulada “mero aborrecimento tem valor”: OABMT. **Mobilização:** OAB-MT lança campanha para estudar teoria do “Mero Aborrecimento”. 21 set. Disponível em: <<http://oabmt.org.br/Noticia/Noticia.aspx?id=12820&titulo=oab-mt-lanca-campanha-para-estudar-teoria-do-%22mero-aborrecimento%22>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

⁶⁴⁹ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

ofensa ao art. 460 do CPC se o pedido é amplo, compreendendo os danos à pessoa, psíquico, estético e por incapacidade para o trabalho, e a sentença não extravasa disso⁶⁵⁰. Na época, portanto, fez-se menção expressa a quatro rótulos diferentes para tratar da indenização: danos à pessoa, danos psíquicos, danos estéticos e danos por incapacidade para o trabalho. No entanto, não parece ser essa sistematização a adotada pelos Tribunais do Brasil. Prevalece a adoção das nomenclaturas danos patrimoniais, danos morais e danos estéticos (com as ressalvas já delineadas nos capítulos anteriores).

Os Tribunais têm julgado pedidos de indenização que envolvam – direta ou indiretamente – a perda do tempo das pessoas, no mais das vezes consumidores, com cada vez mais frequência. Ações indenizatórias contra pessoas (físicas ou jurídicas) a quem se aponta a responsabilidade pela perda do tempo do autor, isoladamente ou entre outros pedidos, já não são mais grande novidade.

Observam-se decisões recentes que se valeram da teoria do desvio produtivo do consumidor – ao menos em seu nome (em seu rótulo) – mesmo não a aplicando em sua integralidade. Nesses casos, como não poderia deixar de ser, os julgados tratam de relações de consumo. Conforme alertou Guglinski, os órgãos jurisdicionais que tiveram a oportunidade de aplicar a tese da perda do tempo útil/livre do consumidor como causa de dano moral limitavam-se a “declarar” essa espécie de violação aos direitos da personalidade e sua reparabilidade, sem fazer constar o fundamento doutrinário específico tratando dessa modalidade de ato ilícito⁶⁵¹.

Maia, após citar alguns julgados que abordaram a questão a respeito do desperdício do tempo, especialmente casos de consumidores que aguardaram por longo período de tempo na fila de espera em instituições financeira, indica que, “embora muitas vezes sob o manto de danos morais, a tutela jurídica do tempo vem se consolidando gradativamente e silenciosamente na jurisprudência nacional”⁶⁵².

⁶⁵⁰ REsp 58468, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 16/05/1995. A Turma compreendeu que não houve julgamento extra petita no referido caso, pois o pedido do autor foi amplo, abarcando “todas as parcelas eventualmente devidas em razão do acidente, correspondentes aos danos sofridos”. No voto, o relator menciona a frustração ao projeto de vida, o abalo psíquico, o dano estético (a ser estudado em tópico específico deste trabalho) e a diminuição da sua renda.

⁶⁵¹ GUGLINSKI, 2015, p. 148.

⁶⁵² MAIA, 2014, p. 172.

Em verdade, ao contrário do que defendido por parcela da doutrina⁶⁵³, não há, na jurisprudência, efetiva acolhida da teoria que torna autônoma a indenização pelo desperdício do tempo, pois, como se verá, os julgados se preocupam em analisar aspectos inerentes à pessoa, ao prejuízo sofrido pelo autor da ação, não se restringindo, portanto, à perda objetiva do tempo, como aduz a teoria que prega sua autonomia.

O que se verifica é a utilização do tempo como critério para verificação de eventuais danos morais. Tanto é assim que a condenação se dá sob o título de danos morais, e não coisa outra (dano temporal ou cronológico). Na maioria das vezes, são casos em que houve sucessivas reclamações do consumidor, em que se dá ênfase ao estresse e ao sofrimento, e não tanto ao tempo perdido⁶⁵⁴. É bem verdade que muitos julgados citam “o desvio produtivo do consumidor”, dando ênfase à perda do tempo, mas não adotam na íntegra aquilo que vem pregando parte da doutrina. Em outras palavras, valem-se do rótulo, mas continuam a seguir padrões clássicos da responsabilidade civil.

Por certo, tal constatação não diminui a importância da continuidade sobre o estudo do tema. O crescimento da atenção à proteção do tempo das pessoas, consumidoras ou não, parece ser *mais* um caminho a ser trilhado no campo da responsabilização civil.

Maia está a salvo de censura quando assevera que, embora o STJ e os demais órgãos judiciais ainda não tenham reconhecido o dano temporal como categoria lesiva autônoma, sua composição a título de danos morais representa grande avanço na tentativa de acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico brasileiro⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Maia aduz que a jurisprudência brasileira tem reconhecido o dano temporal por perda do tempo útil e/ou livre do consumidor, quando o desperdício temporal se revela patentemente abusivo.

⁶⁵⁴ Nesse sentido: operadora de telefonia ré que persistiu com a cobrança indevida de valores relativos a serviço não contratado: TJSC. Apelação Cível n. 2012.028152-8, de Caçador Relator: Des. Nelson Schaefer Martins. DJ 06/08/2013; serviços de telefonia cobrados indevidamente. Sucessivas reclamações do cliente sem solução do problema. Persistência da insatisfação por um ano: TJSC Apelação Cível n. 2013.032144-7, de Blumenau, Relator: Desa. Sônia Maria Schmitz. DJ 31/10/2013. Cobrança indevida. Envio de faturas por mais de 11 (onze) anos. Sucessivas reclamações do cliente por meio de notificações extrajudiciais sem solução do problema. Apelação Cível n. 2011.096747-4, de Braço do Norte Relator: Desa. Sônia Maria Schmitz. DJ 16/05/2013.

⁶⁵⁵ MAIA, 2014, p. 174.

4.3.1 Demandas consumeristas em geral

O Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁵⁶ – julgando caso de consumidora que adquiriu máquina de lavar por ser portadora de problemas na coluna (e por isso impedida de realizar esforços físicos), e acabou tendo dificuldades para o seu conserto (por vício de qualidade), com inúmeras tentativas de resolução e acordos descumpridos junto ao Procon – decidiu que o tempo perdido da consumidora para tentativa de solução do infortúnio configura dano indenizável. Da ementa, consta a adoção da “inteligência da tese do Desvio Produtivo do Consumidor” e o arbitramento em R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

Outros julgados reconhecem a possibilidade de a pessoa pleitear indenização em razão da *perda do tempo livre*, sem destacar a teoria pensada por Dessaune. Cite-se recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Apelação Cível n.º 0069256-42.2011.8.19.0001⁶⁵⁷, que tratou de ação indenizatória proposta por locadora contra uma administradora de imóveis, a quem se apontaram falhas no dever de diligência, fato que veio a gerar danos materiais e morais.

Interessante é que, nessa Apelação, em nenhum momento foram trazidas fundamentações consumeristas para justificar o dever de

⁶⁵⁶ Ação de indenização por danos morais – vício do produto - Máquina de lavar – Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos – Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas – Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor – Nítida ocorrência do “Venire contra factum proprium” - Fixação de cláusula penal – Dano material que não se confunde com o dano moral - Tempo demasiado sem o uso do referido produto – Desídia e falta de respeito para com o consumidor – Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável – Inteligência da tese do Desvio Produtivo do Consumidor.

Danos morais Configurados Afronta à dignidade da pessoa humana. Caso dos autos que não se confunde com um “mero aborrecimento” do cotidiano. Indenização fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido. (TJSP. Apelação 0007852-15.2010.8.26.0038, da Comarca de Araras, Des. Rel. Fábio Podestá, DJ 19/11/2013). (Grifo nosso).

⁶⁵⁷ Eis um trecho da ementa: Negligência cuja lesividade deve ser reconhecida na esfera extrapatrimonial, pelas dificuldades causadas à autora, a apreensão injustificada e a perda do tempo livre.

indenizar⁶⁵⁸. Muito embora seja possível compreender que a relação entre locadora e a administradora do imóvel seja de consumo, nada consta como razão de decidir.

De todo modo, o que se percebe é que a perda do tempo livre não foi a consequência única dos atos ilícitos cometidos pela administradora do imóvel. O voto trouxe expressamente a “injusta apreensão” sofrida pela locadora, logo, aspecto inerente ao dano moral.

Convém destacar, ainda, outros tantos julgados, em que não há menção expressa à perda do tempo do consumidor, e muito menos de forma autônoma, mas que no fundo tratam do mesmo problema: consumidores submetidos a verdadeira *via crucis* dentro da relação negocial.

Não são raros os julgados que tratam de consumidores que, ao adquirirem produtos com vício de qualidade, sofreram em inúmeros contatos com a assistência técnica, reclamações ao Procon e acordos descumpridos. Trata-se de casos que fogem dos acontecimentos ordinários do cotidiano e vêm a gerar danos indenizáveis. Na jurisprudência catarinense, já ficou decidido que “impor ao consumidor que percorra verdadeiro calvário, efetuando várias solicitações de reparo e acionando o Procon sem obter o conserto, a troca do equipamento ou a devolução do preço pago, constitui transtorno que supera os dissabores da vida cotidiana. Tais fatos geram evidente dano moral, que deve ser amplamente ressarcido”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Retira-se do voto: “Há que se ponderar, todavia, que a aprovação das locatárias, após exame de documentação que se mostrou negligente, teve consequências danosas para a Autora. Estas, ainda que não se situem na esfera do dano patrimonial – já que a obrigação central do Réu era de meio – deve ser apurada tendo em conta as dificuldades que foi ela levada a enfrentar no relacionamento com as inquilinas, a injusta apreensão que lhe foi causada, além da perda do seu tempo livre. Trata-se de atuação profissional defeituosa, que, tendo em vista a praxe neste foro de o administrador de imóveis examinar o perfil dos candidatos à locação, importa em inadimplemento e em responsabilização”.

⁶⁵⁹ Consumidor. Vício do produto. Inúmeros contatos com assistência técnica. Problema não solucionado. Reclamação no PROCON. Acordo para devolução do preço não cumprido. Longo período sem resolução do problema. Verdadeiro calvário. Fatos que fogem aos acontecimentos normais do cotidiano. Dano moral evidenciado. Obrigação de indenizar. Impor ao consumidor que percorra verdadeiro calvário, efetuando várias solicitações de reparo e acionando o Procon sem obter o conserto, a troca do equipamento ou a devolução do preço pago, constitui transtorno que supera os dissabores da vida cotidiana. Tais fatos geram evidente dano moral, que deve ser amplamente ressarcido, sob pena de o

Os maiores problemas, no entanto, se relacionam com vícios de serviços. Pode-se trazer o caso de empresa de telefonia que descumpriu acordo entabulado com o consumidor, obrigando-o a passar por um verdadeiro calvário de reclamações e protocolos até que se consiga o desbloqueio da linha⁶⁶⁰, ou de consumidor que encontrou problemas no procedimento de portabilidade, o que gerou irritação e desgaste em sucessivos contatos com o serviço de atendimento ao consumidor⁶⁶¹.

Do corpo do último acórdão, retira-se fundamentação que merece a devida transcrição:

Não podem ser considerados meros aborrecimentos ou simples dissabores do cotidiano a irritação e o desgaste suportados por consumidores nas centrais de atendimento do tipo 0800, quando percorrem típica via crucis para tratar de assuntos comuns às partes, ou quando são obrigados, em sucessivas ligações, a tentar desfazer erros cometidos pelos próprios fornecedores, quase sempre por cobranças abusivas, manutenção de

desrespeito ao consumidor brasileiro assumir caráter de fato corriqueiro e irrelevante no Brasil. (Quinta Turma de Recursos – Joinville. Recurso Inominado 2012.500603-5, de Jaraguá do Sul. Rel. Viviane Isabel Daniel Speck de Souza. DJ 07.11.2012) (grifo nosso).

⁶⁶⁰ Diante dos fatos narrados nos autos, ficou claro que a conduta da empresa de telefonia não só descumpriu acordo entabulado com o autor, mas obrigou-o a passar por um verdadeiro calvário de reclamações e protocolos, até desbloqueio da linha o que somente ocorreu, diga-se, com novo pagamento do valor da fatura com vencimento em setembro/2012, violando completamente os objetivos do Código de Defesa do Consumidor.

No caso em voga, a quantia de R\$ 5.000,00 se afigura mais coerente para fins reparatórios, visto que proporciona uma compensação justa ao consumidor, sem, contudo, implicar enriquecimento ilícito, bem como tem um caráter pedagógico válido, no sentido de coibir condutas assemelhadas da operadora concessionária de serviço público, que já é recalcitrante nesse tipo de comportamento. (Quarta Turma de Recursos – Criciúma. Recurso Inominado 2013.401032-8, de Jaguaruna. Rel. Ana Lia Moura Lisboa Carneiro. DJ 13.05.2014) (grifo nosso).

⁶⁶¹ Responsabilidade civil. Telefonia. Problemas no procedimento da portabilidade. Suspensão do serviço por longo período. Inobservância dos prazos previstos na resolução n. 460/2007 da Anatel aliada à prova da irritação provocada pela concessionária e do desgaste em sucessivos contatos pelo 0800. Dano moral configurado. Indenização fixada em r\$ 10.000,00 (ac n. 2010.044449-2, de criciúma, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13-3-2012). (Grifo nosso).

serviços que não funcionam ou que sequer foram solicitados.

Os contratemplos naturais e até mesmo singelos desencontros de nossas relações em sociedade, de forma esporádica e avulsa, não podem ser comparados a práticas rotineiras de empresas que tratam as pessoas como cidadãos de segunda classe, economizando em capacitação de atendentes e em tecnologia, que juntos poderiam ser tão eficientes para resolver problemas como o são para oferecer e vender produtos e serviços. Para isso, as linhas estão sempre disponíveis, os sistemas estão sempre no ar e o atendimento tem início, meio e fim, numa única ligação. Quando, todavia, se quer exercer algum direito legítimo que possa de alguma forma contrariar os interesses do fornecedor, a regra é que os caminhos sejam tortuosos e turbulentos, fazendo da eficiência e satisfação do usuário uma espécie de loteria.

Nestes casos, em que o consumidor é submetido a verdadeiro calvário, também muitas vezes tratado como a *via crucis* do consumidor para a resolução de problemas, revela-se que os julgados chegam a tangenciar a questão da perda do tempo. Com efeito, o caráter continuado da tentativa de resolução de problemas perante o fornecedor denota a condição implícita do tempo perdido. Ainda que os julgados não enalteçam o tempo perdido, é certo que isso também ocorreu no caso concreto. Em poucas palavras, os Tribunais parecem continuar buscando a recomposição pelos danos morais sofridos, sem detalhar quais foram os interesses jurídicos violados.

Extraí-se dos julgados acima que o tempo perdido pelo consumidor é fator determinante para sopesar a indenização por danos morais, muito embora não haja uma verdadeira consciência dos magistrados acerca dos bens jurídicos violados⁶⁶².

Vale trazer à baila, ainda, jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que se debruçou com mais cautela sobre a perda

⁶⁶² *Mutatis mutandis*, Peteffi da Silva já alertou que podem ser observadas decisões que utilizaram o mecanismo da perda de uma chance, mas sem uma consciência de que os casos concretos devessem, ou mesmo pudessem ser reenviados a uma categoria geral de aplicação: a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance. SILVA, 2013, p. 14.

do tempo. Mais uma vez julgando caso de fornecedor desidioso, com atraso injustificável no serviço prestado e demora na entrega de produto com vício de qualidade, ficou estabelecido expressamente que “o tempo subtraído de horas de lazer ou de trabalho, a decepção e a angústia geradas por repetidas e infrutíferas diligências administrativas e o tratamento pouco digno conferido ao consumidor são fatos que, no conjunto, representam dano moral indenizável”⁶⁶³.

De maneira bastante didática e esclarecedora, ficou então assentado que o pedido não se lastreava no vício de qualidade do *home-theater*, ou no fato de o consumidor ter aguardado seis meses pelo conserto, mas sim na condição do consumidor que se viu obrigado a dispendir tempo e energia para compelir a fornecedora a cumprir o seu dever legal. Isto é, “o que se alega, tão-somente, é que o serviço de atendimento ao consumidor oferecido pela ré foi de tal forma ineficiente e irresponsável, que o sujeitou a uma condição angustiante, além de lhe subtrair tempo e lhe privar do gozo do bem comprado”.

Vale citar que o relator do acórdão, Des. Sebastião César Evangelista, citou o artigo de Maurílio Casas Maia (defensor do dano temporal como categoria lesiva autônoma) para enaltecer a sua preocupação com o tempo perdido pelo consumidor, mas deixou claro

⁶⁶³ TJSC, Apelação Cível n. 2012.052844-0, de Biguaçu, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 19-11-2015. Eis a íntegra da ementa: Apelação cível. Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Aquisição de *home theater*. Defeito. Produto encaminhado à assistência técnica. Atraso injustificável no serviço prestado. Procon. Notificação do fabricante. Substituição do equipamento. Demora na entrega. Desídia do fornecedor. Dano moral configurado. Reforma da sentença. Inversão dos ônus sucumbenciais. Honorários advocatícios fixados nos termos do art. 20, § 3º, Do CPC. Recurso conhecido e provido. Toda linha de produção está sujeita a defeitos, seja por falha mecânica, humana ou ambas, sendo muito provável a eventual colocação no mercado de produto com defeito que não será detectado pelo consumidor no ato da compra. O art. 18 do Código de Defesa do Consumidor abriga a garantia de que, quando isso ocorrer, será possível exigir do fornecedor o reparo em prazo de trinta dias, ou escolha, a critério do consumidor, de uma de três soluções: substituição do produto, devolução com restituição do valor ou abatimento do preço. A demora injustificada ao cumprimento dos deveres inscritos no art. 18 do CDC é fato antijurídico que, observadas as circunstâncias do caso concreto, é passível de gerar dever de reparação. O tempo subtraído de horas de lazer ou de trabalho, a decepção e a angústia geradas por repetidas e infrutíferas diligências administrativas e o tratamento pouco digno conferido ao consumidor são fatos que, no conjunto, representam dano moral indenizável.

que não concorda com a tese do dano temporal como categoria autônoma. Nas suas palavras:

O que se acompanha é seu raciocínio no sentido de que o desperdício de tempo a que foi sujeitado o consumidor deve ser considerado como um elemento importante na caracterização do dano moral. A necessidade de repetidamente ter de buscar a assistência técnica não exerce, evidentemente, nenhum efeito sobre a passagem do tempo, objetivamente considerado, mas o privou de utilizar daquele tempo de maneira que lhe fosse proveitosa⁶⁶⁴.

De todo modo, o que mais interessa é a seguinte passagem:

Pois bem, no caso concreto, a ré foi esbanjadora do tempo do autor. Infligiu-lhe gratuitamente a pena de ter de se deslocar, procurar a assistência técnica, argumentar, insistir, deslocar-se novamente ao Procon, tudo ao longo de 4 meses.

Não é apenas o tempo perdido, entretanto, mas o sentimento de estar sendo desprezado e talvez enganado pela fornecedora, além da angústia de não saber se o reparo ou a troca serão feitos, quando o processo irá terminar, por quantas mais vezes será necessário requerer a solução do problema. O desgosto causado por tal situação, o arrependimento da compra e irritação ocasionada pela conduta da ré é fato que se pode facilmente compreender.

O relator deixa claro, portanto, que não se trata apenas do tempo perdido, mas sim do sentimento negativo, do sofrimento e angústia do consumidor-vítima, fatos que se traduzem metaforicamente como a *via crucis* do consumidor, já tratada nos precedentes citados. O mesmo entendimento foi consagrado na Apelação Cível n. 2007.060473-7⁶⁶⁵, em que se registrou

a circunstância de serem necessárias seis diligências, ao longo de um ano, com envio do computador para São Paulo e aguardo da resposta

⁶⁶⁴ TJSC, Apelação Cível n. 2012.052844-0, de Biguaçu, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 19-11-2015. Trecho do voto.

⁶⁶⁵ TJSC. Primeira Câmara Civil. Apelação Cível n. 2007.060473-7, da Capital. Des. Rel. Sebastião César Evangelista, DJ 16/06/2014.

do fornecedor, é fato que prejudica o consumidor e lhe subtrai tempo em que poderia ser dedicado ao trabalho ou a lazer. Essa é, por si só, uma agressão que não pode ser reparada, pois aquele tempo jamais será recuperado.

De modo similar, na Apelação Cível n. 2015.050624-7⁶⁶⁶, a Desembargadora Denise Volpato, voto vencido na ocasião, entendeu que se compreende como violação da liberdade *lato sensu* do cidadão o fato de a má prestação de serviços por fornecedor importar em verdadeira *via crucis*, roubando-lhe o direito de usufruir de seu tempo da maneira que bem entender (ceifando-lhe o direito social ao lazer previsto no art. 6º da Constituição Federal). O caso se referia a consumidor que adquiriu notebook pela internet e nunca o recebeu, mesmo após inúmeras tentativas diretamente de resolver a questão diretamente com a sociedade e por meio do Procon. A maioria da Sexta Câmara Civil entendeu que se tratou de mero aborrecimento, não suficiente para gerar danos morais. Entretanto, para Volpato,

por mais que a experiência não importe em traumas psicológicos *ipso facto* ao consumidor, impossível negar amparo ao pleito compensatório por danos imateriais quando evidenciado que a atuação do fornecedor importou em desproporcional e despropositado desvio produtivo do consumidor.

Seguiu a lógica de que o dano moral não se resume à dor psíquica intensa presumidamente advinda do ato ilícito (artigo 335, do CPC; dano *in re ipsa*), mas abrange também a ofensa ao direito da pessoa de livre dispor de seu tempo, direito de liberdade inerente à personalidade. A seu modo, deu importância ao tempo do consumidor, reconhecendo possível a compensação pecuniária e ofensa à sua dignidade pela usurpação despropositada de seu tempo. Ao final, deixou claro que “o menoscabo reiterado ao direito do consumidor importa em sentimento de angústia e impotência (humilhação), comportando, por si só, compensação financeira equivalente”, reforçando a tese de que a perda injustificada do tempo sempre está atrelada a um sentimento negativo, configurado na angústia ou humilhação.

⁶⁶⁶ TJSC. Sexta Câmara Civil. Apelação Cível n. 2015.050624-7. Des. Rel. Alexandre D’Ivanenko, DJ 15/12/2015.

4.3.2 Filas em banco

Permanecer por longos períodos, em pé ou sentado, a aguardar o atendimento em instituições financeiras é a realidade encontrada em grande parte do Brasil. Para tentar melhor tal cenário, na ausência de norma nacional sobre o assunto, diversos Municípios passaram a editar leis que disponham sobre medidas referentes ao conforto e rapidez no atendimento aos usuários de serviços bancários, estabelecendo, inclusive, o tempo de atendimento ao público.

Em Florianópolis, por exemplo, a Lei Complementar Municipal 699/2002, alterada pela Lei Complementar 512/2015, assim dispõe:

Art. 1º Fica denominado que as agências bancárias deverão colocar à disposição dos seus usuários, pessoal suficiente e necessário, no setor de caixas, para que o atendimento seja efetivado em tempo razoável.

§ 1º - Entende-se como atendimento em tempo razoável, conforme mencionado no caput deste artigo, o prazo de quinze minutos em dias normais e trinta minutos em véspera ou após feriado prolongado. (Redação dada pela Lei Complementar nº 512/2015)

Já em Porto Alegre, entende-se como tempo razoável para atendimento até 15 minutos para dias normais e até 20 minutos em véspera ou após feriados prolongados e em dias de pagamentos de funcionários públicos municipais, estaduais e federais⁶⁶⁷.

Os Municípios seguem essa tendência de determinar o atendimento em até 15 minutos em dias normais, aceitando um prazo um pouco maior quando em dias em que a instituição financeira receba maior número de clientes, como em vésperas de feriados ou dias de pagamentos de servidores⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Lei 8.192/98, com alterações posteriores.

⁶⁶⁸ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, tais normas municipais não afrontam a Constituição Federal, pois se encontram albergadas pelo art. 30, I, que permite aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Ou seja, os Municípios podem determinar às instituições financeiras que prestem atendimento aos consumidores em tantos minutos, de acordo com as peculiaridades do local. Caso as instituições financeiras descumpram tais obrigações, estarão sujeitas a punições. Ademais, conveniente registrar que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu repercussão geral para os pedidos de

No entanto, como se sabe, muitas instituições financeiras não cumprem a legislação, deixando os consumidores aguardando por muito tempo na fila de espera. Nestes casos, não só o Poder Público pode impor penalidades⁶⁶⁹ às instituições financeiras, como também os próprios consumidores podem propor demandas indenizatórias. Tais ações são cada vez mais comuns em muitos Estados da Federação. A grande dificuldade é diferenciar o que se trata de mero inconveniente, próprio dos problemas cotidianos da sociedade moderna, e o que vem a configurar dano indenizável.

Do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo podem-se retirar alguns julgados interessantes, como caso de um consumidor que aguardou por cerca de 1 hora e 30 minutos até ser atendido em instituição financeira, tempo de espera que suplantou o limite previsto na legislação municipal. O Tribunal, reformando a decisão de primeira instância que havia condenado o banco em R\$2.000,00 (dois mil reais), reputou irrelevante o descumprimento da lei. Considerou que o descumprimento de prazo de atendimento apenas impõe sanção de ordem administrativa ao banco e assentou que o caso retratava contratempo rotineiro da convivência social, não configurado ato ilícito que tenha importado em

indenização por danos morais e materiais decorrentes da espera excessiva em fila de instituição financeira, dado o caráter infraconstitucional da matéria.

⁶⁶⁹ Há notícia de que em Porto Alegre as multas por demora em filas de banco alcançam mais de um milhão de reais. FERRAZ, Mateus. Multas por demora em filas de bancos somam R\$ 1 milhão em quatro anos em Porto Alegre. **Rádio Gaúcha**, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/multas-por-demora-em-filas-de-bancos-somam-r-1-milhao-em-quatro-anos-em-porto-alegre-4325.html>>. Acesso em 07 jan. 2017. O PROCON de Florianópolis, por sua vez, suspendeu o funcionamento de agência bancária no ano de 2015. PROCON de Florianópolis fecha agência bancária no Centro da Capital por demora no atendimento. **A notícia**, 13 maio 2015. Disponível em: <<http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/noticia/2015/05/procon-de-florianopolis-fecha-agencia-bancaria-no-centro-da-capital-por-demora-no-atendimento-4759734.html>>. Aceso em: 07 jan. 2017.

ofensa à esfera íntima do autor⁶⁷⁰. Segundo o TJSP, não se trata a perda do tempo de *dano in re ipsa*⁶⁷¹.

Em outro julgado, ao cuidar de pedido de gestante que permaneceu em pé por quase duas horas em fila de banco, o Tribunal denegou o pedido e assentou que o caso ensejaria “apenas, uma atuação positiva da própria consumidora, em realizar uma análise da instituição que melhor preste o serviço por ela almejado”⁶⁷². Tal argumento não é imune a críticas, pois, seguindo a própria da lógica do mercado, indica que caberia ao consumidor, diante do mau serviço, procurar outra instituição financeira que lhe agrade. Esquece-se, no entanto, que o serviço prestado por instituição financeira, muitas das vezes, é essencial e exclusivo. Objetivamente, certas transações só podem ser realizadas em determinados bancos, o que retiraria a liberdade do consumidor de optar pela concorrência.

Assim, numa visão geral, o fato de ser ultrapassado o limite máximo de tempo de espera previsto em legislação municipal não gera, por si só, o dever de indenizar. As referidas leis tratam de “mera orientação administrativa, não compelindo as instituições financeiras a seguirem à risca suas orientações”⁶⁷³. Na maioria dos casos concretos, foi

⁶⁷⁰ “[...]no caso em apreço, o fato de o autor ter aguardado cerca de uma e hora e meia na fila do banco para efetuar depósito em dinheiro em caixa convencional, conquanto tenha lhe gerado desconforto e aborrecimento, não materializou situação constrangedora apta a configurar danos morais indenizáveis”. Apelação n.º 1004081-05.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, Des. Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa, DJ 10.10.2016.

⁶⁷¹ É que se há falha na prestação do serviço da instituição financeira, que ultrapassa os prazos fixados para atendimento em legislação municipal (Lei n.º 2.998 de 1.6.2005) ou estadual (Lei Estadual Paulista n.º 10.993/01), além da prova de tal ocorrência, há de ser comprovado o dano experimentado que o fato poderia, em tese acarretar, além do indispensável nexo causal. Se, como na hipótese, o dano não resulta do próprio fato (*in re ipsa*) e não há prova alguma de que o episódio tenha acarretado a humilhação de que se queixa o autor, inegável que ele deva ser qualificado como mero aborrecimento, que a convivência social impõe aos indivíduos. (TJSP. Apelação Cível 0000970-92.2015.8.26.0157, Des. Rel. Fernando Sastre Redondo, DJ 17.08.2016).

⁶⁷² TJSP. Apelação Cível 1001189-03.2016.8.26.0562, Des. Rel. Jacob Valente, DJ 25.07.2016.

⁶⁷³ Caberá à Administração Pública, a partir da reclamação dos consumidores ou de ofício, aplicar as sanções que julgar pertinentes. TJSP. Apelação Cível 0000290-45.2015.8.26.0404, Des. Rel. Marcos Gozzo, DJ 13.07.2016.

reconhecido apenas o mero aborrecimento, não caracterizador de dano moral⁶⁷⁴.

Em princípio, portanto, o TJSP não reconhece a existência de danos morais. Contudo, ao se deparar com pedido de consumidor que comprovou ter a instituição financeira desrespeitado o lapso de tempo fixado em lei municipal⁶⁷⁵ reiteradas vezes, o Tribunal manteve a sentença que condenou o banco em R\$800,00 (oitocentos reais). Em seus termos: “De fato, a espera em fila de agência bancária para atendimento, por período superior ao legalmente previsto em lei municipal, não acarreta, por si, só dano de natureza moral. Todavia, ocorrências reiteradas, em dias e horários diversos, sem qualquer justificativa para tanto, podem ultrapassar a esfera do mero transtorno ou aborrecimento não indenizável”⁶⁷⁶. A Corte, neste caso, reputou caracterizado o ato ilícito⁶⁷⁷ e o dano moral configurado.

Em outro julgado, a Corte concordou com o pedido de consumidora que permaneceu por mais de duas horas em fila de banco e acabou perdendo o exame que havia marcado na rede pública de saúde. Na fundamentação, o relator foi claro ao determinar que o fato de ter

⁶⁷⁴ Tal lógica pode ser encontrada em outros julgados do TJSP: Apelação Cível 1002798-82.2016.8.26.0477 Des. Rel. Maia da Rocha, DJ 27.10.2016; Apelação Cível 1001013-72.2014.8.26.0698, Des. Rel. Thiago de Siqueira, DJ 23.09.2016; Apelação Cível 1003489-20.2016.8.26.0664, Des. Rel. Carlos Abrão, DJ 08.09.2016. Eis trecho de outra ementa para ilustrar o problema: [...] RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização – Demora no atendimento bancário no interior de agência do Banco-réu – Invocação de legislação municipal, prevendo tempo máximo de espera em fila de banco para atendimento - Fato que, por si só, não acarreta dano moral indenizável – Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal – Apesar de o Autor ter se aborrecido com o fato, o mero dissabor, o aborrecimento, a mágoa, a irritação ou a sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral - Indenização indevida – Ação improcedente - Sentença mantida. Recurso desprovido (TJSP. Apelação Cível 0000296-24.2015.8.26.0575, Des. Rel. Álvaro Torres Júnior, DJ 12.09.2016).

⁶⁷⁵ Seguindo a tendência de tantas outras leis, o acórdão dá conta de que o prazo máximo era de 15 minutos.

⁶⁷⁶ TJSP. Apelação Cível 0007136-37.2013.8.26.0408, Des. Rel. Irineu Fava, DJ 19.08.2016.

⁶⁷⁷ “Nesse cenário, caracterizada a ilicitude de sua conduta, consubstanciada na má prestação do serviço, ensejando tal situação dano de natureza moral, com dispensa de qualquer prova específica a respeito na medida em que frustrada a expectativa do consumidor por absoluta e reiterada desídia do réu, dispensando a questão maiores considerações a respeito”.

extrapolado mais do que duas horas já representa prejuízo indenizável, o que fora também agravado pela perda do exame⁶⁷⁸.

De fato, percebe-se com facilidade que a ampla maioria dos julgados considera que o tempo exagerado de permanência na fila de espera não gera indenização sob o rótulo de “dano moral”⁶⁷⁹. Entretanto, em casos particulares, em que algo mais grave aconteceu ou o banco é contumaz em atrasar o atendimento, acaba reconhecendo a geração de danos morais.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, após alguma divergência jurisprudencial, prevalece o entendimento de que a espera em

⁶⁷⁸ Apura-se que a autora ingressou na agência para atendimento às 14h00 e que este só ocorreu de fato às 16h09. O período prolongado no atendimento, de forma absolutamente injustificada, configura prova suficiente dos prejuízos sofridos pela apelada. Nesse período, sofreu ela o desconforto em permanecer dentro de estabelecimento bancário, que possui, para com seus clientes, obrigações específicas. [...] Além disso, durante todo esse período, a autora esteve impedida de desempenhar suas atividades regulares, quaisquer que fossem elas, notadamente pela impossibilidade na realização de exame médico agendado para o mesmo dia dos fatos. [...] Por fim, reporto-me a decisão de minha relatoria, proferida na Apelação Cível nº nº 0020032-09.2011.8.26.0562 – Santos, no sentido de que o atraso no atendimento bancário caracteriza mero aborrecimento decorrente da vida moderna e das grandes metrópoles, ante o período diminuto de espera. Todavia, neste caso específico, a demora foi acima de duas horas, período extenso, justificando a ocorrência dos prejuízos morais e comportando a indenização pretendida, além dos prejuízos com a não realização de exame médico. (TJSP. Apelação Cível 0007339-12.2014.8.26.0360, Des. Rel. Edson Luiz de Queiroz, DJ 04.05.2016). Em outro julgado, não representativo da jurisprudência do Tribunal, por maioria, decidiu-se pela condenação de consumidor que permaneceu pouco mais de uma hora na fila do banco. TJSP. Apelação Cível 0010579-57.2012.8.26.0302, Des. Rel. James Siano, DJ 13.08.2015.

⁶⁷⁹ Ação de Indenização – Dano Moral – Demora em Fila de Banco – Invocação de legislação municipal, a qual prevê tempo máximo de espera em fila de banco para atendimento, que, isoladamente, não acarreta dano moral indenizável – Não é devida indenização, sob o rótulo de “dano moral”, em razão de transtornos, perturbações ou aborrecimentos que as pessoas sofrem no seu dia a dia, frequentes na vida de qualquer indivíduo – Não foi comprovado, na espécie, qualquer fato excepcional que evidenciasse a ocorrência de dano moral indenizável, cujo ônus da prova competia ao autor - Mero dissabor que não pode ser alçado ao patamar de dano moral indenizável - Inexistência do dever de indenizar – Sentença de improcedência da ação mantida – Recurso improvido. TJSP Apelação Cível 0063755-86.2010.8.26.0506, Des. Rel. Plínio Novaes de Andrade Junior, DJ 23.06.2016.

fila para atendimento bancário por prolongado tempo, por período que supera o limite da razoabilidade, configura falha na prestação de serviço bancário, que gera dano moral indenizável. Muito embora ainda existam alguns julgados em sentido contrário⁶⁸⁰ – inclusive aqueles que não concordam com a tese, em respeito ao princípio da colegialidade – o Tribunal vem decidindo de modo favorável aos consumidores, considerando presumido o dano moral (*in re ipsa*). Apenas para exemplificar a opinião da Corte, cite-se caso de costureira que ficou 1 hora e 20 minutos na fila de espera de um banco e foi recompensada com R\$2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) a título de danos morais⁶⁸¹.

Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, retira-se interessante passagem:

Ainda que lei municipal regulamente, validamente, o tempo máximo de espera para o atendimento de cliente, o seu descumprimento, por agência bancária, não possui o condão de caracterizar, por si só, ilícito civil passível de reparação por abalo moral - podendo caracterizar, em tese, quando muito, dano material - tanto mais porque essa indesejável anomalia, revela, via de regra,

⁶⁸⁰ Cite-se a Apelação Cível 1507556-6, Des. Rel. Luis Sérgio Swiech, DJ 23.06.2016: “[...] não basta apenas alegar a ofensa ao tempo máximo de espera em fila de banco previsto em lei para que se configure o dano moral. Para a sua tipificação, são necessários outros elementos que comprovem sofrimento exacerbado, abusivo, que ultrapasse o simples aborrecimento” “Essa interpretação restritiva da norma se justifica para evitar a banalização do dano moral, através de demandas que buscam indenização fundadas em atos comuns ao cotidiano do homem em sociedade, a que todos estamos sujeitos, separando esses casos daqueles que efetivamente tenham sofrido abalo moral e que recomendam reparação”.

⁶⁸¹ “Não obstante o entendimento pessoal desta e de outros d. Julgadores, assentou-se mais recentemente o entendimento perante o Colegiado, de que a instituição financeira comete ato ilícito ao exceder os limites previstos em Lei para o atendimento de seus clientes. A demora no atendimento e a ausência de atendimento preferencial a idosos e deficientes, consiste, segundo o entendimento da d. maioria, que se passa a adotar em atenção ao princípio da colegialidade, em falha na prestação do serviço e deve sujeitar a instituição financeira a sanções, para além daquelas de cunho administrativo, para que aprimore o atendimento prestado”. TJPR. Apelação Cível 1522356-2, Des. Rel. Elizabeth de Fátima Nogueira, DJ 09.06.2016. Esta Corte, com efeito, recentemente pacificou o entendimento de que o dano moral aqui é presumido, isto é, *in re ipsa*, para que ocorra uma melhor uniformização dos julgados da Câmara em torno do tema.

sentimentos de incômodo, frustração ou irritação, circunstâncias tão comuns, infelizmente, na complexa, competitiva, insensível e por vezes opressora sociedade dos nossos dias⁶⁸².

Muito embora não tenha reconhecido no caso concreto o dano moral, convém mencionar que o relator fez questão de demonstrar a possibilidade de o tempo perdido na instituição financeira gerar danos de ordem patrimonial, o que, como já alertado, estranhamente, pouco é debatido na doutrina e na jurisprudência.

Já o Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, consagrou o entendimento de que não basta a mera menção à violação de legislação que estipula tempo máximo de espera. Há de se verificar os fatos que causaram sofrimento além do normal ao consumidor, de modo que a extrapolação do tempo de espera deverá ser considerada como um dos elementos analisados no caso concreto. Em determinado caso em que o consumidor estava doente e permaneceu o tempo todo em pé, segundo a Corte, restou caracterizado o dano moral⁶⁸³. A regra, portanto, segue a lógica de que a

mera violação de legislação municipal ou estadual, que estabelece o tempo máximo de espera em fila de banco, não é suficiente para ensejar o direito à indenização, apesar dos transtornos e aborrecimentos cometidos ao autor. No caso, deve ser demonstrada a situação fática provocadora do dano⁶⁸⁴.

Desse modo, levando-se em conta os julgados aqui trazidos, que representam boa parte da discussão doutrinária a respeito da indenização pela perda do tempo, pode-se notar que o *pouco* tempo de fila de espera

⁶⁸² TJSC. Apelação Cível n. 2010.073390-4, de Criciúma, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 24-2-2011.

⁶⁸³ 1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. (STJ, REsp 1218497, Min. Rel. Sidnei Beneti, DJ 11.09.2012).

⁶⁸⁴ STJ, AgInt no AREsp 937978, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 08.11.2016.

não representa dano moral à pessoa⁶⁸⁵. Tão somente o tempo de permanência *exagerado*, como aqueles que ultrapassam uma⁶⁸⁶ ou duas horas, bem como aqueles casos em que se comprova a existência de outros prejuízos, além da perda do tempo em si, é que são capazes de gerar o dano moral indenizável.

Não há que se aduzir, por conta disso, que a indenização pela perda do tempo é autônoma. Pelo contrário. O que vale e persiste é a recomposição a título de danos morais, diante da verificação, ainda que presumida, da ocorrência de prejuízo sofrido pela pessoa. Quer-se dizer com isso que o tempo perdido, se não acompanhado do aborrecimento, não será indenizado.

4.3.3 Prisões indevidas

Outro problema que tangencia a análise da perda do tempo e que não é incomum a ser resolvido pelo Poder Judiciário são os pedidos de recomposição de danos sofridos por pessoas que foram presas indevidamente. Trata-se de outras situações em que a jurisprudência já se valeu da quantidade de tempo para arbitrar indenizações.

O Superior Tribunal de Justiça, julgando caso de pessoa presa indevidamente por inadimplemento de pensão alimentícia, decidiu que se mostra devidamente justificado o valor estabelecido a título de indenização por danos morais (R\$ 5.000,00), referindo-se a Corte à

⁶⁸⁵ 1. O pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas. (STJ, AgRg no Ag 1422960 / SC, Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, DJ 27.03.2012.

⁶⁸⁶ Sessenta minutos é o critério utilizado pelas Turmas Recursais do Estado do Paraná: “1. Em que pese ainda vigente o Enunciado 2.7 das Turmas Recursais do Paraná, segundo o qual a espera em fila de agência bancária, em tempo excessivo, caracteriza falha na prestação de serviço e enseja reparação por danos morais, esta Turma Recursal passou a considerar que a espera em fila de banco, quando por tempo igual ou inferior a sessenta minutos, não causa dano moral, configurando mero aborrecimento do cotidiano. Ou seja, para fins de aplicação do Enunciado 2.7, considera-se tempo excessivo aquele que ultrapassa sessenta minutos. Muito embora a espera pelo atendimento por tempo superior ao previsto em Lei configure, indiscutivelmente, infração administrativa, tal fato, por si só, não causa dano moral”. TJPR. Segunda Turma Recursal. 0078597-32.2014.8.16.0014/0, Relatora Vivian Cristiane Eisenberg de Almeida Sobreiro, DJ 29.05.2015.

extensão dos danos causados ao recorrente, ao tempo de duração do cárcere - dezoito horas e cinco minutos - e às demais peculiaridades do caso, que refletiram na extensão dos danos sofridos⁶⁸⁷.

Em outro caso de erro judiciário que acarretou prisão ilegal por aproximadamente sete horas, o Superior Tribunal de Justiça deixou assente que o tempo de duração da prisão indevida é fator influente ao cálculo da compensação por danos morais. Considerou-se que pelo tempo de cárcere, aproximadamente sete horas, a fixação do dano moral em 200 salários mínimos é exorbitante, devendo ser reduzida para a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que melhor se ajusta aos parâmetros adotados pela Corte⁶⁸⁸. No REsp 697.458, foi arbitrado o valor de 300 (trezentos) salários mínimos em decorrência da privação da liberdade por *mais de um ano*, quando já prescrita a pretensão executória da pena⁶⁸⁹.

Nesses casos que envolvem prisões ilegais é evidente que vários interesses jurídicos estão em jogo, especialmente a liberdade do lesionado. O que se pretende demonstrar, no entanto, é que o tempo perdido atrás das grades é considerado fator da maior importância para quantificar o dano moral sofrido.

Aliás, o que aqui se chama de fator pode-se também tentar reputar como um critério objetivo a ser adotado no momento da avaliação dos danos morais, já que não é incomum na jurisprudência a afirmação de que “na ausência de critérios objetivos que permitam quantificar economicamente a lesão à honra do ofendido, deve o Juiz valer-se sobretudo das regras de experiência comum e do bom senso”⁶⁹⁰.

Na mesma lógica das anteriores provocações, rememorando a pretendida autonomia do dano temporal, pode-se perguntar se, nesses casos de prisões indevidas, a tese da perda do tempo como dano autônomo geraria, na prática, indenizações a dois títulos: um a título de danos morais, pelo sofrimento decorrente da perda da liberdade e da injustiça sofrida; e outro a título de danos temporais, tão somente pelo tempo tolhido. A grande dificuldade é como fazer esta medição se, como já se

⁶⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1407845 / MG. Min. Rel. Og Fernandes. DJ 16/10/2014.

⁶⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1209341 / SP. Min. Rel. Humberto Martins. DJ 21/10/2010.

⁶⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça. REsp 697.458 / SP. Min. Rel. Castro Meira. DJ 01/06/2006.

⁶⁹⁰ TJSC. Apelação Cível n. 2013.032144-7, de Blumenau Relator: Desa. Sônia Maria Schmitz. DJ

disse, o tempo desperdiçado está jungido ao sentimento negativo da vítima.

O tempo, ademais, também é critério para o arbitramento de valores de honorários advocatícios. Além da complexidade e relevância da causa, o tempo despendido pelo advogado deve ser levado em conta para a fixação da verba⁶⁹¹.

⁶⁹¹ Nesse sentido: TJSC. Apelação Cível n. 2014.058699-8. Desa. Subst. Janice Goulart Garcia Ubialli. DJ 23/04/2015.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil pela perda do tempo é assunto que ganha destaque nos meios acadêmicos nos últimos anos. Atual, pois em contínua fase de construção, sua análise demanda maior atenção da doutrina especializada. Seus contornos, no entanto, ainda parecem se restringir ao direito consumerista, pois foram seus estudiosos que, sublinhando a defesa do consumidor, deram conta dos prejuízos que este sofre cotidianamente, com destaque para o tempo perdido em razão da má-prestação de um serviço.

A presente dissertação não se preocupou em analisar este fenômeno – a responsabilidade civil pela perda do tempo – de modo amplo e genérico, como se estivesse a discorrer sobre uma nova teoria. Optou-se por colocar em análise tão somente uma das ideias defendidas por parcela da doutrina: a vontade de tornar autônoma a indenização pela perda do tempo.

De acordo com alguns autores, o tempo não seria somente um bem jurídico, tutelado pelo ordenamento. Aqueles que desperdiçarem o tempo alheio deveriam indenizar as vítimas por meio de uma categoria indenizatória autônoma, que não se confunde com os danos patrimoniais e morais (em sentido estrito).

Em miúdos, a perda do tempo, por si só, geraria o dever de indenizar, mesmo que não fossem atingidos outros bens ou interesses jurídicos. Seria uma nova categoria ou subcategoria de danos extrapatrimoniais, que não se confundiria com os danos patrimoniais e tampouco com a visão restritiva dos danos morais.

O objeto da presente pesquisa se concentrou, assim, na verificação da compatibilidade dessa ideia com a teoria geral do dano ressarcível e o modelo brasileiro de responsabilidade civil brasileiro.

No primeiro capítulo, foram apresentados diversos aspectos da teoria geral do dano ressarcível. Em primeiro lugar, ficou destacada a importância do dano como verdadeiro eixo – e não como um mero elemento – da responsabilidade civil, o que seria justificado pela vontade de não somente se apurar um ato ilícito, mas sim se efetivar a reparação de um dano sofrido.

Da exposição das diferentes concepções a respeito do dano, com especial referência à literatura jurídica argentina, optou-se por reconhecer o dano no prejuízo decorrente da lesão a interesse jurídico. De todo modo, não se pode negar que a teoria que consagra o dano na lesão a interesse jurídico – se compreendida a necessidade de investigação das

consequências do dano para a aferição do *quantum* indenizatório – produz a mesma consequência prática da teoria aqui defendida.

Como quer que seja, o que se extrai do capítulo inaugural é que o prejuízo, consequência da lesão a um interesse jurídico, é, assim, fator essencial para a própria existência das diferentes classificações e da discussão a respeito da natureza jurídica dos danos.

O capítulo inicial serviu, ademais, para se abordar o que se convencionou denominar elementos ou requisitos do dano ressarcível – a exemplo da certeza, da imediatidade e da injustiça – muito embora, quanto ao último, haja divergência sobre sua real necessidade, pois se trata de termo importado do ordenamento italiano, dotado de diversas particularidades; ao cabo, foram apresentadas distinções pontuais a respeito dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, questões terminológicas, bem como aspectos inerentes à forma de suas quantificações.

O segundo capítulo buscou certificar a inspiração francesa do modelo brasileiro de responsabilidade civil, em contraponto a modelos tipificados. Amplo e aberto, frouxo à aceitação do que se convencionou chamar de novos danos, o sistema brasileiro já abrange sem maiores objeções dogmáticas o campo da reparação dos danos. O simples fato de não existir previsão normativa no sentido de proteger novas espécies de danos não constitui barreira intransponível à sua indenizabilidade, justamente em razão das cláusulas abertas presentes no ordenamento.

Eis alguns danos ou rótulos que vêm sendo tratados pela doutrina e pela jurisprudência: dano corporal, dano estético, dano à vida de relação, dano sexual, dano à capacidade laborativa, dano psíquico, dano existencial, dano de afirmação pessoal, dano à privacidade, dano por rompimento de noivado, dano de férias arruinadas, dano à imagem, dano de moto nova, dano por perda de uma chance, dano de privação de uso, dano institucional, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de mobbing, dano de mass media, dano de brincadeiras cruéis, dano moral afetivo etc. Destacou-se, de todo modo, que muitas destas novas espécies de dano correspondem, a rigor, não a novos danos, mas simplesmente a novas situações de risco ou a novos meios lesivos.

Buscou-se, então, verificar o processo de ampliação dos danos suscetíveis de reparação e as respostas conferidas pela doutrina e pela jurisprudência ao crescimento, por vezes exagerado, de novos rótulos, com destaque à formação de um catálogo de danos extrapatrimoniais, suas eventuais confusões terminológicas, sobreposições de termos e incoerências de ordem sistemática.

Como algumas dessas nomenclaturas se aproximam das utilizadas no direito italiano, foi preciso apresentar aspectos da evolução da responsabilidade civil daquele país. Demonstrou-se que a utilização dos termos “dano biológico”, “dano à saúde” e “dano existencial” deveu-se às circunstâncias peculiares próprias de seu ordenamento jurídico, sendo indevida a mera transposição conceitual ao direito brasileiro, em que não há limitação ao reconhecimento do dano moral.

Já da literatura jurídica argentina podem ser extraídos ensinamentos valiosos a respeito da “guerra de etiquetas” da responsabilidade civil. Com Zavala de González, constatou-se a impossibilidade da existência de terceiras categorias de danos. Quanto aos “danos à pessoa”, ainda que tal concepção tenha servido para sacudir a inércia de posturas injustas – dada a diminuta quantidade de indenizações – e tenha influído para atualizar técnicas de reparação, não se devem descartar as noções clássicas sobre nocividade econômica e espiritual. É que, em muitos casos, há sinonímia entre os ditos interesses jurídicos, o que acaba por gerar confusões. Misturam-se elementos idênticos ou parecidos, não havendo como diferenciar, por exemplo, vida e existência; saúde e integridade psicofísica ou incolumidade estética; honra e reputação; privacidade e intimidade.

Como quer que seja, dessa conjuntura foi possível extrair premissas ontológicas corretas como a de que os prejuízos personalíssimos não se restringem a sofrimentos, assim como tampouco o dano patrimonial recai necessariamente sobre o dinheiro gasto ou deixado de ganhar. Não obstante, se se superam as indevidas diminuições dos menoscabos morais e econômicos, os chamados novos danos têm perfeito cabimento nos conceitos consagrados de danos morais e patrimoniais. Por isso, chegou-se à conclusão de que tais novos rótulos podem ser considerados ferramentas úteis para alcançar indenizações mais completas, mas que bastaria ampliar os conceitos de dano moral e material para cobrir perfeitamente os pedidos de reparação.

A respeito da pretendida autonomia dos danos, e o que significaria tal intento, Bustamante traça divisão atraente e funcional. Ao abordar os danos psicológicos e danos estéticos, o autor explicou que, ainda que se reconheça autonomia conceitual a certos tipos de danos pela índole da lesão que se causa às pessoas, isso não significa que essa autonomia tenha de ser individualizada como uma categoria ressarcitória autônoma a somar-se ao dano patrimonial ou ao dano moral. Em outras palavras, a autonomia conceitual não se confunde com o seu reconhecimento como categoria ressarcitória autônoma e, por isso, prejuízos como, por exemplo, a afetação da psique da vítima – deverão fazer parte da

reparação integral do dano patrimonial e também do dano moral avaliado em um ressarcimento total ou global. A autonomia conceitual do dano psicológico, dano biológico, dano estético, não conduz a que se edifique uma categoria alheia aos âmbitos básicos (patrimonial e extrapatrimonial) em que se consumam ou se traduzem os prejuízos indenizáveis. Dentro do conceito de danos patrimoniais e morais restam compreendidos todos os que uma pessoa pode sofrer como consequência de uma lesão, seja ao patrimônio, seja à integridade psicofísica.

Com o mesmo entendimento, mas partindo de outra perspectiva, Calvo Costa não confunde os bens jurídicos e a eventual caracterização de danos ressarcíveis de modo autônomo. O autor se refere aos danos à pessoa como as consequências da violação de direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, sua saúde psicofísica, suas afeições espirituais legítimas e as que resultam na interferência em seu projeto de vida, o que acabaria por gerar tanto dano patrimonial quanto dano moral. Para Calvo Costa, não se pode esquecer que a integridade psicofísica, a saúde, o projeto de vida, etc. são simplesmente bens jurídicos e o conceito de dano ressarcível não mais significa a lesão a bens jurídicos, mas sim – como visto no capítulo inicial – tem relação com interesses jurídicos. A saúde, assim como a estética, o projeto de vida, a vida de relação, a psique, etc., representam bens de caráter personalíssimo que resultam ser assentos de direitos subjetivos, mas não podem nem devem ser ressarcidos autonomamente e “per se”. Um dano terá sentido jurídico na medida em que, sem estar justificado, afete algum interesse e que, ademais, provoque consequências; caso contrário, se se encontrará diante de menoscabos naturalísticos, mas não em frente a um verdadeiro dano em sentido jurídico.

Por isso é que Pizarro prefere se valer dos termos lesões à integridade psicofísica, à estética, à vida de relação como formas de lesividade que podem vir a gerar danos patrimoniais ou morais (ou ambos), a depender da índole dos interesses afetados e das suas projeções.

De todo modo, ainda que o conceito de dano moral não seja simples, pois depende muito da corrente que se adote, pode-se concluir que, no Brasil, a percepção do dano moral é suficientemente elástica para suprir a necessidade de criação de muitos dos novos danos aventados pela doutrina no exterior. Não há que se falar na necessidade de revisão da dicotomia dano patrimonial/dano extrapatrimonial. Se houver dano ressarcível – e essa é outra discussão – certamente ele será encaixado dentro da moldura do dano patrimonial ou do dano extrapatrimonial. Conclusão essa que se ajusta, de modo similar, à concepção de Miquel Martín-Casals sobre o “princípio da vertebração” das indenizações,

preocupado com a divisão entre os prejuízos morais e patrimoniais, especialmente para fins de quantificação dos danos.

Todas essas discussões foram também ajustadas ao debate no Brasil sobre os danos estéticos. Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha sumulado o entendimento pela cumulação entre os danos estéticos e os danos morais, há grande controvérsia sobre a coerência sistemática de tal raciocínio. Constatou-se que, a depender da visão do conceito de dano moral, tornar autônoma a indenização por danos estéticos pode representar *bis in idem*, uma vez que inexistente *tertium genus*. Reputar o dano estético como categoria indenizatória autônoma não compactua com o tratamento da responsabilidade civil brasileira, pois não há terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste. É preferível, aliás, focar o dano estético como lesão à estética da pessoa, não deixando dúvidas de que se trata de fato antecedente à produção do dano. Segundo Antonio Jeová dos Santos, deve-se distinguir entre a matéria afetada pelo ato lesivo e a matéria sobre a qual versa o ressarcimento, que consiste em um resultado da lesão. O dano estético não é ressarcível por si mesmo. Precisa acarretar danos patrimoniais ou morais. Desse modo, o dano estético não se coloca como terceiro gênero, entre o moral e o patrimonial, já que não se pode confundir o fato antecedente, gerador do dano, com seu próprio conceito de dano ressarcível. Na linha de Bustamante, para deslindar o âmbito do dano que deve ser reparado, é necessário distinguir, com rigor científico, o bem ou direito atacado pelo ato ilícito e o interesse jurídico que resulta afetado. O autor, do mesmo modo, conclui que a lesão estética servirá como fator importante para atribuir a reparação a título de danos morais. Conclui-se, assim, que se pode repensar o tratamento do dano estético, mesmo que consagrado na jurisprudência nacional, pois basta ampliar os valores a título de danos morais para preservar os pedidos de reparação (o que, na prática, muitas vezes já acontece). A abordagem dos danos estéticos guarda interesse técnico e relação com a sistematização das categorias (ou subespécies de dano moral), mas, por outro lado, pode acarretar inconsistências metodológicas e práticas quando se diz cumular com as categorias clássicas da responsabilidade civil.

Já o terceiro capítulo serviu para demonstrar a importância do tempo das pessoas na sociedade moderna. A partir de pontuais questões filosóficas de Santo Agostinho – segundo o qual o tempo não existe em si, ele é a duração das coisas – demonstrou-se a dificuldade da definição do tempo. Das suas Confissões, retira-se: “o que é realmente o tempo? Quem poderia explicá-lo de modo fácil e breve? Quem poderia captar o seu conceito, para exprimi-lo em palavras? No entanto, que assunto mais

familiar e mais conhecido em nossas conversações? Sem dúvida, nós compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. Por conseguinte, o que é o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei”. Também partindo da célebre frase costumeiramente atribuída a Benjamin Franklin: “*time is money*”, verificou-se a valorização do tempo na sociedade moderna, o que levou Michael Sandel a levantar objeções de ordem moral em certos casos, a exemplo da possibilidade de pagar para furar fila em aeroportos ou as pistas livres (*fast-track*) para burlar o trânsito pesado das grandes cidades. Tais exemplos, embora fomentem intenso debate ético sobre o problema de “pagar para furar a fila”, comprovam que o tempo é um bem valioso na sociedade atual. Fato é que o mercado passou a monetizar o tempo das pessoas, permitindo que em certas ocasiões se possa pagar para não perder tempo, ou, sob outras lentes, pagar para ganhar dinheiro.

Já na literatura jurídica, percebeu-se a maior atenção conferida ao tempo das pessoas pelos estudiosos do direito do consumidor. Acostumados a lidar com pedidos de indenização pela prestação de serviços ruins de fornecedores, passaram a incentivar o reconhecimento do tempo como verdadeiro bem jurídico.

A partir das lições apreendidas dos capítulos iniciais, verificou-se que há a possibilidade de o tempo ser protegido efetivamente pelo ordenamento jurídico, fato reforçado pelo caráter amplo e aberto do modelo de responsabilidade civil brasileiro. Com efeito, não parecem existir óbices ao reconhecimento do tempo como bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

Nessa toada, prosseguiu-se com a abordagem da perda do tempo e seus efeitos para a responsabilidade civil. Ao examinar as obras e artigos publicados, foi possível perceber que o tema – responsabilidade civil pela perda do tempo – é incipiente, ainda se encontra em construção e demanda atenção acurada dos intérpretes.

Da análise de tais artigos, verificou-se que, para alguns autores, valendo-se principalmente de fundamentos constitucionais, como o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana, a perda do tempo ensejaria uma nova forma de indenização, ao lado das categorias clássicas danos patrimoniais e morais. Em suas visões, a perda do tempo deveria ser tratada de forma diferenciada, o que geraria uma categoria indenizatória autônoma, conclusão esta que se reputou equivocada.

As objeções de ordem dogmática ao reconhecimento da perda do tempo como categoria indenizatória autônoma repousam na impossibilidade do reconhecimento desse *tertium genus*. A coerência sistemática da responsabilidade civil impede a invenção de terceiros

gêneros de dano. Como visto, a responsabilidade civil se constitui no dever de reparar danos, que podem receber a natureza de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, cada qual com características próprias, como destaca Miquel Martí-Casals em relação ao princípio de vertebração.

A perda do tempo, é bem verdade, pode vir a gerar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, desde que, é preciso dizer, verificados efetivos prejuízos de ordem patrimonial ou moral. A perda do tempo, por si só, não representa um novo dano, autônomo, que se somaria às categorias clássicas.

Se no pano de fundo situa-se a vontade de valorizar o tempo das pessoas, especialmente os consumidores, reparando de forma integral os prejuízos sofridos pela vítima de um dano, é preciso incentivar a autonomia conceitual do que se pretende chamar de danos temporais ou danos cronológicos como fato gerador de outros danos.

Ademais, foi possível perceber que o debate em questão guarda similitudes com o que se passa no direito europeu a respeito do *compensation for injury as such*. É que os editores do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) dão conta de que, além de tais danos, existiria algo que deveria ser indenizado “*per se*” – o chamado *compensation for injury as such* – sem a avaliação de qualquer consequência, fato que foi prontamente criticado por autores de alto renome. Para os doutrinadores, tal invenção não deve prevalecer, pois não há coisa outra que danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Não existiria, em resumo, um *tertium genus*. Em verdade, tanto o *injury as such*, como os danos temporais, constituem a vontade de inserir uma nova categoria indenizatória ao lado ou distinta das categorias clássicas, sem a avaliação de consequência concreta.

Ao final, demonstrando-se a importância prática da pesquisa, com a citação de julgados que trazem pedidos de indenização em demandas consumeristas, filas de banco e até prisões indevidas, foi possível verificar que o desperdício de tempo das pessoas é um fator capaz de gerar danos patrimoniais e morais. Trata-se, a perda do tempo, de um dos fatores, e não causa exclusiva do reconhecimento de danos. Não se pode concordar, portanto, com a tese de que o desperdício do tempo configura *tertium genus* da responsabilidade civil, que, como visto, se consolidou nas categorias clássicas e já consagradas: danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, jan./mar., 2016.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Lumen Juris: 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, jan./mar. 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prefácio. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Influência do direito francês sobre o direito brasileiro**. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris.

_____. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAPTISTA, M. R. O Tempo e a Criança: Comentários ao fragmento 52 de Heráclito de Éfeso. **Mal-Estar e Sociedade**, v. 4, p. 85-100, 2010.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BAROCELLI, Sergio Sebastián. Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 90, ano 22, p. 119-140, nov./dez. 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos**: ao alcance de todos. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. [S.l.]: Ministério da Justiça, 1972.

BRASIL. **Lei n° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em nov. 2016.

BRÜGGEMEIER, Gert. The Politics of the Draft Common Frame of Reference. Wolters Kluwer Law & Business: The Netherlands, 2009.

BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

_____. Prefácio (Introducción). In: CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Civil Code**. Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*]). Last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2806>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. El significado y las especies de daño resarcible. **Revista de Derecho de Daños**, diciembre 2012.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica**. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAZAL, Jean-Pascal Vulnerabilite et droit de la consummation. In: COLLOQUE SUR LA VULNÉRABILITÉ ET LE DROIT, organisé par l'Université P. Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000. Disponível em: <http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_vulnerabilite_droit_conso.pdf>. Acesso em: out. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 2: obrigações: responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Vol. 2).

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Jurisprudência anotada. Dano moral decorrente do tempo produtivo desperdiçado pelo consumidor em inúmeras tentativas de sanar vício do produto. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 93, ano 23 p. 399-408, maio/jun. 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atualizada de acordo com o Código Civil de 2001, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumn Juris, 2012.

DOMINGO, Elena Vicente. El nexu causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y feurza mayor. La concurrencia de culpas. In: LAGO, José Manuel Busto; CAMPOS, Luis Fernando

Reglero. (Orgs.). **Lecciones de responsabilidad civil**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2013.

EIDENMULLER, Horst Eidenmu. et al. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 4, p. 659–708, 2008.

EMPRÉSTIMO. Porta dos Fundos, 2016, **You Tube** (2min.41seg.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jnxE1t6JDIg>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

FERRAZ, Mateus. Multas por demora em filas de bancos somam R\$ 1 milhão em quatro anos em Porto Alegre. **Rádio Gaúcha**, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/multas-por-demora-em-filas-de-bancos-somam-r-1-milhao-em-quatro-anos-em-porto-alegre-4325.html>>. Acesso em 07 jan. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Dano-evento e dano-prejuízo. A aplicação da distinção para o dano não patrimonial**, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, USP, 2009.

FRAZÃO, Ana. Principais distinções e aproximações da responsabilidade civil nos modelos francês, alemão e anglo-saxão. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Orgs.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Vol. 4).

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes:** do bom senso-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos Tribunais. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 24, v. 99, maio/jun., 2015.

_____. Da responsabilidade civil do Estado pela perda do tempo útil/livre do administrado. **Revista Síntese responsabilidade pública**, ano 34, v. 6, ago./set., 2016.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. **Droit de la Responsabilité**, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998.

LEITÃO, Adelaide Meneses. **Normas de proteção e danos puramente patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 2009.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade pelo fato de outrem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Alvino. **Da Culpa ao Risco**. [S.I]: [S.N], [1942?].

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo:** viver na era do capitalismo artista. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 287-304, jan./mar. 2014.

_____. **O dano estético:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo

produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, v. 106, p. 357-378, jul./ago. 2016.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro: é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 92, ano 23, p; 161-176, mar./abr. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Prefácio da obra de Marcos Dessaune. **Desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. **Consultor Jurídico**, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>>. Acesso em 07 jan. 2017.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍN-CASALS, Miquel. **Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)**. Líneas generales de los trabajos de la “Comisión de expertos”. Barcelona, Octubre, 2012.

_____. Sobre la Propuesta del nuevo “Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”: exposición general y crítica. **Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro**. Disponível em: <<file:///C:/Users/danie/Downloads/Dialnet-SobreLaPropuestaDelNuevoSistemaDeValoracionDeLosDa-5405738.pdf>>. Acesso em out. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

_____. (Org.), **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1989.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORÉTEAU, Olivier. France: French Tort Law in the Light of European Harmonization. **Law Reviews and Journals**, v. 6, n. 2, 2013, p. 760. Disponível em:
<<http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss2/15>>. Acesso em: out. 2016.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Estudios sobre responsabilidad por daños**. Tomo IV. Santa Fé: Rubinzal y Culzoni, 1982.

_____. **Estudios sobre responsabilidad por daños**. Tomo IV. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 1980.

_____. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires: Ediar, 1971.

_____. El daño fundado em la dimension del hombre en su concreta realidad. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

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

NUNES, Rizzatto. ABC do CDC. A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida. **Migalhas**, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI174621,101048-A+sociedade+contemporanea+e+ladra+de+tempo+e+ladra+de+vida>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

OABMT. **Mobilização**: OAB-MT lança campanha para estudar teoria do “Mero Aborrecimento”. 21 set. Disponível em: <<http://oabmt.org.br/Noticia/Noticia.aspx?id=12820&titulo=oab-mt-lanca-campanha-para-estudar-teoria-do-%22mero-aborrecimento%22>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Buenos Aires: Depalma, 1967.

PEGORARO, Olinto A. **Sentidos da história**: eterno retorno, destino, acaso, desígnio inteligente, progresso sem fim. Petrópolis: Vozes, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIZARRO, Ramón D. **Daño moral**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

PROCON de Florianópolis fecha agência bancária no Centro da Capital por demora no atendimento. **A notícia**, 13 maio 2015. Disponível em: <<http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/noticia/2015/05/procon-de-florianopolis-fecha-agencia-bancaria-no-centro-da-capital-por-demora-no-atendimento-4759734.html>>. Aceso em: 07 jan. 2017.

REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da.

Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011.

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

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Da responsabilidade civil pela frustração do tempo disponível. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 968, p. 83-99, jun./2016.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, 2015.

SILVA, Luis Renato Ferreira. Da legitimidade para postular indenização por danos morais. **Revista da Ajuris**, v. 24, p. 186-187, 1997.

SILVA, Nereida Veloso. **Dano estético**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de Justiça, função social do contrato e a indenização do dano reflexo ou por ricochete. **Revista Sequência (UFSC)**, Florianópolis, v. 63, p. 353-375, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziereiro. (Org.). **Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. (Vol. 8).

SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Ajuris**, Porto Alegre, v.37, n. 117, p. 311-341, mar.2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais: In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziereiro. (Org.). **Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. (Vol. 8).

_____; _____. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziereiro. (Org.). **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito Do Consumidor e Novas Tecnologias**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. (Vol. 1).

SILVA, Rafael Peteffi da; SANTOS, Aline Ávila Ferreira dos. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. **Prisma Jurídico**, v. 12, n. 1, Enero./Junio, 2013, p. 95-129. São Paulo: 2013.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, set./out., 2016.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. RT. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

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

SOUZA, Heder Rubens Silveira e. Chegou a hora de emancipar o dano temporal e aprofundar os debates sobre ele. **Consultor Jurídico**, 3 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/heder-souza-chegou-hora-emancipar-instituto-dano-temporal>>. Acesso em dez. 2016.

SOUZA, Sylvio Capanema. O código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 7, n. 26, 2004.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 831, jan. 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOLZE, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23925>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

VAN DAM, Cees. **European tort law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. (Vol. 2).

VINEY, Geneviève. Les obligations: la responsabilité: conditions. In: GHESTIN, Jacques (Dir.). **Traité de droit civil**. Paris: LGDJ, 1982. (Vol. 4).

VISINTINI, Giovanna. **Tratatto breve dela responsabilità civile.** Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. Padova: CEDAM, 1996.

ZANNONI, Eduardo. A. **El daño em la responsabilidad civil.** 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Disminuciones psicofísicas.** Buenos Aires: Astrea, 2009.

_____. **Resarcimiento del daño moral.** Buenos Aires: Astrea, 2009.